GACETA JUDICIAL

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

(Siete Artidas: 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 LX BOGOTA COLOMBIA - ENERO - FEBRERO - MARZO DE 1946 NUMEROS 2029-2030-2031

BIBLIOTECA

SALA PLENA

DECRETO No. 136 DE 26 DE ENERO DE 1932 «SOBRE ASIGNACIONES CIVILES Y SOBRE REDUCCIONES EN EL PRESUPUESTO DE GASTOS DE 1932», ACUSADO DE INCONSTITUCIONALIDAD, ESPECIALMENTE EN CUANTO A SU ARTICULO 9o. — PENSIONES DE RETIRO DE LOS FUNCIONARIOS Y EMPLEADOS DEL SERVICIO PUBLICO.—SU NATURALEZA JURIDICA.—LA PENSION COMO DERECHO ADQUIRIDO.

1.—Habiendo sido dictado el Decreto acusado de conformidad con el artículo 4o. de la Ley 99 de 1931, entonces es claro que el Decreto se expidió en ejercicio de las facultades constitucionales de que habla el ordinal 10o. del artículo 76 de la Constitución y sustituye, dentro de las reglas constitucionales, la acción del Congreso y tiene el carácter de Decreto-Ley.

2.—La pensión de retiro es una retribución pecuniaria pagada periódicamente, en principio hasta la muerte, a un agente público que ha llenado todas las condiciones legales y que se halla desinvestido de su función en razón de una decisión regular que lo ha declarado en retiro del servicio. La pensión no tiene carácter contractual y su régimen jurídico es fijado por la ley y por los reglamentos. La pensión de retiro se distingue del sueldo, aunque se ha dicho que ella no es sino un sueldo especial. El sueldo supone el ejercicio activo de la función. La pensión, que el agente público ha dejado de ejercer la función y de recibir el sueldo. El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión. En tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la pensión eventual una situación jurídica objetiva, legal, puede ser modificada para el porvenir, en cualquier instante, por la ley, sea en su cuantía, sea en sus modalidades. Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha, por hallarse colocado en una situación jurídica individual.

Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el STATUS que corresponde a una pensión ADQUIRIDA. El derecho

del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento no podrían ser modificadas en detrimento suyo. Pero, no obstante lo dicho, las pensiones ya decretadas pueden ser afectadas por suspensión en el goce de ellas o por pérdida o caducidad definitiva del derecho a las mismas, en ciertos casos señalados limitativamente, como sanción establecida en las leyes. La residencia fuera del territorio nacional de un pensionado militar sin autorización de su gobierno, suspende de ordinario el goce de la pensión. Y la pérdida definitiva de la pensión ocurre en los casos de pena de degradación de los militares.

3.—El sueldo EVENTUAL y la pensión EVENTUAL se asemejan; pero la pensión ADQUIRIDA no puede confundirse con un sueldo eventual. Si, como lo dice Bonnard, la pensión es una prolongación del sueldo, importa no aplicar a esa prolongación de sueldo el concepto de su revocabilidad a voluntad del Estado, confundiendo situaciones jurídicas diferentes y aplicando al régimen de las pensiones adquiridas el régimen de los sueldos eventuales; pues la lógica impone que la aplicación de esos principios se haga en forma distinta: el régimen del sueldo eventual a la pensión eventual, y el régimen del sueldo devengado a la pensión adquirida. No es igual la espectativa que tiene el empleado público a los sueldos no devengados, que la que tiene un pensionado a las mensualidades de su pensión legalmente decretada. El sueldo no se debe sino cuando el agente público ha prestado el servicio propio de su función, es decir, que el sueldo implica la prestación del servicio después del nombramiento y posesión del empleado; las pensiones se deben desde cuando se decretan porque ellas no están subordinadas a la prestación de ulteriores servicios por parte del pensionado, pues éste los prestó ya antes del acto de reconocimiento de su derecho. Una pensión decretada constituye una situación jurídica concreta que no se halla sometida a la ejecución de acto alguno posterior por el pensionado para que ella se mantenga. La pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse. Es, pues, evidente, por aplicación de los principios generales del derecho público que dominan la materia, que el Estado está en el deber de satisfacer la prestación pecuniaria preestablecida, cuando el agente público ha llenado las condiciones legales para hacer la pensión y ésta se ha decretado por la autoridad competente. Tal ventaja personal del funcionario constituye un STATUS, una situación jurídica individual, intangible, respecto de las pensiones ADQUIRIDAS.

A esta deducción se llega, según se ha visto, atendiendo a la naturaleza de la pensión cuando se trata de funcionarios o empleados públicos por su carácter compensatorio retribución diferida de servicios prestados. Se advierte que esta conclusión no comprende otras pensiones que no tienen este carácter, por no asignarse en razón de servicios sino por motivos distintos.

4.—Decretada la pensión en virtud de sentencia de la autoridad competente constituye un derecho "adquirido", garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes actos administrativos o jurisdiccionales posteriores. Esto sin perjuicio, naturalmente, de las acciones de revisión en los casos en que jurisdiccionalmente hay lugar a ellas (Arts. 164 y ss. de la ley 167 de 1941), sólo que al hacerse la revisión, cuando sea procedente, se tendrá como base obligatoria la de que la cuantía de la pensión reconocida no puede disminuirse, porque ello quebrantaría el derecho adquirido. Siendo de advertir que la intangibilidad del derecho adquirido no se opone a la revisión en que se reconozca un aumento de la cuantía fijada en el acto que decretó la pensión; porque la elevación de las cuantías dispuesta en una ley o en otro medio general que no excluya expresamente del aumento a los ya pensionados, ha de aplicarse a todos, en atención a su generalidad, a la voluntad con que lleva la ley un beneficio adicional o complementario de los ya reconocidos y por el espíritu social que informa la nueva disposición legislativa, el que impone la igualdad ante ella de todos los servidores del Estado que hayan llenado los presupuestos preestablecidos para merecer la pensión.

5.—El Estado actúa en sus relaciones con los particulares, bien por los procedimientos de derecho público, bien por los de derecho privado. Pero en uno y otro caso, de los actos del Gobierno resultan relaciones de derecho con terceros y de ellas surgen derechos y obligaciones recíprocas en favor y a cargo de la Nación y de las personas con las cuales se relacionan los distintos actos del Estado. Estas obligaciones son igualmente respetables y comprometen de idéntica manera a la Nación, así provengan de actos suyos administrativos

puramente, o contractuales. Y los particulares que entran en relaciones con el Estado adquieren derechos tan dignos de respeto cuando emanan de actos del Estado como entidad de derecho público. como cuando provienen de actos del Estado en su condición de persona jurídica.

6.—El artículo 1o. del Código Civil permite estimar que las pensiones son bienes civiles de sus beneficiarios.

7.—Las pensiones se deben desde la demanda.

8.—Por todo lo expuesto el artículo 9o. del Decreto número 136 de 1932 quebranta o puede quebrantar el derecho acreditado en fallos de la autoridad competente que reconocen o reconozcan pensiones a cargo de la Nación por una cuantía mayor de la suma indicada, y porque ello es inconstitucional.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena— Bogotá, veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente doctor Aníbal Cardozo Gaitán).

El doctor Francisco López Falla presentó demanda ante la Corte para que esta entidad declare inexequible por inconstitucional el Decreto 136 de 23 de enero de 1932 "Sobre asignaciones civiles y sobre reducciones en el presuesto de gastos de 1932" y en particular el artículo 9o. que dice: "Artículo 9o. Desde la aplicación del presente Decreto ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80.00 mensuales".

Fundamentos de la acusación

La sustenta así el autor:

"Dícese que 'las pensines, recompensas o jubilaciones son gracias que el Estado concede y puede retirar cuando a bien tenga', confundiendo, como se ve, la fisonomía legal de las liberalidades o meras gracias con la fisonomía jurídica de las jubilaciones, sin apreciar, siquiera con léxico a la mano el distingo de que PENSION es RENTA y RECOMPENSA es **'remuneración o retribución de un beneficio recibido; premio de un servicio o de la virtud y el mérito'.** (hay sin duda equivalencias). — Todo caso con cierto descuido en punto a que es de razón y aún buen sentido que las pensiones jubilatorias, una vez decretadas y conferido el correspondiente título, entran por ministerio del derecho, — cosa propia de pueblos bien gobernados — en el rol de los derechos adquiridos a justo título con arreglo a las leyes positivas, y 'no pueden ser desconocidos ni vulnerados': sin que cuadre en contra eso de las reformas, pues es potestativo del Parlamento, es verdad, introducirlas cuando a bien tenga, mas no sobre derechos pretéritos preconstituídos legítimamente asignados, sino sólo para lo **porvenir**..—Se legisla siempre para después, **y entonces sí las leyes rigen.** Se modifican para lo futuro las leyes y cuantías en ellas señaladas pero jamás los valores ya reconocidos y decretados por las judicaturas".

Objeto de la acusación

Aun cuando en la demanda se dice que se acusa en su totalidad el Decreto número 136 de 1932, propiamente la acusación no se refiere sino al artículo 9o., porque la demanda sólo contiene el comentario de la disposición mencionada, sin referencia alguna a otras del citado Decreto. Por estas razones la sentencia ha de concretarse al artículo 9o. aludido.

Admisibilidad de la demanda

No se citan en la demanda la disposición o disposiciones constitucionales que se consideran violadas, y que deben mencionarse al tenor de lo dispuesto en el artículo 2o. de la ley 96 de 1936, pero como cuando ésta se expidió ya la demanda se había recibido en la Corte y respecto de ella estaba cumplida la tramitación legal hasta poner el asunto en la mesa del sustanciador para el estudio del proyecto respectivo, no es el caso hacer reparo por este concepto al libelo.

El Decreto acusado es un Decreto-Ley

El decreto número 136 fue dictado, según se expresa al principio del mismo, en uso de las facultades concedidas al Presidente de la República por las leyes 99 y 119 de 1931 y aparece autorizado por el Presidente y todos sus Ministros.

El artículo 4o. de la ley 99 de 1931 dice:

"Artículo 4o. De conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10o. del artículo 76 de la Constitución Nacional, revístese al Presidente de la República de las facultades extraordinarias que sean precisamente indispensables para conjurar la crisis porque atraviesa el país. Pero el Gobierno no podrá, en virtud de estas autorizaciones, establecer monopolios que no hayan sido decretados por leyes anteriores. — Parágrafo 1o. Para la adopción de dichas medidas, el Presidente de la República consultará previamente a una junta que nombrarán las Cámaras, y que se compondrá de seis miembros, elegidos tres por cada una de ellas. — Parágrafo 2o. De las autorizaciones que se conceden en el presente artículo hará uso el Presidente de la República hasta el 31 de diciembre del corriente año. —

Parágrafo 3o. De las medidas que se tomen, el Presidente de la República y la junta que se crea por esta ley, darán cuenta al Congreso actualmente reunido, para información del país'.

La ley 119 del mismo año extendió la vigencia de las autorizaciones hasta el 31 de julio de 1932.

De suerte que al dictarse el decreto al cual se refiere la acusación, el 23 de enero de 1932, estaban vigentes las leyes de facultades al Presidente.

Estas iban encaminadas a conjurar la crisis porque atravesaba el país. La reducción de los gastos públicos es medio adecuado para solucionar o atenuar los perjudiciales efectos de aquella en lo tocante a la administración pública. Por esto las medidas que contiene el decreto número 136, de disminución de sueldos y pensiones, caben dentro del objeto que se buscó alcanzar con las leyes de autorizaciones.

Y como según lo expresa el texto del artículo 4o. de la ley 99, las facultades se concedieron al Presidente, "de conformidad con lo dispuesto en el ordinal 10 del artículo 76 de la Constitución Nacional',", entonces vigente, es claro que los decretos expedidos en su ejercicio sustituyen, dentro de las reglas constitucionales, la acción del Congreso y tienen el carácter de decretos-leyes.

Deducción esta última de importancia para juzgar acerca de la validez constitucional de las disposiciones del decreto 136 y en especial del artículo 9o. acusado; porque en tales circunstancias la acusación de que se trata equivale, por la calidad del objeto, a la demanda sobre inconstitucionalidad de una ley.

Cuestión jurídica planteada en la demanda.

Queda así concretado el asunto al estudio de si una ley o decreto-ley puede reducir la cuantía de las pensiones que han sido reconocidas y decretadas, como en el caso del doctor López Falla, en virtud de sentencia de la autoridad competente.

Leyes sobre pensiones anteriores al Decreto 136

En las leyes sobre pensiones vigentes al expedirse el Decreto acusado se hallaban las disposiciones que en seguida se transcriben:

"Ley 116 de 1928, artículo 5o. — Para gozar de la jubilación de que trata el artículo 3o. de la ley 12 de 1907, sólo se requiere: —'Carecer de medios para congrua subsistencia—. Haber observado buena conducta el solicitante. — Haber llegado el Magistrado o Juez. a la edad de sesenta años, aunque en ese momento no ejerza cargo judicial alguno. — Haber prestado el servicio de que trata esta disposición durante veinte años, por lo menos, como Magistrado o Juez, el cual se acumulará acumulando el tiempo que se hubiere prestado en uno o varios de esos cargos; en este caso, la remuneración será la que corresponda a la jubilación por el puesto de mayor categoría que se hubiere desempeñado, por lo menos durante un tiempo equivalente a un período legal. — Parágrafo. Para los efectos del cómputo de que habla este artículo, se tendrá también en cuenta el tiempo que el interesado haya servido como Fiscal de Juzgado Superior, de Tribunal de Distrito Judicial o como Procurador General de la Nación. — Parágrafo. El derecho a gozar de jubilación se perderá únicamente por las siguientes causas: 1a. Si el agraciado observa conducta notoriamente inmoral. — 2a. Si fuere condenado a pena aflictiva".

La ley 102 de 1927, artículo 6o. Las pensiones de jubilación a que tienen derecho los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia y de los Tribunales del Distrito Judicial, de acuerdo con las leyes 29 de 1905 y 12 de 1907, serán de doscientos pesos ($ 200.oo) mensuales para los Magistrados de la Corte y de ciento cincuenta pesos ($150.oo) para los de los Tribunales".

La demanda estima que las pensiones decretadas son derechos adquiridos.

Dice el actor que las pensiones de jubilación de los miembros del poder judicial decretadas de conformidad con las leyes vigentes en la época de su reconocimiento, otorgan derechos a sus beneficiarios que no pueden ser desconocidos o vulnerados por leyes posteriores.

Concepto del señor Procurador

El señor Procurador dice:

Para defender la constitucionalidad del artículo 9o. denunciado, creo que no podría el suscrito Procurador presentar mejores razones que las tenidas en cuenta por la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de diciembre 10 de 1915, publicada en la página 165 del Tomo XXIV de la Gaceta Judical, procedente de la Sala Penal (sic), y la sentencia proferida por la Sala de Negocios Generales el 26 de marzo de 1925, publicada en la página 145 del Tomo XXXII de la misma Gaceta. — "La Corte ha reconocido de modo constante que las pensiones no constituyen derecho adquirido por proceder de actos de Gobierno y tener el carácter de gracias o recompensas gratuitas. No siendo ellas obligaciones de la Nación como entidad de derecho privado, y no teniendo el carácter de onerosas o retributivas, es natural y lógico que el Gobierno en cualquier mo-

mento puede suprimirlas, aumentarlas o rebajarlas. Respecto de las pensiones conviene distinguir tres momentos distintos, para apreciar los efectos de una nueva ley. — 1o. Cuando el aspirante llena las condiciones pero no se ha decretado aún la pensión. — 2o. Cuando la Corte tiene ya decretada la pensión, el aspirante la está devengando y no rige aún la nueva ley que afecta a esta pensión. y 3o. Después de la vigencia de la nueva ley. — En el primer caso hay una simple expectativa. — En el segundo hay un derecho adquirido respecto de los valores devengados ya, pero una simple expectativa para el porvenir. No podría la nueva ley afectar desfavorablemente el valor de la pensión, decretada por la Corte y devengada durante el tiempo transcurrido entre el decreto y la nueva ley. Afectarlos, sería tanto como darle un efecto retroactivo, que no puede tener la nueva ley. Pero si puede efectuar a la pensión en cuanto ella no haya sido devengada todavía, porque por el hecho de no haber sido devengada, no se ha incorporado en los haberes del favorecido y continúa por lo mismo siendo una mera expectativa, igual a la que tiene el empleado público respecto de los sueldos no devengados. En el tercer momento, desde que se pone en vigencia la nueva ley, es ésta la que gobierna las pensiones, fijando un derecho perfecto allí donde no existía sino una simple expectativa. "En el caso presente del decreto 136 no podría desconocerse al doctor López Falla el valor de las pensiones devengadas entre el 5 de agosto de 1930, fecha que la Corte reconoció como punto de partida para su derecho, hasta el 5 de febrero de 1932, fecha en que se publicó el decreto 136. Las pensiones devengadas durante este tiempo entraron al peculio privado del doctor López Falla, fueron devengadas por él, le fueron pagadas, o si no lo hubieran sido, serían un crédito a cargo de la Nación; constituyen, pues, una situación jurídica perfecta, son un derecho adquirido. Cuando se pone en vigencia el decreto 136, el doctor López Falla no tiene sino una simple expectativa para el tiempo venidero y por lo mismo la aplicación de dicho decreto no injuria ningún derecho que le debiera ser reconocido conforme al artículo 31 de la Constitución. Creo que las razones que se hicieron valer en las sentencias invocadas, son suficientes para sostener la constitucionalidad del artículo 9o. del Decreto 136'.'

Es base del concepto de la Procuraduría la afirmación de que la Corte "ha reconocido de modo constante que las pensiones no constituyen derecho adquirido por proceder de actos de gobierno". Y como el propio concepto se remite, para su sustentación, a las razones que se hicieron valer en las sentencias dictadas por la Corte el 10 de diciembre de 1915 y el 26 de marzo de 1925, es conveniente, en orden a una mejor apreciación de los puntos de vista del Ministerio Público, tener a la vista en las partes que sean pertinentes al punto de que se trata, los dichos fallos de la Corte. Sin embargo, sólo se examinará el primero, por ser él el fundamental para la tesis que consagra, no siendo otras varias sentencias de la Corte, entre ellas la de 26 de marzo de 1925, sino la aplicación de aquél.

El Proyecto de ley sobre pensiones estudiado por la Corte en 1915

El primero de los fallos a que alude la Procuraduría fue dictado por la Corte Plena con motivo de haberle enviado el Senado de la República, en el año de 1915, un proyecto de ley, "sobre rebaja de sueldos y pensiones", para que se resolviera sobre su exequibilidad, por haber sido objetado de inconstitucional por el entonces Presidente de la República doctor José Vicente Concha.

El proyecto de ley objetado hacía en su artículo 1o. una reducción de los sueldos señalados en general a los empleados nacionales por leyes anteriores, con unas limitadas excepciones. Los artículos 4o. y 5o. eran de este tenor:

"Artículo 4o.—Las pensiones que se pagan del Tesoro Nacional tendrán en lo sucesivo los descuentos siguientes: Las que excedan de cuarenta pesos ($ 40.oo) sin pasar de sesenta pesos ($ 60.oo) el quince por ciento (15%); las que excedan de sesenta pesos ($ 60.oo) sin pasar de cien pesos ($ 100.oo), el veinte por ciento (20%). — Artículo 5o.—Redúcense a cien pesos ($ 100.oo) todas las pensiones que pasen de esta cantidad. — Esta reducción se hará efectiva desde el primero de enero de 1916".

Mensaje del Presidente Concha al Congreso de 1915.

El documento en que el primer magistrado de la Nación propuso objeciones al proyecto mencionado, de fecha 13 de noviembre de 1915, dice así:

"Honorables Senadores y Representantes:

Os devuelvo el proyecto de ley 'sobre rebaja de sueldos y pensiones', que objeto parcialmente como inconstitucional, por las razones que respetuosamente someto a vuestra elevada consideración. El artículo 1o. del proyecto, en sus primeros apartes, decreta la reducción, en las proporciones que expresa de los sueldos de los funcionarios públicos, y en el parágrafo segundo enumera los que quedan exentos de la medida sin incluír en la excepción a los Jueces y Magistrados de los Tribunales, cuyos sueldos no pueden ser disminuídos en el curso del período

para el cual han sido nombrados, conforme al segundo aparte del artículo 160 de la Constitución. Por tal causa el decreto ejecutivo Número 23 de 1915 que hizo una réducción general de los sueldos dispuso que sus prescripciones no se aplicaran a los sueldos de los Jueces y Magistrados sino desde el comienzo de un nuevo período que iba a principiar. Los artículos 4o. y 5o. del proyecto ordenan reducir, en las cuotas que expresan, las pensiones del Tesoro Público, que existen actualmente. Tal disposición parece incompatible con el artículo 31 de la Constitución Nacional, según el cual "los derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles por personas naturales o jurídicas, no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores". — La jurisprudencia administrativa reconoce, como doctrina indiscutible, que 'las pensiones concedidas a funcionarios civiles o militares, o a sus herederos, se deben considerar no como gracia o favor sino como deuda del Estado para con quienes le sirven; reemplazan las economías que éstos podrían hacer en las carreras civiles, ordinariamente más lucrativas que las públicas, y tienen por objeto atraer al servicio del Estado a hombres distinguidos y dignos de confianza pública, y así se han considerado las pensiones en su origen por la ley'. (B. Battie, Traité Theorique et practique de Droit public et administratif. VI: III pág. 476). — Las pensiones que hoy paga el Tesoro, que hayan sido concedidas de conformidad con las leyes preexistentes por un Tribunal o entidad a quien el legislador confirió tal atribución, constituyen un derecho adquirido con justo título, que no se puede vulnerar por ley posterior, reduciéndolas en cantidad alguna. Tal es el concepto del Poder Ejecutivo, que tengo el honor de exponer a las honorables Cámaras para que sea debatido por ellas como lo disponen los artículos 86 y 87 de la Constitución de la República. — Honorables Senadores y Representantes, José Vicente Concha".

El fallo de 1915 dictado por la Corte

Importa considerar las razones que informaron el fallo de la Corte que decidió sobre la constitucionalidad de los artículos 4o. y 5o. del proyecto de ley remitido a esa entidad por el Senado y que mereció las objeciones consignadas en el anterior mensaje del Presidente.

El fallo de la Corte fue proferido cuando ella estaba formada por nueve Magistrados y se dictó con sólo un voto de mayoría, pues el personal sentenciador se dividió así: cinco votos favorables a la sentencia y cuatro desfavorables, habiendo los autores de los últimos expresado sus opiniones contrarias a las de la sentencia en el salvamento de voto que al efecto suscribieron.

Los apartes esenciales del fallo mencionado son estos: "Cumple examinar si los artículos 4o. y 5o. del proyecto son o nó contrarios al precepto contenido en el artículo 31 de la ley fundamental, o, de otro modo, si las pensiones que hoy se pagan del Tesoro Nacional son derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles. — Es evidente que la Constitución da un mismo sentido a las expresiones "leyes civiles" y leyes (sobre materia civil", empleadas en los artículos 31, 80 y 84. El artículo 52 de la Carta manda que las disposiciones del Título Tercero de la misma en el cual se halla el artículo 31, sean incorporadas en el Código Civil como Título Preliminar, lo que indica que el constituyente quiso que esos preceptos formaran parte de dicho código. El comentador de nuestra carta, doctor José María Samper, anotando el vacío que dejó el artículo 76 de la Constitución respecto de la atribución natural en el Congreso de legislar sobre materia civil, penal, comercial, de procedimiento, etc., observa que para resolver el punto debe tenerse en cuenta que en numerosos artículos de la Constitución se alude a la grande atribución que falta en el artículo 76. Tales son .... 'el 31, que se refiere a las leyes civiles, y los 35 y 36, relativos a leyes sobre la propiedad'. Así, para encontrar la materia o materias sobre que versan las leyes civiles es necesario buscarlas en el cuerpo de disposiciones últimamente citado, o en las de la misma naturaleza que se hallan consignadas en otros Códigos. En el artículo 1o. del Código Civil se expresa con toda claridad que dicho Código 'comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan especialmente los derechos de los particulares, por razón del estado de las personas, de sus bienes, obligaciones, contratos y acciones civiles'. De modo que ésta es la materia civil a que se refiere la Constitución en los artículos antes mencionados, todo lo demás que no esté comprendido en esta especificación no tiene carácter de civil en el sentido jurídico que la Constitución y la ley le dan a ese vocablo en los preceptos que se contemplan. — El significado de la palabra civil, en el caso que se estudia, no es el amplio que comprende todas las leyes que regulan las relaciones jurídicas de los habitantes de un país, ya entre sí, ya con el Estado, sino el restricto que organiza, dentro del derecho privado, las materias especificadas en el artículo 1o. que se deja copiado. Ni tampoco se toma aquí la expresión **'leyes civiles'** en contraposición a **leyes eclesiásticas o penales**, sino en lo **perteneciente a las relaciones e intereses privados en orden al estado de las personas**, ré-

gimen de la familia y condición de los bienes, según la primera acepción forense que a la palabra **civil** da el diccionario vulgar de la lengua. En corroboración de lo expuesto, respecto de la legislación colombiana, viene el artículo 35 de la ley 4a. de 1933 sobre "Régimen político y Municipal", precepto que encabeza el capítulo IV referente a "clasificación de las reglas y leyes generales relativas a ellas", disposición que se halla concebida así: "Artículo 35. El ramo civil 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 o minas". Como se ve, en esta enumeración no se halla lo relativo a pensiones, las cuales quedan incluídas en el ramo administrativo según lo dispuesto en el artículo 40 de la ley que acaba de citarse, y las de militares en este ramo particular especificado en el artículo 36 ibidem. Respecto a estos últimos se halla la disposición contenida en el artículo 169 de la Constitución, redactado así: 'Los militares no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley', lo que demuestra que las pensiones no están comprendidas entre los derechos civiles, desde luego que, si así fuera, quedarían incluídas en el artículo 31 de la Constitución y sería redundante la garantía especial consignada en el artículo 169 citado. Es evidente que las pensiones concedidas conforme a la legislación colombiana han tenido y tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas que la nación concede a ciertas personas a quienes considera que se han hecho acreedoras a ellas, por servicios importantes. Nunca se ha creído que esas gracias se obtengan como derechos civiles que la República tenga obligación estricta de reconocer y pagar como parte civil y si en algún tiempo se han dictado leyes que autoricen a determinada entidad para su reconocimiento y han señalado ciertos procedimientos y exigido algunos comprobantes para otorgarlas en algunos casos, es claro que esa tramitación ha sido únicamente con el fin de buscar la equidad, y de saber quiénes las merecen para poder asignarlas con relativo acierto a los que son acreedores a ellas, mas ello no quiere decir que el acto del otorgamiento constituya un derecho adquirido con justo título, conforme a las leyes civiles del país. Tal doctrina se deduce del contexto de las leyes que sobre pensiones se han dictado durante la vigencia de la actual Constitución, desde la ley 50 de 1886 hasta la 144 de 1913. De otro lado existen muchas pensiones decretadas directamente por la ley, sin que los agraciados hayan tenido que comprobar nada ni sujetarse a ninguna tramitación. Si pues las pensiones de que se viene tratando no han sido asignadas en las leyes civiles, sino por la Nación, como entidad de derecho público, en ejercicio de su soberanía, es evidente que no están comprendidas en la disposición del artículo 31 de la Constitución, y, por consiguiente, el legislador que las concedió puede modificarlas cuando lo tenga a bien como en el caso del proyecto que se contempla, el cual no contraría la disposición constitucional que se deja citada últimamente".

Pueden concretarse así las razones del fallo a que se refiere y en que basa su concepto el señor Procurador General de la Nación en orden a demostrar que las pensiones legalmente decretadas son gracias o recompensas gratuítas y que no otorgan lo que se llama derechos adquiridos en favor de sus beneficiarios:

1a.—Que por proceder las pensiones de actos de la Nación en su carácter de entidad de derecho público no implican a su cargo obligaciones de derecho privado.

2a.—Que las pensiones por no haber sido asignadas en leyes civiles no otorgan derechos civiles, y que por lo tanto no están comprendidas dentro de los derechos protegidos por el artículo 31 de la Constitución (30 de la actual Codificación).

Naturaleza jurídica de las pensiones.

Cree la Corte que antes de ir al examen de los textos constitucionales que garantizan derechos civiles, para ver si se aplican o nó a las pensiones que otorga el Estado, es necesario estudiar el carácter de ellas, su naturaleza jurídica, a la luz del derecho público, que es el que les da origen y conforme al cual se configuran. Advirtiéndose que lo que va a verse se refiere exclusivamente a las pensiones de los funcionarios y empleados del servicio público por causa y en razón de su ejercicio.

La mayor parte de las funciones públicas no son obligatorias en los estados modernos: en principio nadie está obligado a entrar al servicio público. Para obtener los colaboradores indispensables al buen funcionamiento de los servicios es necesario atraerlos por medio de ventajas personales.

Tal concurso de empleados y funcionarios juega en las democracias colectivas modernas un papel capital. Asegura el celo, la probidad en los servicios públicos, así como la tecnicidad para los funcionarios de carrera.

Las ventajas personales son medidas que se toman por los Estados, no tanto en favor de los funcionarios, como en interés del buen funcionamiento de los servicios públicos. Ventajas personales son

las retribuciones pecuniarias, como los sueldos, salarios, dietas, gastos de representación.

Las ventajas personales referentes a la función se determinan por las leyes y reglamentos sobre la organización de cada uno de los servicios públicos. Son elemento esencial de esa organización. Se fijan no en vista de una persona determinada o para un agente público en el momento en que entra al servicio, sino objetivamente, por el buen funcionamiento de éste, por la función, y en consecuencia para todos los agentes públicos titulares, presentes y futuros, de una determinada función. Forman un **status**, una situación jurídica objetiva, general e impersonal, legal y reglamentaria.

Consecuencias de las relaciones jurídicas del **status** legal y reglamentario del agente público son la de que las ventajas personales tocantes con una función pueden ser en todo momento modificadas, aumentadas, reducidas o suprimidas completamente, sin que los titulares en ejercicio puedan oponer ninguna objeción jurídica; y la de que cuando las condiciones legales se han cumplido, el funcionario puede exigir la ventaja personal tal como ella se halla fijada en las leyes y reglamentos.

El principio general sobre la naturaleza de las ventajas personales derivadas de la función se aplica al sueldo y a la pensión.

El sueldo eventual, la pensión eventual, son status, situaciones jurídicas objetivas, generales y personales, legales o reglamentarias.

Tanto el sueldo como la pensión han sido organizados por la ley con el objeto de asegurar el buen funcionamiento del servicio público, y no en interés personal del funcionario, no se busca favorecer a tal individuo o a tal clase de individuos. Se trata de poner en juego las ventajas pecuniarias en orden a obtener una buena gestión de tal o cual función pública, abstracción hecha del titular de esa función.

El sueldo es esencialmente el pago periódico de una suma de dinero según una tarifa previamente establecida y mediante el cumplimiento de todas las condiciones fijadas por las leyes y reglamentos para su obtención; en razón del ejercicio de una actividad personal para un servicio público, durante el tiempo en que el agente efectivamente lo presente.

Por referirse el sueldo eventual a una situación jurídica legal o reglamentaria, puede ser modificado, en todo momento, por la ley o el relamento, sea en su quantum, sea en sus modalidades.

Pero la supresión o reducción del sueldo no es posible más que para el porvenir. Desde que el sueldo se ha devengado, cuando las condiciones para el nacimiento de la acreencia se han llenado, ni la ley, ni el reglamento pueden tocar esa acreencia; serían una ley y un reglamento retroactivos.

Hay el derecho al sueldo por devengar y el derecho al sueldo devengado.

El derecho al sueldo por devengar es un **status**, una situación jurídica general, impersonal.

El derecho al sueldo devengado es una situación jurídica individual, intangible.

La pensión de retiro es una retribución pecuniaria pagada periódicamente, en principio hasta la muerte, a un agente público que ha llenado todas las condiciones legales y que se halla desinvestido de su función en razón de una decisión regular que lo ha declarado en retiro del servicio.

La pensión no tiene carácter contractual, y su régimen jurídico es fijado por la ley y por los reglamentos.

La pensión de retiro se distingue del sueldo, aunque se ha dicho que ella no es sino un sueldo especial.

El sueldo supone el ejercicio activo de la función. La pensión supone que el agente público ha dejado de ejercer la función y de recibir el sueldo.

El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión. En tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquel se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la pensión eventual una situación jurídica objetiva, legal, puede ser modificada para el porvenir en cualquier instante, por la ley, sea en sú quantum, sea en sus modalidades.

Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha, por hallarse colocado en una situación jurídica individual.

Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el status que corresponde a una pensión **adquirida.**

El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento, no podrían ser modificadas en detrimento suyo.

Pero no obstante lo dicho, las pensiones ya decretadas pueden ser afectadas por suspensión en el goce de ellas o por pérdida o caducidad definitiva del derecho a las mismas, en ciertos casos señalados limitativamente, como sanción establecida en las leyes. La residencia fuera del territorio nacional de un

pensionado militar sin autorización de su gobierno, suspende de ordinario el goce de la pensión. Y la pérdida definitiva de la pensión ocurre en los casos de pena de destitución y de pena de degradación de los militares.

Los principios y reglas anteriormente expuestos son los que rigen en lo general el régimen jurídico contemporáneo de los sueldos y pensiones que paga el Estado a los servidores públicos.

Es cierto que Roger Bonnard en su obra "Precis de Droit Administratif", edición de 1935, página 414, refiriéndose a los decretos legislativos de 6 de abril y de diez de mayo de 1934, considera que según ellos la situación del pensionado es actualmente en Francia apenas legal o reglamentaria, modificable por obra de leyes nuevas. "Y es lógico que jurídicamente ello sea así —dice el expositor citado— ya que financieramente la pensión no es otra cosa sino la prolongación del sueldo. Se podría y se debería admitir que el funcionario se halla en una situación individual si la pensión constituyera una renta vitalicia. Pero se ha visto que la pensión no tiene ninguno de los caracteres de la renta vitalicia".

Bonnard encuentra justificado jurídicamente un decreto que según él, coloca a los pensionados franceses dentro de un status puramente legal y reglamentario, por considerar que no siendo las pensiones financieramente otra cosa que la prolongación de un sueldo, su régimen se ha de confundir con el régimen legal y reglamentario de los sueldos. La razón no es convincente, porque antes que el carácter financiero de la pensión está la naturaleza jurídica de ella.

Según otros autores la pensión participa de varias características de los sueldos y de características también propias de la renta vitalicia; pero no es esencialmente ni lo uno ni lo otro. Houriou definía así la pensión en la edición séptima, de su obra Droit Administratif, página 648, editada en 1911: "La pensión es un **sueldo diferido** servido bajo forma de renta vitalicia al funcionario que se coloca en situación de retiro, cuando ciertas condiciones se han llenado". Y el mismo autor, en la undécima edición de su obra, página 769, año de 1923, la define de esta suerte: "La pensión es una prestación a título de sueldo diferido basado sobre retenciones, servido bajo forma de renta vitalicia, al funcionario colocado en situación de retiro, cuando ciertas condiciones se han llenado".

Gastón Jéze, en su obra Les Principes Généraux du Droit Administratif, edición de 1930, páginas 824 y 825, ilustra la cuestión cuando expone aludiendo al régimen pensionario francés, que la retención sobre el sueldo para la constitución de una pensión no es una condición del derecho a la pensión. Dice: "3o. Si la retención debida legalmente no se ha efectuado, ello no hace desaparecer el derecho a la pensión". De donde se infiere que si en Francia las pensiones se pagan generalmente con fondos tomados a los funcionarios de sus sueldos, el derecho a la pensión es superior a esa circunstancia de la retención independiente de ella. Y por este aspecto la pensión no tiene en Francia el carácter de renta vitalicia.

Ella es, como lo enseña Rolland (Precis de Droit Administratif, 1934 página 84) "una prestación pecuniaria efectuada por el Estado, un Departamento, una Comuna, y destinada a remunerar los servicios de un funcionario".

Y que se distingue del sueldo, y no puede confundirse con él, porque los servicios que remunera son servicios ya prestados. El sueldo **eventual** y la pensión **eventual** se asemejan; pero la pensión **adquirida** no puede confundirse con un sueldo eventual. Si como lo dice Bonnard, la pensión es una prolongación del sueldo, importa no aplicar a esa prolongación de sueldo el concepto de sus revocabilidad a voluntad del Estado, confundiendo situaciones jurídicas diferentes y aplicando al régimen de las pensiones adquiridas el régimen de los sueldos eventuales; pues la lógica impone que la aplicación de esos principios se haga en forma distinta: el régimen del sueldo eventual a la pensión eventual, y el régimen del sueldo devengado a la pensión adquirida.

No es igual la espectativa que tiene el empleado público a los sueldos no devengados, que la que tiene un pensionado a las mensualidades de su pensión legalmente decretada. El sueldo no se debe sino cuando el agente público ha prestado el servicio propio de su función, es decir que el sueldo implica la prestación del servicio con posterioridad al nombramiento y posesión del empleado; las pensiones se deben desde cuando se decretan, porque ellas no están subordinadas a la prestación de ulteriores servicios por parte del pensionado, pues éste los prestó ya con anterioridad al acto de reconocimiento de su derecho. Una pensión decretada constituye una situación jurídica concreta que no se halla sometida a la ejecución de acto alguno posterior por el pensionado para que ella se mantenga. La pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse.

Es pues evidente, por aplicación de los principios generales del derecho público que dominan la materia, a los cuales se ha hecho referencia, que el Estado está en el deber de satisfacer la prestación pecuniaria preestablecida, cuando el agente público

ha llenado las condiciones legales para merecer la pensión y ésta se ha decretado por la autoridad competente. Tal ventaja personal del funcionario constituye un status, una situación jurídica individual, intangible, respecto de las pensiones **adquiridas.**

A esta deducción se llega, según se ha visto, atendiendo a la naturaleza de la pensión cuando se trata de funcionarios o empleados públicos por su carácter compensatorio o retribución diferida de servicios prestados. Se advierte que esta conclusión no comprende otras pensiones que no tienen ese carácter, por no asignarse en razón de servicios sino por motivos distintos.

Las pensiones de jubilación son compensatorias.

Pór deberse estas pensiones en razón de servicios prestados son compensatorias de ellos. La Sala Plena encuentra en este punto acertados los siguientes conceptos de los Magistrados de la Corte que salvaron sus votos en la memorada sentencia de 1915: "También ha consignado la respetable mayoría de la Corte el concepto de que las pensiones concedidas por las leyes colombianas tienen el carácter de gracias o recompensas gratuitas. No es esta, a nuestro juicio, la naturaleza de las recompensas y pensiones que pueden concederse al tenor del inciso 5o. del artículo 78 de la Constitución. Al contrario, son ellas remuneratorias. Y por serlo, las leyes generales que reglamentan el ramo establecen las condiciones de la concesión, y entre ellas figuran la clase, naturaleza y duración de los servicios prestados a la Republica ya en empleos civiles, ora en cargos militares....".

Análisis de las premisas en que se basó el fallo dictado en 1915. — Revisión de pensiones

Las consideraciones anteriores serían suficientes para deducir, por la naturaleza jurídica de la pensión jubilatoria en razón de servicios, que ella constituye, cuando ha sido decretada en virtud de sentencia de la autoridad competente, un derecho "adquirido", garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes o actos administrativos, o jurisdiccionales posteriores. Esto sin perjuicio, naturalmente, de las acciones de revisión en los casos en que jurisdiccionalmente hay lugar a ellas (Artículos 164 y siguientes de la ley 167 de 1941), sólo que al hacerse la revisión, cuando sea procedente, se tendrá como base obligatoria la de que la cuantía de la pensión reconocida no puede disminuírse, porque ello quebrantaría el derecho adquirido. La revisión comprenderá otros aspectos y en ellos operará. Siendo de advertir que la intangibilidad del derecho adquirido no se opone a la revisión en que se reconozca un aumento de la cuantía fijada en el acto que decretó la pensión; porque la elevación de las cuantías dispuesta en una ley o en otro medio general que no excluya expresamente del aumento a los ya pensionados, ha de aplicarse a todos en atención a su generalidad, a la voluntad que conlleva la ley en beneficio adicional o complementario de los ya reconocidos y por el espíritu social que informa la nueva disposición legislativa, el que impone la igualdad ante ella de todos los servidores del Estado que hayan llenado los presupuestos preestablecidos para merecer la pensión.

Mas es conveniente volver al examen de los postulados en que se basó el fallo dictado por la Corte en 1915, de que da cuenta la primera parte de la presente decisión, o sea, que por proceder las pensiones de actos del Estado en su carácter de entidad de derecho público no implican a su cargo obligaciones en el campo del derecho privado, y que por no haber sido asignadas en leyes civiles no otorgan derechos civiles amparados por la Constitución.

Obligan al Estado sus actos respecto de particulares como entidad de derecho público?

No es fundado el concepto de que por proceder las pensiones de actos del Estado en su carácter de entidad de derecho público no implican obligaciones a su cargo que deba cumplir.

Evidentemente las pensiones no obligan a la Nación como persona de derecho privado, pues ésta siempre es una persona de derecho público. Las pensiones son actos de gobierno ejecutados por éste en su carácter de entidad de derecho público. Pero de que no tengan para el Estado el carácter de obligaciones de derecho privado, no se deduce que no tengan el carácter de obligaciones.

El Estado, actúa en sus relaciones con los particulares, bien por los procedimientos de derecho público, o bien por los de derecho privado. Pero en uno y otro caso, de los actos del Gobierno resultan relaciones de derecho con terceros y de ellas surgen derechos y obligaciones recíprocas en favor y a cargo de la Nación y de las personas con las cuales se relacionan los distintos actos del Estado. Estas obligaciones son igualmente respetables y comprometen de idéntica manera a la Nación, así provengan de actos suyos administrativos puramente o contractuales.

Y los particulares que entran en relaciones con el Estado adquieren por razón de ellas derechos

tan dignos de respeto cuando emanan de actos del Estado como entidad de derecho público como cuando provienen de actos del Estado en su condición de persona jurídica.

Ejemplos de orden práctico sobre casos de mucha ocurrencia son por demás elocuentes. Tales, entre otros, la adjudicación de minas a particulares, de conformidad con el Código de la materia, y la adjudicación de baldíos a los mismos, en armonía con el Código Fiscal. En uno y otro coso la propiedad minera y la de las tierras pasan a particulares por actos de concesión otorgados por el Estado como entidad de derecho público, después que el interesado en la adquisición de las minas o de las tierras ha acreditado el cumplimiento de los requisitos que para obtener la adjudicación tienen establecidas las leyes que regulan cada una de estas materias.

No podría afirmarse que por proceder las adjudicaciones de baldíos y de minas de actos de la Nación como entidad de derecho público no implican obligaciones a cargo de aquella, porque la Nación está en el deber legal de adjudicar las minas y los baldíos a las personas que han llenado las condiciones y los requisitos necesarios para que se le adjudiquen.

Constituyen las pensiones derechos civiles?

La referencia que hace la sentencia de 1915 a las expresiones "leyes civiles" y "leyes sobre materia civil" se dirige a buscar una aplicación literal de los términos de la Constitución de 1886, artículo 31, cuando dice que no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores los derechos adquiridos con justo título, "con arreglo a las leyes civiles"; principio que el Artículo 10 del Acto Legislativo número 1o. de 1936 y el 30 de la actual codificación reprodujeron diciendo que se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, "con arreglo a las leyes civiles".

Se ha dicho que por no haberse hecho mención especial dentro de las leyes de naturaleza civil a aquellas que autorizan el reconocimiento de las pensiones, éstas últimas no tienen el carácter de leyes civiles, y que por lo mismo no dan nacimiento a derechos civiles.

Cabe observar, sinembargo, que el propio artículo 1o. del Código Civil, al decir que comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan derechos de particulares por razón **de sus bienes,** permite estimar que las pensiones son bienes civiles de sus beneficiarios. Porque **los bienes** de las personas son cosas corporales o incorporales, siendo estas últimas las que consisten en meros derechos, como los créditos y las servidumbres activas (artículo 653 del C. C.). Porque sobre las cosas incorporales hay también una especie de propiedad (artículo 670 C. C.). Y porque los derechos personales o créditos son los que pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo **o la sola disposición de la ley,** han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado, o el hijo contra el padre por alimentos. (Artículo 666 ibidem). De los términos de las leyes que otorgan el derecho a pedir pensiones del Estado se deduce la obligación correlativa de éste a atender a su servicio y pago cuando quiera que el particular ha llenado los requisitos exigidos por las mismas leyes y siempre que la autoridad competente haya decretado la pensión.

Y por este concepto puede estimarse que siendo las pensiones **bienes de** los particulares, son asimismo derechos personales suyos. Es decir, que las leyes sobre pensiones caben dentro de las que conceden o determinan derechos civiles de los particulares por razón de sus bienes.

De otro lado, no se ve el motivo que haya para limitar el concepto de "leyes civiles" al restricto que resulta de los términos del artículo del Código Civil. Porque leyes civiles son las que conceden un derecho sustantivo de carácter privado, y ese reconocimiento puede hacerse en virtud de disposiciones legales consignadas en diversos códigos, como el Fiscal, el de Minas y aún el propio Código Judicial. El artículo 1o. del C. C. expresa que dicho Código comprende las disposiciones legales sustantivas que determinan derechos de particulares por razón de sus bienes. Y nada se opone a que compilaciones legales que no lo son por su naturaleza de leyes sustantivas, contengan disposiciones que reconozcan derechos privados. Pueden las pensiones estar incluídas en el ramo administrativo, pero tal cosa no implica que ellas no confieran derechos privados a favor de los particulares beneficiados.

Los sueldos no los paga el Estado como **parte civil** (expresión del fallo de 1915) y nadie niega que constituyen derechos adquiridos los ya devengados. En igual situación se hallan las pensiones legalmente decretadas: son prestaciones por servicios ya cumplidos. Como los sueldos, dan origen a créditos contra la entidad a cuyo cargo se decreta la pensión.

Las pensiones se deben desde la demanda

Por otorgar las pensiones derechos personalísimos, no transmisibles a los herederos, sino ejercitables por los propios beneficiarios, si no se reclaman no hay por qué satisfacerlas y se entiende que se dis-

pensan entonces por quienes pueden pedirlas, al obligado a su pago. Se deben, por tanto, solamente desde cuando se demandan en juicio y siempre que las cnndiciones para merecerlas se hayan llenado.

El artículo 9o. del Decreto 136 vulnera los derechos adquiridos.

Todo lo expuesto lleva a deducir que el artículo 9o. del Decreto número 136 de 1932, al disponer que desde su vigencia "ninguna pensión pagada por el Tesoro Nacional será mayor de $ 80.00 mensuales", quebranta o puede quebrantar el derecho acreditado en fallos de la autoridad competente que reconocen o reconozcan pensiones a cargo de la Nación por una cuantía mayor de esa suma, y que por ello es inconstitucional.

RESOLUCION

La Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la función que le otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, DECLARA inexequible el artículo 9o. del Decreto No. 136 de 1932 que fue objeto de acusación en el presente juicio.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dese cuenta al Ministerio de Gobierno e insértese en la Gaceta Judicial.

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

SALA DE CASACION CIVIL

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

Es doctrina admitida ya por la Corte la de que no objetada la cuantía de la acción por la parte demandada se considera "como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para deducir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente, Doctor: Hernán Salamanca).

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 18 de Septiembre de 1945, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por José María Muñoz contra Mariana de Jesús Muñoz sobre declaraciones y ordenamientos relacionados con un inmueble ubicado en la ciudad de Pasto, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado del demandante. El Tribunal, en auto de 10 de Noviembre del año citado, denegó la concesión del recurso por considerar que habiendo el actor determinado en su demanda la cuantía en cifra inferior a $ 3.000, sin reclamo del demandado, no existe motivo de duda que autorice la aplicación del artículo 524 del C. J.—y la fijada no da para el recurso. Ante esta negativa, el demandante interpuso el recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidió reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales ha ocurrido ante la Corte con el objeto de que le sea concedido el recurso de casación denegado.

Para resolver se considera:

El Tribunal, como se vió, se negó a conceder el recurso oportunamente interpuesto y procedente por la naturaleza del juicio, fundado en la circunstancia de que el demandante Muñoz, en la demanda con que inició el juicio, estimó la cuantía en la cantidad de $ 2.500 oro legal y esta estimación no fue objetada por la demandada, por lo cual es preciso, según jurisprudencia de esta Sala de Casación, considerar esta cuantía como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para deducir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación.

La tesis usada por el Tribunal en este caso para denegar el recurso de casación por concepto de cuantía, y que venía sosteniéndose por esta Sala, aunque con votos disidentes, a partir de la decisión de fecha 30 de Agosto de 1940, visible a páginas 11 a 18 del Tomo L de la Gaceta Judicial ha sido totalmente rectificada y reemplazada por la que aparece expuesta, con razones fundamentales, en salvamentos de voto que pueden verse a páginas 589 del Tomo XLIX y 13 del L de la Gaceta Judicial, sintetizados en la providencia de 14 de Diciembre postrero, no publicada aún, en que se adoptó la nueva doctrina y de la cual se transcriben los apartes pertinentes:

...."La fijación de la cuantía exigida en el Artículo 205 del C. J. para el libelo inicial mira a la determinación de la competencia del Juez y a la división al respecto de las cuantías en **mayor** y **menor:** de suerte que esa exigencia se haga por la ley dónde y cuándo aquella disposición la hace, es una circunstancia que demuestra que concretada la fijación a esa finalidad, no puede reputarse vedada la indagación del valor efectivo de lo disputado cuando se trata, no ya simplemente de establecer la competencia de cierto juez en razón de tratarse de asunto de mayor cuantía o de menor cuantía, sino de saber si procede o no el recurso de casación porque a la hora de éste el valor efectivo de aquello alcance o no a la cifra señalada por el Artículo 519 de ese Código.

"Esa fijación inicial la hace el actor como a bien únicamente cuando el demandado reclama, de lo que tenga y por su solo dicho, verificable o controlable es dueño de hacer o nó, no suministra siempre la base firme necesaria para conceder o negar este recurso, por lo cual el artículo 524 de la misma obra autoriza un avalúo pericial que disipe la duda cuando hay verdadero motivo para ésta.

"Mientras rigió la Ley 105 de 1890, dada la redacción de su artículo 4o., hubo de entenderse que la determinación inicial de la cuantía producía sus efectos para todo lo que en la actuación hubiera de guiarse por ella; pero hoy, en vista de lo antedicho sobre el Artículo 205, no puede darse a esa fijación ese alcance, sino que ha de reconocérsela circunscrita a lo ya visto sobre competencia. En este sentido fue muy categórico el Artículo 4o. de la Ley 90 de 1920 que, con la sola salvedad de los casos allí puntualizados, ordenaba que antes de decidir sobre la concesión del recurso de casación, cuando no apareciera en el proceso el valor de las cosas materia del pleito, se fijara por medio de peritos la cuantía de la acción, "aunque en la demanda se determinen dichas cuantías".

En el presente caso todo indica que la fijación hecha en el libelo difiere del valor efectivo de lo litigado, por más que éste no se estableciera con peritazgo **ad-hoc.** Así las cosas, salta a la vista que hay un verdadero motivo de duda y que por tanto debe acudirse al avalúo pericial indicado por el citado Artículo 524.

Así pues, la Sala no puede proceder en forma de conceder desde luego el recurso de casación, puesto que se ignora, mientras ese avalúo no se haya hecho, si el valor de lo litigado da base para ello ante el artículo 519 del C. J., y lo procedente es ordenar al Tribunal que provea a ese avalúo y que, sobre la base que éste le suministre, conceda o niegue el recurso de casación. Es así como la Sala puede hoy admitir y delimitar el de hecho.

Por lo expuesto, se resuelve: Admítese el recurso de hecho en forma de que el Tribunal de origen proceda como indica el artículo 524 del C. J. A este fin se le enviará en copia la presente providencia, una vez ejecutoriada.

Notifíquese.

Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza Hernán Salamanca — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas — José Antonio Montalvo — Pedro León Rincón, Srio.

ACCIONES DE NULIDAD DE UNAS CLAUSULAS DE UNA ESCRITURA DE DONACION, DE REIVINDICACION DE BIENES, ETC.

1.—Para la prosperidad de la ación de dominio ha menester que se cumplan los siguientes requisitos: 1o. Que el dominio de la cosa reivindicada corresponda al reivindicante; 2o.—Que el demandado esté en posesiónde la misma; 3o.—Que se trate de una cosa singular o de cuota determinada en una cosa singular, y 4o.—Que haya identidad entre lo reivindicado y lo poseído por el demandado.

2.—La excepción de ilegitimidad de la personería sólo puede tener existencia cuando en el actor no concurre el derecho que invoca o no es titular de él, o cuando el demandado no es el sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende deducir en el juicio.

3.—El poseedor de buena fe, vencido en juicio reivindicatorio, tiene un claro derecho, que le otorgan los artículos 965 y 966 del Código Civil, a que se le abonen tanto las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, como las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda, correspondiéndole al reivindicador la facultad de elegir entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consistan las mejoras o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiera más la cosa en dicho tiempo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, quince (15) de Febrero de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

Por medio de libelo de demanda de primero de octubre de mil novecientos cuarenta, que fue aclarado y corregido por el de siete de febrero del año siguiente, los señores Julio Roberto, María Irene, Miguel Francisco y Jorge Aníbal Arenas Avila propusieron ante el señor Juez del Circuito en lo Civil de Garagoa juicio ordinario en contra de los señores Florencio Arenas C., Hermelinda Avila de Arenas, la sucesión ilíquida de Luis Rosendo Forero Morales representada por la cónyuge superstite señora María Morales viuda de Forero y por sus hijos legítimos, señores Beatriz, Guillermo, Alberto, Eduardo, Rosendo y Hugo Forero Morales y del señor Dionisio Hernández, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA:—Que las cláusulas contenidas en la Escritura Pública número quinientos noventa y nueve (599) de fecha catorce (14) de octubre de mil novecientos doce (1912), otorgada en la Notaría Unica del Circuito de Garagoa, y que a la letra dicen: "LOS DONATARIOS TAMPOCO PODRAN USUFRUCTUAR SUS PROPIEDADES O MEJOR LAS DONADAS HOY, HASTA EL FALLECIMIENTO DE SUS LEGITIMOS PADRES, NI MUCHO MENOS GRAVARLAS EN NINGUNA FORMA, MIENTRAS CAREZCAN DE LA EDAD QUE LA LEY EXIGE PARA TALES CASOS" son de nulidad absoluta, esto es, de ningún valor legal. La primera, a saber: LOS DONATARIOS TAMPOCO PODRAN USUFRUCTUAR SUS PROPIEDADES O MEJOR LAS DONADAS HOY, HASTA EL FALLECIMIENTO DE SUS LEGITIMOS PADRES", por cuanto consagran un usufructo sucesivo. Y la segunda, a saber: "NI MUCHO MENOS GRAVARLAS EN NINGUNA FORMA, MIENTRAS CAREZCAN DE LA EDAD QUE LA LEY EXIGE PARA TALES CASOS", por carecer totalmente de efectividad jurídica.

"SEGUNDA:—Que se deben cancelar en la Oficina de Registro y en la Notaría correspondiente, tales dos cláusulas transcritas. Para este efecto el señor Juez se servirá librar la orden respectiva.

"TERCERA:—Que nosotros los cuatro (4) donatarios y demandantes somos los dueños absolutos del derecho de dominio pleno sobre los tres inmuebles donados en la citada Escritura Pública, desde el día DIECISEIS (16) DE JUNIO DE MIL NOVECIENTOS TREINTA Y DOS (1932), fecha en la cual aparece legalmente comprobada la muerte de la última sobreviviente de los donantes, señora URSULA CARDENAS DE ARENAS, por cuanto el usufructo reservado para sí mismo por los donantes, esto es por los señores Esteban Arenas y Ursula Cárdenas de Arenas, por los días de su vida, en la fecha indicada se consolidó con la nuda propiedad en nuestra favor.

"CUARTA:—Que el contrato recogido en la Escritura Pública número quinientos siete (507) de fecha treinta y uno (31) de agosto de mil novecientos diez y siete (1917), otorgada ante la Notaría Unica

del Circuito de Garagoa, carece de valor y de efecto jurídico en cuanto se refiere a la traslación de dominio, o de usufructo, sobre el inmueble objeto de él, pues el señor Luis Rosendo Forero M, y sus herederos señores María Morales viuda de Forero, Guillermo, Beatriz, Alberto, Eduardo, Rosendo y Hugo Forero Morales, no adquirieron, ni han adquirido, el usufructo ni el dominio pleno del legítimo dueño de tales derechos.

"QUINTA:—Que el original, o la matriz, de esta Escritura número QUINIENTOS SIETE (507) debe cancelarse en la Notaría respectiva, así como en la Oficina de Registro correspondiente la inscripción de la misma. El señor Juez se servirá librar orden para tal efecto.

"SEXTA:—Que el contrato recogido en la llamada Escritura Pública número ciento treinta y uno (131) de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos veintiocho (1928) y otorgada ante la misma Notaría Unica del Circuito de Garagoa, carece de valor y de efecto jurídico en cuanto se refiere a la traslación de dominio, o de usufructo, sobre el inmueble objeto de nuestra demanda por cuanto el señor Dionisio Hernández no adquirió, ni ha adquirido, el usufructo ni el dominio pleno del legítimo dueño de tales derechos.

"SEPTIMA:—Que el original, o la matriz, de dicha Escritura número CIENTO TREINTA Y UNO (131) debe cancelarse en la Notaría respectiva, así como en la Oficina de Registro correspondiente la inscripción de la misma. El señor Juez se servirá librar la orden correspondiente para tal efecto.

"OCTAVA:—Que dicha Escritura —la ciento treinta y uno (131) de fecha cinco (5) de marzo de mil novecientos veintiocho (1928)— adolece de la nulidad prevista en la segunda parte del artículo (2664) dos mil seiscientos sesenta y cuatro de nuestro Código Civil en cuanto se relaciona con su primer registro, a saber, el que aparece en el Libro correspondiente número Primero, tomo 1o. al folio ciento veinte) v. bajo la partida número ciento ochenta y dos (182) y de fecha veintinueve (29) de abril de mil novecientos veintiocho (1928).

"NOVENA:—Que el segundo registro que se hiso de esta misma Escritura, a saber, el que aparece en el Libro correspondiente número Primero de mil novecientos cuarenta (1940), Tomo 1o. folio doscientos noventa y ocho (298) v. con fecha nueve (9) de septiembre del mismo año mil novecientos cuarenta (1940), y bajo la partida número seiscientos cuarenta y cuatro (644), carece de valor y de efecto jurídico también en cuanto se refiere a la traslación de dominio, o de usufructo, sobre el inmueble objeto de nuestra demanda, y de consiguiente debe cancelarse —en cuanto a dicho inmueble se refiere. El señor Juez se servirá librar la orden para tal efecto.

"DECIMA:—Que como consecuencia inmediata, directa, principal y necesaria de las anteriores declaraciones la parte demandada, y en especial el señor DIONISIO HERNANDEZ, queda condenada a restituírnos, tres días después de ejecutoriada la sentencia, la casa de rafa y teja ubicada en cuadras de la población de Garagoa junto con sus anexidades, esto es, la misma que aparece alinderada en la citada Escritura Pública de donación y a la cual se refiere esta demanda, a saber: "por el frente la calle pública del Municipio; por el costado norte, con casa y solar del señor Narciso Forero, hoy de sus causantes y adquirentes; por el occidente, con solar de la casa de los mismos; y por el costado sur, con solar de propiedad del señor Bernabé Guevara, hoy del demandado señor Hernández".

UNDECIMA:—Que el demandado y poseedor actual de dicha casa, señor Dionisio Hernández, ES POSEEDOR DE MALA FE desde el primer momento en que entró en poseción del inmueble, o sea desde el mes de marzo de mil novecientos veintiocho (1928).

DUODECIMA:—Que dicho demandado señor Hernández queda condenado a pagarnos los frutos naturales y civiles de este inmueble, liquidados a partir del día dieciseis (16) de junio de mil novecientos treinta y dos (1932), fecha en la cual, como ya está dicho, se consolidó el usufructo con la nuda propiedad en nuestro favor, hasta el día en que se verifique la restitución decretada. Para tal efecto, justipreciamos desde ahora el valor de tales frutos, naturales y civiles en la suma de CIENTO OCHENTA PESOS ANUALES ($ 180.00), sin perjuicio de cuanto posteriormente consideremos de nuestro derecho agregar.

"DECIMATERCERA:—Que esta casa reivindicada debe sernos restituída en buen estado.

"DECIMACUARTA:—Que nuestro demandado señor Dionisio Hernández queda condenado a pagarnos todas las costas del presente juicio, según liquidación que se haga de acuerdo con los trámites legales, caso de oposición a la presente demanda".

Los actores fundamentaron en diez y ocho hechos su acción y admitida ésta, los demandados la contestaron aceptando algunos de aquellos y negando otros, proponiendo el demandado Hernández las excepciones de prescripción, petición de modo indebido, falta de acción, ilegitimidad de la personería de demandantes y demandados, inepta demanda, cosa juzgada y oponiéndose todos a que se pronunciaran las declaraciones solicitadas.

A su turno el demandado Hernández propuso demanda de reconvención en contra de los actores Arenas Avila para que se hicieran estas declaraciones, en el caso de que prosperaran las pretensiones de éstos:

"PRIMERA:—Que los demandantes están obligados a pagarme el valor de dos casas, la una de dos pisos, de paredes de adobe y techo cubierto de teja de barro cocido, y la otra de un solo piso, también de paredes de adobe y techo de teja metálica, ubicadas ambas en el patio de la casa por cuyo dominio he sido demandado por mis reconvenidos Arenas Avilas, casas que son adyacentes a la que se reclama y forman un solo edificio con ella;

" Segunda.—Que los mismos están obligados a pagarme todas las demás mejoras útiles que a la casa por cuyo dominio o propiedad se me demanda le he hecho hasta la fecha, tales como colocación de una porta-ventana, barandillado con sus balaústres, columnado, arreglo de pisos, cielo-rasos, papelado, etc., etc.;

"Tercera.—En subsidio de las anteriores declaraciones, solicito que mis demandados reconvenidos sean condenados a pagarme o abonarme el valor de todas las mejoras útiles que la cosa reivindicada haya recibido hasta la fecha, mejoras hechas por mi cuenta, y

"Cuarta.—Que mientras mis reconvenidos no me hayan cubierto dichos valores o no me los hayan asegurado a mi satisfacción, yo puedo retener en mi poder los bienes reivindicados".

Admitida que fue esa demanda de reconvención los contrademandados la contestaron negando todos los hechos que le sirven de fundamento y oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas.

Surtido el juicio doble por sus correspondientes trámites, el Juzgado de primera instancia lo decidió en sentencia de 10 deJunio de 1943, en cuya parte resolutiva dispuso lo siguient:

1o.—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por el demandado Dionisio Hernández en la contestación de la demanda.

2o.—Declárase de ningún valor legal la cláusula contenida en la escritura pública No. 599 de 14 de octubre de 1912 que dice: "Los donatarios tampoco podrán usufructuar sus propiedades o mejor las donadas hoy, hasta el fallecimiento de sus legítimos padres, "por cuanto consagra un usufructo sucesivo;

3o.—No es el caso de hacer la declaratoria de nulidad de la cláusula que dice: "Ni mucho menos gravarlas en ninguna forma, mientras carezcan de la edad que la ley exige para tales casos", ni de ordenar su cancelación en las oficinas de notariato y registro;

"4o.—La cláusula de la escritura a que se refiere el ordinal 2o. de la parte resolutiva de este fallo deberá ser cancelada tanto en la Notaría como en la respectiva inscripción en el Registro, para lo cual se librará a los funcionarios respectivos la orden del caso;

"5o.—Declárase que los cuatro demandantes María Irene, Miguel Francisco, Jorge Anibal y Julio Roberto Arenas Avilas, mayores todos y vecinos el primero y el último de esta ciudad, y los otros dos de Bogotá, son dueños absolutos del derecho de dominio pleno sobre dos inmuebles donados en la escritura pública No. 599 ya mencionada, es decir, de la casa de rafa y teja situada en cuadras de esta población y alinderada: "por el frente la calle pública del Municipio; por el costado Norte, con casa y solar del señor Narciso Forero, hoy de sus causantes y adquirentes; por el occidente, con solar de la casa de los mismos; y por el costado Sur, con solar de prepiedad del señor Bernabé Guevara, hoy del demandado señor Hernández, "y del terreno situado en la vereda de El Escobal de esta jurisdicción, alinderado así: por el pié, desde un mojón en la orilla de un chorro y del camino que conduce al Guayabal, sigue en recta a otro mojón al pié de un curo macho, lindando con de Andrés Roa; un costado, del anterior mojón, por arboleda a otro mojón cerca de un arracacho, y de allí en recta a otro mojón, a otro en un altico y a otro al pié de un tronco de saúz; de este por arboleda a otro mojón al pié de otro tronco de saúz y a otro que está en la ceja de un barranco, y por la ceja de este en recta a la quebrada lindando con Nicolás Peña, Pedro Lesmes y Silvestre Lesmez; por la cabecera, vuelve por un chorro arriba hasta un mojón que está al pié de un saúz, lindando con terrenos de Bruno Romero; vuelve a la izquierda en línea recta a otro mojón al pié de otro saúz, lindando con tierras de Figueredos; vuelve a la derecha por arboleda de saúces, hasta un mojón en la orilla de un camino público, lindando con terrenos de Figueredos; por el otro costado, todo el camino real antes mencionado hasta dar al primer mojón citado al principio, y encierra, etc. Esta declaratoria comprende desde el 16 de junio de 1932 en adelante.

"6o.—No se hace la declaratoria de dominio impetrada en relación con el terreno ubicado en la vereda de Arada Grande de esta jurisdicción a que se refiere la misma escritura No. 599 atrás mencionada, y por los linderos allí determinados.

"7o.—Declárase que el contrato contenido en la escritura pública No. 507 de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos diez y siete de la Notaría del Circuito de Garagoa, carece de valor y efecto jurídico en cuanto no pudo perjudicar y dejó a sal-

vo los derechos de los demandantes, y que ni Luis Rosendo Forero ni sus herederos María Morales V. de Forero, Guillermo, Beatriz, Alberto, Eduardo, Rosendo y Hugo Forero Morales, adquirieron el dominio ni el usufructo de tales bienes a que se refiere dicha escritura. En consecuencia declárase que dicha escritura No 507 debe ser cancelada en las oficinas de Notariato y Registro de este Circuito, para lo cual se librará la orden correspondiente a los funcionarios del caso.

"8o.—Declárase que el contrato contenido en la escritura pública No. ciento treinta y uno (131) de cinco de marzo de mil novecientos veintiocho de la Notaría de Garagoa, carece de valor y efecto jurídico en cuanto dejó a salvo los derechos de los legítimos dueños de los bienes a que se refiere, y que Dionisio Hernández no adquirió ni el dominio pleno ni el usufructo de tales bienes y en consecuencia se ordena cancelar dicha escritura en las oficinas de Notariato y Registro de este Circuito, para lo cual se librará la orden respectiva.

"9o.—Declárase que la inscripción de la Escritura No. 131 de cinco de marzo de mil novecientos veintiocho que aparece en el Libro No. I, Tomo I al folio ciento veinte (120) v. bajo la partida No. 182 de fecha veintinueve de Abril de mil novecientos veintiocho, es nula, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2664 del Código Civil.

"10o.—Declárase que el segundo registro que se hizo de la misma escritura No. 131 y que aparece en el Libro No. I. Tomo I al folio 298 v. de fecha nueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y bajo la partida No. 644, carece de valor y de efecto jurídico y debe ser cancelada, para lo cual se librará la orden pertinente.

"11o.—Declárase que el señor Dionisio Hernández se halla obligado a entregar a los cuatro demandantes la casa reivindicada por los linderos anotados en el ordinal 3o. de la parte resolutiva de esta providencia, en buen estado, entrega que deberá verificar inmediatamente que los demandantes le paguen el valor de las mejoras que adelante se determinarán o se le asegure por los demandantes satisfactoriamente su importe.

"12o.—No es el caso de hacer la declaratoria de mala fe que se impetra en la súplica 11a. de la demanda.

13o.—Declárase que el demandado Hernández se halla obligado a pagar a los cuatro demandantes los frutos civiles de la casa materia de reivindicación, en su calidad de poseedor de buena fe liquidados a partir del día diez y nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta, es decir, desde la contestación de la demanda, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, apreciados según el dictamen pericial a razón de seis pesos ($ 6.00) mensuales, hasta el día en que se verifique la restitución.

14o.—Declárase, al tenor de la petición primera de la demanda de reconvención, que los cuatro demandantes se encuentran en la obligación de pagar al demandado Dionisio Hernández el valor de las expensas necesarias y útiles hechas en la casa materia de reivindicación, teniendo en cuenta la opción que al reivindicador concede el inciso tercero del artículo 966 del C. C. y avaluado pericialmente "lo que en virtud de dichas mejoras valiera mas la cosa" al tiempo de la restitución, si los demandantes optaren por este valor, condena que se hace a reserva de fijar el importe de tal valor en la ejecución de la presente providencia. Si los demandantes optaren por la de las mejoras, dicho valor será estimado pericialmente en relación con el tiempo de la restitución, ya que no puede hacerse condenación por suma determinada por falta de elementos probatorios que permitan saber cuándo se verificará la restitución y el valor que en ese momento tendrán las mejoras. Tales mejoras son: Dos casas, la una de dos pisos, de paredes de adobe y techo cubierto con teja de barro cocido y la otra de un solo piso y techo de teja metálica y de paredes de adobe, que forman un solo edificio con la casa reivincada; los enmesados superior e inferior del corredor de la casa antigua y la columna puesta en el mismo.

"15o.—Los demandantes reconvenidos solamente se hallan obligados a pagar al demandado Hernández las mejoras que éste hizo con anterioridad a la contestación a la demanda. De consiguiente el Juzgado no accede a hacer condenación que comprenda las mejoras hechas desde la contestación de la demanda en adelante.

"16o.—Hechas las dos declaraciones principales de la contrademanda, el Juzgado se abstiene de considerar la subsidiaria marcada con el ordinal tercero de la demanda de reconvención.

"17o.—Declárase que el demandado señor Dionisio Hernández puede hacer uso del derecho de retención de los bienes reivindicados que le concede el artículo 970 del C. J. en tanto los reivindicadores no le hayan satisfecho el valor de las mejoras reconocidas por la presente sentencia o le hayan asegurado satisfactoriamente su importe.

"18o.—No es el caso de hacer condenación alguna en costas".

En contra de la anterior decisión interpusieron recurso de apelación tanto los actores como el de-

mandado Hernández, por lo cual el juicio subió al Tribunal Superior de Tunja, en donde agotada la instancia fue decidido mediante sentencia de 25 de mayo de 1944, por medio de la cual se revocó la del Juzgado y en su lugar se falló el pleito así:

"1o.—Decláranse probadas, respecto de las correspondientes peticiones de la demanda de que se hizo expresa mención en la parte motiva de este fallo, las excepciones perentorias de cosa juzgada, petición de modo indebido e ilegitimidad sustantiva de los demandantes y de los demandados, en su caso, y, en consecuencia absuélvese de todos los cargos de la demanda principal y del libelo de corrección de la misma a los demandados Florencio Arenas Cárdenas, Hermelinda Avila de Arenas, Dionisio Hernández y la sucesión ilíquida del señor Luis Rosendo Forero Morales, representada por su cónyuge superstite señora María Morales v. de Forero y por sus hijos legítimos Beatriz, Guillermo, Alberto, Eduardo, Rosendo y Hugo Forero Morales, todos mayores de edad con excepción de los dos últimos, que estuvieron representados por su madre legítima señora Morales v. de Forero.

"2o.—No hay lugar a hacer declaración alguna respecto de la demanda de reconvención por cuanto que ésta, en sus dos libelos, está íntimamente conexionada con las demandas principales de cuyos cargos se absolvió al autor de las demandas de reconvención señor Dionisio Hernández.

"3o.—No hay lugar a condenación en costas en ninguna de las instancias".

Como fundamentos de esa sentencia consideró el Tribunal que estaba probada la excepción de cosa juzgada propuesta por el demandado Hernández con respecto a la acción reivindicatoria encaminada a obtener la declaratoria de dominio de la casa que fue objeto de la donación gratuita e irrevocable a que alude la escritura número 599 de 1912, ya que dicha acción fue decidida en la sentencia de 9 de diciembre de 1935, proferida en el juicio ordinario seguido por los mismos demandantes Arenas Avila contra el citado demandado Hernández; que igualmente se encontraba justificada la excepción de petición de modo indebido propuesta por el mismo demandado con respecto a las súplicas primera, segunda, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena de la demanda principal por estimar que no son susceptibles de acumulación, "porque de prosperar simultaneamente llevarían a consecuencias contradictorias, pues, declarada la nulidad de las cláusulas en virtud de las cuales quedó prohibida para los donatarios la enajenación o gravámen, de hecho serían perfectamente válidas las escrituras 507 de 1917 y 131 de 1928", lo cual se opone a la regla consagrada en el ordinal 3o. del artículo 209 del Código Judicial. Encontró igualmente el sentenciador que debía prosperar la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, por lo que hace a la acción reivindicatoria de los terrenos situados en las veredas de "El Escobal" y "Arada Grande", "porque esta clase de acciones se dirigen por el que es dueño contra el poseedor, para que éste sea obligado a restituír la cosa a aquél, y a todo lo largo y lo ancho de las demandas en estudio no se sabe en poder de cuál de los demandados se encuentran esos bienes".

En contra de la anterior decisión recurrió en casación la parte demandante y preparado el recurso como ya lo está en debida forma procede hoy a decidirlo:

El recurrente ataca la sentencia del Tribunal con base en las causales primera y segunda de casación, y como la Sala encuentra fundado uno de los cargos que con asidero en la primera de dichas causales se formula, a él ha de concretar su estudio en atención a lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

En el punto c) del Capítulo I de la demanda afirma el recurrente que el Tribunal violó los artículos 209, ordinal 3o., 472, 473, 482 y 474 del Código Judicial y los artículos 756, 950, 952, 1857, 2637, 2652 y 2664 del Código Civil, cuando absolvió a la parte demandada con fundamento en el siguiente argumento de la sentencia: "Respecto de las acciones acumuladas de que se hizo mención en los apartes a), de un lado, c) y e) de otro, ejercitadas no en forma subsidiaria o condicional, es de anotar que son contradictorias porque de prosperar simultáneamente llevarían a consecuencias contradictorias, pues declarada la nulidad de las cláusulas en virtud de las cuales quedó prohibida para los donatarios la enajenación o gravámen, de hecho serían prefectamente válidas las escrituras 507 de 1917 y 131 de 1928. Luego esas acciones no se pueden ejercitar en la misma demanda porque con ello viola la regla consagrada en el ordinal 3o. del artículo 209 del Código Judicial y de este modo viene a quedar plenamente establecida la excepción de petición de modo indebido que fue propuesta por el demandado", pues sostiene el recurrente que de decretarse favorablemente las peticiones 4a., 5a., 6a., 7a., 8a., y 9a. de la demanda, la conclusión a que se llegaría sería completamente contraria a la del Tribunal, desde luego que no habiendo sido los actores quienes concurrieron al otorgamiento de las escrituras números 507 y 131 ya referidas, mal podrían éstas quedar revalidadas al accederse a la nulidad solicitada, de todo lo cual deduce que no existe la incompatibilidad de acciones que llevó al Tribunal a declarar probada la excepción de petición de modo indebido.

Se considera:

El cargo es fundado, ya que en realidad no existe la incompatibilidad de acciones que apuntó el Tribunal, pues de que lleguen a declarase las nulidades a que se refiere la petición primera de la demanda arriba copiada no se deduce, como lo asevera el Tribunal, la validez de las escrituras públicas números 507 y 131, de 31 de agosto de 1917 y 5 de Marzo de 1928, respectivamente, otorgadas ambas ante la Notaría del Circuito de Garagoa, ya que ninguno de los contratos contenidos en dichos instrumentos ha sido celebrado por los actores personalmente, ni por persona alguna en su nombre y representación. Y como además se reúne la totalidad de los requisitos previstos en el artículo 209 del Código Judicial para que sea viable dicha acumulación, es claro que el sentenciador quebrantó con la acusada decisión la disposición legal sustantiva acabada de citar, y además como consecuencia e indirectamente los artículos 950 y 952 del C. C.

Prosperando, como prospera, el cargo en estudio, debe la Sala infirmar el fallo recurrido y proferir en su lugar la decisión correspondiente, para lo cual se adelantan las siguientes consideraciones:

Consta en autos (folios 1 y 2, cuaderno principal de la demanda) que por medio de escritura pública número 599 de 14 de octubre de 1912, otorgada ante el Notario del Circuito de Garagoa, los señores Esteban Arenas y Ursula Cárdenas hicieron donación gratuita e irrevocable a sus nietos Roberto, Francisco, Irene y Jorge Arenas del derecho de dominio que los dos primeros tenían sobre una casa de rafa y teja, con su solar y anexidades ubicada en el prenombrado Municipio y de dos lotes de terrenos situados en las veredas de "Escobal y "Arada Grande", descritos todos por sus respectivos linderos en el mismo instrumento, en el cual los donantes hacen además la siguiente declaración: "Que estas fincas las donan con todas sus anexidades, usos, costumbres y servidumbres a los nietos antes mencionados, más lo que pueda haber durante el matrimonio de nuestro citado hijo y nuera Florencio y Hermelinda, pero que no podrán entrar en posesión de tales propiedades, sino hasta el fallecimiento nuestro, reservándonos el derecho de usufructuar las fincas donadas por los días de nuestra vida; los donatarios tampoco podrán usufructuar sus propiedades o mejor las donadas hoy, hasta el fallecimiento de sus legítimos padres, ni mucho menos gravarlas en ninguna forma mientras carezcan de la edad que la ley exige para tales casos" .... "advirtiendo que los padres de los donatarios, tampoco pueden gravar tales fincas".

Por medio de la primera súplica de la demanda los demandantes solicitan que se declare la nulidad absoluta de las transcritas cláusulas de la escritura de donación en la parte en que dispone: "Los donatarios tampoco podrán disfrutar sus propiedades o mejor las donadas hoy, hasta el fallecimiento de sus legítimos padres", por considerar los demandantes que en ella se consagra un usufructo sucesivo, y la parte en que dispone "ni mucho menos gravarlas en ninguna forma, mientras carezcan de la edad que la ley exige para tales casos", por estimarla totalmente desprovista de efectividad jurídica.

Por la primera parte de la cláusula en referencia o se instituyeron y esta es la opinión de la Sala, dos usufructos sucesivos constituídos, el primero, en favor y por toda la vida de los donantes, y el segundo, en favor y hasta la muerte de los padres de los donatarios o se estableció, como lo apunta la sentencia de primera instancia, una condición para que el usufructo llegara a consolidarse con el derecho del nudo propietario, y en cualquierd de dichos casos que se encaje la estipulación, ella es nula, de nulidad absoluta. Si lo primero, porque el artículo 828 del Código Civil prescribe expresamente que se prohibe constituír dos o más usufructos sucesivos o alternativos, y si lo segundo, porque estando comprobado en autos (folios 10 y 11, cuaderno número 1) la defunción de los donantes y que los padres de los donatarios viven aún, como que actúan en este juicio como demandados, la condición no llegó a cumplirse antes de la muerte de aquellos, y en tal caso hay que mirarla como no escrita, al tenor de lo dispuesto en el inciso 2o. del artículo 830 del Código Civil. Procede, por tanto, la declaratoria de nulidad de la primera parte de la cláusula mencionada.

No sucede de igual modo en cuanto a la que se solicita con respecto a la segunda parte de dicha cláusula, pues, habiendo llegado a la mayor edad los demandantes con anterioridad a la fecha en que propusieron su demanda, es notorio que carecen de interés jurídico actual para solicitar que se declare esa nulidad, la que por otro lado no tendría finalidad práctica en el caso del presente litigio.

La segunda súplica de la demanda debe despacharse de conformidad, ajustando el pronunciamiento correspondiente a lo dicho con respecto de la primera.

En la tercera petición solicitan los actores que se declare "que son los dueños absolutos del derecho de dominio pleno sobre los tres inmuebles donados en la citada escritura pública" a partir de la fecha de la muerte del último de los donantes, y a este respecto se considera:

La declaración de dominio que se impetra con respecto a los inmuebles ubicados en las veredas de "Escobal" y "Arada Grande", no está llamada

a prosperar porque los demandados carecen de personería jurídica en frente a esa acción, desde luego que en la demanda no se les atribuye ningún derecho con respecto a esos bienes ni ellos invocan alguno y porque además la acción reivindicatoria que en este mismo juicio se propone se concreta exclusivamente a la casa de raía y tejas ubicada en el Municipio de Garagoa. A esto se agrega que según el certificado expedido por el Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito del mismo lugar, que corre a los folios 29 a 33, del mismo cuaderno de pruebas número 4 aparece que los actores transfirieron a título de venta a Félix Hernández todos los derechos y acciones que pudieran corresponderles en el lote de terreno situado en la vereda de "Arada Grande" y el citado comprador Hernández no ha concurrido al juicio como demandado, por lo cual sin su audiencia no es dable formular una declaración que lesione sus posibles derechos

La declaración de dominio absoluto que se impetra en relación con la casa de raía y tejas ubicada en el mismo Municipio sí es procedente, porque por medio de la sentencia definitiva de fecha 9 de diciembre de 1935 (folios 12 a 24, cauderno principal de la demanda), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja en el juicio ordinario seguido por los mismos actuales demandantes contra el señor Dionisio Hernández, demandado en el juicio que aquí se decide, la cual aparece debidamente registrada, después de examinarse y decidirse, entre otras cosas sobre la validez y eficacia de la donación a que se refiere la escritura 599 ya citada, como título traslaticio de dominio, se declaró que los mencionados demandantes "son sujetos activos y titulares de la nuda propiedad" del referido inmueble, y esa decisión judicial, como es obvio, releva a la Corte de la necesidad de entrar nuevamente a esclarecer, mediante estudio y comparación de pruebas traídas a este debate, una cuestión que ya ha sido juzgada y decidida en firme, con audiencia de todas las partes que han sido las mismas tanto en el primitivo como en el presente juicio. Si los demandados en aquel proceso no hicieron valer frente a los actores los medios defensivos y elementos probatorios que hoy estiman procedentes para demostrar y sacar avante un derecho de dominio sobre el inmueble materia de la litis, tal omisión les acarrea en su contra consecuencias jurídicas que se oponen necesariamente a la prosperidad de sus actuales pretensiones, porque en presencia de la prenombrada decisión judicial, definitiva y ejecutoriada, dictada con su audiencia, no es legalmente posible proferir otra sobre el mismo asunto que le sea contraria (artículo 473 del Código Judicial).

Establecido, pues, como está que los demandantes Arenas Avila son los titulares del derecho a la nuda propiedad de la casa de raía y tejas ubicada en Garagoa y como además resulta debidamente demostrado (folios 10 y 11, cuaderno citado) que los donantes Esteban Arenas y Ursula Cárdenas, que como arriba se dijo se habían reservado el derecho de usufructo de las fincas donadas hasta la muerte de ellos, fallecieron en 15 de enero de 1922 y 16 de Junio de 1932, respectivamente, extinguiéndose por ese motivo, al tenor de lo dispuesto en el inciso 1o. del artículo 865 del Código Civil, aquel derecho y consolidándose de consiguiente con la nuda propiedad, (artículo 824 ibidem), es claro que a los actores les corresponde el dominio pleno y absoluto sobre dicho inmueble.

En las súplicas cuarta a novena de la demanda piden aquellos que se declare que carecen de calor y efecto jurídico los contratos recogidos en las escrituras públicas números 507 de 31 de agosto de 1917 y 131 de 5 de marzo de 1928, otorgadas ambas ante la Notaría del Circuito de Garagoa, y que se decrete la cancelación y nulidad de los registros correspondientes.

Consta en autos (folios 25 a 28, cuaderno principal de la demanda) que por medio del primero de los citados instrumentos Florencio Arenas, obrando en su propio nombre, transfirió a título de venta a Luis Rosendo Forero L., la casa de raía y tejas ubicada en Garagoa, cuyos linderos allí se determinaron, y que a su vez Forero L., por medio de la segunda de las citadas escrituras, dió en venta al mismo inmueble a Dionisio Hernández.

La finca de que tratan los contratos de compraventa contenidas en las mencionadas escrituras es la misma que fué materia de la donación hecha a favor de los actores por medio de la escritura pública número 599 antes citada; la misma sobre la cual se reconoció a los demandantes Arenas como sujetos activos y titulares de la nuda propiedad, en la sentencia del Tribunal de Tunja, atrás particularizada, y la misma sobre la cual en el actual fallo se le ha reconocido a los demandantes el derecho de plena propiedad. Por consiguiente por medio de las nombradas escrituras públicas 507 y 131, se ha consumado la venta de una cosa ajena, que al tenor de lo dispuesto en el artículo 1871 del Código Civil es válida, sin perjuicio de los derechos del dueño de la cosa vendida, mientras no se extingan por el lapso de tiempo. De allí, pues, que aunque tales contratos no pueden perjudicar a los demandantes, quienes conservan la plenitud de su derecho para reivindicar la cosa cuyo dominio les pertenece, la nulidad pedida por aquellos no puede decretarse,

ni consecuencialmente la de las respectivas inscripciones.

Por medio de la súplica décima de la demanda piden los actores que, como consecuencia de las precedentes peticiones, se condene al demandado Dionisio Hernández a restituírles la casa de raía y tejas ubicada en la población de Garagoa, allí mismo descrita por sus linderos, junto con sus demás anexidades.

La acción en dicha súplica ejercitada es, pues, la reivindicatoria o de dominio de que trata el artículo 946 del Código Civil, y para su prosperidad es menester que se cumplan los siguientes requisitos: 1o.—Que el dominio de la cosa reivindicada corresponda al reivindicante; 2o.—Que el demandado esté en posesión de la misma; 3o.—Que se trate de una cosa singular o de cuota determinada en una cosa singular; y 4o.—Que haya identidad entre lo reivindicado y lo poseído por el demandado. Precisa, pues, esclarecer si en el caso de autos se cumple la totalidad de dichos requisitos.

Con respecto al primero de ellos está visto que la propiedad plena o absoluta de la cosa que se reivindica pertenece a los demandantes, conforme a lo que ya se dijo en este fallo. Con relación al segundo, el demandado Hernández admitió en la contestación de la demanda que se halla en posesión del inmueble que se reivindica, y en relación con el tercero y el cuarto, dicho inmueble aparece debidamente singularizado y descrito por sus linderos tanto en la súplica décima como en el hecho segundo de la demanda y su identidad resulta debidamente acreditada con la diligencia de inspección ocular que obra a los folios 12 v. y 13 del cuaderno número 4.

Estando por tanto reunidos los requisitos legales indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria ejercitada, la súplica décima de la demanda debe prosperar.

Las súplicas undécima y duodécima están encaminadas a que se declare que el demandado Hernández es poseedor de mala fé del inmueble referido desde el día en que entró en posesión de él, o sea desde el mes de marzo de 1928 y que se le condene a pagar a los actores los frutos naturales y civiles del mismo inmueble a partir del día 16 de junio de 1932, fecha en que se consolidó el usufructo con la nuda propiedad, hasta el día en que se verifique la restitución decretada.

Por medio de la ya citada escritura pública número 131 de 5 de marzo de 1928, el demandado Hernández adquirió de Luis Rosendo Forero, a título de venta y por la suma de $ 1.000.00 que el vendedor declaró recibida de manos del comprador, el inmueble materia de esta litis. A su turno Luis Rosendo Forero había adquirido también a título de venta y por la suma de $ 200.00 el mismo bien de manos de Florencio Arenas, según consta en la escritura número 507 de 31 de agosto de 1917, también citada, la que aparece que fue debidamente registrada el mismo día de su otorgamiento. En esas condiciones y al tenor de lo dispuesto en los artículos 764, 765, 768 y 769 del Código Civil, hay que reputar que el demandado Hernández en el momento de la adquisición del inmueble era poseedor de buena fé, a lo cual no se opone la circunstancia comprobada en este juicio de que la diligencia de registro de la escritura número 131 no hubiera sido firmada por el Registrador o funcionario respectivo a su debido tiempo, pues esa informalidad reza apenas con la eficacia o ineficacia del registro, mas nó con la buena fé del comprador, que la constituye la conciencia de haber adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos y la persuación en casos como el presente de haberla recibido de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni ninguno otro vicio en el acto o contrato.

Pero esa posesión de buena fé sólo le asistió al demandado Hernández hasta el momento de la contestación de la demanda que sobre dominio y restitución del mismo anmueble a que se refiere esta litis le propusieron los mismos demandantes Arenas con fecha 6 de junio de 1934, cuyo auto de admisión le fué notificado el 11 del citado mes y año, y que fué decidido definitivamente por el Tribunal Superior de Tunja en sentencia de 9 de diciembre de 1935, en la que se le reconoció a los actores como sujetos activos y titulares de la nuda propiedad del inmueble. A partir de ese entonces es preciso considerar al demandado Hernández como poseedor de mala fé.

Y como la señora Ursula Cárdenas, última usufructuaria de los bienes que se reivindican falleció, como ya se dijo, el 16 de junio de 1932, a los demandantes les asiste derecho para que a partir de esa fecha en que quedó consolidado el usufructo con la nuda propiedad, se les restituyan los frutos civiles de la casa, y no solamente los percibidos sino los que ellos hubieren podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder, menos los gastos ordinarios que se hayan invertido en producirlos. (Art. 964 del Código Civil).

Para determinar el monto de esos frutos civiles se produjo en la primera instancia (folio 20 del cuaderno número 4) un dictamen pericial, al cual, aun cuando se trata de avalúos y aparece rendido uniformemente, la Sala no le puede otorgar el valor de plena prueba porque no aparece debidamente

fundamentado, puesto que los peritos no expusieron las razones que le sirvieran de base para estimar en determinada suma el cánon mensual de los arrendamientos (artículo 721 del Código Judicial).

Procede ahora entrar en el estudio de las excepciones alegadas por los demandados, a saber:

PRESCRIPCION: — Como se trata de un bien raíz y se alega la prescripción ordinaria, el tiempo necesario para que se consume es de diez años y debe contarse a partir de la inscripción del respectivo título (artículos 2526 y 2529 del Código Civil).

Como ya se ha dicho la inscripción del título en favor de Luis Rosendo Forero se verificó en la oficina de Registro de Garagoa en 31 de agosto de 1917; pero como ocurre que en el momento de la adquisición los demandantes eran menores, la prescripción no principió a correr sino desde el momento en que ellos llegaron a la mayoría de edad (Ordinal 1o. Artículo 2530 del C. C.). Según las partidas de origen eclesiástico que obran a los folios 6 a 9 del cuaderno principal de la demanda, se comprueba que los actores llegaron a la mayoría de edad en las siguientes fechas: Julio Roberto, el 4 de marzo de 1926; Miguel Francisco, el 16 de mayo de 1927; Irene, el 12 de julio de 1929; y Jorge Aníbal, el 7 de abril de 1931; pero como la primitiva demanda de que antes se habló fué notificada al poseedor del inmueble señor Dionisio Hernández el 11 de junio de 1934, en esa fecha se interrumpió la prescripción que había comenzado a correr, sin que se hubiere cumplido el término legal necesario para que se consumara en contra de ninguno de los actores.

Lo expuesto anteriormente cabe decirlo con mayor fundamento acerca del título de adquisición del demandado Dionisio Hernández, posterior en más de 10 años al de Luis Rosendo Forero, y sin necesidad de aducir las atinadas consideraciones que al respecto se hacen en el fallo de primera instancia.

Se declara, pues, no probada esta excepción.

EXCEPCION DE PETICION DE MODO INDEBIDO: En ninguna de las instancias del juicio han expuesto los demandados, como era su deber hacerlo, los fundamentos que les asistan para invocar esta excepción, por lo cual se carece de base para entrar en su estudio, ya que por otro lado tampoco está comprobado en el juicio ningún hecho que tienda a justificarla. Y si ella hace referencia a la acumulación de acciones entabladas en el juicio, ya el punto quedó decidido en uno de los apartes de este fallo.

EXCEPCION DE FALTA DE ACCION: Tampoco expusieron los demandados ningún hecho en que pudieran fundamentarla. De otro lado la carencia de acción en el demandante tampoco constituye un hecho exceptivo, porque como éstos se enderezan a desconocer la existencia de la obligación o a declararla extinguida si alguna vez existió, si falta la acción en cabeza del actor no hay nada que desconocer o extinguir pues lo que en tal caso ocurre es que el juicio no puede prosperar.

EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE PERSONERIA EN DEMANDANTES Y DEMANDADOS: Esta excepción aducida como perentoria sólo puede tener existencia cuando en el actor no concurre o no es titular del derecho que invoca o cuando el demandado no es el sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende deducir en el juicio, pero aquí, salvo lo ya dicho en esta sentencia en relación con los inmuebles situados en las veredas "Escobal" y "Arada Grande", no sucede ni una ni otra cosa, pues está visto en este fallo que los demandantes son los titulares de las acciones propuestas y los demandados los obligados a responder frente a ellas.

EXCEPCION DE COSA JUZGADA:—Tampoco está justificada esta excepción porque no se reúne en el caso de autos la totalidad de los requisitos exigidos por los artículos 473 y 474 del Código Judicial, por las siguientes razones:

a)—Porque en el presente juicio se formularon peticiones, tales como las contenidas en las súplicas primera, segunda, cuarta, quinta, séptima, octava y novena de la demanda que no fueron objeto de la acción propuesta por los demandantes con fecha 6 de junio de 1934 y que fué decidida por la sentencia de segunda instancia de 9 de diciembre de 1935;

b)—Porque interpretada rectamente esta demanda, al poner en relación la súplica tercera con los hechos cuarto, doce, trece y catorce de la misma, la finalidad clara que han perseguido los actores es la de que se les reconozca en el presente juicio como dueños absolutos de la plena propiedad del inmueble materia de la reivindicación, por haber fallecido los donantes que se habían reservado el usufructo y por haber logrado ya la decisión judicial de 9 de diciembre de 1935 que les reconoció como titulares del derecho a la nuda propiedad del inmueble donado, para que con fundamento en todo eso se condene a los demandados, como actuales poseedores, a restituírselo. Por estos aspectos se ve que no existe identidad de causa entre las dos demandas;

c)—Porque en la sentencia últimamente citada apenas se reconoció a los demandantes como "sujetos activos de la nuda propiedad" de la casa materia de la reivindicación, y en el presente fallo se les reconoce a los actores el dominio pleno y ab-

soluto sobre el mismo inmueble, por lo cual las dos decisiones lejos de ser contrarias se complementan entre sí; y

d)—Porque el primero de dichos fallos absolvió al demandado Dionisio Hernández de la acción reivindicatoria y de la condena a restituír el valor de los frutos civiles sobre que versaba el primitivo juicio sin entrar a decidir sobre el fondo de esas peticiones por cuanto declaró probada la excepción de petición antes de tiempo, con fundamento en que no habiendo demostrado los actores el fallecimiento de los donantes que se habían reservado el usufructo de la finca donada, la acción correspondía ejercitarla, mientras esa prueba no se suministrara a los usufructuarios o donantes. Esa excepción es de suyo temporal, y por consiguiente no produce la excepción de cosa juzgada.

DEMANDA DE RECONVENCION

Esta demanda se encamina a que se condene a los demandantes a pagarle al contrademandante Hernández el valor de las mejoras de que tratan las súplicas primera, segunda y tercera de la misma, y a que se le reconozca el derecho de retención del inmueble mientras el valor de aquellos no le sea cubierto o no se le asegure a satisfacción.

El poseedor de buena fé, vencido en juicio reivindicatorio, tiene un claro derecho, que le otorgan los artículos 965 y 966 del Código Civil, a que se le abonen tanto las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, como las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda, correspondiéndole al reivindicador la facultad de elegir entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consistan las mejoras o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiera más la cosa en dicho tiempo.

Por consiguiente siendo claro el derecho invocado por el contra-demandante resta sólo esclarecer dos cuestiones: la comprobación de la existencia de las mejoras y el tiempo en que fueron realizadas, para determnar si en ese momento Hernández tenía la condición de poseedor de buena fé.

En cuanto a lo primero está comprobado en autos con las declaraciones de Aparicio Lesmez, Pedro Morales, Jesús Aguirre, Julio Esguerra, Milciades Mora, Jacobo Gordillo y Obelio Sánchez F., que corren a los folios 6 v. a 32 del cuaderno de pruebas número 5, que Hernández hizo construír en el inmueble materia de la reivindicación, en el costado Norte de la casa, una nueva edificación de dos pisos, techada con teja de barro, que forma un solo cuerpo con la parte de la casa antigua que queda hacia la calle, y que tiene paredes parte de tapia pisada y parte de adobe y otra edificación para cocina y techada con teja de zinc, situada en el mismo lote, así como que también hizo mejoras en la casa antigua materia de la reivindicación, tales como colocar una porta-ventana grande, construirle los cielos rasos y un embarandado con sus correspondientes pasamanos y balaustrada de macana. La existencia de tales edificaciones y mejoras resulta corroborada con el dictamen pericial que obra a folios 15 a 17 del mismo cuaderno de pruebas, en el cual los peritos afirman haberlas examinado y constatado para el efecto de darles el avalúo que les asignan. Además, ya en su contra-demanda presentada por Hernández en el juicio de 6 de junio de 1934 que le propusieron los demandantes hablaba de la existencia de las mismas construcciones y mejoras y pedía que aquellos fueran condenados a su pago. De todo ese conjunto de elementos considera la Corte como plenamente probada la existencia en el inmueble que se reivindica de las edificaciones y mejoras individualizadas antes, llevadas a cabo por el contra-demandante Hernández.

En cuanto a la época en que ellas se realizaron, de los citados testimonios de Aguirre, Esguerra y Milciades Mora, se desprende que ello se efectuó con anterioridad al año de 1934, o sea antes de haberse iniciado y notificado al demandado Hernández el juicio primitivo de que aquí se ha hablado; pero como en diligencia de absolución de posiciones (folios 16 a 17, cuaderno número 4), Hernández confesó que a excepción de la construcción nueva de dos pisos, de la cocina nueva y el tapial del costado sur, todas las demás reparaciones de la casa que se reivindica habían sido hechas con posterioridad al año de 1934, fecha en que ya estaba notificado de la primitiva demanda, es claro que solo puede aceptarse que la casa nueva de dos pisos, la cocina de techo de zinc y el tapial ya citados fueron construídos mientras tenía la condición de poseedor de buena fé. Le asiste por tanto con respecto a estas edificaciones, que tienen la calidad de mejoras útiles, el derecho de que los demandantes le abonen el valor de ellas o le aseguren el pago a su satisfacción, pudiendo retener el bien que se reivindica, conforme a lo dispuesto por el artículo 970 del Código Civil, mientras aquellos no cumplan una u otra cosa.

Como el dictamen pericial últimamente citado fué rendido en el año de 1941, es claro que él no puede ser tomado en cuenta hoy para determinar el valor de las referidas obras, porque conforme a lo dispuesto en el inciso 3o. del artículo 966 del Código Civil, tal valor debe ser el que ellas tengan al tiem-

po de la restitución, y porque además al reivindicador le asiste conforme a esa disposición la facultad de elegir entre el pago de ese valor o el de lo que en virtud de dichas mejoras valiere más la cosa en dicho tiempo.

Por consiguiente tanto el importe de esas mejoras como el de los frutos civiles del inmueble reivindicado se fijará al tiempo de la ejecución de la sentencia de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, siguiendo las bases sentadas en este fallo.

En cuanto a las obras o mejoras ejecutadas a partir de la fecha en que se reputó al contra-demandante poseedor de mala fé, éste podrá llevarse los materiales de dichas mejoras siempre que pueda separarlos sin detrimento de la cosa reivindicada y que el propietario rehuse pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

Por lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha 25 de Mayo de 1944, dictada por el Tribunal Superior de Tunja en el presente negocio, y REFORMANDO la dictada por el Juez del Circuito en lo Civil de Garagoa con fecha 10 de junio de 1943, FALLA este juicio así:

Primero:—Declárense no probadas las excepciones propuestas por el demandado DIONISIO HERNANDEZ en el escrito de contestación de la demanda.

Segundo:—Declárase sin valor legal la cláusula contenida en la escritura pública de donación número 599, de 14 de octubre de 1912, otorgada en la Notaría del Circuito de Garagoa, en la parte que dice: "Los donatarios tampoco podrán disfrutar sus propiedades o mejor las donadas hoy, hasta el fallecimiento de sus legítimos padres". Ofíciese al señor Registrador de Instrumentos Públicos respectivo para que haga en sus libros la cancelación correspondiente.

Tercero:—No es el caso de pronunciar la declaratoria de nulidad de la cláusula del mismo instrumento citado en el aparte anterior que dice: "Ni mucho menos gravarlas en ninguna forma mientras carezcan de la edad que la ley exige para tales casos".

Cuarto:—Declárase que los demandantes María Irene, Miguel Francisco, Jorge Aníbal y Julio Roberto Arenas Avila, son dueños absolutos del derecho de dominio pleno de una casa de raía y tejas situada en cuadras de la población de Garagoa y alinderada así: por el frente, la calle pública del Municipio; por el costado Norte, con casa y solar de Narciso Forero, hoy de sus causantes; por el Occidente, con solar y casa de los mismos; por el costado Sur, con solar de propiedad del señor Bernabé Guevara, hoy de Dionisio Hernández.

Quinto:—No se accede a hacer la declaración que se solicita en relación con los predios situados en las veredas de "Escobal" y "Arada Grande", cuyos linderos se determinaron en el hecho segundo de la demanda.

Sexto:—No se acede a hacer las declaraciones solicitadas por los actores por medio de las súplicas cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena del escrito de corrección de la demanda de fecha 7 de febrero de 1941.

Séptimo:—Condénase al demandado DIONISIO HERNANDEZ a restituír a los demandantes la casa de raía y tejas ubicada en cuadras de la población de Garagoa, junto con el solar correspondiente y sus anexidades, cuyos linderos fueron descritos en el punto cuarto de este fallo.

Octavo:—Declárase que el señor DIONISIO HERNANDEZ es poseedor de mala fé del inmueble antes citado a partir del mes de junio de 1934.

Noveno:—Condénase al demandado DIONISIO HERNANDEZ a pagarle a los demandantes ARENAS AVILA, a partir del 16 de junio de 1932 y hasta que la entrega se verifique los frutos civiles del inmueble de que trata el punto cuarto de este fallo, y no solamente los percibidos sino los que aquellos hubieran podido percibir con mediada inteligencia y actividad teniendo la finca en su poder, deducidos los gastos ordinarios que se hayan invertido en producirlos.

Décimo:—Declárase que el contra-demandante DIONISIO HERNANDEZ tiene derecho a que los contra-demandantes JULIO ROBERTO, MARIA IRENE, MIGUEL FRANCISCO y JORGE ANIBAL ARENAS AVILA le abonen el valor que al tiempo de la restitución tengan las mejoras útiles por aquél efectuadas en el inmueble materia de la reivindicación, consistentes en una nueva edificación de dos pisos, techada con teja de barro, de paredes parte de tapia pisada, y parte de adobe; otra edificación para cocina, techada con teja de zinc situada en el mismo lote y un tapial, o para que le aseguren el pago de las mismas a su satisfacción, declárase asímismo que a los contra-demandados les asiste la facultad de elegir entre el pago de ese valor o el pago de la que en virtud de dichas mejoras valiere más el inmueble al tiempo de la restitución.

Undécimo:—Reconócese en favor del contra-demandante HERNANDEZ el derecho a retener el inmueble reivindicado mientras los contra-demandados ARENAS AVILA no cumplan con la obligación que

les resulta a su cargo en el punto precedente.

Duodécimo:—Declárase que el contra-demandante DIONISIO HERNANDEZ podrá llevarse los materiales de las demás mejoras que se han tenido como acreditadas en este fallo, siempre que pueda separarlas sin detrimento del inmueble reivindicado y que los contra-demandados ARENAS AVILA rehusen pagarle el precio que tendrían dichos materiales después de separados.

Décimotercero:—Tanto el importe de los frutos civiles del inmueble reivindicado como el de las mejoras se fijarán al tiempo de la ejecución de la sentencia, de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial, siguiendo las bases sentadas en este falllo.

Décimo cuarto:—No hay lugar a hacer ninguna otra declaración en relación con la demanda principal, ni con la reconvención.

Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase al Tribunal de donde procede,

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón. Srio. en propiedad.

ACCION DE PERJUICIOS POR SUPUESTO ABUSO DEL DERECHO. — ACUSADOR PARTICULAR EN LOS PROCESOS PENALES. - MANDATO.

1.—El principio que consagraba el artículo 1597 del antiguo Código Judicial fue modificado por la ley 104 de 1922, eliminando la calidad de parte que tenía el acusador (art. 21, ordinal 2o.), y limitando su intervención "a solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes", y a pedir el embargo de bienes para asegurar la indemnización del caso (art. 20). Después vino la ley 68 de 1928, cuyo artículo 6o. dió derecho al acusador particular para que, además de intervenir en la práctica de las diligencias del proceso, pudiera alegar oralmente o por escrito en la audiencia. Aunque la disposición del artículo 6o. amplió los poderes del acusador en el proceso criminal sigue subsistiendo siempre el principio esencial sentado imperativamente por el art. 21 de la ley 104 de 1922. De consiguiente, puede decirse que el acusador en causa cuyo impulso debe ser oficioso por el juez, tiene el carácter de un denunciante que cumple con la obligación que a todo ciudadano imponía el artículo 1614 del anterior Código de Procedimiento Penal, pero con la particularidad de ser un coadyuvante del Ministerio Público, a quien se permite conocer el informativo y solicitar diligencias conducentes a comprobar el delito.

Para que exista responsabilidad por denuncios criminales, conforme a los artículos 1611 y 1612 del anterior Código de Procedimiento Penal, ya sea que el denunciante se constituya o no en acusador particular, o que la investigación proceda únicamente en virtud de la acusación o por estar sometida a procedimiento de oficio, es indispensable que en el denuncio militen los factores de falsedad o temeridad a que se refería el artículo 1611 para imponer las costas. Esta conclusión es clara toda vez que la sanción emana del abuso en el ejercicio de un derecho, en la forma incorrecta e inconsiderada de ejercitar la respectiva facultad legal.

2.—La facultad que el artículo 2188 del Código Civil le atribuye al mandatario de retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las obligaciones a que éste fuere obligado por su parte, está limitada por la misma naturaleza del contrato de mandato a los efectos que el mandatario reciba antes que se le revoque el poder, pues revocado carece del título legal contemplado en la disposición, convirtiéndose simplemente en administrador de negocio ajeno contra expresa prohibición del dueño. En esta condición no tiene otro derecho contra el dueño distinto de la utilidad que a éste le reportare la operación, por ejemplo, si de la gestión ha resultado el pago de una deuda que, sin ella, hubiera perdido el interesado (Art. 2389 C. C.).

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

En recurso de casación viene a la Corte procedente del Tribunal Superior del distrito Judicial de Bogotá, el juicio ordinario doble de Joaquín Pablo Mariño contra Ruperto Aya y demanda de reconvención de éste contra aquél, juicios ambos encaminados a obtener el pago de sumas de dinero procedentes de indemnización de perjuicios que recíprocamente se reclaman las partes.

El juez de primer grado falló las dos demandas denegando la de Joaquín Pablo Mariño; y en cuanto a la de Ruperto Aya declaró que a éste le debía Mariño la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) "proveniente de la venta de café de la hacienda de 'Taití' cuando ya no era su mandatario. En consecuencia se condena al señor Mariño a pagar al general Aya la expresada suma una vez ejecutoriado este fallo". Fué lo único que prosperó de la demanda de Aya, pues el juez rechazó las demás solicitudes de la reconvención.

El Tribunal confirmó en todas sus partes la sentencia del juez.

ORIGEN DE LA CONTROVERSIA

Según el poder consignado por medio de la escritura número 2.219 del 21 de noviembre de 1927, otorgada en la notaría 4a. de esta ciudad, el gene-

ral Ruperto Aya autorizó en forma amplia y suficiente al señor Joaquín Pablo Mariño para que administrara directa o indirectamente las fincas del primero situadas en el municipio de Pacho, conocidas con los nombres de "Bermejal", "Caquian", "Dos Caminos" y los lotes de terreno que el otorgante había comprado al señor Carlos Currea; y "Para aclarar y resolver todo lo relativo a arrendamientos de tales fincas, todo de acuerdo con sus instrucciones privadas que su citado poderdante le ha conferido; y también lo autoriza para que lleve a cabo todo lo relativo a la administración y explotación de las fincas denominadas "Palanquero" y "Taiti" y que son las mismas que adquirió de la señora Paulina Faux de Liévano....".

El señor Mariño ejerció el mandato hasta fines del año de 1929, en que el general Aya a su regreso de Europa se lo revocó por medio de la escritura número 3.040 de 30 de diciembre de ese año, otorgada en la notaría 4a. En esta escritura dice expresamente el general que su apoderado Joaquín Pablo Mariño "no le ha rendido cuentas de su administración hasta la fecha, por lo cual no lo deja en su buena reputación y fama".

Como consecuencia de los graves desacuerdos que surgieron entre don Ruperto Aya y Mariño por lo tocante a las actividades de éste en la administración del mandato, y de que no le rendía cuentas, el primero puso contra su ex-administrador tres denuncios criminales sobre hechos conexos entre sí, a saber:

I—Uno de los denuncios fue presentado el 5 de febrero de 1930 por los delitos de hurto y abuso de confianza provenientes de haber tomado el señor Mariño algunos dineros para sí de las ventas de café, maderas y polines que produce la hacienda de Taiti, ubicada en el municipio de Caparrapí, que le había dado el general Aya en administración desde el año de 1927, negándose a rendirle las cuentas de rigor.

Ratificada la denuncia, el mismo general Aya se constituyó en acusador particular; pero habiendo transcurrido algún tiempo sin que se calificara el mérito del sumario, el juzgado primero superior de este distrito judicial declaró prescrita la acción penal en providencia del 11 de febrero de 1938, confirmada por el tribunal superior.

II—Otro de tales denuncios se presentó el 5 de marzo del año citado, por abuso de confianza, consistente en haber recibido don Joaquín Pablo Mariño de Federico Mariño varias sumas de dinero, sin ninguna autorización del general Aya; no haberle entregado el dinero producto de los arrendamientos de sus fincas ubicadas en jurisdicción de Pacho, durante cinco años en que las mantuvo bajo su administración; haber dispuesto indebidamente de un lote de animales que le entregó también en administración, sin rendirle jamás cuentas de sus productos; y haber recibido además algunas sumas de dinero por conceptos de arrendamientos de sus fincas, después de la revocación del mandato que le confirió.

De este sumario conoció el juzgado 4o. superior de Bogotá, y terminó, como el anterior, por el decreto de prescripción de la acción penal, según providencia fechada el 6 de abril de 1938, que mereció la confirmación del tribunal superior, al serle consultada.

III—El tercero de los denuncios dado por el general Aya contra el señor Mariño se refiere a los delitos de abuso de confianza y hurto consistentes en que el denunciado durante el tiempo que tuvo a su cuidado la hacienda de "Taiti", por virtud de la administración que le confirió mediante el poder de que ya se hizo mérito, se apropió de todos los productos de la finca como café, maderas, polines, etc., sin rendirle cuenta ninguna; y en que aún después de haberle sido revocado el mandato en diciembre de 1929, y a sabiendas de tal revocación, Mariño ordenó la venta de la existencia de café y se apropió de la suma de $ 2.500 que el mayordomo Roberto Páez consignó en los Bancos de Honda.

En estas diligencias sumarias el general Aya se constituyó acusador particular y ofreció probar la verdad de su relato. Del negocio conoció el juzgado primero superior de este distrito judicial, y en auto del 8 de abril de 1932 sobreseyó temporalmente a favor del sindicado Mariño, auto que fue revocado por el tribunal superior en providencia del 12 de diciembre siguiente para ordenar en cambio ampliar la investigación. Posteriormente el juzgado, de acuerdo con el concepto de su fiscal, abrió causa criminal contra el señor Mariño por el delito de abuso de confianza en la cantidad de $ 30.188.45 m. c., cometido en los intereses del general Aya, en relación con el inmueble de "Taiti", y decretó la detención provisional del señor Mariño (auto del 4 de abril de 1936); (fls. 52 a 61 del c. No. 4). Subido el negocio al tribunal por apelación, el señor fiscal pidió se mantuviera el auto en toda su integridad. Sin embargo el tribunal lo revocó; pero por solicitud del señor fiscal y del acusador (la petición de este último no fue atendida por carecer de personería para formular tal clase de solicitudes), dicha superioridad revocó su propio proveído y en cambio confirmó el llamamiento a juicio, limitando la cuantía del ilícito a la suma de $ 2.500. Mantuvo además el decreto de detención. (fls. 62 a 65 del c. No. 4).

Celebrada la audiencia pública, al jurado se presentó para su consideración el siguiente cuestionario: "El acusado Joaquín Pablo Mariño es responsable —sí o nó— de haber administrado dolosamente la hacienda denominada "Taiti", jurisdicción del municipio de Caparrapí, de este Distrito Judicial, y de haberse apropiado la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) moneda corriente, procedente de frutos de la misma hacienda de propiedad del general Ruperto Aya; hecho ocurrido en 31 de enero de 1930". El jurado respondió: "No, pero es responsable de retener la suma de $ 2.500 m. c. procedente de frutos de la hacienda de "Taiti".

Con fundamento en el anterior veredicto, el juzgado del conocimiento absolvió a Joaquín Pablo Mariño en sentencia de fecha 13 de junio de 1937, pero ordenó sacar copia de lo conducente para averiguar el delito de retención indebida de la suma a que aludió el jurado. El tribunal superior reformó ese fallo en cuanto había ordenado sacar copia para averiguar el delito de "retención indebida", y lo confirmó en todo lo demás. (Véanse copias visibles a fls. 16 a 18 del cuadreno principal).

DEMANDAS

Con base en los anteriores antecedentes el señor Joaquín Pablo Mariño demandó en juicio civil al general Aya para que se declare que está obligado a pagarle la cantidad de $ 250.000 m. c. o la que determinen los peritos, como valor de los perjuicios que le causó con tres denuncios criminales en los cuales se le imputaron a Mariño infundadamente la comisión de delitos contra la propiedad, en dos de los cuales aquél se constituyó acusador particular.

Después de detallar en veintinueve hechos los motivos de la acción, en el siguiente párrafo los resume en pocas líneas:

"Es causa, motivo, razón o fundamento de esta demanda el haber el general Aya perseguido con saña a Mariño por supuestos delitos contra la propiedad, el haber negado la aceptación de toda fórmula de arreglo, el haber abusado de su derecho para perseguir a Mariño hasta lograr que éste fuera reducido a prisión, el haber difamado a Mariño por medio de las radiodifusoras y la prensa periódica con el solo objeto de menoscabarle su honor y reputación y el haber puesto su capital cuantiosísimo y sus vastas influencias al servicio de esta cruel persecución por un lapso de diez años".

El general Aya se opuso a la acción, y en demanda separada reconvino al actor en el sentido de que se le condene a pagarle los perjuicios que le ocasionó por el mal uso del mandato que le confirió para la administración de sus bienes, y responsable de los dineros que con motivo de esa administración se apropió, empleando medios y procedimientos maliciosos que traspasaron los límites del mandato; y que Mariño debe además entregarle las cantidades que correspondan al precio de un hato que vendió sin el consentimiento de Aya, así como el valor de otros semovientes.

Las dos demandas recibieron en primera y en segunda instancia las decisiones al principio mencionadas.

EL RECURSO DE CASACION DEL DEMANDANTE PRINCIPAL

El apoderado del demandante Mariño ataca el fallo del tribunal por varios motivos enfocados dentro de la causal primera de casación, de los cuales la sala se ocupará, examinándolos separamente.

A-El recurrente ataca el fallo por "error evidente en la apreciación de la ley penal" radicado en la afirmación del tribunal de que a la luz de las disposiciones vigentes bajo las cuales se adelantó la causa criminal contra don Joaquín Pablo Mariño, el acusador, que lo fue el señor Aya, no tuvo el carácter de parte.

El recurrente se basa para contradecir la tesis del tribunal en el artículo 1.597 del anterior código de procedimiento penal. Aun cuando, según él, vino después de la ley 104 de 1922, que le quitó al acusador el carácter de parte y limitó sus funciones, la ley 68 de 1928 revivió para el acusador particular el carácter de parte. Tanto es esto así que en la diligencia por medio de la cual tomó posesión del cargo de acusador particular el señor Aya, se obligó a probar en función de parte la verdad de sus relatos, y aun más, Mariño en ejercicio de la facultad que le confería el artículo 1.609 del código mencionado exigió que Aya constituyera fianza para responder "de las costas y resultados pecuniarios del juicio si el resultado de éste fuera adverso".

Dos son las hipótesis que en forma de dilema se pueden contemplar, según el recurrente, por lo que respecta a la calidad de las obligaciones del señor Aya, en el sumario: o fue parte en calidad de acusador particular y asumió contractualmente en diligencia firmada por él ante el juez de la causa y luégo en escritura pública la obligación de probar su relato y responder de los resultados pecuniarios del juicio en caso de serle adverso, y entonces para este caso surge una obligación contractual erigida en tal por ministerio del artículo 1.609 del antiguo código de procedimiento criminal; o Aya no fue parte, y entonces a virtud de lo demostrado en el proce-

so abusó de su derecho de denunciante con la persecución de que hizo objeto al señor Mariño.

Se considera:

Conforme al artículo 1.597 citado por el recurrente "Acusador es el que pide a la justicia que castigue a un delicuente, **constituyéndose** parte y comprometiéndose a probar la verdad de sus aserciones".

El principio que consagraba este precepto fue modificado por la ley 104 de 1922, eliminando la calidad de parte que tenía el acusador (art. 21, ordinal 2o.), y limitando su intervención "a solicitar las diligencias útiles y procedentes para comprobar el delito y descubrir los delicuentes"; y a pedir el embargo de bienes para asegurar la indemnización del caso (art. 20).

Después vino la ley 68 de 1928, cuyo artículo 6o. dió derecho al acusador particular para que además de intervenir en la práctica de las diligencias del proceso, pudiera alegar oralmente o por escrito en la audiencia.

Aunque la disposición del artículo 6o. amplió los poderes del acusador en el proceso criminal, siguió subsistiendo siempre el principio esencial sentado imperativamente por el artículo 21 de la ley 104 de 1922, de que el acusador no tendría en tales procesos el carácter de parte, pues a este principio para nada se refirió la ley de 1928.

De consiguiente puede decirse que el acusador en causa cuyo impulso debe ser oficioso por el juez, tiene el carácter de un denunciante que cumple con la obligación que a todo ciudadano imponía el artículo 1.614 del anterior código de procedimiento penal, pero con la particularidad de ser un coadyuvante del ministerio público, a quien se permite conocer el informativo y solicitar diligencias conducentes a comprobar el delito.

Según el artículo 1.611 del mismo estatuto 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 la falsedad. El artículo siguiente, 1.612 decía: "No será declarada falsa y temeraria la acusación cuando el acusador ha presentado dos o más testigos para probar su acusación".

Es obvio, pues, que para que exista responsabilidad por denuncios criminales, ya sea que el denunciante se constituya o no en acusador particular, o que la investigación proceda únicamente en virtud de la acusación o por estar sometida a procedimiento de oficio, es indispensable que en el denuncio militen los factores de falsedad o temeridad a que se refería el artículo 1.611 para imponer las costas. Esta conclusión es clara toda vez que la sanción en estos casos emana del abuso en el ejercicio de un derecho, en la forma incorrecta o inconsiderada de ejercitar la respectiva facultad legal.

Los principios que se dejan expuestos, que en forma clara se deducen sin mayor esfuerzo de las disposiciones reguladoras del denuncio y de los deberes y facultades del acusador en los procesos penales, vigentes en la época en que don Ruperto Aya colaboró en la investigación de los hechos por los cuales fue llamado a juicio criminal con intervención de jurado el señor Mariño, fueron los que sustentó el tribunal en el fallo recurrido, el cual por eso no merece la acusación de haber aplicado indebidamente las leyes a que se refiere el recurrente en esta parte de su demanda, quien con tan endebles razonamientos deja vivos los conceptos del sentenciador que se propuso desvirtuar.

No prospera el cargo.

B)—El recurrente alega que el tribunal dejó sin aplicación los artículos 2341 y 2343 del código civil. Afirma que estas disposiciones no fueron aplicadas puesto que se halla demostrado que el señor Aya abusando de sus facultades de acusador particular infirió cuantiosos y graves daños a Mariño tanto en su patrimonio material como en su patrimonio moral.

Este cargo así formulado, de errónea aplicación de las disposiciones citadas por no haber tenido en cuenta el sentenciador las pruebas allegadas al juicio, quedaría trunco si el recurrente hubiera omitido puntualizar las pruebas mal apreciadas con apoyo en las cuales el sentenciador dedujo que el señor Aya estaba exento de culpa por los denuncios formulados, contra la evidencia de los hechos que las mismas ponen de presente. Empero, más adelante la demanda contiene otro capítulo encabezado con el título de APRECIACION ERRONEA en el cual se hace mérito de pruebas mal apreciadas por el tribunal con error que resulta manifiesto en los autos. De consiguiente el capítulo mencionado puede tenerse como el complemento de la acusación que en forma escueta había hecho el recurrente, de aplicación indebida de los artículos citados del estatuto civil.

Se considera:

Las pruebas que el recurrente señala como mal apreciadas y por cuyo motivo el tribunal violara los artículos 2341, y 2343 del código civil, son tres a saber:

a)—La sentencia absolutoria a favor de Mariño, confirmada por el tribunal. "y confirmada no de cualquier modo sino ampliando aun más los términos

absolutorios de la del juzgado comoquiera que en este caso el tribunal reformó la sentencia absolutoria del juzgado, en cuanto ésta ordenaba sacar copias para averiguar la posible retención y absolvió de pleno al señor Mariño". Esta sentencia según el recurrente no solamente funda la excepción de cosa juzgada, "sino que borra, aniquila y anula totalmente todas las imputaciones que pudieran habérsele hecho en la denuncia, acusación, auto de proceder al sindicado. Equivale la sentencia absolutoria a la indulgencia plenaria que aceptan los católicos respecto de los pecados o faltas cometidas, pues declaran que tales quedan borrados, que no existen, y aun más, que no se cometieron".

b)—Hay también error manifiesto y evidente en la apreciación de la declaración del señor Francisco Plata Uribe, cuando afirma el tribunal que no puede dársele mérito a tal deposición por no haber sido ratificada.

c)—También incurrió en error el tribunal al apreciar la prueba de inspección ocular cuando afirmó que no había comprobación de que Aya hubiese sido el promotor y autor de las publicaciones periódicas difamatorias de Mariño. Estas publicaciones, y consta eso en la inspección, fueron llevadas a la prensa por el señor Aya y éste pagó el valor de las publicaciones.

Se considera:

En la sentencia acusada el tribunal luego de referirse al abundante haz probatorio allegado por ambas partes al proceso, cuya relación detallada había hecho en capítulos anteriores, observa que el señor Aya no obró precipitadamente y con ligereza al poner los denuncios contra el señor Mariño, ya que lo hizo después de que no obstante la revocación del poder, Mariño continuó disponiendo de los bienes que administraba y se obstinó en no rendir las cuentas que el mandante le pedía con insistencia.

Comenta el sentenciador:

"En tales condiciones, en tales circunstancias la denuncia de Aya dada contra Mariño, en general por los actos de éste, de que habiendo recibido un poder para la administración de sus bienes, y en especial, para la hacienda de Taití, y habiendo estado al frente de la administración por dos o más años, sin que le entregara cuentas ningunas, y sí percibiendo cosechas de café, valores de arrendamientos de fincas de Aya, productos de ventas de semovientes y productos de las ventas de maderas y polines al Ferrocarril de Cundinamarca, es inexacto decir que Aya careció de móviles legítimos para acudir a la justicia denunciando a su ex-administrador como persona que había incurrido en abuso de confianza y en hurto".

"Tampoco las tres denuncias sucesivas se pueden tener ni como indicio de sevicia, de hostigamiento, de abuso en recurrir a las vías legales, porque las denuncias contemplan hechos que aparte de ser conexos, son distintos unos a otros, y concuerdan con la respuesta que el Gral. Ruperto Aya dió a los hechos de la demanda de Mariño, de que los denuncios los dió a medida que iba teniendo conocimiento de los hechos indebidos o fraudulentos de su ex-administrador. Esto en tesis general".

En seguida se refiere particulamente al proceso en que fue llamado a juicio el señor Mariño con detención provisional, examina ese proceso, transcribe las apreciaciones condenatorias de la conducta de Mariño que formularon los jueces del crimen y el fiscal, y concluye el tribunal su extensa exposición de la siguiente manera:

"Además las piezas que se han traído del proceso criminal, tales como la diligencia de careo entre Mariño y el testigo Miranda Latorre, la indagatoria de Mariño, las declaraciones de Roberto Páez y de los demás que intervinieron como testigos, etc., etc., son pruebas que demuestran plenamente que el juzgado y el Tribunal procedieron con pleno fundamento para el llamamiento a juicio como para la detención; y si el jurado, que como es sabido es una institución en que sus miembros no ejercitan el papel de Jueces de Derecho, sino de Jueces de conciencia, tienen una soberanía especialísima para apreciar las pruebas de manera muy distinta a como les corresponde hacerlo a los Jueces de Derecho, quienes por serlo de derecho estricto están sometidos a la tarifa legal de pruebas, o sea a las normas que la ley erige para tasarlas, apreciarlas y darles mérito. De suerte que siendo uno el criterio del Juez de derecho estricto, y otro del Juez de conciencia, que es a lo que está asimilado el Jurado que interviene en los procesos criminales, se explica muy bien porqué no obstante haber encontrado el Juez 1o. Superior como el Tribunal, fundamento en perfecta legalidad para la detención preventiva y el llamamiento a juicio del señor Joaquín Pablo Mariño por el delito de abuso de confianza, siquiera por la cuantía de los $ 2.500, esto es suficiente para tener en cuenta que por parte de Aya, no hubo ligereza, precipitud, ni imprudencia, y mucho menos malicia o temeridad con manifiesta intención de causar perjuicio o recoger determinado fin económico, social o final, que implicara una desviación de sus derechos o un móvil ilegítimo para dar la denuncia que dió y que fue la génesis del llamamiento a juicio, como de la detención preventiva de Joaquín Pablo Mariño; como tampoco que incurrió en la denuncia en calumnia o en la aseveración de hechos

falsos y en la incurrencia delictual en que incurren el perjuro y el denunciante falso".

La Corte no encuentra error de hecho manifiesto en la apreciación que el Tribunal hace del proceso fundado en el cual dedujo que el señor Aya no había incurrido en acción culpable al denunciar criminalmente al señor Mariño.

Y no lo encuentra, porque aun el propio funcionario que conoció de los denuncios del general Aya, un juez de la jerarquía que tiene el primero superior de esta ciudad, situado en el terreno de serenidad que corresponde al juzgador, ajeno al apasionamiento de las partes, debido a que debe suponérsele entre ellas y por encima de sus prejuicios, coincidió con las apreciaciones del denunciante, pues llegó inclusive a encausarlo criminalmente como responsable del delito de abuso de confianza hasta por la suma de $ 30.788,45 m. c. cometido en el ejercicio del mandato que le confirió el general Aya, llamamiento a juicio que se produjo tras un proceso amplio en que denunciante y denunciado adujeron pruebas y defendieron con ardor sus respectivas posiciones. Y el juez procedió así movido por la honda convicción a que llegó, según se comprueba con la lectura del auto de proceder, sobre la base de los factores probatorios que obraban contra el señor Mariño, como declaraciones de testigos, cartas, telegramas, extractos de cuentas bancarias sobre el movimiento de los dineros procedentes de la ejecución del mandato, informes del Ferrocarril de Cundinamarca, acerca de las cantidades de madera que compró a Mariño sacadas de la hacienda de Taiti, dictámenes periciales, etc. A tal punto el juez estimó de gravedad las pruebas contra Mariño, que llegó a concluír que "Todo esto establece en forma notoria y suficiente que ha obrado maliciosamente, contrariando la voluntad del que le confirió sus bienes, siendo de advertir que donde resalta la conducta culpable es en el telegrama en que ordenó a Roberto Páez que vendiera productos de la hacienda en cualquier forma con tal que le allegara dinero, lo mismo que en el retiro precipitado de la suma de $ 2.500 que consignó últimamente en el Banco de Bogotá. Igualmente lo dice la carta que le dirigió a Páez el 9 de enero de 1930".

Y no solo fue el juez primero superior el que halló reprobable y dolosa la conducta del señor Mariño. El fiscal del tribunal también estimó, en presencia de los elementos del proceso, que el señor Mariño había cometido el delito de abuso de confianza en la ejecución del mandato que le confirió el general Aya. "Las múltiples circunstancias indiciales —dice el fiscal— que de todo lo anterior se desprenden son de gravedad notoria; y constituyen por tanto prueba suficiente de que por el sindicado se consumó el delito de abuso de confianza de que se le incrimina".

Y si el tribunal superior en providencia de 13 de agosto de 1913 reformó el llamamiento a juicio del sindicado, en el sentido de limitar su responsabilidad a la cantidad de $ 2.500, se fundó en que esta cantidad era la que aparecía como cierta y determinable, pues la que deducía el juez de $ 30.788,45 no podía indicarse como absolutamente cierta, ya que se trataba de la administración de una finca en un período de varios años, de manera que en el sumario no aparecía como algo incontrovertible que la cuantía de las apreciaciones de que se había aprovechado el sindicado fuera precisamente la calculada por el juez. Pero siempre juzgó que la retención de la suma de $ 2.500 por parte de Mariño, proveniente de una consignación que el mayordomo de "Taiti" le hizo en un Banco, con posterioridad a la revocación del poder, como producto de ventas de maderas, café, de dicha finca, tenía caracteres delictuosos, y por ello mantuvo la detención decretada de Mariño.

Ahora, que el jurado convocado para juzgar a Mariño por el delito por que se le había llamado a juicio, lo absolviera, ello apenas significa que la justicia no encontró en definitiva penables criminalmente las actuaciones del sindicado, pero no tiene la virtud de borrar como si nunca hubieran existido esas actuaciones y los aspectos irregulares de ellas, que indujeron al general Aya a concebir la idea de que las maniobras administrativas de Mariño eran francamente dolosas, idea que compartieron con la misma firmeza el juez, el fiscal y el tribunal. Luego la inocencia del denunciado en el curso del proceso apareció muy dudosa, tan dudosa que se requirieron años para que el señor Mariño obtuviera la absolución, y el levantamiento de la detención en que el juez y el tribunal lo mantuvieron por varios meses.

De donde se infiere que cuando el tribunal, en la sentencia recurrida, con base en las copias del proceso penal lanza el concepto de que la actitud del general Aya al promover su acusación criminal contra el señor Mariño no fue temeraria ni abusiva, hace apenas una apreciación natural que retrotraída a la época en que se debe colocar, antes del veredicto absolutorio, no contraría la evidencia de los hechos.

La sala tampoco encuentra por ninguna parte el error apuntado por el recurrente en la apreciación de las declaraciones de Francisco Plata Uribe y la prueba de inspección ocular.

La declaración de Plata Uribe fue rendida en el

sumario, de manera que si evidentemente fue un error del tribunal el que no la hubiera considerado como parte integrante de éste, al igual de los demás elementos, sin embargo esa falta carece de trascendencia, pues el testigo apenas refiere que en su presencia Aya manifestó al doctor Guillén, apoderado de Mariño, cuando adelantaban los desacuerdos entre éste y Aya, que no aceptaba los arreglos que le proponía Guillén, sino que prefería que siguieran los juicios criminales contra Mariño. Esta conducta de Aya está lejos de probar crueldad y sevicia contra su ex-administrador, porque creyendo aquél, sinceramente, como está visto, que Mariño lo había hecho víctima de un delito en daño de sus intereses, lo indicado en semejante situación era que el supuesto delito lo aclararan las autoridades judiciales, antes que aceptar arreglos que dejaran impune al delincuente.

Y en cuanto a la equivocada epreciación de la inspección ocular practicada en segunda instancia, consistente en la afirmación del tribunal de que no había comprobación de que Aya hubiese sido el promotor y autor de las publicaciones periódicas difamatorias de Mariño, tampoco tiene razón el recurrente Aun comprobado con las rectificaciones de fls. 28 a 29 del c. número 1, procedentes de una entidad particular, por lo cual esas certificaciones han debido juramentarse como un testimonio común y corriente, que el general Aya pagó la inserción en los periódicos del auto de proceder contra Mariño, refiriéndose la publicación a un documento oficial, no entrañaba difamación en el sentido de imputar hechos falsos a Mariño. La divulgación por la prensa del auto de proceder, fue el conocimiento que se dió al público de una providencia judicial, que si traía a menos la reputación de Mariño, ello provenía de la providencia misma y no de su publicación, que desde que no era reservada estaba en el proceso al alcance de quien quisiera leerla.

En la inspección ocular fl. 9 c. No. 3 se constató que en los periódicos EL SIGLO y EL TIEMPO los cronistas de esos periódicos informaron respectivamente, el primero que el señor Mariño síndico de la Colonia de Mendigos de Sibaté había sido puesto preso debido a "algunas malas jugadas con unos cheques"; y el segundo dió el aviso del apresamiento del señor Mariño pero sin decir la causa.

Basta la simple relación de lo que consta en la inspección ocular para declarar infundada la acusación del recurrente, de que aquellas publicaciones periódicas comprueban también la sevicia del denunciante general Aya.

C)—Respecto de la condena por la suma de $ 2.500 que la sentencia impuso a cargo del señor Mariño, considera el recurrente que se le dió aplicación indebida al artículo 2.188 del código civil, y se violó el numeral 3o. del artículo 2.184 de la misma obra, a la vez que fue contra el principio de la cosa juzgada.

Estima que el tribuanl fue conducido al desconocimiento de los preceptos legales invocados debido a que apreció erróneamente las pruebas; y revivió hechos ya juzgados en juicio pleno al hacer tal condenación sin fundamento ni razón, como quiera que Mariño retiene legalmente el dinero para asegurar las prestaciones a que tiene derecho.

Particularmente anota que entre las varias pruebas que en el proceso penal figuran exista la copia de un careo entre Mariño y Aya, diligencia en la cual se afirma, éste reconoció que Mariño tenía derecho por concepto de la administración al 10% del producto de las fincas. Además el tribunal solo hace mérito de un dictámen pericial llevado a cabo sobre los libros de cuentas dentro de la sumaria y prescinde de otro dictámen pericial verificado dentro de los términos de prueba de este juicio en que el saldo deducido en favor de Aya apenas alcanza a un poco más de $ 1.000.

Se considera:

El tribunal confirmó la condenación contenida en la sentencia del Juez contra Mariño por la cantidad de $ 2.500 porque consideró plenamente demostrado que éste retiene en su poder dicha suma, que recibió por concepto de ventas de café de la hacienda de Taiti, y que tal suma pertenece al general Aya en razón de que cuando Mariño la retiró del Banco de Honda ya no era administrador de la hacienda, por habérsele revocado el mandato y estar ya el mandatario en conocimiento de esa revocción. "Ante estas circunstancias —concluye el sentenciador—, no es posible sostener que Mariño podía y puede retener esa cantidad para asegurarse de las prestaciones a que estuviere obligado el mandante, porque esa suma no le fue entregada por Aya a tiempo de conferirle el mandato, y por referirse a una operación sucedida después de la expiración del mandato no encaja lo argüido dentro del artículo 2188 del código civil, que contempla casos distintos, o sea lo relativo al mismo mandato".

En el parecer de la Corte el tribunal interpretó bien el artículo 2188, pues es evidente que la facultad que esta disposición le atribuye al mandatario de retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las obligaciones a que éste fuere obligado por su parte, está limitada por la misma naturaleza del contrato de mandato a los efectos que el mandatario reciba antes de que se le revoque el poder, pues revocado

éste, carece del título legal contemplado en la disposición, convirtiéndose simplemente en administrador de negocio ajeno contra expresa prohibición del dueño. En esta condición no tiene otro derecho contra el dueño distinto de la utilidad que a éste le reportare la operación, por ejemplo si de la gestión ha resultado el pago de una deuda, que sin ella, hubiera perdido el interesado. (art. 2309 del c. c.). Pero ese no es el caso del retiro de dineros del Banco, que Mariño efectuó después que se le revocó el poder, provenientes de ventas de café de la hacienda de "Taiti" cuyos productos había consignado el señor Roberto Páez, mayordomo de la hacienda.

Para llegar a la conclusión de que Mariño había retirado el dinero después de estar noticiado de la revocación del poder, el juez y el tribunal apoyáronse en telegramas y cartas que obraron en el proceso criminal, y que en gran parte figuran también en este juicio, dirigidos por Mariño a Roberto Páez urgiéndolo para que hiciera ventas de café; en declaración de testigos acerca del día en que Mariño tuvo noticia cierta de que Aya le había revocado el poder; en la confesión del propio Mariño; en los comprobantes sobre consignación en el Banco de Bogotá, sucursal de Honda de la expresada suma de $ 2.500 en dos partidas, la una el 22 y la otra el 23 de enero; y en la cuenta por la cual Mariño retiró esos fondos el 31 de enero, mediante cheque.

Ningún error evidente se observa en la apreciación de estas pruebas, las cuales tienden todas a confirmar la conclusión del tribunal, conclusión que es idéntica a la que aceptaron los jueces en el proceso penal, en grado tal que el juez primero superior basado en ella resolvió encausar a Mariño por el delito de retención indebida de la suma de los $ 2.500 y aun cuando en últimas fue absuelto Mariño de tal delito, el jurado tuvo a bien dejar constancia que era "responsable de retener la suma de $ 2.500 procedentes de frutos de la hacienda de "Taití". A ello obedeció que el tribunal dejara entonces a salvo la acción civil que tuviera el general Aya para reclamar esa suma, acción que es la que se está ejercitando en este proceso.

Las pruebas mencionadas de manera especial por el recurrente ninguna modificación introducen al hecho aceptado por el tribunal de que los $ 2.500 los recibió el mandatario después de la revocación del poder. El reconocimiento que Aya hizo durante la diligencia de careo entre él y Mariño, de que éste tenía derecho al 10% del producto de las fincas, servirá para determinar cuál fue el honorario prometido al mandatario por la administración, pero nada tiene que ver con el otro hecho que se está debatiendo. Y respecto del dictámen pericial practicado en este proceso civil "en que el saldo deducido en favor de Aya apenas alcanza a un poco más de $ 1.000", baste observar que el único dictámen que aquí se practicó fue el de folios 11 a 12 del c. No. 3, rendido por los peritos Manuel Restrepo, José Vicente Morales y Pablo Garzón Muñoz, sobre los perjuicios que recibió Mariño como consecuencia de las denuncias criminales que Aya dió contra él.

En suma, ninguno de los cargos formulados por el apoderado de Mariño, en su demanda de casación, prosperan.

EL RECURSO DE CASACIÓN DE LA PARTE CONTRADEMANDANTE

El tribunal hace mérito de las pruebas existentes para fundar la contrademanda y las encuentra ineficaces. Termina con el siguiente concepto:

"Y ante la ineficacia y deficiencia de las pruebas anotadas, porque en el juicio que se falla Aya no demostró cuánto hubiera producido Taití, cuánto se hubiera invertido en la misma hacieda para deducir cuánto estaba en poder de Mariño que éste debiera devolverle, la acción por falta de pruebas aparece improsperable, en general, fuera de que es notorio como hecho cardinal, fundamental y esencial que habría sido necesario antes la ventilación del juicio especial de cuentas de la administración que Mariño tuvo para balancear lo invertido de los productos de los inmuebles, semovientes, frutos, etc., en la misma administración, conservación de bienes, etc., para saberse los saldos restantes a favor del mandante, y porque si la acción no versa en el fondo sobre tal administración, de conformidad al derecho que tiene todo mandante de pedir cuentas conforme al artículo 2181 del C. C. sino al caso o casos de administración extralimitada o abusiva o fraudulenta tenía que haberse allegado para su triunfo, pruebas netas y precisas producidas dentro del proceso civil".

El recurrente formula el recurso diciendo que la sentencia, en cuanto dijo no ser "el caso de hacer las demás declaraciones pedidas" por el reconviniente, es violatoria de la ley sustantiva por falta de apreciación de algunas pruebas. He aquí las pruebas mal apreciadas:

"Obran en autos los tres telegramas dirigidos por Joaquín Pablo Mariño a Roberto Páez, de Pacho a la Dorada, firmados "Mariño" (fls. 26 a 28 Cuad. No. 4) dos de ellos fechados el 3 y 21 de enero de 1930; y otro fechado el 22 de diciembre de 1929 (f. 26) introducido por Mariño en Pacho a las 10, fecha y hora que coincide con el telegrama del folio 30, dirigido por el mismo Mariño al "Ruperto Aya" Bogotá, e introducido a las 10 y 40, donde le dice a Aya:

"Estoy arreglándole cuentas. Tan pronto estén avísole mande revisarlas o llévoselas". Además las cartas dirigidas por el mismo Mariño a Páez, una de fecha 9 de enero de 1930 (f. 14, cuad. N. 4) y otra a Jorge Miranda L., de 3 de febrero de 1930 (f. 15 Cuad. N. 4). Estos últimos instrumentos son de fecha posterior a la revocación del poder y allí ordena a Páez en forma de apremio extraordinario, que venda la existencia de café que existe en Tati, (sic) y le envíe su valor, que se dedique a eso aunquando abandone los trabajos de la hacieda, que lo urgente es realizar el café y consignarle el dinero. En la carta a Miranda L. promete que no continuará la venta del ganado y demás semovientes del Gral. Aya que tenía en una de las haciendas de Pacho, atendida la prohibición de éste".

"Las órdenes dadas a Páez se cumplieron y el producto de la venta del café, le fue consignado en su cuenta en el Banco de Honda, de donde lo sacó Mariño con cheque al efecto, cuando ya no era apoderado. Lo propio ocurrió con el ganado, pues el señor Mariño lo vendió todo, según su propia confesión que consta de autos".

Por no haber estimado las pruebas referidas se dice que el tribunal violó los artículos 645, 517, 597, 604, 606, y 664 del código judicial, violándose igualmente la ley sustantiva por no haberle dado aplicación a los artículos 1.603, 1.612,, 1.613, 2.148, 2.155, 2.157, 2.158, 2.160, 2.308, 2.305, y 2.341 del código civil.

Se considera:

El tribunal sí apreció el grupo de pruebas de que hace mérito el recurrente en la parte transcrita de su memorial. Y las apreció precisamente para fundar una convicción contraria a la que sustenta el recurrente, pues sobre la base de ese conjunto de comprobantes y otros más que el tribunal enumera finaliza sosteniendo que no dan asidero para determinar en su cuantía las cantidades de dinero de que Mariño se apropiara en el ejercicio del mandato, determinación que es indispensable en orden al éxito de la acción de responsabilidad.

Entre convicción y convicción la corte respeta la del tribunal, tanto más que no se ha afirmado que haya habido error evidente en la apreciación de aquellas pruebas, el cual por otra parte tampoco podría sostenerse en razón de que el fallador además de las pruebas de que hace mérito el recurrente se apoya en otras, y de ese conjunto deduce su conclusión. Menester sería pues demostrar o patentizar el error evidente en relación con aquel conjunto probatorio, y esa es una labor que ni efectuó el recurrente, ni sería fácil realizar, ni a la corte le compete de oficio.

Por otra parte los telegramas y cartas dirigidos por Mariño a Roberto Páez, de que hace mérito el recurrente, le sirvieron al tribunal para declarar demostrado el hecho de que el primero recibió los $ 2.500 cuando ya estaba caducado el poder. Efectivamente es el único hecho que acreditan, y por eso la sentencia ordena devolver tal suma. Mas esa retención ya fue declarada por los jueces correspondientes como exenta de dolo, de manera que hoy los jueces civiles están inhabilitados para contrariar ese veredicto, diciendo que Mariño procedió con dolo y fundando en ese concepto una acción indemnizatoria.

Y por lo que hace a la responsabilidad por apropiación de dineros durante el ejercicio del mandato por parte del mandatario, nótese que el tribunal deniega la respectiva acción, fundado en el artículo 2181 del código civil.

La aplicación de este precepto no ha sido atacada en casación. Y aun cuando lo fuera, difícil resulta desvirtuarlo, ya que habiéndose conferido el mandato para un negocio de larga y constante duración, que implicaba inversiones y entregas de sumas de dinero o frutos, que se cargan ya al mandatario o al mandante, o se le abonan a uno de éstos, es de rigurosa aplicación el artículo 2181, como quiera que antes de conocer las cuentas del mandatario se ignora las cantidades precisas que éste deba al mandante, o viceversa.

En consecuencia tampoco prosperan los cargos del apoderado del recurrente general Aya.

SENTENCIA

A mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, en sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a CASAR la sentencia materia del presente recurso

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese el fallo en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón. Secretario en propiedad.

USO DE AGUAS

El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas nacionales que lo atraviesan o deslindan se limita, en los casos del inciso 3o. del artículo 893 del C. C., en cuanto las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, con la obligación por parte de la entidad pública que se aproveche de ellas, de dejar una parte para uso de los riberanos y de indemnizar al dueño de la heredad que por tal razón se vea privado del agua, todo perjuicio inmediato. Se trata, como lo dice el expositor argentino Spota en su Tratado de Derecho de Aguas, de un bien de naturaleza tal, que el derecho no puede dejar al arbitrio individual su utilización sino que se debe, por norma jurídica, utilizar el agua del más amplio modo posible. Por ello, "el aspecto de derecho civil del régimen de aguas ha perdido gran parte de su importancia, mientras ha ganado el aspecto de derecho público".

En el conflicto de intereses con respecto al empleo de las aguas, el público debe ser preferido al individual. Por encima de la disposición de orden general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común, existe la disposición especial de orden público que limita el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, cuando éstas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual prima el interés colectivo.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas).

Bogotá, veintiseis de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

Antecedentes

Se decide el recurso de casación sostenido por el Procurador Geeneral de la Nación y por el apoderado del Municipio de Bello, en el departamento de Antioquia, contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario de daños y perjuicios propuesto por Nicolás Sierra contra aquella entidad, y sobre aprovechamiento y goce de las aguas de la corriente de uso público denominado "EL HATO", de la cual es riberano el actor.

Resumen de los hechos

Nicolás Sierra, en demanda repartida al Juzgado 4o. Civil del Circuito de Medellín, expuso: Que es dueño de una finca con cuatro casas de habitación, tejar y trapiche o máquina de moler caña, denominada "Providencia" o "Santa Ana", ubicada en el municipio de Bello; que dicha finca es riberana de la quebrada de "El Hato"; que tal quebrada atraviesa varios predios y desemboca en el río Medellín, siendo, por tanto, una corriente de uso público; que el Municipio de Bello sólo posee sobre la orilla izquierda de dicha quebrada una pequeña lengua de tierra; que el Municipio citado lleva el agua de la quebrada "El Hato" a sus plantas eléctricas y no las devuelve al cauce de la misma quebrada; que en 1930 el municipio inauguró una planta eléctrica para suministrar energía a la población, y que, como consecuencia de ello, capta la totalidad del agua de aquella quebrada, perjudicando a los demás riberanos; que tal actuación del municipio conduce a la sequía en tiempo de verano, con lo cual se le ha causado al demandante perjuicios en el riego y cultivo de la finca, abrevadero de sus animales, menesteres domésticos, explotación del tejar, etc.

Fundado en tales hechos el señor Sierra pidió que en la sentencia definitiva se declarara:

"Primero.—Que la quebrada de "El Hato" es un bien nacional de uso público en los territorios que ella baña;

"Segundo.—Que como su finca "Providencia" o "Santa Ana" es riberana de la quebrada "El Hato", él tiene derecho de usar y aprovechar sus aguas en ejercicio del derecho de riberanía y de acuerdo con la ley;

"Tercero.—Que el municipio de Bello está obligado a devolver las aguas que deriva de la quebrada "El Hato" al cauce natural de ésta, dentro del mismo predio en que las toma, de manera que él, pueda aprovecharlas en su finca "Providencia" o "Santa Ana";

"Cuarto.—Que el municipio debe cumplir con esta

obligación dentro del plazo que se le fije en la sentencia;

"Quinto.—Que el municipio de Bello debe pagarle los perjuicios que le ha venido causando, y los que le cause durante el curso del juicio hasta la enajenación de la sentencia, como consecuencia de haberle privado ilegalmente del uso de las aguas de la quebrada de "El Hato", es decir, de haber desconocido y violado su derecho de riberanía, según el avalúo que de ellos se haga en este o en otro juicio". En subsidio de las peticiones tercera (3a.) y cuarta (4a.) que anteceden, pide que se declare en la sentencia:

"a)—Que el municipio de Bello no tiene derecho en ningún caso, ni bajo ningún concepto, para usar o aprovechar en su perjuicio el caudal íntegro de las aguas de la quebrada "El Hato", y que, por consiguiente, está legalmente obligado a partir o dividir esas aguas con el demandante;

"b)—Que como consecuencia de la declaración que antecede, el municipio de Bello está obligado a someterse a la reglamentación que del uso de tales aguas pueden y deben hacer las autoridades de policía, al efecto de que sean equitativamente distribuídas, por cantidades o turnos, entre el municipio y su predio;

" c).—Que las autoridades de policía están obligadas a distribuír esas aguas entre el Municipio y él, cuando la distribución se haga necesaria, mediante su división en cantidades o el establecimiento de turnos, y en tal forma, que en ningún caso sea irrisoria para el demandante la reglamentación, sino que sea eficaz, para que pueda atender debidamente a sus menesteres domésticos y a la explotación agrícola e industrial de su finca "Providencia" o "Santa Ana''.

Sentencia de Primera Instancia

El juzgado del conocimiento profirió sentencia el 12 de agosto de 1939, en la cual resolvió:

"Condénase al municipio de Bello a pagar al demandante los perjuicios que haya sufrido éste durante los veranos comprendidos de 1930 en adelante, por consecuencia de haber sido privado en todo o en parte del uso de las aguas de la quebrada "El Hato", a que tiene derecho como riberano, perjuicios que se fijarán en juicio aparte.

"No se hacen las otras declaraciones, principales y subsidiarias, pedidas en la demanda".

Sentencia de Segunda Instancia

Ambas partes apelaron de este fallo. Subió, por tanto, el negocio al H. Tribunal Superior de Medellín el cual falló, con fecha 15 de diciembre de 1943, así:

"1o.)—El Municipio de Bello está obligado a devolver las aguas que deriva de la quebrada "El Hato" al cauce natural de ésta, dentro del mismo predio en que las toma, y en cuanto ellas sean indispensables para su aprovechamiento en la finca "Providencia" o "Santa Ana'' de propiedad del señor Nicolás Sierra, que es riberano; o a cesar en la derivación del caudal de aquella quebrada, que se requiera para las necesidades del predio del señor Sierra; obligación que cumplirá el municipio dentro de quince días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia. Esto se hará de común acuerdo por las partes; y en caso contrario, por peritos, nombrados uno por cada litigante y un tercero por los principales, con intervención del Juzgado del conocimento, y mediante la actuación del artículo 553 del C. J.

2o.—) Se declara que el municipio de Bello debe pagar al señor Nicolás Sierra los perjuicios que le ha venido causando y los que le cauce hasta la ejecución de este fallo, como consecuencia de haberlo privado de una parte de las aguas de la quebrada "El Hato"; los que se fijarán en proceso separado.

3o.—) Se niegan las demás súplicas, formuladas por el señor Nicolás Sierra, en la demanda de 8 de marzo de 1938.

El Recurso Interpuesto

Contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Medellín, interpuso en tiempo recurso de casación el municipio demandado. En la oportunidad debida en esta Corte, se le corrió el traslado del negocio al señor Procurador Delegado en lo Civil, quien lo devolvió con la correspondiente demanda; posteriormente se hizo parte un apoderado especial del municio y presentó a su turno una nueva demanda. De los cargos propuestos, la Corte estudia el siguiente por considerarlo justificado y prescinde de los demás en obedecimiento al artículo 538 del C. J.

Resumen de los cargos

Con apoyo en la causal 1a. del artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia recurrida por indebida aplicación al caso del pleito del artículo 892 del C. C., y falta de aplicación del inciso 3o. del artículo 893 del mismo Código.

Dice el recurrente:

a) El municipio de Bello, como riberano de la quebrada de "El Hato", puede hacer el uso conveniente de las aguas, con la sola limitación de devolver el sobrante al cauce acostumbrado a la salida del predio.

b) El Tribunal encontró que el municipio no cumple con dicha obligación; por consiguiente, ha debido condenarlo en la sentencia a que lo hiciera, sin ordenar, como lo dispuso, que se dejaran correr las aguas por el cauce acostumbrado, en proporción tal, que permitiera al señor Sierra satisfacer las necesidades de su predio. Es decir, el Tribunal subordinó la obligación de devolver el sobrante a las necesidades del predio inferior.

c) El Tribunal al fallar, no tuvo en cuenta que el uso que el dueño de un predio riberano puede hacer de las aguas que corren por él, se limita en cuanto éstas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, dejando una parte al predio e indemnizándolo de todo perjuicio inmediato. En el caso de autos está demostrado que la población de Bello necesita para los menesteres domésticos de sus habitantes, las aguas de la quebrada; luego, esta necesidad limita el uso por parte del predio riberano inferior. (artículo 893 del C. C., inciso 3o.).

e) Se condenó en la sentencia al municipio de Bello, no sólo a devolver el sobrante en la forma que se expresó atrás, sino a pagar al señor Sierra los perjuicios que se le habían venido causando y los que se le causaran hasta la ejecución del fallo. Si el Tribunal encontró que se producían perjuicios, ha debido ordenar el pago de éstos, pero simplemente de los perjuicios inmediatos, según lo dispone el artículo 893 mencionado, pero no ordenar una indemnización por todos los perjuicios que se hayan causado y por todos los que se causen hasta la ejecución del fallo.

f) Se entiende por perjuicios inmediatos, los que se causaron luégo, en el momento en que se desvió el agua. Así por ejemplo, si esa desviación se quisiera hacer hoy y con ello se pararan los tejares, el trapiche movido por agua, los establos, los corrales, y quedaran sin agua los plantíos del señor Sierra.

El municipio no está obligado a pagar las obras nuevas que, con posterioridad y a ciencia y paciencia de la falta de agua realizó el señor Sierra en su predio. Los artículos 2341 y ss. del C. C. determinan la obligación de indemnizar toda clase de perjuicios causados por su culpa. El artículo 893 de la misma obra, establece una excepción a ese principio general al prescribir que sólo es indemnizable en el caso allí contemplado el perjuicio inmediato. El caso de autos cabe precisamente en el artículo 893 del C. C. y por lo tanto debe considerarse como una excepción en lo referente a la indemnización de perjuicios. Considera que la razón que tuvo el legislador para circunscribir los perjuicios a los simplemente inmediatos no fue otra cosa que la circunstancia de estar de por medio un interés público, el interés de la colectividad.

g) El municipio de Bello, riberano de la quebrada "El Hato", no necesitaba permiso para servirse de sus aguas, sino que podía gozar de ellas, con la única restricción de devolver el sobrante al acostumbrado cauce, después de haber hecho el uso conveniente.

Si el Tribunal encontró que el Municipio no regresaba al cauce acostumbrado las aguas sobrantes después de servirse de ellas, ha debido ordenar en su sentencia que, en lo sucesivo, así lo hiciera, pero teniendo en cuenta las necesidades del municipio y no las de los predios inferiores.

h) Por último el recurrente acusa la sentencia, por ser violatoria por infracción directa y errónea interpretación del artículo 893, inciso 3o. del C. C., que establece una limitación del uso de las aguas para los riberanos, en cuanto estas fueren necesarias para los menesteres domésticos de un pueblo vecino, pero en este caso se dejará una parte a la heredad y se le indemnizará de todo perjuicio inmediato".

Está probado, dice, que las aguas de la quebrada de "El Hato" son necesarias para los menesteres domésticos e industriales de los habitantes del pueblo vecino de Bello, y, por tanto, es aplicable a este asunto la disposición transcrita.

La Corte Considera

1o.—Como lo expresa el Tribunal Superior de Medellín en su sentencia, "del acervo probatorio se deduce que desde hace más de cuarenta años, el predio "La Providencia", ha venido sirviéndose, para menesteres domésticos, riego, movimiento de maquinarias, etc., de agus de la quebrada "El Hato", que en parte la limita y en parte la atraviesa; y que el municipio de Bello, desde hace más de cuarenta años, ha venido utilizando aguas de la misma quebrada, tomadas varias cuadras o kilómetros arriba, para dar movimiento a la planta vieja de energía eléctrica y para uso de los habitantes; y que aquel caudal era sificiente para atender los fines de ambos litigantes. Pero que en Octubre de 1930, el municipio inauguró una nueva planta, movida por aguas de la misma quebrada, aumentando el caudal que se desprendía del cauce, y dejando éste seco o casi seco, con lo cual el predio de Sierra empezó a sufrir perjuicios, por la carencia de aquel indispensable elemento".

2o.—El municipio de Bello no es riberano de la quebrada "El Hato", sino en dos pequeñas zonas o lotes de terreno, donde están instaladas las obras de bocacaz o boca-tomas, es decir, el lugar donde se han construído las obras necesarias para la adecua-

da desviación de las aguas. Estas se conducen por una acequia, a través de predios de diferentes dueños, para ser llevadas a los lugares donde se instalaron las plantas de producción de energía y luz eléctrica, que fueron montadas una a continuación de la otra, con el objeto de aprovechar hasta el máximo de las aguas y su caída, para los fines expuestos. Luégo de dar movimiento a estas máquinas, el agua se destina al acueducto municipal, al alcantarillado público, y a otros servicios de igual urgencia, sin que sea posible devolver el sobrante al cauce natural de donde se extrajeron o desviaron, pues la configuración topográfica del terreno impide hacerlo, teniéndose que encauzar los sobrantes a regiones distintas que no rinden sus aguas a la corriente de "El Hato".

3o.—El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas nacionales que lo atraviesan o deslindan, se limita en los casos del inciso 3o. del artículo 893 del C. C., en cuanto las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, con la obligación por parte de la entidad pública que se aprovecha de ellas, se dejan una parte para uso de los riberanos y de indemnizar al dueño de la heredad que por tal razón se vea privado del agua, de todo perjuicio inmediato.

Se trata, como lo dice el expositor argentino Spota en su Tratado de Derecho de Aguas, de un bien de naturaleza tal, que el derecho no puede dejar al arbitrio individual su utilización, sino que se debe, por norma jurídica, utilizar el agua del más amplio modo posible. Es por ello, "que el aspecto de derecho civil del régimen de aguas ha perdido gran parte de su importancia, mientras ha ganado el aspecto de derecho público".

Las aguas adquieren interés cada vez más creciente; el precioso elemento tiende, dice el mismo autor, desde el punto de vista jurídico, a salir del círculo de la apropiación individual, para entrar en el campo social.

Entre nosotros el problema del riego y en general el uso del agua para la agricultura tiene una imponderable importancia, conjuntamente con el abastecimiento para las poblaciones y demás usos domésticos indispensables a la vida urbana.

Naturalmente en el conflicto de intereses con respecto al empleo de las aguas, el público debe ser preferido al individual. Por encima de la disposición de orden general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común, existe la disposición especial de orden público, que limita el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, cuando éstas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual prima el interés colectivo.

El Tribunal dispuso que el municipio de Bello, estaba obligado a devolver las aguas que deriva de la quebrada de "El Hato" al cauce natural de ésta, dentro del mismo predio en que las toma (artículo 892 del C. C.), y en cuanto éstas fueren indispensables para su aprovechamiento en el predio de la "Providencia" o "Santa Ana", o a cesar en la derivación del caudal de aquella quebrada que se requiera para las necesidades del mismo predio.

Subordinó, pues, las necesidades del pueblo al interés particular del riberano. Dió indebida aplicación al artículo 892 del C. C., que no es pertinente al caso del pleito y dejó de aplicar el inciso 3o. del artículo 893 del mismo Código, que establece la limitación del uso de las aguas de dominio público en cuanto ellas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino. Concepto que ha sido posteriormente ampliado por leyes especiales sobre expropiación para acueductos o plantas eléctricas. Se debe, pues, casar la sentencia.

El proceso no ofrece la claridad necesaria sobre varios puntos de hecho que la Sala estima indispensable para ilustrar la decisión de instancia; y por tanto, de acuerdo con el artículo 600 del C. J., habrá de dictar un auto para mejor proveer.

Cree la Corte, por consiguiente, que es el caso, como insistentemente lo han insinuado ambas partes, de practicar una inspección ocular en los lugares aludidos y así lo ordenará oportunamente.

SENTENCIA

En mérito de las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justica, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **CASA** la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Medellín, con fecha 15 de diciembre de 1943.

Una vez ejecutoriado el presente fallo volverá el expediente al despacho a fin de dictar el auto para mejor proveer anunciado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, e insértese en la G. J.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — Hernán Salamanca. José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón. Srio.

ACCIONES RESOLUTORIA DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION — RENTA VITALICIA — PACTO COMISORIO

1.—Un contrato de venta de bienes raíces en el cual se verifica otro de renta vitalicia no requiere, respecto de éste, la inscripción en el libro de registro número III; basta el registro verificado en el libro número I, pues el contrato de renta vitalicia no requiere, en atención a su naturaleza y por disposición expresa de la ley, su registro en determinado libro, ya que esa formalidad se cumple no en atención a la índole de dicho contrato, sino a la FORMA solemne como debe otorgarse, o sea, porque esto se hace por escritura pública. Es decir, que la inscripción se verifica porque se trata de un documento otorgado ante Notario y no por razón de la naturaleza del contrato celebrado.

2.—En concepto de la Corte el artículo 2673 del Código Civil es disposición sustantiva porque otorga al contratante o a la parte que aduzca un título en las condiciones previstas en dicho texto legal, el derecho para que sea admitido como prueba y haga fe en juicio y ante las autoridades públicas, y es notorio que la prueba de los actos y contratos está íntimamente relacionada con su existencia misma, ya que el acto o contrato que no puede probarse es lo mismo que si no existiera.

3.—El artículo 2292 del Código Civil es disposición sustantiva desde luego que puntualiza algunas condiciones esenciales requeridas para el perfeccionamiento del contrato de renta vitalicia, y sabido es que el contrato es una de las fuentes de donde emanan los derechos y obligaciones para los contratantes.

4.—En decisiones anteriores ha reputado la Corte que la violación del artículo 2673 del Código Civil da lugar a casación.

5.—El pacto comisorio consiste, de acuerdo con el artículo 1935 del Código Civil, en la estipulación expresamente convenida e inserta en el contrato de venta de que no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato, y en la declaración de voluntad a que alude el caso de autos no se hizo depender la vigencia del contrato de una condición de esa naturaleza y contenido, pues allí solamente se estipuló la facultad del tradente para pedir la resolución del contrato en caso de que la adquirente no cumpliera, entre otras, con la obligación que había contraído a su cargo de pagar la renta periódica fijada en la suma de $ 20.00 pesos mensuales, y esa estipulación constituye una clásica condición resolutoria, al tenor del artículo 1536 del C.C., ya que por el cumplimiento del hecho previamente convenido entre las partes se extinguía el derecho que a la señora N. N. le otorgaba el contrato.

6.—Por medio de la estipulación para otro el estipulante y el promitente no contraen obligaciones recíprocas de ninguna clase, al paso que en el contrato de renta vitalicia ambos contratantes se obligan recíprocamente.

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

(Magistrado Ponente: doctor Pedro Castillo Pineda).

Joaquín Rueda Reyes, por medio de apoderado, propuso ante el Juez del Circuito Civil del Socorro juicio ordinario contra la señora María Reyes de Rueda, para que con su citación y audiencia se decretara lo siguiente:

"PRIMERO.—La resolución, por falta de pago del precio y por cumplimiento de una condición resolutoria expresa, del contrato de compraventa contenido en la escritura número doscientos noventa y ocho (298) de dos de julio de mil novecientos treinta y tres, otorgada en la Notaría Primera del Circuito del Socorro, por medio del cual mi poderdante le vendió a la señora María Reyes de Rueda un lote de terreno ubicado en esta jurisdicción municipal y comprendido dentro de estos linderos: por el Oriente, partiendo de un árbol de caracolí que hay junto a la cerca de piedra que da al camino que conduce de esta ciudad al barrio de San Rafael, línea recta atravesando la sabana a dar a un moral que está junto a otra cerca de piedra y una palma de corozo que hay al otro lado de la mencionada cerca hacia el Sur, de ahí en línea recta a dar a un caracolí que se encuentra a la orilla del camino que conduce al punto de la finca llamado "El Retiro"; de allí a dar

a un árbol de mararay que hay junto a una cerca de alambre; de este punto a un bailador que está en un barranquito, y de aquí a dar a una mata de guadua lindando con propiedades de María Luisa Acevedo; por el Occidente, el camino nacional que va de esta ciudad a Palmas, al medio, con propiedades de Benedicto Hernández, hoy, antes de Rodolfo Morales, Isaac Cala, hoy, antes de sucesores de Jesús Pereira, José Heladio Obando y herederos de Teodora Obando; por el Norte, el camino público que de la ciudad conduce al barrio de San Rafael, al medio con fincas que eran o son de Ana Silva de Rangel, y de Dimas o Florentino Flórez, hoy de sus herederos; y por el Sur, cerca de piedra y de alambre al medio, con propiedades de Luis Francisco Ferreira, María Luisa Acevedo y el proyecto de trazado de la carretera que va de esta ciudad a Oiba. Dentro del lote que acaba de describirse, existen los siguientes edificios, los cuales quedaron comprendidos en el traspaso del derecho de dominio del lote descrito, que hizo mi poderdante a la demandada por el contrato tantas veces nombrado: la casa conocida con el nombre de "El Carnaval" contruída de tapias, madera, bahareque y tejas; otra casa en costrucción de tapias, tabiques de adobe, madera y tejas, que queda frente a la antigua entrada del cementerio; otra casa en la esquina llamada del Topón, construída de tapias, bahareque, adobe, madera y tejas, con su patio, departamentos para baños y pesebreras de adobe, madera y teja; y otra casa contigua a la casa y dependencias que acaban de relacionarse, construída de tapias, bahareque y tejas.

"SEGUNDO.—El estado de sin valor ni efectos, de la citada escritura número doscientos noventa y ocho (298), en todas sus partes, y en consecuencia, la cancelación de los registros respectivos, para lo cual deben darse los avisos pertinentes al Notario y al Registrador indicados.

"TERCERO.—La obligación de restituír, por parte de la demandada y a favor de mi poderdante, el terreno con sus casas, descrito en la petición primera.

"CUARTO.—La obligación de devolver, por parte de la demandada y a favor de mi poderdante, los frutos naturales y civiles producidos o que hubieran podido producirse con mediana inteligencia y actividad, por el terreno descrito con sus casas, desde la fecha del contrato hasta la fecha de la devolución de aquél.

"QUINTO.—La obligación de pagar, por parte de la demandada y a favor de mi poderdante, los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de aquella.

"SEXTO.—La obligación de pagar, por parte de la demandada y a favor de mi poderdante, los gastos de la litis".

Los hechos fundamentales de la acción se enumeraron y expresaron así:

"1o.—Por escritura número doscientos noventa y ocho (298) de fecha dos de julio de mil novecientos treinta y tres, otorgada en la Notaría Primera del Circuito del Socorro, le vendió el señor Joaquín Rueda Reyes a la señora María Reyes de Rueda el lote de terreno con las casas que contiene, todo en jurisdicción de este municipio y con los linderos descritos en la parte primera de esta demanda, y que son los mismos que constan en la copia de la escritura número doscientos noventa y ocho (298) que acompaño.

"2o.—El precio de esta venta se fijó en la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500,oo), relacionados de la siguiente forma: novecientos veinte pesos ($ 920) por concepto de la cancelación de un gravámen hipotecario que pesaba sobre la finca rural entera denominada "La Quinta", en jurisdicción de este municipio, de la cual hacía parte el terreno en cuestión, crédito hipotecario que tenía hasta entonces la compradora señora María Reyes de Rueda; y el resto de dinero hasta completar los mil quinientos pesos ($ 1.-500) por razón de la obligación alimentaria o alimenticia que en el mismo contrato se estipuló en favor del señor Joaquín Rueda Vesga y en contra de la compradora María Reyes de Rueda, esposa de Rueda Vesga, a razón de veinte pesos ($ 20) mensuales, durante la vida de éste.

"3o.—Mi poderdante cumplió la obligación contraída en el contrato de compraventa a que se refiere el primero de estos hechos, de entregar el terreno con las casas a la compradora señora María Reyes de Rueda.

"4o.—En este contrato existe la acción resolutoria tácita, establecida por el artículo 1546 del Código Civil para todo contrato bilateral, la cual está consagrada en forma expresa para el de compraventa en el artículo 1930, del mismo Código.

"—5o. En la escritura de compraventa citada se estipuló expresamente una condición resolutoria especial, consistente en que si la compradora María Reyes de Rueda no respetaba el compromiso que adquiría de dar a su esposo Joaquín Rueda Vesga alimentos congruos, los cuales fueron estimados mensualmente en la cantidad de veinte pesos ($ 20), moneda legal y corriente, el vendedor Joaquín Rueda Reyes tendría el derecho de solicitar y obtener la resolución del contrato de compra-venta en cuestión, debiendo en tal caso sólo pagar a la señora María Reyes de Rueda, la cantidad de novecientos veinte pesos ($ 920) moneda legal, valor del principal del crédito hipotecario que se había cancelado al celebrarse el contrato de compraventa en cuestión.

"6o.—La demandada María Reyes de Rueda no ha cumplido en forma ni en parte alguna, la obligación que contrajo, en orden, primero a pagar una parte del precio, y segundo a impedir el cumplimiento de una condición resolutoria expresa, de dar alimentos congruos a su esposo Joaquín Rueda Vesga, alimentos estimados en la suma mensual de veinte pesos ($ 20) moneda legal y corriente".

Admitida la demanda y sin que la demandada la hubiera contestado, pues se limitó a proponer la excepción de pago de que habla en el escrito de 24 de agosto de 1942 (folio 10, cuaderno principal), se siguió el juicio por sus trámites de rigor, poniéndole fin a la primera instancia la sentencia de 27 de enero de 1943, por medio de la cual el Juzgado declaró probada en parte la excepción perentoria de pago que se había propuesto y absolvió a la demandada de los cargos formulados en su contra.

Ambas partes apelaron de esa decisión, y, previa la tramitación propia del segundo grado del juicio, el Tribunal Superior de San Gil decidió el recurso en providencia de 6 de junio de 1944 confirmando, sin costas en ninguna de las instancias, la decisión materia de la alzada.

Como fundamentos de esa sentencia expuso en síntesis el Tribunal que de la escritura pública número 298 de 2 de julio de 1933, corrida en la Notaría Primera del Circuito del Socorro, se desprende que entre los otorgantes Joaquín Rueda Reyes y María Reyes de Rueda se celebraron dos contratos: uno sobre dación del inmueble denominado "La Quinta", en pago de un crédito hipotecario por valor de $ 920.oo, que había sido cedido y endosado a la última por el titular de dicho crédito, y otro sobre constitución de una renta vitalicia a favor de Joaquín Rueda Vesga, cuyo precio consistió en la estimación de un mayor valor de la finca sobre el del crédito hipotecario aludido; que en consecuencia, y debiendo otorgarse el contrato de renta vitalicia por escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 2292 del Código Civil, la inscripción o registro de aquél título debió hacerse en los Libros de Registro I y II de la Oficina correspondiente, atendiendo a los prescrito en los artículos 2641, 2652, numerales 1o. y 10o. y 2668 del Código Civil; que como de las copias auténticas del referido instrumento allegadas al juicio aparece que él solo se registró en el libro número I, "resulta que tal documento no hace fé en el juicio, ni presta mérito probatorio al tenor de lo que disponen los artículos 2673 del Código Civil y 630 del Código Judicial"; que en consecuencia, "no habiendo probado el demandante la existencia del contrato cuya resolución solicitó", la demandada señora Reyes de Rueda debía ser absuelta de los cargos que le fueron formulados en la demanda.

Contra esa decisión el actor interpuso casación, y tramitado el recurso en la forma de rigor hoy se procede a decidirlo.

* * *

Con fundamento en la causal primera de casación, esto es, por considerar que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida, interpretación errónea" formula el recurrente en los apartes a), b), c), B) y C) de los Capítulos primero y segundo de su demanda de casación las acusaciones que pasan a sintetizarse y considerarse conjuntamente, por la razón de estar tan estrechamente vinculadas entre sí que las unas constituyen como las premisas de donde las siguientes se desprenden y porque así se destaca mejor el verdadero pensamiento que inspira la demanda.

Condensando, pues, las aludidas acusaciones, sostiene el recurrente que el Tribunal violó los artículos 2641, 2668, 2673 y 2292 del Código Civil y 630 del Código Judicial, al sostener que la escritura pública número 298 de 2 de julio de 1933, corrida ante la Notaría del Circuito del Socorro (folios 1 a 4, cuaderno principal de la demanda), debió haber sido registrada no solo en el Libro número I, sino también en el Libro número II de Registro, por contener un contrato de dación en pago de un inmueble y otro sobre constitución de renta vitalicia; que no habiéndolo sido sino en el primero de dichos Libros no hace fé en juicio y que, en consecuencia, el demandante no había probado la existencia del contrato cuya resolucin solicitó.

En desarrollo de tales acusaciones sostiene el recurrente que el instrumento público mencionado, base de la acción, trasladó el dominio de bienes inmuebles por contener un contrato, sea de venta o de dación en pago, traslaticio de ese dominio; que por tal motivo ese título está comprendido en la clasificación del inciso primero del artículo 2641, que señala los títulos que necesariamente deben ser inscritos en el Libro de Registro número I; que el título referido no requería ni requiere por su naturaleza el registro en diferentes Libros; que por tanto no necesitaba ni necesita legalmente, ser registrado en el Libro número II; que el artículo 2652 no determina en qué Libro o Libros deben registrarse los títulos, sino qué títulos deben ser registrados y como el presentado con la demanda tiene la constancia legal de haberlo sido, al tratar el Tribunal de deducir de dicha disposición que el mentado título debía registrarse en el Libro número II, por lo que expresa en sus numerales 1o. y 10o., incurrió en violación de esas disposiciones; que habiéndose perfeccionado ante la ley el contrato de renta vitalicia, es absurdo invocar ésta para decir que no hay demostración sobre la existencia o realización del contra-

to, por lo cual el Tribunal al desconocer el imperio del artículo 2292 lo violó; que habiéndose presentado al juicio la escritura pública 298 con la constancia de haber sido registrada en el Libro número I de la Oficina de Registro del Circuito del Socorro, al llegar el Tribunal al resultado de que dicho título no se había inscrito debidamente, violó por interpretación errónea o falta de apreciación de la prueba escrita consistente en el registro, las disposiciones contenidas en los artículos 2673 del Código Civil y 630 del Código Judicial.

Para resolver se considera:

La mentada escritura pública número 298 contiene en realidad dos contratos: uno por medio del cual Joaquín Rueda Reyes transfiere a María Reyes de Rueda el dominio del inmueble denominado "La Quinta", descrito en este instrumento por sus correspondientes linderos, para cancelarle a aquella un crédito hipotecario que por valor de $ 920.00, pesaba a su favor sobre el mismo inmueble, y que le había cedido y endosado por el titular de dicho crédito, y otro contrato sobre constitución de una renta vitalicia a favor de Joaquín Rueda Vesga, cuyo precio consistió en la estimación de un mayor valor de la finca sobre el del crédito hipotecario aludido. Esa escritura, como así consta en autos, fue resgistrada en la Oficina de Registro del Socorro, el 9 de agosto de 1933, en el Libro de Registro número I, Tomo II de dicho año.

El Tribunal no le otorgó a ese instrumento el valor de plena prueba y absolvió en consecuencia al demandado, porque consideró, como ya se dijo, que él debió ser registrado no solo en el Libro de Registro número I, sino también en el II, porque fuera de contener un contrato traslaticio del dominio de un inmueble, versa sobre otro de constitución de renta vitalicia, que debía otorgarse, como se otorgó, al tenor de lo dispuesto en el artículo 2292 del Código Civil, por escritura pública, la cual debió inscribirse también en el Libro de Registro número II, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 2652, numerales 1o. y 10o. y 2260 del Código Civil.

Considera la Sala que está fuera de toda duda que el citado instrumento en cuanto contiene un contrato traslaticio del dominio de un inmueble está debidamente registrado en el Libro de Registro número I. (Numerales 1o., artículos 2641 y 2652 del C. C.).

Pero se pregunta: ¿además de ese registro se requería otro en el Libro número II, en atención a que en el mismo instrumento se contenía otro contrato de renta vitalicia?.

No se pronuncia la Sala por una solución afirmativa para esa cuestión, porque la exigencia prevista en el artículo 2668 del Código Civil es para los títulos que versan sobre dos o más actos o contratos que **por su naturaleza requieran** el registro en diferentes Libros. Es decir, que ello tiene lugar cuando la índole propia de los contratos celebrados impone el deber de registrarlos en los distintos Libros especiales que la ley ha indicado o señalado expresamente para ese efecto. Así, cuando una escritura pública versa sobre un contrato de venta de un inmueble y otro de hipoteca del mismo, aquella debe ser inscrita doblemente, en los Libros de Registro número I y de hipoteca, porque la ley, atendiendo a la naturaleza de esos contratos, ha fijado o determinado especialmente dichos Libros para efectuar los registros correspondientes. Pero esa doble inscripción no es imperiosa e ineludible en un caso como el de autos, pues el contrato de renta vitalicia no requiere, en atención a su naturaleza y por disposición expresa de la ley, su registro en determinado Libro, ya que esa formalidad se cumple no en atención a la índole de dicho contrato, sino a la **forma** solemne como debe otorgarse, o sea porque esto se hace por escritura pública. Es decir, que la inscripción se verifica porque se trata de un documento otorgado ante Notario y no por razón de la naturaleza del contrato celebrado.

Y esta ha sido la solución que la Corte le ha dado a casos análogos al presente, cuando ha dicho: "La escritura en que se hace constar un contrato de mutuo asegurado con hipoteca, queda registrada por el solo hecho de la anotación en el Libro de Hipotecas. No hay necesidad de hacerlo también en el Libro II, porque el contrato de mutuo no es de aquellos que por su naturaleza están sujetos a la formalidad del Registro". (Jurisprudencia de la Corte, Tomo I, No. 3405, pág. 792 y 795).

"La disposición del artículo 2668 del Código Civil se refiere a aquellos actos o contratos que necesariamente requieren el Registro por la naturaleza misma de ellos, como la enajenación de bienes inmuebles, la partición de los mismos, los testamentos, la hipoteca, la interdicción judicial, etc., y no se refiere a aquellos que se registran accidentalmente, no por su naturaleza intrínseca, sino por la forma en que se otorgan. No basta que los actos o contratos sean de diversa especie para que deban registrarse en libros diferentes, es necesario que la naturaleza de ellos exija el registro en distintos libros" (Ibídem, pág. 545, número 2313).

Por consiguiente hay que concluír que la escritura pública número 298 ya citada, está debidamente registrada; que hace plena fé en juicio; que habiéndose perfeccionado, como se dirá más adelante, el contrato de renta vitalicia que ella contiene, la existencia de éste está debidamente demostrada, y que

por tanto las acusaciones analizadas deben prosperar.

Anota el opositor que los artículos 2641, 2668 y 2652 del Código Civil no son disposiciones sustantivas, y que por tanto, ellas no pueden servir de base al recurso de casación, a lo cual hay que oponer las siguientes consideraciones:

a)—Que fuera de las mencionadas disposiciones, y en acusaciones estrechamente vinculadas con las que se hacen con ocasión de aquellos textos, el recurrente también citó como violados los artículos 2673 y 2292 del Código Civil, sobre los cuales no se formula el ataque expresado:

b)—Que en concepto de la Corte el artículo 2673 del Código Civil es disposición sustantiva, porque otorga al contratante o a la parte que aduzca un título en las condiciones previstas en dicho texto legal, el derecho para que sea admitido como prueba y haga fé en juicio y ante las autoridades públicas, y es notorio que la prueba de actos y contratos está íntimamente relacionada con su existencia misma, ya que el acto o contrato que no puede probarse es lo mismo que si no existiera;

c)—Porque el artículo 2292 del Código Civil es disposición sustantiva desde luego que puntualiza algunas condiciones esenciales requeridas para el perfeccionamiento del contrato de renta vitalicia, y sabido es que el contrato es una de las fuentes de donde emanan los derechos y obligaciones para los contratantes; y

d)—Porque en decisiones anteriores la Corte ha reputado que la violación del artículo 2673 del Código Civil da lugar a casación. (Sentencia de 27 de septiembre de 1942, pág. 548, y sentencia de 30 del mismo mes y año, pág. 551, Tomo XL, de la Gaceta Judicial.

Rota por tanto la sentencia acusada y sin que haya lugar a considerar las acusaciones restantes, procede ahora la Corte a dictar la que deba reemplazarla, para lo cual se adelantan las siguientes consideraciones:

Al libelo acompañó el actor la ya citada escritura pública número 298, en la cual además del contrato de dación en pago a que antes se ha hecho referencia, se contienen las siguientes estipulaciones: "8o. La señora María Reyes de Rueda se obliga como estimación de mayor valor de éste contrato, a suministrar a su esposo Joaquín Rueda Vesga, alimentos congruos mientras viva, estimados éstos mensualmente en la cantidad de veinte pesos oro legal; a constituír administrador de la finca a su esposo nombrado el señor Joaquín Rueda Vesga y a no enajenar ni arrendar la finca que hoy adquiere sino de común acuerdo con su esposo, quien deberá expresar su consentimiento por escrito. Si no respetare este compromiso, el tradente señor Joaquín Rueda Reyes tendrá derecho para solicitar y obtener la resolución del presente contrato en cuyo caso Rueda Reyes pagará a la señora María Reyes de Rueda únicamente con la cantidad de novecientos veinte pesos ($ 920.00) oro legal, valor del principal del crédito hipotecario que hoy se cancela". .... "Décimotercero: Para los efectos fiscales fijamos el precio de este contrato en la cantidad de mil quinientos pesos ($ 1.500.00) oro legal".

Por medio de las súplicas primera, segunda y tercera de la demanda pide el actor que se decrete la resolución del contrato contenido en el instrumento en referencia con la consiguiente cancelación del registro y la natural restitución del inmueble sobre que versa el contrato. Esa acción la fundamenta en dos hechos: 1o.—En que la demandada no le ha cancelado el resto del dinero hasta completar la suma de $ 1.500.00 en que dice fijado el precio de la venta, y, 2o.—En que la demandada no ha cumplido con la condición a que se refiere la cláusula octava arriba transcrita.

Se comprende sin mayor esfuerzo que la acción resolutoria entablada con fundamento en el primero de los citados hechos no puede prosperar porque la cantidad de $ 1.500.00 no se fijó en el instrumento como precio de este contrato en relación con sus efectos jurídicos entre las partes, sino para los meros efectos fiscales del mismo, como se ve sin lugar a dudas de la cláusula décimatercera que arriba se copió.

La acción propuesta con fundamento en el segundo de los hechos referidos sí está llamada a prosperar, por las razones que se dirán en seguida:

La parte demandada ha sostenido que la cláusula octava del contrato arriba particularizado contiene un pacto comisorio y nó una condición resolutoria.

Para la Sala resulta claro que dicha estipulación no envuelve un pacto comisorio, porque éste consiste, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1935 del Código Civil, en la estipulación expresamente convenida e inserta en el contrato de venta de que no pagándose por el comprador el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato, y en la declaración de voluntad en cuestión no se hizo depender la vigencia del contrato de una condición de esa naturaleza y contenido, pues allí solamente se estipuló la facultad del tradente para pedir la resolución del contrato en caso de que la adquirente no cumpliera, entre otras, con la obligación que había contraído a su cargo de pagar la renta periódica fijada en la suma de $ 20.00 mensuales, y esa estitpulación constituye una clásica condición resolutoria, al tenor de

lo dispuesto en el aparte segundo del artículo 1536 del Código Civil, ya que por el cumplimiento del hecho previamente convenido entre las partes se extinguía el derecho que a la señora Reyes de Rueda le otorgaba el contrato. Y si no se está en presencia de un pacto comisorio, es claro que la disposición del artículo 1938 que señala el término de prescripción para aquél es inaplicable al caso de autos, porque la de la acción resolutoria se rige por las reglas generales del Código Civil sobre la materia.

Con el objeto de enervar la acción también ha sostenido el demandado en una de las instancias que la memorada cláusula octava contiene una estipulación para otro, cuyo cumplimiento no puede demandar sino el beneficiario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 1506 del Código Civil, y no un contrato de renta vitalicia; pero para esclarecer este punto basta observar que por medio del primer contrato el estipulante y el promitente no contraen obligaciones recíprocas de ninguna clase, al paso que en el contrato de renta vitalicia ambos contratantes se obligan recíprocamente. Y esta modalidad que es esencial para distinguir un contrato del otro, se cumple en el celebrado entre la señora Reyes de Rueda y el señor Rueda Reyes. Por otra parte la estipulación prenombrada contiene todos los elementos que conforme a los artículos 2287 y siguientes del Código Civil configuran o son esenciales en el contrato de renta vitalicia, como son la existencia de un precio, que en el caso de autos consistió en la estimación de un mayor valor de la finca sobre el crédito hipotecario que se cancelaba; la de una renta o pensión pagadera en dinero, que aquí fue acordada en la suma de $ 20.00 mensuales, que debía darse al señor Rueda Vesga, como alimentos congruos, y la condición de que el pago de la pensión periódica dependía de la duración de la vida del último de los nombrados. Además, dicho contrato se hizo constar en Escritura Pública.

Y como las partes expresamente convinieron, como ya está dicho, que el contrato era resoluble en caso de que la señora Reyes quebrantara el compromiso de atender el pago de la pensión en referencia, es claro que en el caso de autos no tiene operancia la regla general consagrada en la primera parte del artículo 2294 ibídem.

De otro lado está patente el incumplimiento por parte de la señora Reyes de Rueda de la obligación que contrajo por medio de la cláusula octava referida. En primer término, porque a ella le correspondía, según elementales principios de derecho procesal, dar la prueba positiva del cumplimiento de dicha obligación; en segundo lugar, porque aun dando por demostrado que la demandada hubiera entregado, como lo han sostenido sus personeros en el curso del juicio, al señor Rueda Vesga la suma de $ 1.500.00 a título de los alimentos congruos estipulados, es claro que no habría satisfecho la totalidad de su obligación porque las pensiones devengadas a contar de la fecha de la celebración del contrato hasta el momento en que se propuso la demanda, montan más de $ 2.140.00, y por último porque la demandada confesó en posiciones (folios 10 y 11, cuaderno de la segunda instancia), que sí es verdad que debía varias mensualidades.

Justificado, pues, como está el cumplimiento de la condición resolutoria, a la cual hay que reconocerle operancia sobre la totalidad del derecho que a la señora Reyes de Rueda otorga el contrato contenido en la Escritura Pública No. 293, ya que entendida de otro modo dicha condición carecería de sentido en el caso del contratante Rueda Reyes, es claro, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1544 del Código Civil, que deben despacharse favorablemente las peticiones primera, segunda y tercera de la demanda.

La petición cuarta de la misma es notoriamente improcedente en la forma en que ha sido propuesta, porque no habiéndose estipulado nada al respecto por los contratantes, los frutos civiles no se deben, conforme a la regla contenida en el artículo 1545 ibídem, sino a partir del momento en que se cumplió la condición resolutoria; pero como en el caso de autos no se han aportado elementos de convicción tendientes a demostrar la fecha precisa en que aquel evento ocurrió, lo equitativo es hacer la condena por frutos a partir de la fecha en que fue contestada la demanda.

En cuanto a la súplica quinta, aun cuando es verdad que está demostrada la culpa contractual de la demandada, no es menos evidente que en el proceso no existen elementos probatorios que demuestren los perjuicios que en concreto al actor pudo causarle dicho incumplimiento, ni bases ciertas conforme a las cuales pudiera pronunciarse una condena, y tal demostración es indispensable para formular una declaración como la propuesta en la mencionada súplica, ya que sin ella se echarían de menos la constatación del daño y la relación de causalidad, que junto con la culpa contractual, son los elementos integrantes del derecho a reclamar y obtener la consiguiente indemnización.

Las razones que en el cuerpo de este fallo se han expresado son suficientes para declarar no probadas las excepciones de pago y prescripción de la acción propuestas por la demandada.

Finalmente es el caso de anotar que aun cuando en el punto duodécimo del contrato se estipuló una cláusula compromisoria, hay que entender, desde lue-

go que tanto actor como reo se allanaron a que por la justicia ordinaria se dirimiera la controversia a que se refiere el presente negocio, que ese allanamiento implica una renuncia tácita del derecho que dicha cláusula les otorgaba.

Por lo expuesto la CORTE SUPREMA DE JUSTICIA —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia dictada en el presente negocio por el Tribunal Superior de San Gil, con fecha 6 de junio de 1944, y REVOCANDO la de primera instancia, FALLA este juicio así:

PRIMERO:—Decláranse no probadas las excepciones de prescripción y pago propuestas por la demandada.

SEGUNDO:—Declárase resuelto, por cumplimiento de una condición resolutoria expresa, el contrato contenido en la Escritura Pública número 298, de 2 de julio de 1933, otorgada en la Notaría Primera del Circuito del Socorro, por medio de la cual Joaquín Rueda Reyes y María Reyes de Rueda constituyeron un contrato de renta vitalicia, y el primero transfirió a la segunda a título de dación en pago el derecho de dominio sobre el lote de terreno ubicado en jurisdicción del Municipio del Socorro, determinado en aquel instrumento.

TERCERO:—En consecuencia, se declara sin valor ni efectos el referido instrumento público y se decreta la cancelación de los registros respectivos.

CUARTO:—Condénase a la demandada señora María Reyes de Rueda a restituír al señor Joaquín Rueda Reyes, tres días después de ejecutoriada esta sentencia, el inmueble con sus anexidades a que se refiere el punto segundo de esta sentencia.

QUINTO:—Condénase a la demandada a restituír los frutos de dicho inmueble a partir del día 24 de agosto del año de 1942 y los que sigan percibiendo hasta que la entrega se verifique, Su regulación se hará mediante el procedimiento del artículo 553 del Código Judicial.

SEXTO:—Condénase al señor Joaquín Rueda Reyes a restituír a la señora María Reyes de Rueda la suma de novecientos veinte pesos ($ 920.00) moneda legal, tres días después de ejecutoriada esta sentencia.

SEPTIMO:—No hay lugar a hacer las demás declaraciones solicitadas en la demanda, y en consecuencia se absuelve de ellas a la demandada.

Sin costas en ninguna de las instancias, ni en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

PETICION DE HERENCIA

Por la transmisión sucesoral, o sea por la vocación hereditaria, el heredero se encuentra desde la apertura de la causa mortuoria en sustitución del difunto. Adquiere el heredero todos sus derechos de administración y goce, el ejercicio de todas las acciones transmisibles que pertenecían al difunto, reales o personales, posesorias o petitorias.

En presencia de un contradictor calificado o pretendido heredero, el heredero verdadero debe dar la prueba de su título. Para establecer una calidad que le es personal, las acciones del difunto no le serán de utilidad; es necesario una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria. Esta acción es la petición de herencia. Podría definirse ésta como la acción real dada al heredero contra aquellos que, pretendiendo tener derecho en la sucesión, la retienen en el hecho, en su totalidad, o en una parte. Se funda, pues, en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro en calidad de heredero, derecho que dimana del carácter de tal que compruebe como prevaleciente sobre la misma calidad que pretende tener el ocupante de los bienes hereditarios. Se discute, pues, la determinación de tal carácter. Es acción real porque nace del derecho real de herencia (artículo 665 C. C.). En un amplio significado el heredero es propietario de la sucesión y poseedor legal de ella, desde el momento de la vocación hereditaria, o sea, desde el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

El heredero triunfante en petición de herencia obtiene la adjudicación de ésta, y la restitución consiguiente de los bienes relictos, aún de los que el difunto tenía a título precario, de los aumentos y frutos; es decir, de la cosa demandada y sus accesorios (Art. 1321 C. C.). Al fallecer una persona, su heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes: a) En presencia de terceros que posean bienes singulares de la mortuoria a título de dueños; b) Ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos; c) Ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquirido de manos de herederos putativos. En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen así: Por medio de acciones petitorias o posesorias, reales o personales, que corresponderían al causante si él estuviera vivo.

Obra como representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia debe demandar para ésta, para la universalidad herencial. En el segundo caso le corresponde entablar contra el heredero putativo, contra quien ocupa la herencia como tal, la acción de petición de herencia, la cual tiene como objeto la adjudicación de los bienes a favor del actor y la restitución de los mismos. El demandante debe demostrar su condición de heredero de mejor derecho. Este es el título de su acción. Se discute ante todo la calidad de heredero. Y por último, cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe, por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituírlos. En este último caso cabe, a su vez, una distinción: si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas).

Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

Se decide el recurso de casación interpuesto por Josefina Paternostro v. de Faillace, en el juicio de petición de herencia y reivindicación propuesto por dicha señora ante el juez del Circuito de Barranquilla contra Angel Medaglia e Isaías Jiménez.

Antecedentes

a).—El señor Francisco Faillace, hoy difunto, fue propietario de bienes raíces ubicados en la ciudad de Barranquilla, en cuyo lugar residió por algún tiempo;

b).—Contrajo matrimonio en Mormano, Italia, de donde era oriundo, con la señora Josefina Paternostro.

c).—El 22 de junio de 1928, por medio de instrumento público otorgado con las formalidades de ley, en la citada ciudad italiana, otorgó testamento e instituyó como su única y universal heredera a su esposa. Al día siguiente de la celebración de tal acto, falleció.

d).—El 22 de septiembre de 1930, el señor Angel Medaglia, sobrino del causante, a pesar de tener conocimiento de que su tío don Francisco era casado y que había designado como heredera a su cónyuge sobreviviente, demandó ante el Juez del Circuito de Barranquilla, la apertura de la causa mortuoria de su tío y pidió que se le tuviera como heredero abintestato en representación de su madre Carmela Faillace, hermana del extinto.

e).—El Juez declaró abierta la causa mortuoria de don Francisco y mandó tener como su heredero al peticionario.

f).—Pendiente aún la causa mortuoria de Faillace, el señor Piero Rondo, cuñado de Medaglia, demandó a éste por suma de pesos y una vez que se liquidó la sucesión de Faillace y se adjudicaron a Medaglia los bienes, le embargó las tres casas de habitación situadas en Barranquilla que constituían el haber herencial y llevó adelante la ejecución hasta lograr el remate de los inmuebles.

g).—Piero Rondo traspasó las fincas que había rematado a un tercero con pacto de retroventa; luego las recuperó para venderlas al actual poseedor de ellas, señor Isaías Jiménez.

h).—En presencia de esta situación, la legítima heredera, señora Josefina Paternostro v. de Faillace, demandó por vía ordinaria al señor Angel Medaglia, heredero putativo, para que con su audiencia se reconociera a la demandante como heredera de mejor derecho de don Francisco, se le adjudicara la herencia y restituyeran las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales y aún aquellas de que el difunto era mero tenedor; y a la vez demandó al señor Isaías Jiménez, poseedor de los tres inmuebles que pertenecían al causante Faillace, para que se le condenara a restituírlos con sus frutos.

i).—Para efectos ulteriores es interesante hacer constar que la sucesión de Francisco Faillace fue liquidada y los bienes se adjudicaron a Angel Medaglia como consta en la Escritura Pública de protocolización No. 2810 de 19 de noviembre de 1930, de la Notaría 2a. de Barranquilla.

Sentencia de primera instancia.

Por providencia de 10 de octubre de 1941, el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia, reconociendo a la señora Josefina Paternostro v. de Faillace, heredera única, universal y testamentaria de don Francisco Faillace; por consiguiente, titular de mejor derecho que el señor Angel Medaglia en la nombrada sucesión. Declaró, además, que la demandante tiene derecho a todos los bienes herenciales, no sólo como heredera universal, sino como cónyuge sobreviviente con derecho a gananciales. Se abstuvo de decretar la reivindicación pedida, por considerar que la actora demandó en nombre propio la entrega de los bienes, cuando ha debido demandar para la sucesión de don Francisco.

La Sentencia del Tribunal

Tanto la demandante, como los demandados Medaglia y Jiménez, interpusieron apelación contra la sentencia de primera instancia y luego de sufrir el juicio la tramitación del caso en el Tribunal Superior de Barranquilla, esta entidad, por sentencia de fecha 15 de octubre de 1943, puso término a la litis confirmando la sentencia apelada.

El Recurso de Casación

Del fallo del Tribunal ocurrió en casación la señora Paternostro v. de Faillace, recurso que pasa la Corte a fallar:

El recurrente formula varios cargos contra la sentencia aludida, de las cuales la Sala estudia, por considerarlo fundado, el que pasa a expresarse, debiéndose prescindir de los restantes según lo ordena el artículo 538 del C. J.

Se acusa la sentencia con apoyo en la causal primera del artículo 520 del C. J., por errada interpretación de los artículos 1321 y 1325 del C. C., aplicación indebida de los artículos 946 y 950 del mismo código, y por haber dejado de aplicar al caso del pleito los artículos 1323 y 1326 de la misma obra.

En la demanda de casación se transcriben algunos párrafos de la sentencia del Tribunal, para inferir que existe confusión en los conceptos emitidos, especialmente porque se tiene una idea falsa de lo que es la acción de petición de herencia, lo cual llevó al juzgador a interpretar erróneamente las disposiciones atrás indicadas.

Sostiene el recurrente:

El derecho de herencia, al tenor del artículo 665 del C. C., es un derecho real y la acción de petición de herencia, es, por consiguiente, de la misma naturaleza. Tiene por objeto la adjudicación de la herencia, la restitución de los bienes que la integran y no puede reducirse únicamente a los límites de una declaración sobre mejor derecho a suceder al difunto en el dominio de los bienes del causante.

Según el artículo 1321 del C. C., la acción de petición de herencia se encamina a obtener la adjudicación de los bienes a favor del actor y la consiguiente restitución de los mismos. No se trata de buscar la simple declaratoria de heredero o reconocimiento del parentezco, o de seguir el juicio de sucesión, sino de perseguir la herencia, indebidamente poseída por otra persona. De ahí que el artículo diga "que el que probare su derecho a una herencia, tiene acción para que se le adjudique y como consecuencia se le restituyen las cosas hereditarias".

Si la acción de petición prospera no es necesario, como errádamente lo creyó el Tribunal, que el actor demande posteriormente la apertura del juicio de sucesión para obtener que se le adjudiquen los bienes y luego con la cartilla reivindicar.

El juicio de sucesión que se hizo una vez no puede reabrirse, sino en los casos que señala la ley, tales como el inventario adicional. La adjudicación de bienes decretada en el juicio de petición de herencia, cancela la inscripción hecha a favor del heredero aparente.

Dos casos, continúa diciendo el recurrente, pueden presentarse en la restitución de los bienes de la herencia: "Uno, cuando tales bienes se hallan en poder del heredero putativo o de otra persona en condición de tal; y otro, cuando han pasado a manos de terceros.

En el primero de estos casos, la restitución de los bienes herenciales se decreta como consecuencia de la petición de herencia y se ordena en la misma sentencia. No se trata aquí de una reivindicación del actor contra el heredero aparente. No ocurre el fenómeno de la reivindicación y es necesario entonces demostrar la propiedad que el causante tenía sobre tales bienes. Pueden presentarse también dos eventos: o la reivindicación se demanda al tiempo con la petición de herencia mediante una acumulación de acciones, o se pide por separado".

En el presente juicio se siguió el primero de estos dos procedimientos; pero el Tribunal consideró erradamente que el heredero sólo puede pedir la restitución de bienes para la sucesión ilíquida, o para él personalmente cuando haya obtenido en juicio de sucesión la adjudicación de los bienes de la herencia, pues sostiene que la acción reivindicatoria sólo se concede al dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla. Olvidó el Tribunal que es en la sentencia en que se falla la petición de herencia, donde se adjudican los bienes al heredero verdadero, con lo cual pierde toda fuerza el argumento expuesto por el juzgador de segunda instancia.

Analiza en seguida el recurrente el artículo 1325 del C. C., que en su concepto faculta al heredero real para impetrar dos acciones: la reivindicatoria, antes de iniciar la de petición de herencia, en cuyo caso deberá demostrar que el causante era el verdadero dueño de tales bienes y demandar en nombre de la sucesión y para ésta, sin perjuicio de que más tarde tenga que iniciar la acción de petición de herencia contra el heredero putativo.

Pero si esta no fuere la recta interpretación, continúa el recurrente, en el caso de autos, la demandante no podría reivindicar para la sucesión ilíquida porque ésta ya estaba liquidada y la acción de petición de herencia tiene por objeto la adjudicación de los bienes.

La declaración hecha en la sentencia de primera instancia, confirmada por el Tribunal, de que los bienes de la sucesión pertenecen a la señora Paternostro v. de Faillace, es propiamente la adjudicación de los mismos. De manera que efectuada la adjudicación por razón de la sentencia y habiendo sido demandado el actual poseedor, la restitución o reivindicación debe ordenarse desde el momento en que está demostrado que el causante era el verdadero dueño de los bienes y que ellos no han salido de su patrimonio conforme a derecho.

Al no hacerlo así, dice, el Tribunal incurrió en la errada interpretación de los artículos 1321 y 1325, aplicó indebidamente los artículos 946 y 950 y dejó de aplicar los artículos 1323 y 1326, disposiciones todas del C. C.

La Corte Considera

Por la transmisión sucesoral, o sea por la vocación hereditaria, el heredero se encuentra desde la apertura de la causa mortuoria en sustitución del difunto. El heredero adquiere todos sus derechos de administración y de goce, el ejercicio de todas las ac-

ciones transmisibles que pertenecían al difunto, reales o personales, posesorias o petitorias.

En presencia de un contradictor calificado o pretendido heredero, el heredero verdadero debe dar la prueba de su título.

Para establecer una calidad que le es personal, las acciones del difunto no le serán de utilidad; es necesario una acción especial, nacida de su persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria. Esta acción es la petición de herencia.

Se podría definir la petición de herencia como la acción real dada al heredero contra aquellos que, pretendiendo tener derecho en la sucesión, la retienen en el hecho, en su totalidad, o en una parte. Se funda, pues, en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro en calidad de heredero, derecho que dimana del carácter de tal que compruebe como prevaleciente sobre la misma calidad que pretende tener el ocupante de los bienes hereditarios. Se discute, pues, la determinación de tal carácter.

Es acción real porque nace del derecho real de herencia (artículo 665 del C. C.). En un amplio significado, el heredero es propietario de la sucesión y poseedor legal de ella, desde el momento de la vocación hereditaria, o sea desde el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

El heredero triunfante en petición de herencia obtiene la adjudicación de ésta, y la restitución consiguiente de los bienes relictos, aún de los que el difunto tenía a título precario, de los aumentos y frutos; es decir, de la cosa demandada y sus accesorios (Artículo 1321 del C. C.).

"Al decidirse la acción de petición de herencia a favor del actor, ha dicho la Corte, no es indispensable que la sentencia declare que se le adjudica la herencia al demandante, porque la adjudicación queda hecha al declarar que el demandante es heredero de mejor derecho que el que la ocupa en calidad de tal y ordenar se entreguen los bienes al primero. El derecho a la herencia no se reconoce diciendo precisamente el sentenciador que la adjudica al demandante, sino declarándolo heredero con exclusión del demandado y disponiendo que éste restituya los bienes. (J. de la C. S. de J. — Tomo I. — No. 2981).

Al fallecer una persona, su heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes:

a) En presencia de terceros que posean bienes singulares de la mortuoria a título de dueños;

b) Ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos;

c) Ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquirido de manos de herederos putativos

En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen así:

Por medio de aciones petitorias o pesesorias, reales o personales, que corresponderían al causante si él estuviera vivo. Obra como representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia debe demandar para ésta, para la universalidad herencial.

En el segundo caso le corresponde entablar contra el heredero putativo, contra quien ocupa la herencia como tal, la acción de petición de herencia, la cual tiene como objeto la adjudicación de los bienes a favor del actor y la restitución de los mismos. El demandante debe demostrar su condición de heredero de mejor derecho. Este es el título de su acción. Se discute ante todo la calidad de heredero.

Y por último, cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quién pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia, debe, por una parte, discutir con el putativo del título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituírlos.

En este último caso, cabe, a su vez, una distinción: si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste.

En el presente caso ya se había liquidado la mortuoria del señor Francisco Faillace, adjudicándosela al heredero putativo Angel Medaglia, sobrino del extinto, como consta de la escritura pública número 2810 de 19 de noviembre de 1930 de la notaría segunda de Barranquilla, registrada, la correspondiente sentencia de partición y la partición misma en el libro de causas mortuorias bajo el número 37 el 17 de noviembre del mismo año.

Siendo la señora Paternostro v. de Faillace única y universal heredera testamentaria del señor Francisco Faillace; habiendo sido reconocida como heredera de mejor derecho que el señor Angel Medaglia; y habiéndose terminado y protocolizado la causa mortuoria del señor Francisco Faillace, no cabía la demanda

de reivindicación para la sucesión o para una comunidad de herederos que no existía.

No habiendo el Tribunal decretado la acción reivindicatoria porque la actora en el juicio no demandó para una sucesión que ya había sido liquidada, fuerza es concluír que se violaron las disposiciones citadas por el recurrente y que se debe casar la sentencia.

Se pasa, pues, a estudiar la acción de dominio instaurada contra el señor Isaías Jiménez, para lo cual debe tenerse en cuenta lo siguiente:

1) Que por escritura pública número 133 de 7 de octubre de 1886 Nicolás Forrati vendió a Fideli y Francisco Faillace una de las casas materia de la reivindicación.

2) Por escritura pública número 125 de 21 de septiembre de 1886 Polonia Collante de Chavarro, Adriana Vicenti y Víctor Chavarro, vendieron a Fideli y Francisco Faillace las demás fincas materia de la acción de dominio de este pleito.

3) Por la escritura pública número 273 de 25 de junio de 1890, Fideli Faillace vendió a Francisco sú parte en los mencionados inmuebles. Todos estos instrumentos fueron debidamente inscritos.

4) Por la escritura pública número 217 de 10 de marzo de 1906, Luis G. Pochet retrovendió a Francisco Faillace los mismos inmuebles.

Todo a mayor abundamiento, porque originándose tanto el título del demandante, como el del demandado en la adjudicación hecha en la sucesión de don Francisco Faillace y habiéndose demostrado que el título del demandado Jiménez tiene orígen viciado, por provenir de quien resultó ser un simple heredero putativo, basta la sentencia en que se reconoció a la señora Paternostro v. de Faillace como heredera de mejor derecho, para que su demanda de reivindicación prospere.

5) Obra también un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos en que consta que la inscripción hecha a favor de Isaías Jiménez, de la escritura por la cual Piero Rondo le vendió tres casas en Barranquilla está vigente y que los registros anteriores han sido debidamente cancelados. Consta en tal certificado que el registro existente a favor de Francisco Faillace fue cancelado por el registro en el libro de causas mortuorias de la liquidación de su herencia y de la sentencia respectiva.

Consta además:

6) Que por auto de 10 de noviembre de 1930 se adjudicaron a Angel Medaglia en la sucesión de Francisco Faillace los mismos bienes.

7) Que con fecha 23 de marzo de 1931, Piero Rondo remató las mismas propiedades ante el señor Juez 3o. de Barranquilla, en la ejecución que prosiguió contra Angel Medaglia.

8) Que por escritura pública 288 de 4 de abril de 1934, Cristóbal Restrejo retrovendió a Piero Rondo los mismos inmuebles.

9) Que por escritura pública número 289 de 4 de abril de 1934, Piero Rondo vendió las mismas propiedades al señor Isaías Jiménez, actual poseedor de ellas.

Aparece, pues, que el antecesor en el dominio del señor Jiménez es don Francisco Faillace, pero que su título tiene orígen viciado, ya que el señor Medaglia no era heredero de don Francisco, usurpó tal carácter, fue un simple heredero putativo.

Se ha alegado que el señor Piero Rondo, vendedor de las fincas a Jiménez, las había adquirido por adjudicación hecha por el Juez en remate público. Este remate no sanea los vicios con que había venido transmitiéndose la propiedad, ya que el Juez es un simple representante del ejecutado y si éste no era dueño en el momento de adjudicarse lo rematado, por aquel funcionario no se transmiten mas derechos que los que el demandado poseía.

Nuestro C. C., en su artículo 752, dice que si el tradente no es verdadero dueño de la cosa que entrega a su nombre, no se adquieren por medio de la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada.

El señor Medaglia no era el verdadero dueño y no pudo, por tanto trasmitir la propiedad de los inmuebles que se reivindican.

Por lo demás, con respecto a la acción de dominio instaurada, en el expediente están demostrados los factores que la configuran, a saber: a) Cosa singular reivindicable; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado; y d) Identificación de la cosa materia del juicio.

Se trata de tres fincas raíces que posee el señor Jiménez, que pertenecen a la señora Paternostro v. de Faillace por haber sido declarada heredera de mejor derecho que el señor Angel Medaglia, en la sucesión de su esposo Francisco Faillace. Y en cuanto a la identificación de los predios materia del juicio, no hay la menor duda, por ser los mismos adjudicados a Medaglia, que luego remató Piero Rondo y que éste traspasó a Jiménez.

Con respecto a las prestaciones legales, se considera a Jiménez como poseedor de buena fe por haber adquirido los bienes de quien tenía un título de dominio a su favor, título que a su vez se originó en quien se hizo adjudicar los mismos bienes como herencia de don Francisco Faillace, pero esta situación legal de poseedor de buena fe, desapareció en el demandado una vez contestada la demanda, ya

que con ésta se exhibieron los documentos que acreditaban el derecho de la señora Paternostro v. de Faillace.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla con fecha 15 de octubre de 1943, y falla este pleito así:

Condénase al demandado Isaías Jiménez, actual poseedor de los inmuebles a restituírselos a la señora Josefina Paternostro v. de Faillace, o a quien sus derechos represente, tres días después de ejecutoriada la presente sentencia, por los linderos descritos en el libelo de demanda presentada con fecha 19 de septiembre de 1938, restitución que ha de hacerse con todas las cosas que forman parte de dichas fincas, que se reputan como inmuebles y sus accesorios, y con sus frutos civiles, no solamente los percibidos, sino los que la expresada señora hubiera podido percibir, teniendo los referidos inmuebles en su poder a partir de la contestación de la demanda, o sea desde el día 7 de julio de 1939, y siguiendo el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza. Hernán Salamanca — José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

TECNICA DE CASACION.—COMUNERO.—ACUSACION POR ERROR DE HECHO. BUENA FE.—MALA FE

1.—La acusación limitada al concepto de aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil, por falta de determinación de la cosa demandada no puede prosperar cuando el juez ha creído encontrar tal determinación en las pruebas del proceso puestas en relación con la demanda; habría que destruir esa apreciación probatoria del sentenciador demostrando error de hecho y señalando las pruebas mal apreciadas, como condición para llegar a la conclusión de que se ha violado por ese camino el citado artículo.

2.—Los artículos 2331 y 2332 del Código Civil dan derecho al comunero para explotar por su cuenta parte de la cosa común. El único medio para impedir que un comunero tenga un aprovechamiento de la comunidad superior a su cuota, es provocar el nombramiento de administrador de la comunidad, o pedir la partición.

3.—La acusación por error de hecho evidente tiene que contraerse a concretos y determinados elementos probatorios, y en forma alguna fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron al juez a definir en determinado sentido la controversia entre las partes. Claro es que el juez, cuando deduce su conclusión del conjunto de las pruebas, lo hace sacando de cada una de ellas los factores favorables que en su concepto vigorizan con más o menos fuerza la solución adoptada. De ahí que en esta situación sea inadmisible pretender que se halle demostrado el error de hecho cometido por el Tribunal, con semejante análisis probatorio, en tal grado de evidencia que inclina el ánimo a verlo patente.

4.—Por buena fe se entiende la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por mala fe el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia. Cuestiones ambas del fuero interno que el juez aprecia en conciencia y basado en los datos que arrojen las pruebas. De consiguiente, cuando el sentenciador considera al demandado en situación de mala fe, se basa para ello en la impresión que recibe por el influjo de determinados hechos, donde cree encontrar la comprobación de la mala fe con que ha poseído el poseedor vencido. Por lo tanto, para destruir el concepto del Tribunal no basta atacar por interpretación equivocada de los preceptos reguladores de la buena o de la mala fe, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta)

Es materia de recurso de casación la sentencia del Tribunal Superior de Buga, dictada en la segunda instancia del juicio ordinario promovido por Ana Díaz v. de Varela, Jorge Ovidio y Joel Varela en nombre de la sucesión de Israel Varela. Según el libelo de demanda inicial de ese juicio, la acción tiende a que se reconozca a dicha sucesión el mejor derecho que tiene en relación con la señora Agueda Hurtado de Luján y el señor Rafael Luján, a la propiedad y posesión de las mejoras existentes en el lote de tierra que el alcalde de Buga le señaló al señor Israel Varela como comunero, y en asocio de los señores José y Fidel Barbosa, situado dentro de la comunidad denominada CERRORICO o BAMBOCO, de la misma jurisdicción, a efecto de que lo pudiera explotar, según el artículo 2330 del Código Civil.

El juez negó la demanda, pero el Tribunal, en la sentencia recurrida acogió cuatro de las diez súplicas solicitadas, en los siguientes términos:

"1o. Declárase que el lote de que habla el hecho tercero de la demanda, en virtud del derecho de opción consagrado por el artículo 2330 del C. Civil, pertenece a la sucesión de Israel Varela bajo el concepto jurídico que determina la disposición citada, circunstancia ésta que sólo podrá modificar la sentencia o auto de calificación de los derechos primitivos verificada dentro del juicio de división material de la gran comunidad denominada "Cerrorico".

"2o. A los herederos de Israel Varela pertenecen en propiedad y dominio las mejoras existentes en el lote, por haberlas plantado ellos con sujeción estricta al derecho de opción consagrado en el artículo del C. Civil ya mencionado; en consecuencia, ninguno de los comuneros podrá inquietar la explotación económica del lote verificada por dichos herederos".

3o. Condénase a los demandados a entregar a los representantes de la sucesión de Israel Varela las mejoras contenidas en el lote descrito en el hecho tercero de la demanda, dentro del término de seis (6) días, a partir de la ejecutoria de esta sentencia".

4o. Declárase a los demandados como poseedores de mala fe para efecto de las prestaciones mutuas que surjan de esta reivindicación".

5o. Condénase a los demandados, señora Agueda Hurtado v. de Luján y el Sr. Rafael Luján, a pagar a los herederos de Israel Varela la correspondiente indemnización de perjuicios, los cuales se liquidarán conforme al procedimiento consagrado en el artículo 553 del C. Judicial, teniendo en cuenta el peritazgo a que alude este fallo".

6o. No hay lugar a hacer las demás declaraciones de la demanda".

Es autor del recurso de casación la parte demandada. Su apoderado ante la Corte propone los motivos que a continuación se examinan colocados todos dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial.

— I. —

Aplicación indebida del artículo 946 del código civil. El recurrente plantea así el cargo:

El Tribunal aplicó tal disposición en forma indebida, puesto que nada aparece claro en el expediente con relación a las mejoras que reclama el demandante, ya que no dice en la demanda si se trata de edificaciones, plantaciones o siembras, ni en qué consisten éstas, ni su extensión ni sobre qué inmueble o inmuebles fueron hechas, ni los linderos donde están ubicadas, pues si se encuentran, como lo pretende la demanda dentro de los terrenos señalados por el alcalde de Buga, ha debido determinarse claramente la parcela o parcelas ocupadas por ellas, ya que por otra parte está acreditado que allí hay mejoras hechas por Ovidio Varela, Aquileo Parra, Jorge Barbosa y otros, y lo mismo ha debido hacerse, si se encuentran dentro de alguno o algunos de los inmuebles demandados, ya que la demanda habla del terreno de Bamboco, que es de propiedad exclusiva de don Rafael Luján.

Se considera:

El objeto del pleito aparece bien determinado en la demanda: la acción versa sobre el derecho de explotar como comunero el globo de tierra singularizado en el libelo y el reconocimiento de la propiedad de las mejoras allí existentes. Las pruebas tenidas en cuenta por el tribunal en orden a establecer la determinación, son la llamada DILIGENCIA DE SEÑALAMIENTO, practicada por el alcalde de Buga el 19 de septiembre de 1922, que versó sobre el mismo lote alinderado en la demanda; las declaraciones de Zoilo Betancourt, Cornelio Jiménez Ardila, Julio Bejarano, Aquileo Parra, Juan de Jesús Villegas, Ceferino Reyes, Jesús María Torres y Ramón A. Rivera, que hablan del conocimiento que tienen de que dentro del lote de terreno comprendido en la "diligencia de señalamiento" los herederos de Israel Varela establecieron cultivos de café, arroz, y pastos, con cercas de alambre, y tenían también casas de habitación en el mismo predio; y las declaraciones de Ricardo M. Lozano y José de Jesús Suárez, que extensamente se refieren a la cuestión de identidad y que motivaron el que el tribunal expresara que estas dos declaraciones son bastante a establecer la identidad de lo demandado.

Que tales pruebas sean insuficientes en orden a establecer ese fin, es ya otro problema de casación. La insuficiencia de las pruebas da margen al correspondiente cargo de error evidente de hecho en su apreciación, el que se estudiara en caso de haberse planteado expresamente. La acusación limitada al concepto de aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil, por falta de determinación de la cosa demandada, no puede prosperar cuando el juez ha creído encontrar tal determinación en las pruebas del proceso puestas en relación con la demanda; habría que destruír esa apreciación probatoria del sentenciador demostrando error de hecho y señalando las pruebas mal apreciadas, como condición para llegar a la conclusión de que se ha violado por ese camino el artículo 946 citado.
ditar un error de hecho evidente que en el momento no es lo que está propuesto.

Y en cuanto a la sugerencia de que dentro del terreno de que se trata existen mejoras hechas no solo por Jorge Ovidio Varela, sino por Aquileo Parra, Jorge Barbosa y otros, es argumento que por sí solo de nada sirve al efecto de demostrar violación directa del artículo 946. El tribunal en el camino de dar por establecida la identidad tomó apoyo en el haz probatorio. Luego si el hecho apuntado está demostrado, habría más bien por parte del tribunal una desestimación de pruebas, que serviría no para demostrar la violación directa del artículo 946, sino para acre-

— II —

Indebida apreciación de la "diligencia de señalamiento", por cuyo motivo fueron violados los artículos 2332, 2323 y 2330 del código civil.

El tribunal acepta como válido el señalamiento que en el año de 1923 hizo el señor alcalde de Buga de una parcela de una comunidad, en favor de Israel Varela, Fidel y José Barbosa, con prescindencia y aun con desconocimiento de los demás condueños en el indiviso de CERRORICO que no se sabe si será el mismo denominado CERRORICO, CAJAHIERRO o CANOAS, aun que pudiera presumirse que así lo sea.

Se considera:

En el juicio no se ha discutido la calidad de comunero de CERRORICO, que Israel Varela invocó para pedir, basado en el artículo 2330 del código civil, que el alcalde de Buga le señalara una porción de dicho indiviso proporcional a su derecho, con el objeto de ocuparlo para su uso particular. Tampoco se ha discutido que el derecho de comunero que invocó Varela sea inferiormente desproporcionado a la extensión que se le concedió. Menos se ha negado la facultad del alcalde para efectuar tal señalamiento. De consiguiente, el documento sí acredita que en el año de 1923 Israel Varela, autorizado por la autoridad, ocupó para su uso particular una porción de la comunidad de Cerrorico.

Y aun cuando de hecho hubiera sido la ocupación de Varela de parte del indiviso en que es comunero, explotándola con el establecimiento de sembrados, construcciones, etc., al cabo del tiempo los demás comuneros tendrían que inclinarse ante el hecho cumplido de la propiedad particular de las mejoras si a tiempo no lo impidieron. Los artículos 2331 y 2332 del código civil dan derecho al comunero para explotar por su cuenta parte de la cosa común. El único medio para impedir que un comunero tenga un aprovechamiento de la comunidad superior a su cuota, es provocando el nombramiento de administrador de la comunidad, o pidiendo la partición.

Lo cual está indicando que para reconocer el derecho invocado en la demanda no es condición esencial la validez del acta de entrega, pues descartada ésta quedaría el hecho mismo de la ocupación, por el tiempo corrido desde el año de 1923, consolidando la situación de dueño de Israel Varela, hoy sus sucesores, sobre las mejoras establecidas.

— III —

Violación de los artículos 768, 769, 946, 966, 969 del código civil y 472 del código judicial, debido a manifiesta apreciación errónea de las declaraciones de testigos allegadas al juicio por el demandante y de las constancias procesales que cita el recurrente.

El recurrente se refiere a constancias procesales y dice en síntesis:

Según copia visible a folios 1 v a 4 del cuaderno No. 1 los damandados en el juicio que ante el juez de tierras del circuito de Cali establecieron Agueda Hurtado v. de Luján en asocio de Rafael Luján, no fueron los herederos de Israel Varela, sino uno de ellos —Ovidio Varela—, y Aquileo Parra, que es extraño a tal sucesión. Por otra parte, del contexto de tal sentencia se ve que los demandados no se consideraron dueños absolutos del indiviso de Cerrorico, y ni siquiera de la parcela que se les adjudicó en común a Israel Varela y otros. Este error manifiesto condujo al tribunal a la confusión de que las mejoras de que fueron despojados Ovidio Varela y Aquileo Parra por la sentencia del mismo juez de tierras, y especialmente, por la providencia del alcalde de Buga se hallan dentro de la parcela fijada por la alcaldía de Buga para el uso de Israel Varela, Fidel y José Barbosa.

De la sentencia ya citada del juzgado de tierras del circuito de Cali y de la diligencia de lanzamiento realizada por el alcalde de Buga aparece que no fueron los Varelas los lanzados, sino Ovidio Varela y Aquileo Parra y que la parcela de Israel Varela, Fidel y José Barbosa quedó excluída de tal lanzamiento. Pero si acaso el alcalde de Buga lanzó a Varela y a Parra de alguna parte de la mencionada parcela, no aparece acreditada en los autos cuál es esa parte, ni su extensión ni sus linderos, ni las mejoras contenidas en ella.

En la querella o juicio de policía que inició la señora de Luján contra Ovidio Varela y Aquileo Parra, el alcalde municipal de Buga dice en resolución número 100 de 21 de julio de 1936 que " de la exposición rendida sobre los hechos cuestionados, se llega a la conclusión que ninguno de los predios de las partes tienen cercas divisorias, y que ésta es razón por la cual las mismas partes no pueden saber a ciencia cierta cuál es la porción que les corresponde ocupar, dentro de sus respectivos derechos....", y en resolución de segunda instancia proferida por la gobernación del departamento del Valle del Cauca el 14 de enero de 1937 se reproduce el mismo concepto.

Por último en la exposición pericial rendida en el juicio se expresa el concepto de que el lote de ocupación del que fue erróneamente lanzado el señor Varela y explotado económicamente por éste no se pudo constatar que fuera precisamente el dado en opción al señor Israel Varela y a Fidel y José Barbosa, "por haber encontrado errados los datos de orien-

tación de sus linderos, de acuerdo con los puntos determinados sobre el terreno el día de la inspeción"

La prueba de testigos a que se refiere el recurrente es la siguiente: se critica al sentenciador por haber aceptado las declaraciones de Zoilo Betancourt, Cornelio Jiménez Ardila, Julio Bejarano, Jesús María Torres, Ramón Rivera Ramírez y Aquileo Parra quienes declaran "en una forma tan vaga que de sus dichos no puede deducirse si las mejoras fueron hechas en la parcela fijada por el alcalde de Buga en 1923 o dentro de alguno o algunos de los predios de los demandados. En segundo lugar los testigos Ricardo María Lozano y José de Jesús Suárez citados también en la sentencia tampoco declaran acordemente, pues con respecto a la posesión de los demandados sobre el inmueble materia de la diligencia del año de 1923, Ricardo María Lozano declara por referencias y no por propias y directas percepciones, aunque agrega que ha "visto pastando animales (vacuno y caballar) que son de propiedad de la señora de Luján y de Rafael Luján".

Se considera:

Se infiere de los razonamientos que hace el recurrente al rededor de las pruebas en que se apoyó el tribunal para ver demostrada la propiedad de las mejoras en favor de los demandantes, que todo se reduce a sustentar la convicción opuesta a la que formó el tribunal, contraponiéndosela en forma de sacar de allí el pretendido error manifiesto en la apreciación probatoria.

El tribunal en una apreciación global de todas las pruebas afirmó que conducen a acreditar la propiedad de las mejoras a que se refiere el reivindicante como también que el causante Israel Varela ocupó el lote, estableció mejoras, que son las mismas que hoy reclaman sus herederos, y que los demandados tienen la posesión que les atribuye el demandante.

Entre la convicción que formó el tribunal y la que sustenta el recurrente, la Corte se atiene a la primera ya que basta leer las críticas que a las pruebas en que se fundó el tribunal hace el recurrente, a manera de alegato de instancia, para poner de presente cuán lejos está de haberse acreditado un error de hecho evidente, el que por su naturaleza tiene que contraerse a concretos y determinados elementos probatorios, y en forma alguna fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron al juez a definir en determinado sentido la controversia entre las partes. Claro es que el juez cuando deduce su conclusión del conjunto de las pruebas, hácelo sacando de cada una de ellas los factores favorables que en su concepto con más o menos fuerza vigorizan la solución adoptada. De ahí que en esta situación sea inadmisible pretender que se halle demostrado el error de hecho cometido por el tribunal, con un semejante análisis probatorio, en tal grado de evidencia que de inmediato incline el ánimo a verlo patente.

La tesis anterior de casación se justifica observando que, por ejemplo, en el presente caso los reparos formulados a las pruebas pueden a la vez contestarse con otra crítica a esos reparos. Así, Agueda Hurtado de Lujan y Rafael Lujan no pidieron la protección posesoria ante el juez de tierras del circuito de Cali como dueños absolutos y únicos del terreno de "Cerro Rico", sino de los predios situados en él y determinados en escritura número 230 de 4 de mayo de 1935, otorgada en la notaría de Buga. Pero aun suponiendo que el concepto del tribunal fuese equivocado al apreciar que la señora de Luján y su hijo Rafael hubiesen pedido el interdicto posesorio, no como dueños de fincas determinadas sino de la totalidad del indiviso de Cerro Rico, eso carecía de importancia, porque lo esencial en el asunto debatido en el presente juicio es si en el lote que poseyó Israel Varela y que pasó a la sucesión de éste, existían mejoras que hubiese plantado el causante o alguno o algunos de sus causahabientes. Y para decidirse por la afirmativa el sentenciador se guió por las declaraciones de testigos y las distintas copias traídas al juicio de los procesos y diligencias que se siguieron ante el juez de tierras de Cali y el alcalde de Buga. Y en cuanto a que Israel Varela no le fue señalado lote alguno para su uso exclusivo, sino en comunidad con Fidel y José Barbosa, se puede replicar en la forma siguiente: el hecho de que el señalamiento por opción del lote de terreno en el indiviso de Cerro Rico se hiciera a favor de Varela y de los Barbosas, no prueba que Varela nunca hubiera llegado a ser dueño de lo que pertenecía a los Barbosas. El dominio de las mejoras lo adquiere el comunero por haberlas plantado o adquirido en enajenación de otro comunero o de un tercero.

Y en cuanto a las declaraciones, basta observar que los testigos si hablan de que los herederos de Israel Varela tenían establecido cultivos de caña, arroz y pastos, con cercas de alambre y casa de habitación en el predio adjudicado a Israel. Esto mismo afirman los testigos Ricardo Lozano y José de Jesús Suárez, testimonios rendidos después del dictámen pericial a que se refiere el recurrente, y con las cuales el tribunal removió la duda de la situación y extensión de las mejoras demandadas.

— IV —

En el cuarto motivo de casación se acusa la sentencia por violación del artículo segundo de la ley

50 de 1936, a causa de haberse abstenido el tribunal de decretar la nulidad absoluta del documento de que en seguida se hablará; y violación de los artículos 946 y 966 del código civil por haber admitido como prueba ese documento.

El cargo se desarrolla así: "Dice la sentencia recurrida: "por documento privado, extendido en papel competente y debidamente registrado, Jorge Ovidio Varela compró a Jorge Barbosa y Angel María Bedoya, unas mejoras compuestas de dos cafetales en producción, cada uno con extensión aproximada de una plaza más o menos. Tales plantaciones —dice el documento— "están enclavadas dentro del globo de terreno que le fue señalado al señor Israel Varela, padre del comprador, y sus linderos generales son los mismos del globo mencionado en la diligencia respectiva, que corresponde al año de 1923". Ese documento fue firmado en Buga el 22 de julio de 1936, según certificado expedido por el registrador de instrumentos públicos y privados".

Arguye el recurrente a este párrafo transcrito de la sentencia que las plantaciones de café son un bien inmueble cuya tradición debe hacerse por escritura pública registrada conforme lo preceptuado en el artículo 756 del código civil. Es verdad que el artículo 739 ibídem consagra la teoría de que el dueño del suelo adquiere por accesión las edificaciones, plantaciones o siembras que otra persona haya hecho sobre él, pagando el valor de ellas, si tales mejoras se llevaron a cabo con conocimiento del dueño del terreno y a ciencia y paciencia suya. Pero Jorge Ovidio no es dueño y ni siquiera condueño del inmueble señalado por la alcaldía de Buga para el uso de Israel Varela, Fidel y José Barbosa, sino que una parte y solo la parte de Varela pertenece hoy a la sucesión de éste, aunque no se sabe la cuantía o proporción de ella.

Se considera:

Aun pasando por alto el defecto de la acusación consistente en que se ignora en qué concepto se acusan de violadas las disposiciones mencionadas, si por error de hecho o error de derecho, lo cierto es que de ninguna manera el cargo es atendible.

Reconocido por el juez que la sucesión tiene el derecho de ocupar y explotar el globo de tierra adjudicado al causante Israel Varela en 1923, y además demostrado que las mejoras existentes dentro de ese lote fueron plantadas unas por el causante de la sucesión y otras por los herederos, nada de irregular tiene el que el tribunal hubiera reconocido también como válida la venta de otras mejoras que dentro del mismo lote hicieron Jorge Barbosa y José María Bedoya, y que a esa venta se le diera pleno valor no obstante que está contenida en documento privado; pues teniendo los herederos de Israel Varela mejor derecho que los demandados al goce del globo de terreno no necesitaban que la aludida venta se les hiciera por escritura pública, ya que adquiriendo el dueño del terreno por accesión los edificios y plantaciones que otro hiciere, el pago que éste reciba por estas cosas viene a representar la indemnización del dueño del suelo al dueño de las mejoras por el esfuerzo y el trabajo realizado. De esta manera el dueño del suelo legitima el derecho que tiene a las mejoras incorporadas a su terreno por accesión.

Ahora Ovidio Varela personalmente compró las mejoras de que trata el documento tachado de nulo. El mismo Varela las reclama para la sucesión de su padre. Luego con ello está expresando que las compró para ella con la facultad plena que le confiere su título de heredero, facultad que nadie podría negarle.

— V —

Por último el recurrente ataca la sentencia por indebida aplicación de los artículos 768, 769, 966, y 969 del código civil, relativos al poseedor de mala fe, cuando declara que los demandados son poseedores de mala fe y los condena como tales, sin que aparezca nada en los autos que acredite legalmente tan grave concepto, cuáles son las mejoras cuestionadas ni la parcela o parcelas que las contienen, y ni siquiera se sabe si las hizo Israel Varela.

Se considera:

Por buena fe se entiende la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por **mala fe** el procedimiento en que falta la sinceridad y reina malicia. Cuestiones ambas del fuero interno, que el juez aprecia en conciencia y basado en los datos que arrojen las pruebas.

De consiguiente, cuando el sentenciador considera al demandado en situación de mala fe, se basa para ello en la impresión de que recibe por el influjo de determinados hechos, en donde cree encontrar la comprobación de la mala fe con que ha poseído el poseedor vencido.

Por lo tanto para destruír el concepto del tribunal, no basta, como lo hace el recurrente, atacar por interpretación equivocada de los preceptos reguladores de la buena o de la mala fe, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el tribunal se ha fundado.

En la sentencia el tribunal no ha dado interpretación equivocada a aquellos preceptos. Se limitó a aplicarlas con el alcance que tienen pensando en

que está demostrada la mala fe. Luego lo pertinente no era el ataque por violación directa de la ley sustantiva. Si hubo violación fue indirectamente a través de las pruebas. Y entonces precisaba que en esa apreciación se hubiera puesto presente un error evidente de hecho. Pero este error ni se ha propuesto a propósito del presente cargo, ni podía consistir en aducir razones sobre la inconducencia de la acción de dominio propuesta en la demanda, razones cuya falta de eficacia ya fue examinada.

No prospera el cargo.

SENTENCIA

A mérito de las razones expuestas la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que no casa la sentencia del tribunal de Buga, materia del presente recurso.

Las costas del recurso a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la Gaceta Judicial.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

1.—Sin desconocer lo que en favor del procomunal distingue un servicio público y los contratos a él atañederos de los meramente privados en que está en juego tan sólo el interés personal de las partes, y sin desconocer tampoco las peculiaridades de los contratos llamados de adhesión, es de recordarse también el valor de las estipulaciones de todos ellos y del vínculo que ata a quienes las suscriben. Así, por ejemplo, el individuo que obtiene servicio de luz para su oficina o su casa contrae la obligación de pagarlo en las oportunidades respectivas y afronta las consecuencias de su impuntualidad, sobre lo cual es de considerarse, además, que las estipulaciones a que se está aludiendo buscan la conservación y marcha ordenada del servicio para bien general, por más que, de otro lado, miren al lucro del empresario. Así, bajo apariencias que llevan a veces a atribuír a éste ánimo de dañar y hasta de vejar, no puede menos de pensarse en la defensa del interés público cuando, al estudiar el caso de aplicación de alguna de dichas estipulaciones, se encuentra comprobado el hecho determinante.

2.—En un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o parte a lo del suyo, incurriendo así en culpa, aquella tiene opción para insistir o desistir y, en uno y otro caso, para que el culpado le indemnice el perjuicio; pero, como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.

Bogotá, febrero veintisiete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla cursó la primera instancia del presente juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por Hijos de Ricardo A. González contra la Compañía Colombiana de Electricidad, Sociedades comerciales ambas de ese domicilio. La demanda se admitió el 13 de septiembre de 1939. Con diversos incidentes que no viene al caso detallar se surtió la instancia y se cerró con sentencia de 28 de enero de 1943 que absolvió a la Compañía demandada y condenó en costas a la demandante.

Apeló ésta y se tramitó la segunda instancia en el Tribunal Superior de allí, quien el 11 de Mayo de 1944 revocó la absolución pronunciada por el Juzgado y condenó al demandado a pagar al demandante el equivalente en moneda colombina de los novecientos dólares valor de los perjuicios materiales que halló justificados.

Ambas partes interpusieron casación. Se procede a decidir el recurso, debidamente tramitado ya y que en su día una y otra fundaron.

La demandante reclama por la falta de condenación a indemnizarle los perjuicios morales que sostiene haber sufrido, y la demandada por habérsele condenado al pago antedicho y porque el fallo debe ser absolutorio.

Los perjuicios de que se trata son los que la Sociedad demandante dice haberle causado la suspensión del servicio de luz en uno de sus locales u oficinas de esa ciudad, servicio que la Empresa demandada venía prestando de años atrás, dentro de su labor general como contratista que es con el Municipio de ese servicio público en dicha ciudad, y que la Empresa le suspendió intempestiva e inmotivadamente.

Este recurso es el que lógicamente debe estudiarse en primer lugar, puesto que, si prospera y no hay condenación alguna, será inoficioso indagar si, en el evento de haber condenación, ella debía extenderse o nó a los perjuicios morales de que habla el demandante.

El abogado recurrente acusa de error en la apreciación de ciertas pruebas que señala y de quebranto, por obra de ese error, de disposiciones sustantivas, que señala también, y ordena su razonamiento así: en primer lugar, no está acreditado que la sociedad demandante estuviera al corriente en el pago del servicio cuando la compañía demandada lo suspendió; estando, por el contrario, en mora de pagar, la empresa ejercitó el derecho correspondiente, que se ha reservado en contratos y reglamentos y, por ende, aquel acto suyo no es culposo y no podían aplicarse los Arts. 63 y 546, 1613 y 1614 del C. C. ni dejarse de aplicar los Arts. 1602, 1603 y 1609 del mismo. En segundo lugar, aunque eso no fuera así y por tanto la suspensión fuera culposa, no debió decretarse indemnización, no habiéndose demostrado perjuicios, pues los que halla el Tribunal derivándolos del experticio de primera instancia, no son tales, y los peritos no los afirman. Y en tercer lugar, aunque estuvieran demostrados los perjuicios hallados por el Tribunal y pudiera tenerse por culposa la dicha suspensión, ni aún así podría condenarse a la Empresa a indemnizarlos, por no haber relación de causalidad entre ellos y ese acto de la Empresa.

Las pruebas erróneamente apreciadas son los recibos sobre pago del servicio de luz, en especial el de 12 de julio de 1939 de que se hablará adelante, y el dictamen pericial de la primera instancia, de que también se tratará. Las disposiciones sustantivas quebrantadas son las antedichas.

Se considera:

En dos locales distintos situados, el uno en la Calle Real 20 de Julio y el otro en la Calle del Comercio-Líbano, prestaba la Empresa servicio de luz a la sociedad demandante. Como sobra decirlo, a cada uno de esos locales correspondían sus libretas, registros y pagos; de manera que los que acreditan éstos en uno de ellos no pueden tenerse como comprobante de pagos del otro. Del propio modo, el traslado que en un momento dado se hiciera de uno de esos servicios, no implicando identificación de los dos, no autoriza tampoco para tener por comprobante del pago de cada cual sino los relativos al mismo.

En el expediente figuran comprobantes relativos a ambos servicios, no sin las dificultades de estudio impuestas por esa involucración. Como la controversia versa exclusivamente sobre la dicha suspensión en uno de esos locales, preciso es descartar los comprobantes y alegaciones presentados sobre el otro, concretando el análisis a lo que se halla dentro del pleito.

Análogamente, como el traslado de que con insistencia se habla no identificó esos servicios, los pagos correspondientes al local a donde se hizo aquél no influyen sobre el litigio. Interrogado en posiciones el gerente de la sociedad demandante sobre si la empresa demandada procedió a ese traslado al solicitársele llenando las exigencias reglamentarias, respondió aquél que el traslado no se había hecho para la sociedad sino para él personalmente, y con énfasis anota la distinción entre la sociedad y sus socios individualmente considerados. De paso se observa que si la suspensión ocurrió o hubiera ocurrido después del traslado, aunque fuera indebida por estar pagado el servicio, los reclamos correspondientes no podría hacerlos la Sociedad, extraña ya en ello, sino la persona del señor Fernando González Franco.

Volviendo al análisis de los comprobantes de pago del servicio suspendido, se tiene que el último recibo es el del folio 183 del legajo de pruebas No. 1, fechado el 12 de julio de 1939 y correspondiente a la mensualidad vencida el 7 de los mismos.

Como se dijo, la suspensión ocurrió el 25 del siguiente agosto.

Una sencilla confrontación de fechas basta para reconocer que la Sociedad demandante no estaba al corriente en el pago cuando la Empresa demandada suspendió el servicio.

Ahora bien, es de estar al corriente en ese pago de donde la Sociedad demandante deriva o en lo que funda su concepto de ser inmotivada, y por ende culposa, la suspensión. Así lo dice el libelo inicial, sobre el cual naturalmente versó la respuesta del demandado, y así se ha sostenido el litigio, en el que ambas partes han debatido tomando como eje de sus cargos la una y de sus descargos la otra, respectivamente, la afirmación y la negación de estar ese pago al corriente cuando se suspendió el servicio.

Por lo antedicho sobre fechas, queda claramente establecido que falta la demostración del hecho básico de las pretensiones del demandante y que, por tanto, no puede tenerse por culposo el proceder de la Empresa demandada, pues ésta ejercitó una facultad que se ha reservado expresamente en sus reglamentos y en cada uno de sus contratos sobre prestación del aludido servicio.

Sin desconocer lo que en favor del pro comunal distingue un servicio público y los contratos a él atañaderos de los contratos meramente privados en que está en juego tan solo el interés personal de las partes, y sin desconocer tampoco las peculiaridades de los contratos llamados de adhesión, es de recordarse también el valor de las estipulaciones de todos ellos

y del vínculo que ata a quienes las suscriben. Así por ejemplo, el individuo que obtiene servicio de luz para su oficina o su casa contrae la obligación de pagarlo en las oportunidades respectivas y afronta las consecuencias de su impuntualidad, sobre lo cual es de considerarse, además, que las estipulaciones a que se está aludiendo buscan la conservación y marcha ordenada del servicio para el bien general, por más que, de otro lado, miren al lucro del empresario. Así, bajo apariencias que llevan a veces a atribuír a éste ánimo de dañar y hasta de vejar, no puede menos de pensarse en la defensa del interés público cuando, al estudiar el caso de aplicación de alguna de dichas estipulaciones, se encuentra comprobado el hecho determinante.

Lo hasta aquí dicho demuestra que, no siendo culposa la conducta de la Empresa, prosperan los cargos que ella por medio de su abogado formula en el presente recurso contra la sentencia del Tribunal, la que, por tanto, debe invalidarse. Con todo, así sea tan solo en atención a la finalidad doctrinaria que la ley asigna a este recurso, debe la Sala exponer otros conceptos pertinentes, a saber: en un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o parte a lo del suyo, incurriendo así en culpa, aquélla tiene opción para insistir o desistir, y, en uno y otro caso, para que el culpado le indemnice el perjuicio; pero, como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros.

La Sala se halla en el deber de manifestar su extrañeza porque el Tribunal encontrara relación de causalidad entre la suspensión del servicio y la mayor erogación que tuvo que hacer la compañía demandante de los novecientos dólares antedichos, la que sobrevino así: ella en carta de 2 de agosto de 1939 formuló un pedido de cinco mil sacos de cemento a una casa belga para septiembre siguiente y en carta de 30 de ese agosto solicitó el apresuramiento del embarque y despacho de esa mercancía, y la casa belga respondió el 11 de septiembre que no podía despachar al mismo precio por haber estallado la guera. Más tarde, en octubre, la sociedad demandante canceló ese pedido y lo reemplazó por otro que por la diferencia de precios vino a costarle novecientos dólares más.

El Tribunal descubre relación de causalidad entre el mayor costo y la suspensión del servicio de luz materia de este litigio, fundado en que el gerente de esta Sociedad acostumbraba atender de noche su correspondencia.

Consta en autos que esa Sociedad despachaba su correspondencia con lentitud o retardo y que para dicho agosto la opinión general vacilaba entre si la guerra europea estallaría o si se conjuraría el peligro. Dando por sentado que ninguna de estas circunstancias influyera en el retardo de la orden que vino a darse en la carta de 30 de agosto y, además, que ésta no hubiera podido escribirse sino a la luz de una bombilla eléctrica y que también se justificara el no haberla escrito antes del 25 de agosto, fecha de la suspensión, se tiene que, si ésta no hubiera ocurrido y si la Sociedad demandante, procediendo con suma diligencia, hubiera dado la orden de apresuramiento del despacho del pedido el anochecer del 25 de agosto y en seguida hubiera llevado su carta al correo, ésta no habría llegado a su destino antes del 1o. de septiembre, en que comenzó la guerra mundial. comprobado como está en el expediente que una carta puesta al correo el viernes 25 de agosto no habría tardado menos de siete días en llegar a su dicho destino.

Así las cosas, no se ve asomo de lógica en relacionar de causa a efecto la suspensión del servicio de luz y el mayor costo referido.

El dictamen pericial en que el Tribunal funda su condena, después de citar y analizar las cartas mencionadas de agosto, septiembre y octubre, comparando los precios aludidos encuentra la diferencia por recargo ya dicha, y hace deducción: "por la demora de Hijos de Ricardo A. González en contestar oportunamente la carta a la firma belga sufrieron el perjuicio de habérsele recargado los cinco mil sacos de cemento con la suma de novecientos dólares....". La causa del aumento, al decir de los peritos, fue esa mora en escribir; pero esto no significa que esta mora tuviera por causa, según ellos, la suspensión del servicio de luz ocurrida el 25 de agosto. Esto, aunque los peritos hablan, a continuación de sus frases transcritas, de que los dólares han de convertirse en pesos colombianos al cambio del día en que haya de hacerse el pago.

En suma: está comprobado que a la casa hoy demandante le costó más por pedido de octubre que lo que le habría costado por su pedido de 2 de agosto el cemento en referencia si ella hubiera previsto a hacerlo despachar antes del primero de septiembre; pero en manera alguna se ha acreditado, ni

en lógica puede admitirse, que la falta de esta provisión oportuna provenga de la suspensión del servicio de luz discutida en este proceso. En consecuencia, la empresa demandada no tendría por qué ser condenada a reembolsarle ese mayor costo, aunque se conceptuara que la suspensión fue un acto suyo inmotivado y culposo, concepto que, como ya se vió, tampoco es admisible.

Prosperando, como ya se dijo, los cargos del demandado, se ha de casar la sentencia recurrida y dictarse la que ha de reemplazarla. La motivación de ésta queda formulada ya en las precedentes consideraciones.

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 Barranquilla el 11 de Mayo de 1944 y en su lugar CONFIRMA la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado Tercero Civil de ese Circuito el 28 de enero de 1943.

Sin costas en el presente recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese,

(Fdos.). **Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón,** Srio. en propiedad.

ACCION SOBRE EL PAGO DEL VALOR DE UN SEGURO. RIESGO DE GUERRA.

1.—La obligación del asegurado de dar aviso del siniestro al asegurador la consagra el artículo 680, numeral 5o. del C. C. Esta obligación del asegurado, una de las que le competen después de ocurrido el siniestro, tendientes éstas a atenuar sus efectos y a conservar los recursos del asegurador contra los responsables de la pérdida, se refiere al aviso de accidentes que puedan afectar su responsabilidad, esto es, a acaecimientos consecutivos de riesgos asegurados, que son los que pueden afectar la responsabilidad contractual del asegurador, o usando los términos más precisos, del hecho constitutivo del siniestro o pérdida de la cosa asegurada.

2.—Si el asegurado ha cuidado por los medios que estuvieron a su alcance de la conservación o recuperación de la cosa asegurada y se convence de que su diligencia y esfuerzo para salvar el interés asegurado son infructuosos o inútiles, y así lo escribe discriminadamente al asegurador, ha cumplido en este particular su obligación de demostrar su derecho a la indemnización. Si el asegurador rechaza su demanda alegando incumplimiento de esa obligación de atenuarle los cargas del riesgo, ha de demostrar entonces negligencia o descuido de su asegurado. No puede entenderse que esta obligación del asegurado se extienda hasta hacer desaparecer las consecuencias del siniestro, o que su cumplimiento esté subordinado al arbitrio del asegurador en la forma de autorización para que se puedan suspender las diligencias de recuperación, porque así se desnaturalizaría hasta destruírlo el carácter aleatorio, que es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro. La obligación a que se está aludiendo no es fundamental o de esencia contractual. Dentro del mecanismo jurídico del seguro, consumado el riesgo asegurado se producen los efectos del contrato y consiguientemente la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador. En esta situación jurídica el incumplimiento del deber que corresponde al asegurado de atenuar dentro de sus posibilidades el resultado del siniestro, no puede tener por sanción, como lo anotan los tratadistas del seguro, sino la obligación de indemnizar al asegurador los perjuicios que éste demuestre haber sufrido, por la culpa de omisión del asegurado.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.

Bogotá, primero de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca).

Los hechos originarios de este pleito, sintéticamente expresados, son:

El 23 de noviembre de 1938, en la ciudad de Barranquilla, Adolfo Graubard y The Hartford Fire Insurance Company acordaron y firmarón la póliza flotante de transportes No. 059 H. O., de duración y vigencia indefinida.

El 16 de diciembre de 1940, los citados contratantes hicieron una aplicación de la póliza flotante por medio del certificado de seguro No. 5437 H. D., por el cual se aseguraron 1.000 cueros de res frescos salados por un valor de U. S. $ 5.000, seguro que amparaba "el riesgo marítimo y riesgo de guerra" en el transporte de Barranquilla a Shanghai (China), efectuado en el vapor Orishany, según despacho de Galster & Grump, agente de la línea Ibrans, Moeller, Co.

Igualmente, con aplicación a la misma póliza flotante, el 20 de marzo de 1941 por medio del certificado No. 6489 H. G., de aplicación 3589, la Compañía Hartford asumió el riesgo por pérdida total y riesgo de guerra de 2.038 cueros de res, en viaje completo de Barranquilla a Shanghai, efectuado en el vapor Cacique hasta Nueva York y Tariga en adelante, según despacho de Grace Line y Barber Line.

Según los certificados de la Aduana de Barranquilla, Graubard despachó en los vapores Oriskany y Cacique, que zarparon el 16 de diciembre de 1940 y el 2 de febrero de 1941, los cargamentos de cueros a que se ha hecho referencia.

Galster & Grump, S. A., en representación de Ibrams, Moller Co. y Grace Line, expidieron los respectivos conocimientos de embarque de los cueros en

los citados vapores, en los cuales aparecen como consignatarios de los cargamentos el National City Bank de Nueva York Shanghai, que debía ir por vía Nueva York, los conocimientos de embarque de la reexpedición de Nueva York a Shanghai de los 1.000 cueros por el vapor Támesis, y por el vapor Tarifa de los 2.038 cueros, con la destinación indicada.

Corrido más de un mes desde la fecha del primer despacho el asegurado Graubard, en busca de noticias sobre el viaje de su mercancía, se dirige a Galster & Grump, agentes embarcadores del cargamento en carta del 22 de enero de 1941, para preguntarles si los cueros ya habían sido reexpedidos a su destino o se hallaban aún en Nueva York, y en caso de haberlo sido, la fecha del reembarque y el vapor que los llevó.

Sin respuesta de la anterior, el 18 de marzo siguiente se dirige Graubard nuevamente a Galster & Grump, y les dice, en referencia con el despacho de sus cueros en el vapor Oriskany, consignados al National City Bank de Nueva York, Shanghay, para Marc Neumann: "Y con fecha de ayer recibimos de Shanghai (China) el siguiente cablegrama: 'Braubárd. — Barranquilla.— Támesis descargó cueros Hongkong tengo que trasbordarlos compañía niégase pagar flete gastos reclama cablegrafíe estop asigne agente hoy Hongkong por recomendación esta'. — Tengo fundamento para considerar que el cablegrama transcrito corresponde al lote de cueros embarcados por vapor Oriskany antes mencionado, y en tal virtud, estando de manifiesto que tal nave no ha cumplido con el compromiso de transporte, que no es otro que el de llevar los cueros a Shangai, espero que Uds. se sirvan decirme si están dispuestos a providenciar, y en qué sentido, para que cesen los perjuicios que tal incumplimiento me ocasiona, o cuando menos para que tomen las medidas que crean convenientes, a fin de que por cuenta de ustedes —se entiende que la compañía transportadora que Uds, agencian— se haga el transporte de los cueros de Hongkong a Shanghai, de acuerdo con el contrato de transporte".

Galster & Grump contestaron el mismo día: "Hemos enviado su carta por avión a los señores Isbrantsen-Moller Co. en Nueva York para que aclaren el asunto del desembarque en Hongkong, y tan pronto como recibamos la contestación le avisaremos en seguida".

En cumplimiento de esta promesa, Galster & Grump escribieron a Graubard el 25 de marzo siguiente: "Referímosnos a correspondencia anterior y permitímonos adjuntarle carta que acabamos de recibir de Isbrandtsen-Moller Co., de Nueva York, acompañada de una copia de una circular de Barber Steamship Lines, Inc. sobre los embarques efectuados por el vapor "Támesis" para Shanghai y Kobe. Según la citada circular los cargamentos para dichos puertos fueron desembarcados en Hongkong por mandato y según instrucciones gubernamentales, y por lo consiguiente y de conformidad con las cláusulas del conocimiento el buque y sus agentes han cumplido sus obligaciones de entrega bajo los términos del contrato de embarque, conocimientos y otros documentos relacionados con la carga.

"En la circular también sugieren que tomare los pasos que pudieran ser necesarios para una aceptación sin demora de la carga en Hongkong y efectuación de cuál seguro que las circunstancias descritas pudiere ocurrirle.

"Sentimos mucho los inconvenientes que se han presentado, los cuales como Ud. ve son de fuerza mayor y fuera de nuestro control, y si fuere el caso de poderle ayudar estamos muy a sus órdenes".

A esta carta se acompañó la original de Istbrantsen-Moller Co. a que hace referencia, lo mismo que la circular de Barber Steamship Lines Isc., Agentes, fechada en Nueva York el 18 de marzo, en la cual informan que la carga a bordo del vapor Támesis para Shanghai o Kobe ha sido o deberá ser descargada en puerto de Hongkong en cumplimiento y de acuerdo con órdenes gubernamentales, por lo cual se descargan de sus obligaciones, agregando que sugieren a sus agentes hacer aceptar prontamente el descargo en Hongkong y la verificación de los seguros que cubran el cargamento.

Por lo que hace al segundo cargamento de 2.038 cueros, despachados por la Grace Line en el vapor Cacique y reexpedido en Nueva York en el Tarifa, Graubard escribió a la Corporación Marítima Colombiana, Agente de la Grace Line, el 15 de Abril de 1941, pidiéndoles investigar por su cuenta el paradero de su cargamento, y la Corporación, en carta responsiva del 28 del mismo mes, envía a Graubard el informe que al respecto da la Grace Line de Nueva York, que en lo pertinente dice: "No podemos entender por qué los 2.038 bultos a que Ud. se refiere, hayan sido descargados en Hongkong, como quiera que el Tarifa hizo escala en Shangmai, habiendo llegado allí el 12 de abril y acabado de descargar el 15 de abril, a menos que los cueros hubieran sido transportados en exceso. Posiblemente el embarcador supone que los cueros fueron desembarcados en Hongkong, basándose para ello en el hecho de que el barco pasó de Manila a Hongkong de acuerdo con órdenes del Almirantazgo o Ministerio de Marina, en lugar de pasar de Manila a Shanghai. En nuestra opinión vale la pena de que el embarcador haga nueva investigación sobre ese infor-

me, inclinados como estamos a pensar que esa nueva investigación dejará en claro si la carga fue efectivamente descargada en Shanghai".

Ninguno de los dos cargamentos asegurados llegó al lugar de su destino conforme a los contratos de transporte debido al cambio de ruta impuesto por órdenes del Gobierno británico, al cual, por medio del Jefe de Presas en Hongkong, tomó y retuvo en bodegas los dos cargamentos de cueros de Graubard. El de los 1.000 fue descargado el 14 de marzo de 1941, y el segundo de 2.038, el 7 de abril del mismo año y ambos quedaron bajo guarda y órdenes del Jefe de Presas británico.

El asegurado Graubard, después de varias diligencias personales informativas y conducente a obtener el reenvío de sus cueros de Hongkong a Shanghai, a que se ha de aludir en el cuerpo de la sentencia, se dirigió a la compañía aseguradora The Fire Insurance Company de Barranquilla, en cartas de 30 de abril, de 3 de mayo de 1941, en que le dice, reiterándole carta del 25 de marzo, que de acuerdo con su póliza y acompañando la documentación correspondiente y haciendo cesión de sus derechos al asegurador sobre los cueros, se permite pasar su cuenta de cobro por el valor de los dos seguros.

La compañía aseguradora manifestó su negativa al pago del valor de los seguros en dos cartas: en la primera, relacionada con el cargamento de 1.000 cueros, alega como razón que "según aviso de nuestra oficina en Bogotá, de acuerdo con las condiciones de su póliza de Transporte, Ud. en este caso no tiene derecho a dicho reclamo". Y en la segunda, referente al segundo cargamento, dice: Hemos examinado cuidadosamente su carta y los documentos incluídos habiendo encontrado que no hay evidencia o prueba alguna que identifique que la supuesta pérdida ha sido causada por cualquiera de los riesgos contra los cuales usted estaba asegurado. Con la ausencia de tal prueba tenemos que confirmarle nuestra aseveración de que ninguna responsabilidad puede ser admitida por esta compañía por dicha supuesta pérdida y cuyo reclamo usted trata de sustentar".

Con base en estos antecedentes y considerando el asegurado Adolfo Graubard que le había sido imposible obtener la posesión de su cargamento de cueros y que por razón de las circunstancias anotadas los había perdido totalmente, en libelo de fecha 18 de octubre de 1941, repartido al Juzgado 3o. Civil del Circuito de Bogotá, demandó a The Hartford Fire Insurance Company de Hartford, Connecticut, Estados Unidos de América, representada por su Gerente para que sea condenada a pagarle "por una parte la suma de U.S. $ 5.000, o su equivalente en pesos colombianos al cambio del día 29 de juli de 1841, mas los intereses corrientes sobre dicha suma aumentados de un 5% anual desde la fecha antes indicada, hasta la fecha del pago; y por otra, la suma de U. S. $ 8.630, o su equivalente en pesos colombianos al cambio del día 1o. de agosto de 1941, mas los intereses correspondientes sobre dicha suma aumentados en un 5% anual desde la fecha antes indicada hasta la fecha del pago (art. 25 de la ley 105 de 1927). Como la parte demandada, si se opone a la presente demanda, obra temerariamente al rechazar el claro derecho de mi poderdante, pido también que se le condene en costas".

Corrido el traslado legal de la demanda, la Compañía la contestó por medio de apoderado debidamente constituído, aceptando parcialmente los hechos fundamentales y oponiéndose a que se hagan las condenaciones impetradas alegando que el hecho ocurrido no constituye uno de los riesgos cubiertos por la póliza, y que, por otra parte, el demandante asegurado no ha cumplido sus obligaciones contractuales. Sostiene la compañía que los cargamentos quedaron excluídos según contrato del asegurado contra riesgos de guerra, y que en el caso de que estuvieran comprendidos, la responsabilidad a cargo de la compañía está reducida a los precisos límites indicados en la cláusula de aseguro de guerra y la clásula adicional de seguro de guerra acordadas por el Comité de Seguros de Transporte el 8 de Noviembre de 1939, aceptadas por todas las compañías afiliadas. Agrega la sociedad demandada que aún en el supuesto de que el acaecimiento constituyera un riesgo cubierto por la póliza carecería el actor de derecho al pago del seguro por incumplimiento de sus obligaciones legales y contractuales, como son, haber incurrido en reticencia dolosa al aplicar el seguro a su segundo cargamento porque habiendo tenido noticia el asegurado desde el 17 de marzo del tropiezo ocurrido con el primer cargamento, en lugar de cumplir con el deber que le imponía la póliza de avisarlo a la compañía, lo ocultó y se apresuró a obtener la aplicación del seguro y sólo después de esto lo comunicó a la compañía; no haber hecho todas las diligencias necesarias para recobrar o salvar los cueros asegurados y haber abandonado sus intereses, y no haber notificado al asegurador, dentro de los tres días a partir de la recepción de la noticia, con enunciación clara de causas y circunstancias, puesto que Graubard supo el accidente del primer cargamento el diez y siete de marzo y no avisó a la Hartford sino el 25, esto es, ocho días después.

Sobre estas bases se desenvolvió la primera instancia del juicio, que finalizó con la sentencia del 20 de agosto de 1942, en la cual el Juzgado del Cir-

cuito condenó a la Compañía demandada al tenor de los pedimentos del libelo, inclusive al pago de las costas del grado.

SENTENCIA ACUSADA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, ante el cual se surtió la segunda instancia a que dió lugar la apelación de la parte demandada, en sentencia del 21 de agosto de 1944 revocó la del Juzgado y en su lugar declaró probada "la excepción perentoria de incumplimiento de obligaciones contractuales y legales por parte del demandante" y absolvió, en consecuencia, a la compañía demandada. —Sin costas—.

La parte motiva de la sentencia, después de detenidos análisis probatorios, adopta las conclusiones fundamentales que en seguida se compendian.

De acuerdo con el contrato de seguro, plenamente demostrado en su perfeccionamiento y en su comprensión o contenido con los dos certificados, requeridos y previstos en la póliza general flotante y expedidos con aplicación a ella, la Compañía The Hartford Fire Insurance Company tomó sobre sí los riesgos de guerra de los dos cargamentos de cueros de Adolfo Graubard en su viaje de Barranquilla a Shanghai, y además, para el primero el riesgo marítimo y el de pérdida total para el segundo. Ni en la póliza general, ni en los certificados de seguro, ni en ninguna otra forma se ha probado que el contrato de que se trata, en lo que respecta al seguro de guerra, se rija por la cláusula de guerra y la cláusula adicional de Seguro de Guerra acordada por el Comité de Seguros de Transportes. De tal manera que el seguro de guerra que asumió la compañía demandada, no habiéndose limitado expresamente a determinados riesgos de acuerdo con la ley, cubre todos los daños y pérdidas, causados por la violencia, apresuramiento, saqueo, piratería, orden de potencia extranjera, declaración de guerra y represalias. En el caso de autos se consumó el riesgo de guerra, que amparaba los dos cargamentos, pues la pérdida para Graubard de los cueros transportados en los vapores Támesis y Tarifa se debió "a la orden de la potencia beligerante extranjera británica, y la retención por parte de esa misma potencia de los cargamentos asegurados, constituyen hechos que están comprendidos dentro de los riesgos de guera".

Añade el Tribunal que de acuerdo con la doctrina y la ley (Artículo 680 del C. de Co.) y en consonancia también con la póliza general flotante y sus certificados de aplicación, el asegurado tiene diversos obligaciones que debe cumplir para que pueda deducir al asegurador la responsabilidad correspondiente a la consumación de los riesgos, entre otras, la de declarar al asegurador todo lo necesario para que pueda juzgar la calidad y extensión de los riesgos; la de dar al asegurador aviso, inmediatamente que tenga conocimiento, o dentro de tres días, de la ocurrencia del siniestro que le dé derecho a cobrar el seguro, y la de tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada o para conservar sus restos.

Y analizando probatoriamente el proceso sobre el cumplimiento de estas obligaciones por parte de Graubard, concluye que respecto del cargamento de 1.000 cueros el asegurado cumplió a cabalidad su deber de realizar las gestiones conducentes a obtener su rescate, pero abandonó las diligencias sin previo permiso de la compañía y dejó de cumplir su obligación de dar aviso al asegurador, pues habiéndolo sabido el 17 de marzo solamente hasta el 25 lo llevó al conocimiento de la compañía.

"En relación con el segundo cargamento, consta de autos que el respectivo certificado de seguro se expidió el 20 de marzo, y no obra manifestación alguna hecha por Graubard sobre el hecho de haber sido detenido el cargamento primero en Hongkong; es decir, que esta circunstancia, que indudablemente tenía influencia en la voluntad del asegurador para abstenerse de celebrar el segundo seguro o para modificar las condiciones de él, fue callada por Graubard, incurriendo así en reticencia al contratar el segundo seguro". Respecto de éste también anota el Tribunal que el asegurado no hizo ninguna gestión para recuperarlo después de que tuvo noticia de haber sido descargado en Hongkong.

Y de aquí concluye el sentenciador: "La excepción de cumplimiento de obligaciones legales, y de algunas de las contractuales, aparte de producir la rescisión, cuando de tal punto se trata, es suceptible también de producir la falta actual de responsabilidad por parte de la sociedad demandada, en armonía con el principio consagrado en el artículo 1609 del C. C., aplicable en materia comercial; en cuanto no pugna con ésta su aplicación está prevista como admisible. Conforme este artículo, en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos; de lo cual se desprende que, estando demostrado en los autos que el demandante Graubard no cumplió con sus obligaciones, y más aún, que hubo violación del contrato mismo, la compañía demandada no tiene en la actualidad la obligación de pagar los seguros, porque el incumplimiento del demandante le impide que pueda hacerse efectiva tal obligación del asegurador".

EL RECURSO

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado del actor el recurso de casación, que debidamente admitido y tramitado se decide hoy.

Con apoyo en la primera causal de casación (Artículo 520 del C. J.) se acusa la sentencia recurrida por ser violadora de los artículos 15, 16, 1602, 1603, 1609 y 1757 del C. C., 406, 470, 475 y 478 del C. de C. M. y 680 (numerales 1o. y 3o.) del C. de C. T., en que incurrió el Tribunal por indebida aplicación e interpretación errónea y como consecuencia del evidente error de hecho que cometió en la estimación de la póliza probatoria del contrato de seguro y de la correspondencia postal y cablegráfica traída a los autos.

En los siguientes apartes se sintetizan las razones en que se fundan los cargos:

En la sentencia se ha incurrido en grave error de hecho al concluír que el asegurado Graubard tuvo conocimiento del siniestro el 17 de marzo de 1941 y no en el 25 siguiente en que lo avisó a la Compañía. La prueba en que funda el Tribunal su apreciación es el cable del consignatario de Shanghai en que avisa simplemente que los cueros fueron desembarcados en Hongkong pero sin expresar la causa, que fue el apresamiento por autoridad extranjera, constitutiva del riesgo asegurado y que solamente fue conocida con posterioridad por el demandante. En este error manifiesto se asienta la conclusión de que Graubard incumplió la obligación que le impone el ordinal 5o. del artículo 680 del C. de Co.

Al concluír la sentencia que el asegurado incumplió la obligación impuesta en la cláusula 16a. de la póliza general de no hacer abandono o dejación del interés asegurado sin autorización previa y escrita de la compañía, por cuanto el 14 y 15 de abril de 1941 cablegrafió a su agente Neumann para que se abstuviera de nuevas intervenciones para obtener del Jefe de Presas Británicas en Hongkong la entrega de los cueros, confundió la acción de abandono reglamentada detalladamente por el artículo 475 y siguientes del C. de C. M., con la simple práctica de las diligencias de rescate, constitutivas de la obligación de conservar el interés asegurado a que se refiere el ordinal 4o. del Artículo 680 precitado. Si se considera, como aparece entenderlo el Tribunal, que para el ejercicio de toda acción indemnizatoria del asegurado se requiere autorización previa y escrita de la Compañía aseguradora, se estaría propiamente ante cláusula de irresponsabilidad, que sería nula.

También se manifiesta el error de hecho en que incurrió el Tribunal al apreciar las pruebas sobre las diligencias que con toda actividad llevó a cabo el asegurado, por los medios de que disponía, para recuperar sus cargamentos. Habiendo resultado inútiles sus gestiones y siendo la situación del segundo cargamento idéntica a la del primero, apresado por orden del mismo Gobierno británico, no hay razón para afirmar que respecto de aquél nada hizo Graubard en el sentido de obtener su rescate. Aunque hubiera tenido el asegurado obligación de hacer más diligencias de las que hizo, la prueba de la excepción fundada en su incumplimiento o en la negligencia o descuido del asegurado para rechazar su reclamación, corresponde al asegurador, de acuerdo con la ley, que establece que los aseguradores pueden contradecir los hechos en que el asegurado apoye su reclamación rindiendo las pruebas que les convenga.

La Corte considera:

La obligación del asegurado de dar aviso del siniestro al asegurador lo consagra el artículo 680, numeral 5o., del C. de Co., así: "A notificar al asegurador, dentro de tres días de la recepción de la noticia, el advenimiento de cualquier accidente que afecte su responsabilidad, haciendo en la notificación una enumeración clara de las causas y circunstancias del accidente ocurrido". En la cláusula 13a. de la póliza del seguro de que se trata se dice: "En caso de siniestro el asegurado está en la obligación de notificarlo a la Compañía o a sus representantes autorizados, tan pronto como tenga conocimiento del hecho, según lo dispone el C. C. T. en el parágrafo 5o. del Artículo 680". Esta obligación del asegurado, una de las que le competen con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, tendientes éstas a atenuar sus efectos y a conservar los recursos de asegurador contra los responsables de la pérdida, se refiere al aviso de accidentes que puedan afectar su responsabilidad, esto es, a acaecimientos constitutivos de riesgos asegurados, que son los que pueden afectar la responsabilidad contractual del asegurador, o usando los términos más precisos que se emplearon en la póliza, del hecho constitutivo del siniestro o pérdida de la cosa asegurada.

Con esta inteligencia de la referida obligación a cargo del asegurado Graubard, no hay duda de que la sentencia es equivocada al fijar como época de conocimientos del siniestro ocurrido —apresamiento de la carga por orden y hecho de potencia beligerante, riesgo de guerra asegurado— el día 17 de Marzo de 1941, como manifiestamente se deduce de la correspondencia que tuvo a la vista el Tribunal. Visto quedó, en efecto, en la enunciación cronológica-

mente ordenada de los antecedentes de este juicio, que Graubard, corridos más de treinta días desde el despacho, averiguó (22 de enero) a sus agentes embarcadores si su cargamento de 1000 cueros estaban en Nueva York o habían sido reespedidos a su puerto final. Que, sin noticias, el 18 de Marzo siguiente, les comunica a sus embarcadores Galster & Grump que la víspera recibió aviso cablegráfico de que el Támesis descargó cueros en Hongkong y que es necesario trasbordarlos y les manifiesta que considerando que el vapor Oriskay, de la compañía de transportes que ellos agencian, ha incumplido su compromiso de transporte, les pide que tomen las medidas conducentes a la entrega del cargamento en Shanghai según su contrato. Los embarcadores, en la misma fecha, le ofrecen dirigirse a sus agentes en Nueva York para que **aclaren el asunto del desembarco en Hongkong,** y luégo, el 25 del mismo marzo, acompañado de circulares de los navieros de Nueva York, le dicen que su cargamento de cueros fue desembarcado en Hongkong por mandato y según instrucciones gubernamentales. En esta misma fecha (25 de marzo) Graubard escribe a la compañía The Hartford Fire Insurance Company, en relación con el cargamento asegurado en el certificado No. 5.437 H. D. contra riesgo marítimo y de guerra, y les dice: "Los cueros en cuestión, según documentación que en copia acompañamos, no han llegado a su destino porque como lo dicen los señores Galster & Grump, agentes del vapor Oriskany, fueron dejados en Hongkong por orden gubernamental por el vapor Támesis, barco éste al cual fueron trasbordados en el puerto de Nueva York. Como la anterior circunstancia motiva a nuestro juicio el pago del seguro correspondiente, esperamos se sirvan autorizarlos para formular la cuenta en el menor término posible, a fin de que sean menores los perjuicios causados por la no entrega en Shanghai".

Aparece, pues, de manifiesto y de manera incuestionable que al tiempo de la primera comunicación de Graubard, ignoraba éste la razón de la detención de su mercancía en Hongkong y que tal comunicación no fue en realidad sino el principio o la manera como obtuvo el conocimiento de su exacta y verdadera causa, revelada solamente al recibir comunicación de Galster & Grump, a que se hizo referencia. Antes, la noticia sólo se vinculaba a un cambio en las condiciones del contrato de transporte, que el asegurado trató de remediar, exigiendo a los navieros el cumplimiento de sus obligaciones. Lo predicho hace ver claramente el error de hecho al respecto, contenido en este aparte del fallo: ". . . .Para el primer cargamento, el asegurado no cumplió su obligación contractual y legal de dar aviso de la ocurrencia del siniestro dentro de los tres días siguientes a la fecha en que tuvo conocimiento del siniestro o consumación del riesgo, el 17 de marzo de 1941, pues sólo hasta el 25 de ese mes dirigió una carta tendiente a obtener el pago del aseguro, reafirmada por la carta de 30 de abril subsiguiente. . . .".

Por lo que hace al segundo cargamento de 2038 cueros, el despacho en el vapor Cacique hasta Nueva York y de ahí en adelante, en el Tarifa, la cuestión referente al aviso del siniestro no ha sido planteada ni discutida, ni ofrece duda alguna; Graubard recibió, con fecha 15 de abril de 1941, cable en que le comunica su agente que también había sido detenido en Hongkong, y ese mismo día lo hizo saber a la compañía en carta que dice: "Como este cargamento ha quedado fuera del control de mi negocio, porque ha corrido el mismo riesgo de guerra del anterior despacho, ruego a Uds. obrar en consecuencia, para que me puedan autorizar lo más pronto posible a formular mi cuenta".

Esta preindicada circunstancia en relación con la fecha en que realmente tuvo el asegurado Graubard noticia cierta sobre la ocurrencia del siniestro, —présa o detención del cargamento por orden del gobierno de un país beligerante, clásico riesgo de guerra—, da oportunidad y motivo para desachar legalmente la apreciación que el sentenciador hizo, según párrafo encomillado al principio de este fallo, sobre el incumplimiento por parte del asegurado del deber consagrado y definido en el numeral 1o. del Art. 680 del C. de Co., de declarar sinceramente todas las circunstancias necesarias para apreciar la extensión de los riesgos. Si es evidente, como lo revelan los autos, que Graubard, el día 20 de marzo de 1941, en que hizo la segunda aplicación de su póliza flotante conforme a la cual la Hartford Fire Insurance Company estaba obligada, en las condiciones allí establecidas, a asegurar a Graubard los despachos de mercancías especificadas en los respectivos Certificados de Seguro, ignoraba que la causa del desembarco en Hongkong fuera la orden de apresamiento del Gobierno británico y consideraba hasta entonces como una simple alteración del contrato de transporte lo ocurrido, no hay en verdad, dentro del sentido y planeamiento de este pleito, la reticencia o silencio doloso de una circunstancia ciertamente influyente en la exacta opinión del riesgo que la compañía iba a tomar a su cargo, según el contrato anterior recogido en la póliza flotante. La reticencia insincera capaz de afectar la validez del seguro, tiene que ser de hecho y circunstancias que puedan influír en las condiciones del contrato, y a la enfocada en este caso, —alteración de las condiciones de un anterior transporte—, no puede dársele esa en-

tidad y trascendencia, si se considera que la aplicación del veinte de marzo, sobre aseguro por pérdida total y riesgo de guerra de los 2.038 cueros, correspondía a un viaje distinto y su transporte se efectuaba por navíos y navieros diferentes, esto es, desde el punto de vista del contrato de transporte, eran dos seguros inconexos.

La obligación del asegurado de atenuar los efectos del riesgo consumado, consistente, según el numeral 4o. del Art. 680 del C. de Co., en "tomar todas las providencias necesarias para salvar o recobrar la cosa asegurada, o para salvar sus restos", aparece especialmente estipulada en las cláusulas 15a. y 16a. de la póliza general, que a la letra dicen:

"CONSERVACION DEL INTERES ASEGURADO.— De acuerdo con lo dispuesto por el C. C. T. en los parágrafos 3o. y 4o. de su artículo 680, el asegurado está en la obligación de cuidar, por cuantos medios están a su alcance, de la conservación de los intereses que asegura, preservándolos de un deterioro mayor y atendiendo a su salvamento en caso de accidente, solícita y activamente. El correcto cumplimiento de tales obligaciones no perjudica los derechos del asegurado respecto de la Compañía; pero, su incumplimiento puede motivar el rechazo de la reclamación que se intente contra la Compañía por tales daños y pérdidas".

"ABANDONO.—Cuando en cumplimiento de lo dispuesto en la cláusula 15a. el Asegurado se convence de que sus diligencias y esfuerzos por salvar el interés asegurado son infructuosos, debe dirigirse a la compañía por escrito e inmediatamente, dándole noticia detallada y completa acerca del particular. El asegurado no podrá hacer abandono o dejación, parcial o total, del interés asegurado sin la autorización escrita de la compañía, máxime si falta la oportuna notificación exigida".

El cumplimiento de este deber legal y contractual del asegurado de hacer menos oneroso el resultado del siniestro hay que apreciarlo con criterio circunstancial y dentro de la realidad que ofrezca la naturaleza del riesgo cumplido, para poder deducir si las diligencias cumplidas satisfacen las condiciones de solicitud, y actividad, enmarcándolas así mismo en la posibilidad para saber si fueron las únicas que estuvieron al alcance del asegurado. Aluden el contrato y la ley en este caso a la medida que comporte la situación y la naturaleza del siniestro ocurrido, en forma que tratándose, como en este caso de un riesgo de guerra, su apreciación y análisis ha de hacerse sin perder de vista las circunstancias particulares y excepcionales que impone la situación de guerra, especialmente la dificultad de comunicaciones y de operancia sobre lugares remotos sometidos al control imperioso de las potencias beligerantes. En el caso de autos, en el Lejano Oriente.

Si el asegurado ha cuidado por los medios que estuvieren a su alcance de la conservación o recuperación de la cosa asegurada y se convence de que su diligencia y esfuerzo para salvar el interés asegurado son infructuosos o inútiles, y así lo escribe discriminadamente al asegurador, ha cumplido, en este particular, su obligación de demostrar su derecho a la indemnización. Si el asegurador rechaza su demanda alegando incumplimiento de esa obligación de atenuarle las cargas de su riesgo, ha de demostrar entonces negligencia o descuido de su asegurado. No puede entenderse que esta obligación del asegurado se extienda hasta hacer desaparecer las consecuencias del siniestro, o que su cumplimiento esté subordinado al arbitrio del asegurador en la forma de autorización para que se puedan suspender las diligencias de recuperación, porque así se desnaturalizaría hasta destruírlo el carácter aleatorio, que es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro. La obligación a que se está aludiendo no es fundamental o de esencia contractual. Dentro del mecanismo jurídico del seguro, consumado el riesgo asegurado se producen los efectos del contrato y consiguientemente la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador. En esta situación jurídica, el incumplimiento del deber que corresponde al asegurado de atenuar dentro de sus posibilidades el resultado del siniestro, no puede tener por sanción, como lo anotan los tratadistas del seguro, la resolución del contrato, sino la obligación de indemnizar al asegurador los perjuicios que éste demuestre haber sufrido por la culpa de omisión del asegurado. Determinada así jurídicamente la obligación de que se trata, que le permite coexistir con la de pagar el seguro puesto que a cargo del asegurdor son los gastos que le causen esas diligencias al asegurado, resalta el desacierto de la sentencia al deducir, con ocasión del deber de atenuación del siniestro, la excepción de contrato no cumplido (Artículo 1609 del C. C.), que requiere para su procedencia, como es sabido, que se trate de obligaciones correlativas, capaces de afectar e interferir los fines buscados por los contratantes y no de un deber accesorio que no puede afectar en su eficacia la obligación esencial de indemnizar que compete al asegurador por el solo acaecimiento del riesgo.

Con aplicación de estos principios, fuera de la interpretación equivocada y la indebida aplicación de preceptos sustantivos que revelan en la sentencia acusada, se ve también muy claramente sobre los datos procesales, que el Tribunal erró en la estimación de las pruebas relativas al cumplimento de la

obligación de Graubard de hacer las posibles diligencias para recuperar sus cargamentos asegurados contra riesgo de guerra cuando concluyó que nada había hecho en este sentido en relación con el de los 2.038 cueros. A este respecto se lee en la sentencia recurrida:

"Sobre el rescate del primer cargamento sólo hay los datos de la correspondencia cruzada entre Neumann, de Shanghai, y Graubard de Barranquilla, de los cuales surge lo siguiente: el 17 de Marzo de 1941, o sea días después de embarcado el cargamento, Neumann comunicó a Graubard que los cueros del Támesis habían sido descargados en Hongkong; al día siguiente, 18, Graubard le dirigió cable en que dice a Neumann que **está reclamando** de la compañía de vapores de Nueva York y que haga el trasbordo con mayor rapidez; el cablegrama de 17 de Marzo, que le dirigió Neumann, lo recibió el mismo día, porque así lo reconoce Graubard en la carta que dirigió el 18 de marzo de 1941 a Galster & Grump, S. A., que en lo pertinente se transcribió al hacer la relación de pruebas; el 23 de marzo Neumann dice que todavía están los cueros en Hongkong; el 26 dice que continúa gestionando el asunto de los cueros; el 1o. de Abril comunica que todavía están los cueros en Hongkong; el 4 **de abril,** comunicó que las autoridades de Hongkong había negado el permiso para trasbordar; el 6 dice que está tratando el asunto de los cueros con una firma inglesa para la posibilidad de llevarlos a Shanghai; el 11 de abril, cuando ya hacía 4 días que había llegado a Hongkong el segundo cargamento, comunica que todo esfuerzo hecho para llevar a Shanghai los cueros es inútil porque las autoridades de Hongkong rotundamente se negaron; agrega que trató de conseguir permiso personalmente y que también se lo negaron; pero ya había comunicado el 17 de marzo, en el primer cablegrama, recibido el mismo día, que había asignado, por recomendación de la compañía transportadora, un agente en Hongkong; por su parte Neumann, recomendó a un agente en Hongkong la labor de obtener la devolución o entrega del primer cargamento, según cartas de 18 y 19 de marzo de 1941, dirigidas por Neumann a G. E. Marden, la correspondencia entre The China Privident Lean y G. E. Narden, y la que hubo entre éstos y Neumann; las cartas fueron reconocidas en el juicio, bajo declaración juramentada, por Mark Neumann; y en relación con las gestiones mismas de Neumann, de intervención directa, está el intento de pasar de Shanghai a Hongkong, frustrado por razón de habérsela negado el permiso para hacer el viaje, según los datos de correspondencia que obran en autos, conforme al memorial de Neumann para el cónsul británico en Shanghai, a los cablegramas de Chudzinsky, el cable dirigido por el cónsul británico a Imoff, o (Inmig ation Ofice) de Hongkong, y a la correspondencia dirigida a Harry Wicking & Co.".

El Tribunal asienta, refiriéndose al primer cargamento que el asegurado realizó los esfuerzos que estaban a su alcance para recuperarlo, y que para mediados del mes de abril, cuando se dirigió a su agente Neumann para que se abstuviera de hacer nuevas intervenciones y pidiendo documentación para reclamar el seguro, "las gestiones hechas para el rescate ya sabía Graubard que habían fracasado"; y deduce incumplimiento del asegurado de ahí en adelante porque dejó de hacer las que le correspondían "para reclamar también, como era lógico, el segundo cargamento".

No es acertada, en concepto de la Sala esta conclusión probatoria de la sentencia porque no coincide con la realidad de que da cuenta el proceso. Aunque entre la correspondencia traída al juicio por la parte demandada obra un cable fechado el 16 de abril, en que Neumann dice a Graubard "Ambos lotes detenidos en Hongkong. Ninguna aduana expedirá certificado. Cablegrafíe", lo cierto es que no puede dejarse de tener en cuenta el caudaloso acervo probatorio acerca de los esfuerzos recuperatorios de los 1.000 cueros para calificar acertada y jurídicamente el cumplimiento de la obligación de rescate del segundo cargamento. Si Graubard sabía, en efecto, como lo advierte el Tribunal, que sus esfuerzos a control remoto para salvar el primer cargamento habían fracasado desde el 11 de abril (desde el 7 estaba también desembarcado en Hongkong el segundo cargamento a nombre y a órdenes del Jefe de Presas Británico), que era inútil todo esfuerzo para llevar la carga a Shanghai porque las autoridades en Hongkong negaban rotundamente el permiso y que no era posible obtener pasaporte para que su agente gestionara personalmente, y si la situación de los 2.038 cueros era exactamente la misma, abodegados con los otros como presa del Gobierno Británico, no hay razón ninguna para negar base probatoria y antecedentes bastantes al convencimiento que para entonces manifestara Graubard de que sus diligencias y esfuerzos para salvar y rescatar sus cargamentos eran infructuosos, según la obligación que al tenor de la cláusula 16a. de la póliza debía cumplir previamente y por escrito con la compañía para reclamar la indemnización.

Las consideraciones hasta aquí expuestas dan base a la prosperidad del recurso por virtud de las ilegalidades que se han venido anotando a la sentencia recurrida, y sirven también para motivar la decisión de reemplazo que corresponde pronunciar a

la Corte. Sólo falta, para fundar completamente la sentencia condenatoria que procede, hacer ver la inconsistencia de la defensa fundamental que originalmente opuso The Hartford Fire Insurance Company, consistente en que el hecho ocurrido no constituye un riesgo cubierto por la póliza. No se controvierte ni discute nada respecto de la formación y prueba del contrato mismo, ni sobre el real acaecimiento del siniestro como riesgo de guerra, según quedó particularizado.

En esta parte, la Corte acoge los motivos de la sentencia de segunda instancia, coincidente por este aspecto con la de primera, minuciosamente razonados en las páginas que en seguida se copian bajo el epígrafe "La Ley, la póliza y los certificados en materia de seguro marítimo":

"Dada la enorme importancia del seguro en la economía de las naciones, ha tenido el legislador especial cuidado al reglamentarlo, exigiendo determinados requisitos en capacidad económica, en la elaboración de las pólizas, en las personas, generalmente sociedades, que están autorizadas para celebrar el contrato técnicamente pertenecientes a los denominados por adhesión, debido a que unilateralmente el asegurador ha fijado las condiciones del contrato, quedando a la voluntad del asegurado adherir a él.

"Respecto a la celebración, el artículo 638 del Código de C. establece que se perfecciona y prueba por escritura pública, privada y oficial, autorizada ésta última por un cónsul colombiano.

"La más acostumbrada de las escrituras, es la privada, siempre que su modelo esté revisado y autorizado por determinada autoridad creada por el Estado para supervigilar las condiciones del contrato; así, las compañías aseguradoras, al presentar al público ya redactado el modelo en que se detallan tales condiciones, han obtenido previamente la autorización oficial.

"Desde este punto de vista, requiere el contrato siempre constancia por escrito, en cuanto la ausencia de instrumento impide su perfeccionamiento; es, además de sinalagmático aleatorio, solemne, porque como uno de los apoderados lo expresa en la obra "De la prueba en Derecho", el acto no nace a la vida jurídica sino mediante el revestimiento de las formalidades que la ley preconstituye para su existencia, y no se puede prescindir del escrito para probarlo, porque él se exige **ad substantiam actus o ad validitatem.**

"Por tanto, bien se puede suscribir una póliza flotante, en la que apenas se anuncian las condiciones generales del contrato, y luégo un determinado certificado expedido con aplicación a ella, en virtud de la previsión consagrada en esta misma al respecto, con la circunstancia de que, las condiciones establecidas en el certificado, no solamente no necesitan estar de acuerdo con las condiciones generales, sino que pueden llegar a contrariarlas y sustituírlas, dado su carácter de **especialidad** que toma la misma voluntad de los contratantes, y su propia **posterioridad.**

"Tan solemne así es la póliza en que se consagran las condiciones generales, como el certificado expedido en su aplicación, porque una y otra se forman o constituyen por las partes con la misma formalidad, (escrito), con el mismo consentimiento, y más aún, la especialidad y posterioridad del certificado de seguro, viene a dar la verdadera concreción contractual y jurídica al contrato.

"Como para todas las convenciones y contratos, el legislador requiere que en el seguro no se contraríen el orden público, ni la moral o buenas costumbres; y en cuanto a la ley, ésta reconoce en las partes autonomía, a menos que ella misma diga que lo estipulado por las partes contrariándola en determinado precepto, no tendrá valor alguno: es decir, que inclusive la misma ley da preferencia a las estipulaciones de las partes, entrando ella a regir para el caso en que nada hayan acordado en algún extremo los contratantes, con excepción de aquellos casos en que la misma ley ha ordenado que en los contratos no se podrá estipular en contrario con lo disciplinado por la ley.

"En este sentido, la ley 27 de 1888, artículo 7o., preceptuó que (las condiciones generales que para los contratos establezcan las compañías de seguros se considerarán estipulaciones obligatorias para ambas partes contratantes, aun cuando no se hallen detalladas en las pólizas, siempre que en ellas declaren los contratantes que les son conocidas y que se someten a ellas. Esto no obsta para que en las condiciones particulares de dichas pólizas puedan anterarse, modificarse o derogarse alguna o algunas de las condiciones generales".

"Respecto de las condiciones generales, las partes deben declarar que les son conocidas y que se someten a ellas, para que sean obligatorias; si bien, tales condiciones generales, como se vió, vienen a quedar expresadas en la póliza, y excepcionalmente en escrito separado, pero respecto del cual se declara ser conocido, con sometimiento a él, y las condiciones particulares, si no consisten en la poliza original, se consagran en los certificados de seguro que expidan con aplicación a ella, o si se quiere establecer mayor especialiidad, en escritos separados, pero con la constancia en el certificado de seguro de que tal escrito separado es conocido de las partes, y a él se sujetan.

"En esta forma, el principio general de derecho, **quae jure contrantur contrario jure pereunt**, no sólo no se contraría sino que recibe indicada o lógica aplicación.

"El orden de interpretación de las cláusulas del contrato de seguro, para efectos de fijar su verdadero alcance, es legalmente el siguiente: a) las condiciones especiales obtenidas en escrito separado al certificado de seguro o el de la póliza, como en una hoja volante, adjunta al certificado de seguro, v. gr., pero en tal caso debe haber constancia, ya en el certificado de seguro, o ya en la póliza, de ser conocidas esas cláusulas o condiciones especiales, y de someterse las partes a ellas; b) las condiciones especiales que se expresan en los certificados de seguros, expedidos, en aplicación a la póliza flotante; c) Las condiciones generales que se determinen en la póliza original; d) Las disposiciones legales del C. de C.; f) la aplicación analógica de estas disposiciones, o en su defecto los principios generales del derecho civil sobre contratos y obligaciones, en lo pertinente; y g) los principios generales del derecho, la doctrina constitucional y la equidad natural.

"Siguiendo lógicamente estos componentes normativos de la disciplina jurídica del seguro, se ve claramente que el certificado de seguro, expedido con aplicación de una póliza flotante preexistente, y en **desarrollo** de ella, es nada menos que **parte integrante** del contrato de seguro, en el que verdaderamente se concentran los puntos principales sobre los cuales recae, hasta el punto de que la póliza flotante no llega a tener ninguna aplicación práctica, ni juega papel alguno cuando una vez otorgada, no es seguida de la expedición de certificados de seguro con aplicación a ella.

"Igual cosa acontece con las condiciones especiales, o cláusulas adicionales: y así, las condiciones especiales, no sólo pueden legalmente apartarse de las condiciones generales, sino aun contrariarlas, por virtud de ser uno mismo el concurso de voluntades, una misma la formalidad o solemnidad complida o que haya de cumplirse, y de estar investidas de posterioridad y especialidad que las hace prevalecer sobre las condiciones generales; tal ocurre con las cláusulas adicionales del seguro de guerra determinado en un certificado de seguro, en desarrollo de una póliza flotante.

"Todo lo anterior, indica que es el contrato en sus aspectos especiales y generales el que primero juega papel en la interpretación de los contratos, para determinar su significado y alcance, al paso que las normas legales, vienen a ser supletorias de la voluntad de las partes, interpretando tal voluntad.

"Conforme a la póliza flotante número 059 H.D., suscrita por las partes el 23 de noviembre de 1938, éstas se obligaron de manera general, estableciendo solamente una condición particular sobre la vigencia hasta el límite de $ 10.000.00 para cada vapor o vehículo de transporte, **sin previo permiso de la** compañía; lo cual no obsta para que luégo se expidiese, con aplicación a la póliza, los certificados de seguro que las circunstancias requieran, según la cláusula b) de dicha póliza.

"Es tan clara esa cláusula b), que basta trancribirla para tener la convicción de que el certificado de seguro es válido, para los casos en litigio, con acción total como la especificamos atrás: 'La compañía y el asegurado se someten en un todo a las "Condiciones generales" que constan en la presente póliza, a las "Condiciones particulares" que en ella se hicieron constar, si fuere el caso, en los Certificados de Seguros ya mencionados, quedando entendido y aceptado que toda condición agregada a la **presente** póliza o a cualquir certificado de seguro, estando debidamente autorizado por la compañía o por sus representantes legales, tendrá preferencia sobre las condiciones generales en caso de discrepancia entre las dos'.

"La condición particular que se hizo constar en la póliza, fue la que procedentemente se dijo, y ella no está en pugna con ninguna de las condiciones generales, ya que contempla apenas una limitación en el monto de la Póliza por cada vapor o vehículo de transporte; y las condiciones generales contemplan varios eventos, bajo las denominaciones de: mediante las condiciones generales, definición y alcance de los riesgos, memorandum, inflamables y explosivos, riesgos no cubiertos, causas que anulan el seguro, limitación de responsabilidades, suma asegurada, prima de seguro, comienzo y fin de los riesgos, franquicia, revalidación, siniestro, indemnización, conservación del interés asegurado, abandono, doble seguro y varias.

"En la cláusula general primera, se estipuló: 'la única prueba legal del seguro contrato por la compañía es el **certificado de seguro** expedida por ella en aplicación a la presente póliza. Por tanto, la compañía no asume responsabilidad por los avisos o solicitudes de seguro que reciba, si el interesado no hace expedir (sic), por la compañía el certificado de Seguro respectivo'.

"Como se vé, no sólo se autorizó contractualmente la expedición del certificado de seguro, sino que se declaró que él era la única prueba legal del contrato, y lo único que comprometía la responsabilidad de la compañía: mal le quedaría a ésta por tanto, para exonerarse en juicio, argüir que el certificado no tie-

ne valor, ni prima sobre las condiciones generales de la Póliza, porque habiéndose exigido en ésta, sería cuando menos irrisorio y absurdo rechazarlo después como prueba del respectivo seguro

"De consiguiente, tratándose en el caso de autos de una póliza flotante, los certificados de seguro que en desarrollo de ella o con aplicación a ella se expidiesen posteriormente, son completamente válidos, y sus cláusulas priman sobre las condiciones generales de la póliza, aunque sean contrarias; porque el verdadero contrato, con lineamientos específicos, o mejor la configuración jurídica del contrato, se operaba en realidad con el certificado de seguro; sin éste, apenas habría unas normas abstractas sin posible aplicación contractual, por su sustracción de materia; no tendrían sobre qué caer: la expedición del certificado de seguro, ponía en vigencia las normas de la póliza, en cuanto no fuesen contrarias a las condiciones especiales del certificado, o a aquellas que en una hoja o volante se adhiriesen al certificado, con la constancia en éste de someterse las partes a ellas

"Así los principios y el entendimiento del contrato de seguro de que tratan los autos, resulta que los dos certificados que se expidieron por la compañía con aplicación a la póliza, son válidos, y aunque en esta no se tomó en cuenta el riesgo de guerra, por cuanto no hay una cláusula que siquiera lo defina, los certificados si fueron expedidos para amparar ese riesgo, y deben tener algún sentido, y alguna aplicación: de otra suerte, la compañía podría decir que, como el riesgo no se menciona en las condiciones generales, no hubo seguro contra dicho riesgo, y ello llevaría al resultado de haber recibido y aprovechado la compañía las primas correspondientes, sin que en su contra se pudiese hacer valer el riesgo de guerra.

"Dice el apoderado de la parte demandada en su alegato de conclusión que es absurdo suponer que las partes prevean que un contrato general contentivo de las bases esenciales sobre que va a desarrollarse un negocio puede cambiarse en sus condiciones esenciales por medio de un papel cualquiera firmado por empleados o agentes de ellas y aun por ellas mismas, y en otro pasaje de su alegato, agrega: 'la determinación del riesgo o riesgos que el asegurador toma sobre sí es una de las cosas esenciales en el contrato de seguro, que deben figurar en la póliza para que ella tenga valor. Por esta razón el ordinal 5o. (quinto) del artículo 431 del Código de Comercio Marítimo exige que se exprese en ella: "el lugar donde los riesgos principian a correr por cuenta del asegurador, con designación específica de los que fueron excluídos del seguro". Es indispensable que al respecto no haya dudas, que se establezca con nitidez qué riesgos excluye el asegurador; la póliza no puede modificarse en este punto sustancial sino por medio de las mismas solemnidades requeridas para la existencia del contrato. Y no puede modificarse acerca de esta cuestión capital por medio de un certificado de seguro, que es un papel que **se expide con aplicación a la póliza.**

"Quedó dilucidado que el certificado de seguro, autorizado y exigido por la póliza como única prueba del contrato en particular, y como elemento que solamente comprometía la responsabilidad de la compañía, es no sólo un papel expedido con aplicación a la póliza, sino un escrito, al igual que la póliza, también suscrito por las partes, con intervención del mismo consentimiento, revestido de especialidad y posterioridad, y extendido en desarrollo de la póliza, que por tales condiciones es una parte integrante y especial del contrato de seguro, como emanación, desarrollo y actualización de la póliza. Por tanto, la argumentación del apoderado de la compañía, carece al respecto de fundamento jurídico.

"Hay otro punto que conviene dejar esclarecido, para efectos de determinar en este proceso, con qué normas contractuales y legales se debe fijar el alcance del contrato, y la responsabilidad de las partes.

"Expresa en la contestación de la demanda el apoderado de la Sociedad, que en conformidad con los términos perentorios y claros de la póliza flotante 0.59 HD., quedó terminantemente excluído todo riesgo de guerra civil o internacional, así como la aprehensión, embargo, secuestro, retención, captura o acto de autoridad, de manera que en principio los certificados de seguros números 5437 y 6489 HD., expedidos en desarrollo de la póliza mencionada, carecerían de valor por referirse a un riesgo expresamente excluído. Sin embargo, esos certificados se expidieron de acuerdo con la cláusula de seguro de guerra y la cláusula adicional de seguro de guerra acordadas por el Comité de Seguros de Transporte el 8 de noviembre de 1939 y aceptadas por todas las compañías afiliadas a dicho Comité, entre las cuales figura la demandada. Agrega que 'es de advertir que no existe otra cláusula de seguro de guerra diferente de la única acordada por el Comité de Seguros de Transporte y por todas las compañías a él afiliadas. Cualquier amparo de seguro de guerra en forma distinta a la determinada en la referida cláusula sería contrario a lo acordado por todas ellas y a las normas reglamentarias que regulan el funcionamiento de las compañías de seguros. Si alguna compañía otorgare un seguro de guerra en condiciones diferentes se haría acreedora a las sanciones correspondientes.

"Los certificados de seguro 5437 H.D. y 6489 H.D., se expidieron llevando adheridas con un ganchito de alambre cada uno, las cláusulas de seguro de guerra y la cláusula adicional de seguro de guerra. Basta examinar cuidadosamente los dos certificados de seguro de guerra mencionados para observar que tienen los agujeros dejados por los ganchos que ajustaban a ellos hojitas de papel en que iban las cláusulas de seguro de guerra y adicional. Probablemente en el trasiego de papeles se le zafaron al demandante esas hojitas y olvidó presentarlas con la demanda'.

"Quiere el apoderado dicho significar, que por sí solos los certificados de seguro nada dicen, ya que el riesgo de guerra fue expresamente excluído de la póliza, y en ellos mismos no hay cláusula alguna sobre ese riesgo; y que, la cláusula de seguro de guerra, y la cláusula adicional del seguro de guerra; cuyo contenido normativo está consignado en el folio 44 del cuaderno principal, certificado por el secretario del Comité de Seguros de Transportes, fueron las bases contractuales de los certificados, para efectos de determinar los riesgos amparados por el seguro de guerra, exclusivamente en casos de guerra civil o internacional; tales cláusulas, no se hicieron constar en el escrito mismo del certificado, ni en éste se hizo alusión a ellas, con la manifestación de ser conocidas de los contratantes y de someterse a ellas, sino que en una hojita separada iban agregadas al certificado, adheridas con un ganchito, pero quizá por el trasiego de papeles se le zafaron al demandante y olvidó presentarlos con los certificados.

"En el término probatorno de las instancias, se produjeron algunos medios de prueba, tendientes a establecer que la compañía demandada sí acostumbraba, en casos de seguros de guerra, adherir la mencionada hojita en que van impresas las cláusulas de guerra y las cláusulas adicionales del seguro de guerra; empero, uno de los testigos presentados, destaca el hecho de que en tales casos, además de la adherencia por ganchito de la referida hojita, la compañía deja constancia en la hoja del certificado, de quedar sometido éste a las condiciones especiales a él adheridas, y otro hace alusión al hecho de que el sello acostumbrado para esos casos, cubre parte de la hoja del certificado y parte de las condiciones especiales. Los demás elementos de prueba sobre el particular nada establecen.

"Ramón Pareja atestigua que es representante de la compañía denominada The Hanover Fire Insurance Company en el Comité de Seguros de Transportes que las estipulaciones del seguro de guerra y del seguro de guerra (cláusula adicional), se insertan en el certificado, bien adheridas con goma o con ganchos y algunas compañías tienen la costumbre de colocar un sello cubriendo parte de las condiciones del seguro de guerra y parte del certificado. Cuando se trata de agregar las mismas condiciones a la póliza se hace constar por medio de un endoso en que se acredita que en determinada fecha las referidas condiciones han sido agregadas a las condiciones generales de la misma. Algunas compañías contrafirman el sello que han colocado cubriendo parte de las condiciones y parte del certificado' y Eduardo Pardo Durán, director de la sección de Transportes de la Compañía Colombiana de Seguros cuando declaró, manifiesta que 'es costumbre de la Compañía Colombiana de Seguros en la cual trabajó, en calidad de director de la sección de Transportes, dejar en cada certificado que ampare el riesgo de guerra una especificación redactada en la siguiente forma: "El riesgo de guerra cubierto por el presente certificado de seguro queda sujeto a las condiciones estipuladas en el volante adjunto". Es cierto que algunas compañías suelen adherir el certificado a la póliza por medio de un sello que cubre una parte del certificado o la póliza, y en parte la cláusula adherida cuando se trata de riesgo de guerra'.

"Hizo lo anterior la compañía en los casos concretos de los dos seguros de guerra de que se ha hablado?. No hay en autos prueba alguna de que así se hubiese hecho; no hay prueba de la adherencia del volante, ni que se estampase sello especial que cogiese en parte el papel volante, ni de que ese sello fuere firmado nuevamente por la compañía y el asegurado, o por aquella solamente, ni de que en el certificado se dejase expresión alguna de las partes sobre el hecho de someterse tal certificado a las condiciones especiales adjuntas en una hoja volante, conocidas por ellas. Solamente hay en pie una afirmación del apoderado de la compañía sobre el hecho de la adhesión de ese volante, sin respaldo probatorio alguno: y el hecho de que los certificados aparezcan con agujeros, apenas arrojaría un indicio levísimo, ya que por cualquier caussa diferente han podido tener (sic) esos agujeros; de ellos no se deduce en manera alguna el hecho de la adherencia alegada.

"Resulta de esto que la pretensión del apoderado de la compañía al respecto, no puede ser acogida, por carecer por completo de prueba.

"Esta ausencia de prueba, determina que la cláusula de seguro de guerra que obra al citado folio 44 del cuaderno principal, y la cláusula adicional de dicho seguro, visible en el mismo folio, no pueden ser consideradas como estipuladas por las partes, y de vigencia **contractual** para ellas, tanto porque falta la prueba de haberse sometido a ellas las partes, como porque la prueba de la obligación, o implícitamente de

la fuente de la obligación, corresponde a quien pretende hacerla valer en cualquier sentido.

"Empero, procede también determinar si, como tales cláusulas han sido acordadas por el Comité de Seguros de Transportes, entre los cuales están los marítimos, tiene para las partes fuerza obligatoria.

"El Comité de Seguros de Transportes, en general, se limita a acordar normas, o a tomar medidas, respecto de las compañías de seguros a él afiliadas, con el objeto de que sean observadas o cumplidas so pena de incurrir en determinadas sanciones previamente acordadas también. Dentro del espíritu y sistema positivo y general de la legislación del seguro las normas y medidas del dicho comité obligan solamente a las compañías afiliadas, pero no tiene la virtud de llevar su imperio sobre compañías no afiliadas, ni la de someter, restringir, limitar o ampliar la voluntad del asegurador, sus derechos y obligaciones, a la acción de dichas normas o medidas, si en el certificado de seguro, o en la respectiva póliza flotante, no se ha consagrado con el contrato o contratos de seguro que se celebran.

"Con las normas o medidas de tal comité, apenas se establece una relación entre él y las compañías afiliadas: las no afiliadas y los particulares asegurados, están fuera de esa relación, y por tanto, libres de las cláusulas acordadas por el comité pero no estipuladas en el respectivo contrato, o en certificado de seguro. La actividad y normas de ese organismo, constituye una **res inter alios acta,** que no puede perjudicar ni aprovechar a los asegurados que están fuera de su alcance, porque su voluntad no ha concurrido a crear el vínculo obligacional, y porque conforme a la legislación nacional el comité no tiene la facultad de dictar normas, o acordar cláusulas obligatorias para los particulares asegurados.

"En este contrato de seguro, impera como en los disciplinados por el C.C. y en los demás previstos por el de Comercio, la voluntad conjunta de los contratantes debidamente expresada en la póliza o certificados de seguro, siempre que se consulte la norma general sin excepción de que tal voluntad no sea contraria al orden público, a las buenas costumbres o moral, y a la misma ley cuando ha prohibido estipular en contrario.

"Visto que ni en la póliza ni en los certificados de seguro aparece que el asegurado demandante se sometió a la cláusula de guerra acordada por el Comité de Seguros de Transportes, ni a la cláusula adicional del seguro acordada por el mismo, es claro que el asegurado no está obligado a someterse, para determinar la controversia **sub-judice,** a tales cláusulas. No forman ellas partes del contrato de seguro y por ende es preciso no tenerlas en cuenta en este proceso.

"Así las cosas, el riesgo de guerra que asumió la compañía demandada, tiene que regirse por las normas de la ley, ya que ni en la póliza flotante ni en los certificados expedidos, se señalaron los precios, riesgos que quedaban amparados por el seguro de guerra, provenientes directa o indirectamente de guerra internacional o civil; viene en este caso la ley a suplir la volutad de las partes".

La conclusión sintética final es que el asegurado ha comprobado fehacientemente la coexistencia de todas las circunstancias legalmente necesarias para establecer su derecho a ser indemnizado por su asegurador. Y esto da lugar y oportunidad a la aplicación del artículo 3o. de la Ley 89 de 1928, aclaratorio del 25 de la Ley 105 de 1927, en que se apoya el pedimento de la demanda sobre intereses corrientes y aumento del 5% anual sobre el valor de la indemnización.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 21 de agosto de 1944, y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 3o. Civil de este Circuito, de fecha 20 de agosto de 1942.

No hay lugar a costas de casación.

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

ARTURO TAPIAS PILONIETA. — PEDRO CASTILLO PINEDA — RICARDO HINESTROSA DAZA — JOSE ANTONIO MONTALVO — HERNAN SALAMANCA. MANUEL JOSE VARGAS — PEDRO LEON RINCON, Secretario en propiedad.

ACCION PRINCIPAL DE REIVINDICACION Y DE RECONVENCION SOBRE SIMULACION DE UN CONTRATO.—ACCION DE SIMULACION. LA CAUSA EN LOS CONTRATOS.

1.—La simulación relativa, llamada también parcial o disimulación, que consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar con otro solamente realizado en apariencia, tiene su mayor campo de ejecución en los contratos de donación en que las partes, donante y donatario, desean ocultar el verdadero carácter jurídico del acto que celebran, para evitar una prohibición de la ley, o para impedir la acción de los herederos forzosos para demandar la reducción, o para escapar a imposiciones fiscales, y para ese fin realizan un acto jurídico de distinta índole, generalmente un contrato de compraventa. El acto oculto (la donación) cambia la naturaleza jurídica del aparente y público (la compraventa), pero no destruye sus efectos, pues la transferencia del dominio, que es el fin realmente buscado, queda en pie. La validez de estos contratos secretos no se afecta por el solo hecho de la disimulación; se rige por las normas generales que gobiernan la eficacia de las declaraciones de voluntad.

Tratándose de simulación relativa, dentro de la doctrina que considera lícito el fenómeno de la simulación, la acción legal correspondiente no tiene el fin de obtener la declaración de nulidad del acto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez o su ineficacia con aplicación de las reglas legales pertinentes. El acto aparente carece de valor no porque se halle viciado de nulidad, sino porque así lo han acordado las partes secretamente. De acuerdo con la técnica jurídica la acción de simulación persigue el cumplimiento de lo convenido, para lo cual no es necesario demandar la nulidad o ineficacia de lo no convenido; de ahí que sea esencialmente una acción de prevalencia de un contrato ciertamente celebrado (que puede adolecer de cualquiera de los vicios que afectan los contratos), mantenido en secreto, sobre otro ostensiblemente celebrado al mismo tiempo, pero mentirosamente convenido. De la naturaleza de este fenómeno simulatorio se deduce que la demanda en que se ejercite para descubrir y establecer el verdadero vínculo jurídico que liga y obliga a los contratantes, debe contener las súplicas y fundamentos que correspondan a la especie y grado de simulación, ofreciendo los elementos de juicio y su prueba para desentrañar la verdad de lo pactado, y pedir en relación con esto su cumplimiento o su invalidación.

En el campo de la simulación no es lo mismo, en su estructura jurídica ni en sus consecuencias, en una venta absolutamente simulada que una donación disfrazada de venta. Quien pida, pues, declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad supresora o destructora entre los contratantes de su venta aparente, vinculando sus intereses de demandante a la prevalencia de esta real voluntad oculta, debe acreditarlo plenamente. Y si no prueba la contraestipulación que destruye totalmente el contrato, o si de las pruebas aducidas por el demandado en el curso del juicio resulta una contraestipulación diferente de la que debía probar conforme a su demanda, v. g., una donación que aunque cambia la naturaleza del contrato aparente no destruye sus efectos, la técnica del fallo impone la absolución del demandado, como ocurre siempre que el demandante no cumple satisfactoriamente su obligación de probar los hechos que ha señalado como fuente de sus pretensiones

Siendo el fin de la acción de simulación relativa la prevalencia contractual de lo secretamente convenido, resulta claro que la simple petición sobre nulidad o inexistencia del acto ostensible es por sí sola improcedente, dentro de los principios que gobiernan la técnica procesal.

2.—De la falta de obligatoriedad en la expresión de la causa ha deducido la jurisprudencia, sobre la razón natural de que no es corriente que las personas ejecuten actos sin fin concreto y determinado, que hay una presunción legal de que todo contrato tiene causa, para evitar los difíciles problemas que se plantearían si en cada caso hubiera necesidad de

probar la realidad y licitud de la causa. En esta situación el problema probatorio, en relación con la causa, se resuelve en el sentido de que quien alega que un contrato carece de causa o la tiene ilícita es quien debe suministrar la prueba correspondiente.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.

Bogotá, ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca).

De los nimios y numerosos detalles que la sentencia recurrida señala como antecedentes de este litigio se mencionan solamente los que tienen interés para la decisión del recurso:

El 5 de Septiembre de 1936, por escritura pública número 352, otorgada en el Municipio de La Peña, ante el Notario del Circuito de La Vega, Abel Hernández transfirió a Amelia Hernández, a título de venta su dominio en los siguientes bienes: dos lotes de terreno contiguos, llamados Guarcal, y Basonal, ubicados en jurisdicción Municipal de Nimaima, conjuntamente alinderados como allí se expresa; un lote denominado la Vistosa, ubicado en el Municipio de La Peña, por los linderos que se describen en el instrumento, y los derechos herenciales que le corresponden o puedan corresponder en la sucesión intestada de su legítimo hijo Abel Hernández Avila, vinculados en el terreno que allí se singulariza y alindera.—Esta venta, cuyo precio declara el vendedor satisfactoriamente recibido, se hizo por la suma de $ 200 a los derechos hereditarios y el resto a los inmuebles.

En los mismos fecha y lugar y ante el Notario precitado, por escritura número 353, Abel Hernández vendió a los menores Marco Abel Hernández y María Teresa de Jesús Hernández, representados por su madre natural Amelia Hernández, el terreno denominado La Esperanza, ubicado dentro de la jurisdicción municipal de Nimaima, limitado como allí se dice, por la suma de mil pesos ($ 1.000) que confesó recibidos de manos de la representante legal de los compradores, quien declaró "que el dinero con que hace esta compra proviene de varios obsequios o donaciones que se han hecho a favor de los dichos menores por los familiares de éstos, dineros que la citada madre les tenía guardados a éstos y que ahora los emplea para seguridad de los intereses de los referidos menores".

Muerto Abel Hernández el 16 de marzo de 1937, su juicio sucesoral fue abierto en el Juzgado del Circuito de la Palma y en él se reconoció a Luis Felipe Hernández y a Primitiva Avila v. de Hernández como herederos y cónyuge, respectivamente, del causante.

Con apoyo en las precitadas escrituras contentivas de los contratos de venta y afirmando que desde el primero de abril de 1939 Luis Felipe Hernández se apoderó de los terrenos comprados y ha estado y está en posesión de ellos, por medio de libelo de fecha 10 de julio de 1942, ante el Juzgado Civil del Circuito de Guaduas, Amelia Hernández en su nombre y como representante de sus menores hijos Marco Abel y María Teresa de Jesús Hernández demandó a Luis Felipe Hernández con acción de dominio para que se declare que la demandante es dueña y por tanto a ella corresponde la posesión de los terrenos Guarcal y Balsonál; que como representante de sus mencionados hijos adquirió para ellos el terreno de la Esperanza y que, por consiguiente, son los menores los dueños de ese inmueble; que en consecuencia, se condene al demandado, como poseedor de mala fe, a la restitución de los inmuebles mencionados con sus frutos a partir del 1o. de abril de 1939, y al pago de las costas del juicio.

El demandado contestó la demanda aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las prestaciones reivindicatorias de la actora. Explica el demandado que con la actora ha tenido varios litigios con motivo de que ella y sus hijos han querido adueñarse de los bienes de su padre por medio de contratos simulados y que para prevenir y terminar esos litigios celebraron una promesa de transacción en virtud de la cual tomó la posesión de los inmuebles a que se refiere la demanda, promesa que la demandante se ha negado a perfeccionar.

Oportunamente y en escrito separado, Luis Felipe Hernández presentó demanda de reconvención contra Amelia y sus hijos para que se declare que están obligados a cumplir la referida promesa de transacción y que, en consecuencia, deben transferirle los terrenos y derechos especificados en esa promesa, pagándole, además, los perjuicios por su incumplimiento. Subsidiariamente se demanda la declaración de que son "simulados y por tanto nulos" los aparentes contratos de compraventa contenidos en las escrituras públicas números 352 y 353 de 5 de septiembre de 1936, en que los reivindicantes fundan su derecho de dominio, y la condena al pago de las costas procesales.

El hecho esencial en que se funda el pedimento subsidiario de la contrademanda se hace consistir en que los mentados contratos fueron simulados porque de parte del aparente vendedor Abel Hernández no hubo intención de transferir el dominio, ni en los

aparentes compradores, que carecían de capacidad económica para comprar, la de adquirirlo, y que tales ventas ficticias fueron celebradas por Abel Hernández con el ánimo y el propósito de privar a sus herederos forzosos de las legítimas hereditarias que la ley les señala.

Desarrollada sobre estas bases la litis, fue decidida en primera instancia por el Juzgado del conocimiento en sentencia del 4 de mayo de 1944, en la cual se declararon simulados los contratos de venta recogidos en las escrituras números 352 y 353, otorgadas en la Notaría de La Vega el 5 de septiembre de 1926, y, "en consecuencia, nulo y sin ningún valor ni efecto el contrato de donación oculto verificado efectivamente entre dichos contratantes, por ser contrario a las normas de orden público. En tal virtud, los bienes que se acaban de relacionar deben ser restituídos, una vez en firme esta sentencia, a la herencia o masa hereditaria del causante Abel Hernández Villalobos, cuyo juicio de sucesión se adelanta actualmente en el Juzgado del Circuito de La Palma". Se ordenó la cancelación de las correspondientes inscripciones de las escrituras en el Registro Público, y se negaron las demás súplicas de la demanda de reconvención y todos los pedimentos de la demanda principal reivindicatoria.

SENTENCIA ACUSADA

Por apelación oportunamente interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de primer grado, subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que al término de la actuación correspondiente lo decidió definitivamente en fallo del 30 de noviembre de 1944, así:

"1o.—Decláranse simulados los contratos de compraventa de que dan cuenta las escrituras públicas números 352 y 353 otorgadas ambas el 5 de Septiembre de 1936 ante el Notario del Circuito de La Vega, por las cuales Abel Hernández dijo vender..."

"2o.—Declárase que el vínculo jurídico que liga a los contratantes en los contratos acabados de enunciar es el de donación entre vivos hecha por Abel Hernández a favor de Amelia Hernández la primera y de Marco Abel y María Teresa de Jesús Hernández la segunda, las cuales son válidas en cuanto no excedan de la cuarta parte de libre disposición de los bienes de la herencia de Abel Hernández, y que, en el exceso, si lo hubiere, deben ser reducidas según la ley".

3o.—En consecuencia, se condena al demandado Luis Felipe Hernández a restituír a Amelia Hernández el prenombrado inmueble denominado Guarcal y Balsonal, junto con los frutos naturales y civiles producidos por éste desde el 25 de agosto de 1942 hasta el día de la entrega, menos los gastos ordinarios que se hayan invertido en producirlos.

"4o.—Igualmente se condena al demandado Luis Felipe Hernández a restituír a Marco Abel y María Teresa de Jesús Hernández o Rodríguez el citado inmueble denominado La Esperanza, junto con los frutos naturales y civiles que éste hubiera podido producir con mediana inteligencia y actividad desde el 25 de agosto de 1942 hasta el día de la entrega, menos los gastos ordinarios que se hayan invertido en producirlos".

5o.—El monto de las condenas de que tratan los dos numerales anteriores se fijarán según las normas del artículo 553 del C. J."

6o.—Tómese nota de las declaraciones contenidas en los apartes 1o. y 2o. de esta sentencia al margen de la matriz de las escrituras 352 y 353, ya citadas, y en los sendos registros respectivos, y cancélese el embargo de la demanda.

"7o.—Se niegan las demás súplicas de las demandas principal y de reconvención.

"8o.—Sin costas en ninguna de las instancias".

Comienza el Tribunal por advertir que no habiendo apelado de la sentencia del Juzgado el demandado, la jurisdicción del recurso se circunscribe al estudio de la acción reivindicatoria y a la de simulación intentada en la contrademandada, y funda su decisión en los motivos que en seguida se sintetizan.

Según las pruebas que la sentencia analiza discriminadamente no hay duda de que se trata aquí de un caso de simulación relativa, cuya declaración, según la naturaleza de la acción correspondiente, se endereza a obtener la prevalencia del acto oculto sobre el aparente o público. "Por esta razón deben descartarse las aparentes compraventas consignadas en las escrituras 352 y 353, siendo así que según las pruebas enumeradas en los antecedentes de este fallo y los elementos de convicción expuestos en la sentencia apelada, el acuerdo de voluntades de los contratantes no fue para sendas compraventas, sino para donaciones. Luego éstas deben prevalecer sobre aquéllas". Descubierto el acto secreto, se califica su validez según las normas generales que tratan de la nulidad y la rescisión en el Código Civil. Si este acto resulta manifiestamente afectado de nulidad absoluta, debe declararse nulo sin necesidad de petición expresa sobre el particular; no así si se trata de simple nulidad relativa, para cuya declaración es indispensable pedimento y prueba del legítimo interesado. La sanción que según nuestra ley civil corresponde a una donación disfrazada de compraventa por no haber sido insinuada, no es la de

nulidad del contrato, sino su reducción a la cifra legal. Hasta dos mil pesos es válida, y la carga de la prueba por sobre esto pesa sobre el demandante como promotor de una acción mixta de simulación del acto público y nulidad del oculto. En este caso no se probó ilegalidad por falta de insinuación de las donaciones porque el peritaje producido para avaluar los inmuebles no puede tenerse en cuenta por haber quedado imperfecta la prueba falta de traslado. Por consiguiente, ningún motivo de nulidad parcial o reducción procede contra las referidas donaciones, "las cuales se deben reputar ajustadas a la ley mientras no se establezca lo contrario, según la teoría de los actos aparentes". Estimó el Tribunal que Luis Felipe Hernández, actor en la acción de simulación, demanda en nombre propio, como legitimario perjudicado por su padre donante, y con aplicación de los artículos 1244 y 1246 del C. C., para salvaguardiar sus derechos hereditarios en la sucesión de su padre, limita la validez de las donaciones al valor de la cuarta de libre disposición de los bienes de Abel Hernández. Y por lo que hace a la acción directa de reivindicación, siendo la donación título traslaticio de dominio y estando demostrada la posesión del demandado y la identidad de los bienes que se reivindican con los poseídos por éste, encuentra el sentenciador reunidos los elementos necesarios para la prosperidad de la acción.

EL RECURSO

El recurso de casación que hoy se decide, interpuesto contra la sentencia del Tribunal por la parte demandada, se funda en la primera de las causales que enumera el artículo 520 del C. J.

La demanda de casación formula los cargos que en seguida se compendian:

Violación de los artículos 1524 y 1741 del C. C. y 2 de la Ley 50 de 1936, por interpretación errónea el primero e infracción directa los últimos, en que incurrió el Tribunal al tener como válidas las donaciones disfrazadas de ventas hechas por Abel Hernández a Amelia Hernández y los hijos de ésta, cuando ha debido declarar oficiosamente su nulidad absoluta, ya que la ilicitud de su causa o motivo determinante resulta evidente, "pues basta recordar que tal causa no fue una simple liberalidad, sino el deseo de desheredar a su hijo legítimo, si eso puede llamarse el propósito de privarle de su herencia; el de entregar todo su patrimonio a su concubina y a sus hijos ilegítimos, y el de recompensar los favores de aquella". La demanda dice que la sentencia acusada es violadora de las mismas disposiciones precitadas, como consecuencia del error de hecho en la apreciación de los hechos ilícitos que fueron causa de las donaciones referidas, pero sin hacer mención concreta de ninguno de los elementos probatorios que considera erróneamente apreciados.

Violación de los artículos 1458, 1575, 66 y 1768 del C. C. en que incurrió el sentenciador al sostener que a Luis Felipe Hernández le correspondía la carga de la prueba sobre el valor de las donaciones y que a falta de la demostración de que excedía la cifra legal debían presumirse ajustadas a las exigencias legales. En la acción que se estudia el demandante no se propone sino establecer la simulación del acto ostensible, y si después de la **litis contestatio**, en el desarrollo de la controversia sale a luz un pacto secereto debe el Juez entrar a estudiar y decidir sobre la validez o nulidad de este acto oculto, cuya defensa probatoria corre a cargo de su beneficiario.

Afirma el recurrente que el Tribunal violó los Artículos 1458 del C. C. y 593 del C. J., como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió al apreciar las pruebas sobre el valor de las donaciones, especialmente la de confesión de Amelia Hernández contenida en su respuesta a la pregunta undécima de las posiciones visibles al folio 125 del cuaderno No. 3, la escritura No. 352, contentiva de la venta simulada, y las declaraciones testimoniales de Luis Cifuentes, Martín González, José Poso y otros, sobre el mismo punto.

Finalmente, acusa el recurrente la sentencia por quebranto de los artículos 946, 947, 950 y 952 del C. C. como consecuencia del error de derecho en que incurrió, al dar por establecida la identidad de los lotes reivindicados con los poseídos por el demandado con base en la misma prueba pericial que desechó, por falta de traslado, para establecer el valor de las donaciones, y porque aunque técnicamente hay diferencia entre perito y testigo, en este caso el Tribunal ha debido considerar como declaraciones testificales los conceptos de los que intervinieron en la diligencia porque en verdad dictaminaron sirviéndose no de ninguna ciencia sino simplemente de su memoria.

Se consideran los cargos.

Dentro de los dos grandes tipos o especies de simulación, la absoluta o integral o de esencia, que ocurre cuando se celebra un acto jurídico sólo en apariencia, sin contenido real ninguno; y la relativa, llamada también parcial o disimulación, que consiste en encubrir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar con otro solamente realizado en apariencia, la sentencia acusada coloca el caso de autos dentro del último. Esta clase de simulación relativa en cuanto a la naturaleza del acto, tiene su mayor campo de ejecución en los contra-

tos de donación, en que las partes, donante y donatario, desean ocultar el verdadero carácter jurídico del acto que celebran, para evitar una prohibición de la ley, o para impedir la acción de los herederos forzosos para demandar la reducción, o para escapar a imposiciones fiscales, y para ese fin realizan un acto jurídico de distinta índole, generalmente un contrato de compraventa. El acto oculto (la donación) cambia la naturaleza jurídica del aparente y público (la compraventa), pero no destruye sus efectos, pues la transferencia del dominio, que es el fin realmente buscado, queda en pie. La validez de estos contratos secretos no se afecta por el solo hecho de su disimulación; se rige por las normas generales que gobiernan la eficacia de las declaraciones de voluntad.

Tratándose de simulación relativa, dentro de la doctrina que considera lícito el fenómeno de la simulación, la acción legal corespondiente no tiene la finalidad de obtener la declaración de nulidad del acto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez o su ineficacia con aplicación de las reglas legales pertinentes. El acto aparente carece de valor no porque se halle viciado de nulidad sino porque así lo han acordado las partes secretamente. De acuerdo con la técnica jurídica la acción de simulación persigue el cumplimiento de lo convenido, para lo cual no es necesario demandar la nulidad o ineficacia de lo no convenido; de ahí que sea esencialmente una acción de prevalencia de un contrato ciertamente celebrado (que puede adolecer de cualquiera de los vicios que afectan los contratos), mantenido en secreto, sobre otro ostensiblemente celebrado al mismo tiempo pero mentirosamente convenido. De la naturaleza de este fonómeno simulatorio se deduce que la demanda en que se ejercite para descubrir y establecer el verdadero vínculo jurídico que liga y obliga a los contratantes, debe contener las súplicas y fundamentos que correspondan a la especie o grado de simulación, ofreciendo los elementos de juicio y su prueba para desentrañar la verdad de lo pactado, y pedir en relación con esto su cumplimiento o su invalidación. (El contrato de venta que celebró mi padre es simulado y estoy en capacidad de demostrar que su contraestipulación hizo que el dominio del bien permaneciera en su patrimonio. O el contrato de venta que celebró mi padre es simulado porque lo que en realidad quiso e hizo, como estoy en capacidad de probarlo, fue una donación, y como ésta menoscaba mi derecho herencial, o que hecha por un incapaz o a un incapaz, o por cualquiera otra causa, pido que se declare que esa donación oculta está afecta da de nulidad....). Según el principio básico de que a quien demanda corresponde dar la prueba de los hechos en que funda su derecho, el libelo inicial de una acción de simulación relativa debe contener todos los factores que configuran e integran el caso especial de simulación que se propone y las consecuencias que se quieran hacer desprender de la prevalencia contractual para dar base a la **litis contestatio**, que a su vez constituye la pauta obligatoria e insustituíble de la sentencia definitiva. "Cuando se alega en juicio la simulación como cualquiera otra figura, son necesarios los hechos que la individualicen y sirvan para la futura ordenación y estimación de las pruebas, y para el leal juicio del fallador" (G. J. XLIII p. 68). En el campo de la simulación no es lo mismo en su estructura jurídica ni en sus consecuencias, una venta absolutamente simulada que una donación disfrazada de venta. Quien pida, pues, declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad supresora o destructora entre los contratantes de su venta aparente, vinculando su interés de demandante a la prevalencia de esta real voluntad oculta, debe acreditarlo plenamente. Y si no se prueba la contraestipulación que destruye totalmente el contrato, o si de las pruebas aducidas por el demandado en el curso del juicio resulta una contraestipulación diferente de la que debía probar conforme a su demanda, v. g. una donación que aunque cambia la naturaleza del contrato aparente no destruye sus efectos, la técnica del fallo impone la absolución del demandado, como ocurre siempre que el demandante no cumple satisfactoriamente su obligación de probar los hechos que ha señalado como fuente de sus pretensiones. "El código civil autoriza esta labor de desentrañamiento, porque da al contrato el carácter de ley para los contratantes y dispone que conocida claramente la intención de estos debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. La lucha del actor consiste en descorrer el velo para que puesto a la luz el contrato escondido se analice en su fondo y en su forma, se vea si adolece de alguna nulidad y se le dé cumplimiento en lo que deba subsistir.... (G. J. T. XLIV pág. 169). "En cualquiera de las dos hipótesis contempladas, sea cual fuere, absoluta o relativa, la simulación, es lo cierto que no puede existir cambio de acción cuando se demanda aquélla en un grado y en el curso del juicio aparece probada en otro. Dada la forma como demandó el actor, éste está obligado a establecer el contenido verdadero de la relación jurídica creada por los contratantes y a probar también en la segunda de las hipótesis contempladas, que esa relación no reúne todas las condiciones requeridas para su validez" (G. J. XLII p. 37). Siendo la finalidad de la acción de simulación relativa la prevalencia contractual de lo secretamente

convenido resulta claro que la simple petición sobre nulidad o inexistencia del acto ostensible es por sí sola improcedente, dentro de los principios que gobiernan la técnica procesal. En el caso presente, como se vió, Luis Felipe Hernández demandó en reconvención que se declararan simulados y por tanto nulos o sin ningún valor las compraventas contenidas en las escrituras públicas Números 352 y 353, porque en ellos no hubo, por parte del vendedor Abel Hernández ánimo de transferir el dominio, ni por parte de sus compradores, de adquirirlo, y porque no tuvieron otro motivo que el de privar a sus herederos forzosos de su legítima hereditaria en esta forma de ventas aparentes. Pedida la declaración fundamental de que en los referidos contratos no existió la intención de transferir ni adquirir el dominio (simulación integral o absoluta), si en el desarrollo de la controversia se acreditó, como está irrevocablemente establecido, que sí tuvieron los contratantes esa intención, pero no a título oneroso sino a título gratuito (simulación relativa en cuanto a la naturaleza del contrato), la contrademandada carecía en realidad de base para su prosperidad, por haberse destruído, o no haberse probado adecuadamente, el fundamento esencial de la litis.

Estas mismas doctrinas ya han sido expuestas y razonadas en decisiones de esta Sala de la Corte, como puede verse en sentencia del 12 de septiembre de 1941, (Tomo LII páginas 64 y siguientes de la Gaceta Judicial).

El Tribunal, sin embargo, interpretando la finalidad de las súplicas y especialmente sus fundamentos de hecho, estimó que la acción incoada, a pesar de la literalidad del libelo, es la que compete al heredero para obtener que se declare la realidad de unas donaciones a extraños, hechas entre vivos por su causante bajo disfraz de compraventa, con el objeto de colacionarlas en el acervo herencial imaginario a fin de que sean reducidas y evitar así que sea menoscabado o totalmente frustrado su derecho de legitimario a su forzosa asignación.

Este planteamiento y manera decisoria dados por el sentenciador a la demanda de reconvención de Luis Felipe Hernández están fuera de la jurisdicción del recurso como favorables que son al recurrente, y contra su legalidad no se endereza ninguno de los cargos de la demanda de casación. La acusación a este respecto como se dejó visto, consiste en el quebranto de los artículos 1524 y 1741 del C. C. y 2o. de la Ley 50 de 1936 por no haber invalidado totalmente las donaciones referidas en virtud de su causa ilícita, pues no fue ésta en Abel Hernández una simple liberalidad sino su deseo de desheredar su legítimo hijo, contrademandante en este pleito.

Enseña el artículo 1524 del C. C. que no puede haber obligación sin una causa real y lícita, que no es necesario expresarla y que la pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente, entendiendo por tal, a la altura de las mas modernas teorías, el motivo que induce al acto o contrato. De la falta de obligatoriedad en la expresión de la causa ha deducido la jurisprudencia, sobre la razón natural de que no es corriente que las personas ejecuten actos sin finalidad concreta y determinada, que hay una presunción legal de que todo contrato tiene causa, para evitar los difíciles problemas que se plantearían si en cada caso hubiera necesidad de probar la realidad y licitud de la causa. En esta situación el problema probatorio en relación con la causa se resuelve en el sentido de que quien alega que un contrato carece de causa o la tiene ilícita es quien debe suministrar la prueba correspondiente. Y con estas nociones no hay duda de que el cargo en estudio carece de razón. En efecto, las donaciones de Abel Hernández, cuya existencia es cosa indiscutida por el recurrente, tuvieron por causa, como es obvio, la liberalidad o beneficencia en favor de Amelia Hernández y de sus hijos y de ahí resulta su realidad y suficiencia. Por lo que hace a la ilicitud de esta liberalidad, que el recurrente hace consistir en el hecho de que con ella se menoscaba su derecho legal de legitimario, es cuestión de un oportuno planteamiento porque ese motivo de ilicitud desapareció una vez que la sentencia causada limita la validez de las donaciones en cuanto no excedan a la cuenta de libre disposición de la herencia de Abel Hernández, reduciéndolas en el exceso, si lo hubiere. En este excedente, por afectar la institución legal de las legítimas, habría ilicitud en la liberalidad. Puesto a salvo el derecho del legitimario demandante, no hay reparo legal ninguno que pueda afectar su validez: No se ve por otra parte, en estas condiciones, el legítimo interés jurídico que debe respaldar todo cargo en casación.

Ninguna ilegalidad se advierte en la conclusión a que llegó la sentencia acusada sobre la falta de prueba del valor de las donaciones para efecto de decretar su reducción al tenor del artículo 1458 del C. C. No hay base para deducir el error de hecho que el recurrente le imputa al Tribunal consistente en la falta de estimación del contenido de la respuesta undécima de las posiciones visibles al folio 125 del cuaderno No. 3, ni de la escritura No. 352, porque tanto la una como la otra de estas pruebas se refieren exclusivamente a los contratos de compraventa, cuya realidad ha venido sosteniendo la parte demandante contra las afirmaciones del demandado Luis Felipe Hernández. En ninguna de estas piezas procesales se hace referencia a donaciones, sino al precio de las ventas, declaradas simuladas en la sentencia acusada. Los testimonios que cita el recurrente como mal apre

ciados o no apreciados por el sentenciador no sirven en manera alguna para asentar un cargo por error de hecho sobre el valor de las cosas donadas, punto éste a que no aluden los declarantes concretamente y que el recurrente deduce, a manera de inferencia, de ciertos datos y antecedentes que dan los testigos sobre la fortuna de Abel Hernández.

Finalmente, por lo que respecta al cargo de error de hecho en la estimación de la prueba pericial practicada dentro de la inspección ocular para establecer, entre otras cosas, la identidad de las fincas singularizadas en la demanda con las poseídas por el demandado, única acusación dirigida contra la reivindicación decretada, basta, para desecharlo, advertir que la identidad a que se alude en el fallo es circunstancia plenamente establecida en los autos, a más de la prueba a que se refiere el recurrente, con otras, como la confesión del demandado, no atacadas en el recurso y bastantes para asentar en ellas la convicción judicial al respecto. Pero es que tampoco es fundado el cargo, porque como aparece del acta correspondiente, en la inspección ocular se hizo la previa identificación de los terrenos con intervención del Juez y en esta parte, a la que corresponde el mérito de prueba completa, encuentra legal y adecuado fundamento la conclusión de la sentencia. En lo que aparece desestimada es en lo tocante a prueba pericial practicada dentro de la inspección sobre el avalúo de los inmuebles, por no haberse surtido el traslado legal del dictamen.

Por lo expuesto, no habiendo prosperado ninguno de los cargos de la demanda, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 30 de noviembre de 1944, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

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

(Fdos.) Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestroza Daza — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO.—FORMALIDADES PARA EL REMATE DE BIENES

1.—El numeral 2o. del Artículo 451 del Código Judicial estatuye que es causal de nulidad del juicio de apremio, la falta de formalidades para hacer el remate de bienes. Y el 457 autoriza que se alegue esta nulidad en juicio ordinario. Las formalidades del remate están señaladas en los artículos 1038 a 1046 del C. J., y ellas están destinadas a que el acto tenga suficiente publicidad a fin de provocar la mayor concurrencia de postores, facilitándoles que hágan libremente sus propuestas y garantizar que la enajenación se realice en las mejores condiciones de precio y en ambiente impropicio al éxito de maniobras o combinaciones dirigidas a perturbar el acto. La firma del acta de remate por el secretario, si es verdad que está exigida de modo general por el artículo 121 del C. J., que impone a los secretarios autorizar todos los actos procesales que suscribe el juez, formalidad que indudablemente está dirigida a darle mayor autenticidad a la firma del juez, sin embargo no es de aquellas formalidades a que se refiere el artículo 451, cuya ausencia autoriza el ejercicio de la acción de nulidad del remate en juicio separado.

2.—El dictamen pericial es actuación que no emana del juez, sino de particulares llamados como auxiliares de la justicia. Por lo tanto, la firma del secretario es requisito extraño a todo experticio, en atención al arigen de éste.

3.—Los reparos en orden general a una sentencia de un Tribunal no son admisibles en casación. En este recurso, que tiene cierto carácter formalista, hay que decir si se acusa de error de hecho o por error de derecho. En el primer caso puntualizar las pruebas mal apreciadas por el tribunal con error evidente, y vincular esa mala apreciación a una disposición sustantiva, pero que sea pertinente, y no invocada al acaso. Cuando la acusación es por error de derecho precisa que el acusador aclare el concepto legal violado por el tribunal, indicando si la violación es directa o indirecta.

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

(Magistrado ponente: doctor Arturo Tapias Pilonieta).

Según escritura pública número 2151 otorgada ante el notario primero del circuito de Medellín con fecha 2 de diciembre de 1929, el doctor Otto Moreno Restrepo se constituyó deudor de Alberto Muñoz A. por la suma de dos mil pesos ($ 2.000) moneda corriente más los intereses convenidos, y garantizó hipotecariamente el cumplimiento de la obligación con el lote de tierra descrito en la misma escritura.

Posteriormente el señor David Restrepo Uribe, diciéndose cesionario del crédito anterior, promovió el juicio de venta del bien hipotecado, dentro del cual ésta se decretó y aprobó.

El doctor Moreno Restrepo propuso entonces ante el juzgado tercero civil del circuito de Medellín acción ordinaria encaminada a obtener la declaración de nulidad del juicio especial hipotecario y el reintegro a su patrimonio del inmueble materia de ese juicio. Dirigió la acción en contra del señor David Restrepo Uribe ejecutante y los señores Juan P. Villa actual poseedor del inmueble y Valerio A. Lotero, este último en calidad de liquidador de la sociedad anónima "Almacén Medellín S. A.", que remató el lote.

En el libelo de demanda el actor sustenta la acción de nulidad en diez y nueve numerales en los que describe irregularidades concernientes al emplazamiento, nombramiento de defensor de que fue objeto en el juicio hipotecario y a la verificación del remate, irregularidades de las cuales deduce el derecho a solicitar la nulidad invocada en la demanda.

El juez de primera instancia falló el pleito negando las declaraciones solicitadas y absolviendo a los demandados. El tribunal superior de Medellín a donde subió el expediente por razón de la apelación que interpuso el actor, confirmó el fallo del juez.

El actor recurre en casación contra la sentencia del tribunal. Está rituado el recurso y por ello la Corte entra a decidir.

LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

En los cuatro párrafos siguientes el tribunal consigna los motivos de su determinación:

"Para proveer la Sala considera: el código de pro-

cedimiento en sus artículos 448 y 451, establece causales de nulidad a fin de enmendar irregularidades de ocurrencia en los juicios y la declaratoria de ella, debido al fin que se propuso el legislador: la de enmendar actuaciones viciadas, ha de prosperar dentro de los procesos en que se incurra en el vicio; pues que solo en casos de excepción, puede en juicio distinto darse cabida a la nulidad, y esos casos, no otros que los que enumera el art. 437 de aquél código, son precisamente los que aparecen propuestos por la acción: ilegal emplazamiento, indebida representación e irregularidades del remate".

"Por lo que a ilegalidad del emplazamiento se refiere, las irregularidades que anota el actor de las diligencias que le antecedieron, no determinan esa ilegalidad; en efecto, expresa el Dr. Moreno que siendo su residencia conocida, no existía razón para que se le citara o emplazara en la forma en que se llevó a cabo; pero ocurre que si para el Dr. Moreno y para otros más su residencia era conocida, no igualmente lo era para el ejecutante, único a quien correspondía indicar tal residencia (Art. 205 del C. J.); de suerte que ignorado el paradero del doctor conforme a la manifestación del ejecutante que se corrobora con informe del citador del Juzgado, procedía el emplazamiento en la forma acordada y por ello, tal emplazamiento que se rodeó de las ritualidades legales, es absolutamente válido, y no puede originar la nulidad a cuya declaratoria se aspira".

"En firme la eficacia de esta citación, sin que se atendiera a ella, consecuencialmente había de sobrevenir la representación, en cuya designación y subsiguiente ejercicio no aparecen vicios que la invaliden, razón por la cual esa representación no puede impugnarse de indebida, ni dá origen a causal de invalidez".

"Finalmente, por lo que atañe a las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, es preciso concluír que algunas deficiencias ocurridas sin importancia de fondo, no se traducen en omisiones, que no las hay, de diligencias que prescribe el art. 1038 para la válida verificación del remate, pues esas diligencias, como bien se anota en el fallo que se revisa, satisficieron conforme a las exigencias de la citada disposición".

RECURSO DE CASACION

El recurrente, dentro de la causal primera de casación expone cinco cargos contra la sentencia del tribunal, los que a continuación la sala examinará separadamente.

— I —

Sostiene el recurrente que el tribunal incurrió en error de derecho por cuanto no le desconoció el mérito legal a las pruebas consistentes en el nombramiento, posesión y dicernimiento del cargo al doctor Aníbal Cuartas para curador ad-litem en el juicio especial de venta de la cosa hipotecada. En efecto, de acuerdo con el edicto correspondiente, al doctor Moreno Restrepo, deudor del crédito hipotecario, se le emplazó para que estuviera a derecho en el juicio especial de venta de la cosa hipotecada, pero no para que se notificara, en su condición de deudor, de las cesiones habidas del crédito hipotecario. El juez de la causa omitió el auto que ordena notificar al deudor la cesión del crédito, pretermitiendo así lo dispuesto en el artículo 1189 del código judicial en relación con el 981 del mismo, desde luego que para dar traslado al demandado se requería que el título del crédito hipotecario prestara mérito ejecutivo. Este es un error del tribunal puesto que, según él, en la notificación de la demanda podía a su turno notificarse la cesión del crédito, cuando lo cierto es que por analogía del artículo 984 ibidem, antes de correr el traslado de la demanda, es indispensable ordenar la notificación de las cesiones del crédito. Como el doctor Cuartas en su condición de curador ad-litem del señor Moreno Restrepo no estaba facultado para representarlo en el acto de la cesión del crédito, de ahí la nulidad del juicio especial de venta, nulidad consistente en la omisión prevista en el ordinal tercero del artículo 448 del código judicial, la cual es deducible por la vía ordinaria. Además de haber violado el tribunal los artículos citados, aplicó indebidamente el artículo 1960 del código civil porque le hizo producir a la obligación efectos contra el deudor antes de establecer vínculo entre éste y el cesionario.

La Sala considera:

Según el artículo 457 del código judicial, la parte que no fue legalmente notificada o emplazada, o no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir por la vía ordinaria que se declare la nulidad de éste.

A la disposición anterior se acogió el demandante y por eso pidió que el juicio se declarara nulo.

La causal de nulidad consiste pues en la falta de citación o emplazamiento en la forma legal del señor Otto Moreno Restrepo en el juicio especial de venta que le promovió el señor David Restrepo Uribe.

Durante las dos instancias el demandante en este proceso se empeñó en acreditar irregularidades concernientes al emplazamiento que se le hizo en el

juicio hipotecario y al nombramiento de curador ad-litem por no haber comparecido no obstante aquel emplazamiento.

En el recurso de casación el recurrente ya no ataca la personería con que lo representara el curador ad-litem en el juicio hipotecario. Desconoce la personería que ese curador tuviera para representarlo en la notificación de la cesión del crédito.

Pero para la Corte dicha falta de personería no es causal de nulidad del juicio, que quepa dentro de falta de citación o emplazamiento del demandado a que se refieren los artículos 448 numeral 3o. y 457 del código judicial. En firme el concepto del tribunal de que el curador ad-litem fue bien nombrado en el juicio hipotecario, la cuestión de la insuficiencia de facultad que poseyera ese curador para recibir la notificación de la cesión, carece de influencia como factor determinante de la nulidad del proceso, el que solo se vicia por la ausencia en la litis del demandado, debido a la omisión del emplazamiento en la forma legal. Pero supuesto bien emplazado y por lo tanto, presente en el juicio a través del curador, la insuficiencia de personería en éste para recibir la notificación de la cesión se convierte en asunto de personería sustantiva, porque concierne a la calidad de dueño del crédito.

Se rechaza el cargo.

— II —

La diligencia de remate se equipara a escritura pública, de acuerdo con el artículo 1.052 del código civil. Como el secretario no la firmó, ello equivale a una escritura pública no firmada por el notario. Ahora bien, esta falta de firma en la diligencia de remate constituye una causal de nulidad prevista expresamente en el ordinal 2o. del artículo 451 del código judicial y en el 452 ibidem.

El tribunal incurrió en error de derecho al considerar como lo hizo que la falta de firma por parte del secretario era una simple formalidad adjetiva que no les restaba eficacia a la diligencia de remate, con lo cual violó los artículos citados y además el 756 y 758 del código civil.

Se considera:

El numeral segundo del artículo 451 del código judicial estatuye que es causal de nulidad del juicio de apremio, la falta de formalidades para hacer el remate de bienes. Y el artículo 457 autoriza que se alegue esta nulidad en juicio ordinario.

Las formalidades del remate están señaladas en los artículos 1038 a 1046 del código judicial, y ellas están destinadas a que el acto tenga suficiente publicidad a fin de provocar la mayor concurrencia de postores, facilitarles que hagan libremente sus propuestas, y garantizar que la enajenación se realice en las mejores condiciones de precio y en ambiente impropicio al éxito de maniobras o combinaciones dirigidas a perturbar el acto.

La firma del acta del remate por el secretario, si es verdad que está exigida de modo general por el artículo 121 del código judicial, que impone a los secretarios autorizar todos los actos procesales que suscribe el juez, formalidad que indudablemente está dirigida a darle mayor autenticidad a la firma del juez, sin embargo, esa no es de las formalidades a que se refiere el artículo 451, cuya ausencia autoriza el ejercicio de la acción de nulidad del remate en juicio separado. En el presente caso los actos subsiguientes al remate, aprobación, pago del precio, etc., comprueban la autenticidad de la diligencia respectiva, porque apareciendo que autorizó el secretario todos los demás actos, bien claro se ve que la falta de firma en la diligencia de remate, obedece a descuido u olvido involuntario de sus deberes legales.

Se rechaza el cargo.

— III —

Incurrió también el tribunal en manifiesto error de hecho en la apreciación de la demanda, porque estimó implícitamente que no puede acumularse objetivamente la acción de nulidad del juicio por falta de citación o emplazamiento legal, a la acción de nulidad del remate, siendo así que el legislador no establece ni podría establecer esa diferencia, a causa de que el remate se verificó dentro del juicio.

Por esta equivocada interpretación de la demanda, el tribunal violó, según el recurrente el artículo 209 del código judicial.

Se considera:

Para comprobar la carencia de fundamento del cargo basta leer los apartes de la sentencia, transcritos al principio, en que el tribunal examina las dos cuestiones relativas a la nulidad del juicio y del remate; en el último párrafo expresamente se refiere a la segunda cuestión, cuando dice el fallador: "finalmente, por lo que atañe a las formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, es preciso concluír que algunas deficiencias ocurridas sin importancia de fondo, no se traducen en omisiones, que no las hay, de diligencias que prescribe el artículo 1.038 para la válida verificación del remate, pues esas diligencias, como bien se anota en el fallo que se revisa, se satisficieron conforme a las exigencias de la citada disposición".

Por lo tanto se rechaza el cargo.

— IV —

Se dice que el tribunal incurrió en error manifiesto al omitir el examen de la prueba en donde consta que el secretario no firmó la diligencia del dictámen pericial para el avalúo del bien raiz hipotecado, diligencia fechada el 3 de mayo de 1938. La falta de autorización del secretario de esa diligencia, la hace inexistente y por consiguiente nula. No hubo pues precio para el bien rematado, lo cual es esencial en el remate. Violó por ello el tribunal los artículos 1.857, 1.864, 1.949, y 1.495 del código civil y los artículos 121, ordinal segundo,1011, y 1.192, del código judicial.

Se considera:

El cargo es absolutamente infundado. El dictamen pericial es actuación que no emana del juez, sino de particulares llamados como auxiliares de la justicia. Por lo tanto la firma del secretario es requisito extraño a todo experticio, en atención al origen de éste.

Se rechaza el cargo.

— V —

En este último cargo el recurrente hace a la sentencia reparos de orden general. Alega que el emplazamiento de un ausente publicado en periódico de escasa circulación constituye por sí solo fraude a la ley, pues el doctor Moreno por tal causa no se enteró de que había sido emplazado. "Pueden hacerse otras consideraciones de orden moral que llevan a la convicción de que la tramitación de ese juicio se hizo con fraude a la ley, pues se hizo aparecer al doctor Moreno como sin domicilio conocido, cuando en el lugar del juicio, la ciudad de Medellín, viven sus padres y demás familiares, quienes al preguntárseles hubieran indicado el domicilio del demandado. Además, el juez con la prueba de la sola declaración del citador procedió a tenerlo como ausente y a emplazarlo". Debe también observarse la precipitación del curador **ad-litem** en todas sus actuaciones: contestó la demanda antes de vencerse el término, aceptó sin reparo todos los hechos de ella, y sin orden del juez y sin instrucciones de su representado, aceptó las cesiones del crédito, con manifiesta violación del artículo 480 del código civil que le ordenaba defender los derechos de su pupilo. Concluye la alegación invocando como violados los artículos 448, 452, 327, 1001 del código judicial, y los artículos 1.740 y 1.761 del código civil.

Se considera:

Acusaciones como la formulada anteriormente no son de recibo en casación. En este recurso, que tiene cierto carácter formalista, hay que decir si se acusa de error de hecho o por error de derecho. En el primer caso puntualizar las pruebas mal apreciadas por el tribunal con error evidente, y vincular esa mala apreciación a una disposición sustantiva, pero que sea pertinente, y no invocada al acaso. Cuando la acusación es por error de derecho precisa que el acusador aclare el concepto legal violado por el tribunal, indicando si la violación es directa o indirecta.

En general la demanda de casación que se examina es defectuosa. Sin embargo con criterio benóvolo se examinaron los cargos anteriores. Pero ya el último cargo por la forma de alegación general en que está concebido no da margen a estudio.

En consecuencia, el cargo es inadmisible.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, declara que no hay lugar a casar y NO CASA la sentencia del tribunal de Medellín de que se hizo mérito en el curso de este fallo.

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

(Fdos.): Arturo Tapias Pilonieta — Ricardo Hinestroza Daza — Pedro Castillo Pineda — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—DOCUMENTO PRIVADO

1.—El instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se aduce; para que tenga mérito demostrativo en juicio es necesario que se haya demostrado su autenticidad por cualquiera de los medios autorizados por la ley.

2.—Tratándose de un caso en que aparece que el obligado en el instrumento privado rogó a otro que lo firmara por él, por no saber firmar, es necesario, para establecer su legitimidad, que se pruebe que el documento se extendió por su órden, que rogó al firmante que lo hiciera en su nombre y que el contenido del instrumento es cierto.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Bogotá, once de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Hernan Salamanca).

Por medio de la escritura pública No. 396 otorgada ante el Notario 1o. del Circuito de Ibagué el día 20 de noviembre de 1922, traída a los autos con la correspondiente nota de registro, Marciano Gutiérrez transfirió, a título de venta, a Célico Cuéllar su derecho de dominio en los dos lotes de terreno contiguos, denominados El Pital y la Montañuela, ubicados en la fracción de El Neme, del Municipio del Valle, por los linderos que allí se determinan.

Dos días después de otorgada esta escritura, el 22 del citado mes de noviembre, los mismos Gutiérrez y Cuéllar aparecen suscribiendo, el último a su ruego por no saber firmar, un documento privado en que se estipuló que Cuéllar se obliga a vender o retrovender a Gutiérrez los mismos lotes de El Pital y La Montañuela que le ha comprado, por linderos que se determinan, dentro del plazo de seis meses contados desde la fecha del instrumento por la suma de $ 5.000.00, los cuales tiene recibidos Cuéllar como precio anticipado. Se estipuló que en "caso de incumplimiento por parte de Cuéllar pagará por éste solo hecho a Gutiérrez la suma de $ 5.000.00, fuera de la obligación principal".

Muertos algunos años después Marciano Gutiérrez y Célico Cuéllar, la cónyuge supérstite del primero y sus hijos, según nota escrita al pie del documento privado del 22 de noviembre de 1922, cedieron a Eustaquio Gutiérrex "el crédito que consta en ese documento, por valor recibido a su satisfacción".

Con base en estos hechos y aduciendo las partidas correspondientes sobre estado civil, en libelo de fecha 4 de noviembre de 1942, ante el Juzgado Civil del Circuito de Ibagué, Eustaquio Gutiérrez, como cesionario del crédito referido, demandó la sucesión de Célico Cuéllar, representada por Miguel Cuéllar Castro, y a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por el citado Cuéllar Castro y Anita Castro de Cuéllar, para que se declare que los demandados, en las calidades dichas, le deben al actor, como cesionario de Marciano Gutiérrez, la suma de $ 5.000.00 con sus intereses legales desde el 22 de noviembre de 1923 hasta el día en que paguen, más las costas de este juicio.

Surtido el traslado de la demanda y a la vez la notificación de la cesión del crédito a los demandados, se opusieron éstos a las pretensiones del demandante, negaron los hechos fundamentales de la acción, y en cuanto al documento privado, aducido con la demanda, le desconocieron veracidad y lo redarguyeron de falso.

Desarrollada la primera instancia del juicio, en la que solamente produjo pruebas la parte demandada, el Juez del Circuito la decidió en sentencia del 3 de noviembre de 1943, absolviendo a los demandados de todos los cargos de la demanda y ordenando el levantamiento del embargo preventivo y, el cumplimiento, en relación con el documento redargüido de falso, de lo estatuído en el artículo 650 del C. J.

SENTENCIA ACUSADA

Al final de la segunda instancia a que dió lugar la apelación del actor contra el fallo del Juzgado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en sentencia de 31 de octubre de 1944, confirmó la recurrida. Sin costas.

La motivación de este fallo confirmatorio es muy breve y sencilla. Se reduce, en síntesis, a que no habiendo sido conocido personalmente por Célico Cuéllar el documento privado, contentivo del crédi-

to cedido que se cobra, proveniente de un contrato de promesa de venta, ni pudiéndolo tener por tácitamente reconocido, según el artículo 645 del C. J. ya que la parte demandada lo objetó y redarguyó de falso, corría a cargo de la parte que lo adujo la demostración de su autenticidad, calidad ésta que no resulta probada con ninguna de las pruebas producidas con tal objeto por el demandante Eustaquio Gutiérrez.

EL RECURSO

Ha traído este negocio a la Corte el recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte actora contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Invocando la primera de las causales del artículo 520 del C. J., afirma el recurrente que el Tribunal violó indirectamente los artículos 1602, 1758, 1759, 1761 y 1766 del C. C. y 471, 593, 604, 608, 632, 637, 662, 665, 696 y 730 del C. J., como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió en la apreciación probatoria que lo indujeron a negar la autenticidad al instrumento básico de la acción y que se hacen consistir en la interpretación equivocada de la contestación de la demanda por cuanto en ella se ha visto una tacha de falsedad del documento del 22 de noviembre de 1922; y en la subestimación de "las varias confesiones de Célico Cuéllar contenidas en lo actuado ante el Alcalde del Valle el 7 de septiembre de 1929", en no haber dado al reconocimiento que de su firma hizo el testigo instrumental Alvarez Angulo y al hecho de la autenticidad de las firmas de Mariano Gutiérrez y Luis Gaitán Sordo, establecida con la inspección ocular y el dictamen pericial, el valor de indicios que les correspondía, en el sentido de acreditar la autenticidad del documento privado aducido en apoyo de la demanda.

Considera la Corte.

No pone **sub-judice** el recurso nada directamente relacionado con el fondo de la cuestión sobre cesibilidad y exigibilidad del pretendido crédito constante en el documento del 22 de noviembre de 1922, que aparece suscrito, a ruego de Célico Cuéllar por no saber firmar y como testigo, por Luis Gaitán Sordo; por Marciano Gutiérrez, promitente comprador, y por Manuel J. Alvarez A., como testigo. Los temas de casación se plantean y desenvuelven en estricto campo de derecho probatorio porque todas las acusaciones se enfocan sobre errores en la estimación de las pruebas sobre la autenticidad del referido instrumento.

Sea lo primero rechazar el cargo que se hace consistir en que sólo por errada interpretación de la contestación a la demanda se ha podido ver objeción y tacha de falsedad del documento privado aducido por el actor como fuente y prueba de su derecho de crédito, porque para concluír que el Tribunal no se equivocó en este particular basta leer la pieza procesal que se pretende malamente interpretada. "Con referencia al documento que se ha presentado como prueba principal de la obligación —dice el apoderado de los demandantes en la contestación de la demanda, visible al folio 22 del C. No. 1o.— le niego veracidad a su contenido y lo redarguyo de falso. En consecuencia el señor Juez se servirá ordenar que sobre él se hagan las atestaciones que exige la ley".

Esta actitud de la parte contra quien se invocó el documento privado echó sobre la actora el peso de la prueba sobre su legitimidad e impidió que ocurriera en este caso el reconocimiento tácito autorizado en el artículo 645 del C. J. No era necesario que fuera redargüído de falso; hubiera bastado para producir este efecto probatorio ser simplemente objetado o impugnado. El instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se aduce; para que tenga mérito demostrativo en juicio es necesario que se haya demostrado su autenticidad por cualquiera de los medios autorizados por la ley. "El instrumento privado —ha dicho esta Sala, G. J. XLIX p. 97— no tiene mérito de prueba por sí solo, con excepción de los instrumentos negociables según el artículo 4o. de la Ley 46 de 1923, y solamente lo adquiere con la fuerza que corresponde a la confesión judicial cuando ha sido legalmente registrado o reconocido expresa o tácitamente por la persona obligada y en las condiciones de la ley. Importan estas nociones por el fenómeno probatorio que se opera en los casos de impugnación judicial de un instrumento privado, que al ser impugnado por la parte contra quien se exhibe quede desnudo de toda fuerza demostrativa, y obligado quien lo aduce o presenta, que es quien afirma su autenticidad, a demostrarla. No acontece esto mismo cuando la impugnación se refiere a un instrumento público, porque hay entonces en favor de él una presunción legal de autenticidad que debe destruír quien lo ataca, y que no ampara a los instrumentos privados, de modo que quien los impugna no echa sobre sí obligación probatoria ninguna".

Para cumplir la obligación que comprometía al actor de probar fehacientemente la legitimidad del documento privado, básico de su demanda, se produjeron a su pedimento, las pruebas a que en seguida se va a hacer referencia y que son las que el recurrente estima como apreciadas con error por el sentenciador:

a).—Declaración extrajuicio, no ratificada en este proceso, rendida por Célico Cuéllar ante el Alcalde Municipal del Valle a solicitud de Marciano Gutiérrez el 7 de septiembre de 1929, en la cual, sintetizando, dice el declarante que hace varios años Marciano Gutiérrez le hizo escritura de unos lotes de terreno en la fracción del Neme, en jurisdicción del Valle; que es cierto que no dió dinero ninguno por los inmuebles porque la escritura fue de confianza; y que se comprometió con el peticionario a devolverle la escritura cuando se lo exigiera y que alguna vez fue a Ibagué con este objeto, pero regresó sin otorgar el correspondiente instrumento notarial porque Gutiérrez no le reconoció gastos de viaje, impuestos y emolumentos del Notario.

Como se vé, nada prueba esta pieza en relación con la autenticidad del documento privado de que hace prevenir el actor sus pretensiones de cesionario, y al cual no se hace ni la más leve alusión. Impertinente es estudiar si se trata de una confesión o nó, porque de serlo no lo sería del hecho que se trata de establecer. La cuestión de simulación a que se vinculan las declaraciones de Célico Cuéllar es cosa extraña a los temas fines y comprensión de esta controversia judicial.

b).—Tampoco son bastantes para acreditar la autenticidad aludida el reconocimiento que de su firma como testigo instrumental hizo Manuel J. Alvarez Angulo, ni las pruebas de inspección ocular y pericial para establecer la autenticidad de las firmas de Marciano Gutiérrez y Luis Gaitán Sordo, porque aquél testigo del documento se reduce a aceptar la verdad de su firma, pero en lo que respecta a la del otro testigo, Gaitán Sordo, y al hecho de que Célico Cuéllar le hubiera rogado que firmara en su nombre, expresamente dice que no se atreve a afirmarlo. Por lo que hace a las firmas de Gutiérrez y Luis Gaitán Sordo, ni aun aceptando la plenitud demostrativa de su autenticidad, prueba que Célico Cuéllar concurriera al otorgamiento del documento referido pidiendo a Gaitán que lo suscribiera a su nombre y ruego. Tratándose de un caso en que aparece que el obligado en el instrumento privado rogó a otro que lo firmara por él, por no saber firmar, es necesario, para establecer su legitimidad que se pruebe que el documento se extendió por su orden, que rogó al firmante que lo hiciera en su nombre y que el contenido del instrumento es cierto.

En ninguna ilegalidad ni equivocación incurrió el Tribunal al hacer el justiprecio de los elementos de prueba aportados al debate, dentro del planteamiento y finalidad que se ha dado al juicio, incoado, como se vió, para que se pague al demandante, como cesionario, la multa estipulada en el contrato de promesa de venta que se dice celebraron Marciano Gutiérrez y Célico Cuéllar, para el caso de que éste, como promitente vendedor, incumpliera el contrato. Largos apartes de la demanda de casación, en el intento de demostrar error en la sentencia por no haber estimado ciertos pretendidos indicios, se destinan a demostrar que el referido documento del 22 de noviembre de 1922, no contiene en verdad una promesa de contrato sino simplemente una garantía para la devolución de las fincas simuladamente vendidas. La Sala encuentra en esta tesis de última hora un desplazamiento de la cuestión litigiosa de la posición en que la situó la demanda, que incuestionablemente afectaría de impertinencia las consideraciones que se hicieran en torno al fenómeno simulatorio.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 31 de octubre de 1944, materia de este recurso de casación.

Sin costas por no aparecer que se hayan causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION. — APRECIACION DE PRUEBAS. — EXCEPCIONES

1.—Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y la Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera.

2.—Del contexto de los artículos 341 y 343 del C. J. se deduce que los Tribunales deben reconocer las excepciones que se propongan y demuestren y las que hallen justificadas aun cuando no se hayan propuesto, con excepción de la de prescripción que siempre ha de ser alegada por aquel a quien podría beneficiar.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil.

Bogotá, doce de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas).

En el libelo presentado ante el Juez Civil del Circito de Tunja, con fecha 27 de octubre de 1942, Sebastián Agudelo propuso demanda por la vía ordinaria contra Vidal Salamanca, ambos vecinos de Tunja, para que por sentencia definitiva se condenara al demandado a lo siguiente:

"Primero.—A restituírme y entregarme oportunamente el lote de terreno de mi propiedad, con todos sus garages, dependencias y anexidades, situado en el barrio San Ignacio de esta ciudad, marcado en su puerta de entrada con el número 5-92 de la calle 5, que hube por compra a la señorita Cándida Agudelo, según consta de la escritura pública registrada número 685 de fecha 6 de septiembre de 1938 otorgada en la notaría segunda de esta ciudad de Tunja, que el demandado tiene en su poder desde hace algún tiempo, sin título alguno de dominio, y cuyos linderos son los siguientes: por el norte, pared medianera de por medio, con casa del señor Eustaquio Torres; por el occidente, la carrera 6 de por medio con casas del doctor Francisco Niño Torres y señorita Lucinda Ortega; por el sur, calle 5 de por medio, con casas de la misma señorita y de herederos del doctor Gil Márquez; y por el oriente, pared medianera de por medio, con casas de los señores Ataliva y Librado Sotomontes.

"Segundo.—A pagarme dentro de los 6 días siguientes a la ejecutoria de la respectiva sentencia, la cantidad de $ 300.00 en que estimo el valor de los frutos percibidos, más los que perciba de esta fecha en adelante a razón de $ 30.00 mensuales, y que yo hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo el lote y los garages en mi poder.

"Tercero.—A pagar las costas del presente juicio".

Corrido el traslado de rigor, el demandado se opuso a que se accediera a las súplicas de la acción instaurada y alegó la excepción perentoria de prescripción y todas aquellas que lo favorecieran. Además, presentó demanda de reconvención para que a su vez se dispusiera: que es dueño absoluto del mismo lote de terreno cuya reivindicación se pide, incluyendo edificaciones, dependencias, usos y servidumbres, por haberlo poseído materialmente como señor y dueño por más de 30 años consecutivos y de una manera quieta, pacífica, tranquila y no interrumpida. Es decir, ejercitó la acción real de pertenencia. En subsidio reclamó el derecho de retención del lote cuya entrega se le exige mientras no se le paguen las mejoras hechas a sus expensas, el valor de sus servicios por cuidado del lote y demás gastos inherentes a dichos servicios y las prestaciones sociales que sean del caso. Pidió por último condenación en costas.

Sentencia de primera y segunda instancia

El Juez de conocimiento desató la litis, con sujeción a lo pedido por el actor en la acción pricipal, y negó la demanda de reconvención.

Apelada esta providencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, reformó la sentencia y falló el litigio así:

"Primero.—Absuélvese a Sebastián Agudelo de los cargos formulados por Vidal Salamanca en los puntos a) y b) de la parte petitoria de la demanda

de reconvención, y en consecuencia, no se hace la declaratoria de pertenencia en favor de Vidal Salamanca con fundamento en la prescripción extraordinaria impetrada tanto en la demanda de reconvención como en la excepción de prescripción que opuso a la demanda principal.

"Segundo.—Condénase a Vidal Salamanca a restituír y a entregar dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia a Sebastián Agudelo, el lote de terreno de propiedad de éste, con todos sus garages, dependencias y anexidades, situado en el barrio de San Ignacio de esta ciudad, marcado con el número 5 por los siguientes linderos:" (Aquí ellos).

"Tercero.—Vidal Salamanca está en la obligación de pagar a Sebastián Agudelo el valor de los frutos civiles y naturales del lote que se le ordena entregar, que haya podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, a partir del día de la contestación de la demanda.

"Cuarto.—El demandante Sebastián Agudelo debe pagar a Vidal Salamanca el valor de las expensas y mejoras hechas por éste en el inmueble que se le ha ordenado restituír en el punto segundo".

El recurso interpuesto.

Contra el fallo del Tribunal, interpuso recurso de casación el demandado en la acción principal y actor en la reconvención señor Vidal Salamanca, recurso que pasa a ser decidido por la Corte.

Con fundamento en las causales 1a. y 2a. del artículo 520 del C. J., acusa el recurrente la providencia del Tribunal Superior de Tunja, en los siguientes términos:

1o.—Por ser la sentencia violatoria de los artículos 787, 981, 1763 del C. C., por infracción directa o aplicación indebida de estas disposiciones, como consecuencia de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas.

2o.—Aplicación indebida al caso del pleito del artículo 2523 del C. C.; y violación del artículo 341 del C. J., en armonía con el artículo 343 de la misma obra; y

3o.—No estar el fallo en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor en la demanda de reconvención.

Estudio de los cargos

Cargo Primero.—Afirma el recurrente que el Tribunal al hacer el examen de las pruebas, incurrió en error de hecho y de derecho al aceptar como demostrada la interrupción de la prescripción de 30 años alegada por Salamanca contra Sebastián Agudelo.

Critica varias de las declaraciones y documentos exhibidos en el proceso, para concluír que el Tribunal apreció mal dichos elementos probatorios.

La Corte considera

Por el demandante Sebastián Agudelo se ha acreditado en el juicio lo siguiente:

1)—Que por escritura pública número 280 de 26 de abril de 1915, de la Notaría Primera de Tunja, Cándida y Urbano Agudelo compraron a Aristides Rodríguez un lote de terreno situado en el barrio de San Ignacio en la misma ciudad.

2)—Que Cándida Agudelo se hizo dueña única del mismo predio por compra de su parte a Urbano Agudelo, como consta en la escritura pública número 231 de 16 de marzo de 1918 de la misma notaría.

3)—Que el actor Sebastián Agudelo a su vez adquirió el inmueble en cuestión por compra hecha a Cándida Agudelo por la escritura pública número 685 del 6 de septiembre de 1938, de la notaría segunda de la mencionda ciudad.

4)—Se demostró con un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Tunja, lugar de la ubicación del inmueble, que Sebastián Agudelo figura en los libros respectivos "como el último dueño inscrito de la expresada finca", certificado que está fechado en la época en que se inició el proceso.

5)—Además, se acreditaron los siguientes hechos que demuestran que la posesión alegada por Salamanca para ganar por prescripción el predio en litigio, fue interrumpida por actos de dominio ejercidos por Cándida Agudelo y luego por su comprador Sebastián Agudelo:

a) Que Sebastián Agudelo en los años de 1933 y 1934 cobró recibos por arrendamiento de locales en los garages construídos en el lote en disputa, por cuenta de Cándida Agudelo. Hecho corroborado por el mismo Salamanca al contestar la demanda.

b) Que Cándida Agudelo arrendó por medio de documento a Florentino Villate y Nicodemus Rojas un local situado en el barrio de San Ignacio, diagonal a la Pila Salada. Documento reconocido por los firmantes durante el juicio.

c) Que Cándida Agudelo celebró con Eustaquio Torres un contrato sobre construcción de una pared divisoria del lote en cuestión; hecho que no negó Salamanca al dar contestación a la demanda y lo explica expresando que la obra se mandó construír y se pagó por los Agudelos, por delegación que les hizo para tal cosa, circunstancia que no demostró en el pleito.

d) El haber cubierto la señora Cándida Agudelo la contribución predial de la misma finca en el año de 1929 y de ahí en adelante hasta 1940. De este año a 1942, fecha de la demanda, la cubrió Sebastián Agudelo.

e) Se comprobó, por último, con la deposición de varios testigos, que la señora Cándida Agudelo ejercitó en el mismo inmueble actos materiales en su calidad de dueña, tales como la construcción de edificaciones, reparaciones en las mismas y otros de igual naturaleza realizados de 1938 hacia atrás y en un lapso que los testigos fijan en más de 20 años.

En comentario que acoge el Tribunal, dice el Juez de la causa al estudiar tales testimonios:

"Las declaraciones citadas presentan en el caso de autos un fundado valor probatorio, por provenir en su mayor parte de personas que se vieron ligadas directamente al ejercicio de los actos de dominio ejecutados por Cándida Agudelo, ya en su condición de propietarios colindantes, de arrendatarios, o de obreros que intervinieron en las reparaciones y obras llevadas a cabo en dicho inmueble".

Como fácilmente se deduce de la exposición que acaba de hacerse, es injustificado el cargo sobre error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas realizada por el Tribunal. Un examen de la sentencia lleva a la Corte la convicción de que el Tribunal hizo un estudio detenido y metódico de todos los elementos de juicio aducidos en una y otra instancia por las partes lo cual produjo la declaración de que la prescripción extraordinaria alegada por Salamanca había sido interrumpida por actos de posesión de Agudelo y su causahabiente en el dominio del predio. A este hecho de la interrupción agregó el Tribunal que por Agudelo se había demostrado también la posesión inscrita y establecido plenamente todos los elementos que configuran la acción reivindicatoria decretada a su favor.

Por otro aspecto, no hay que olvidar que los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y que la Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al examen de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca, un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera.

En materia de pruebas, ha dicho la Corte, es prerrogativa exclusiva del sentenciador apreciarlas soberanamente; en ello entra como elemento principal su propio criterio, digno de especial respeto, al aplicar la ley. Sólo en caso de error evidente podría ser modificado el fallo y revocada aquella apreciación. (Jurisprudencia de la Corte—Tomo V, volumen I, páginas 126 y 127).

Por lo expuesto, debe concluírse que no está demostrado el cargo propuesto, ya que no aparece en la estimación de las pruebas hecha por el Tribunal, el error evidente de hecho o de derecho que pudiera conducir a la Corte a estimar violadas las disposiciones citadas y, en consecuencia, a infirmar el fallo.

Cargo segundo.

Aplicación indebida al caso del pleito del artículo 2523 del C. C., y violación de los artículos 341 y 343 del C. J. Dice el recurrente: "El Tribunal aplicó indebidamente al caso del pleito el artículo 2523 del C. C. en su ordinal 2o., porque con base en él, o mejor dándole aplicación a dicho precepto, dejó de reconocer la existencia de la excepción de prescripción de la acción invocada en su defensa por el demandado. Vale decir que con ello quebrantó el artículo 341 del C. J., en armonía con el 343 de la misma obra".

"Y aplicó indebidamente el citado precepto, porque sin obrar en el expediente la prueba de haberse interrumpido la posesión, ni haberse alegado este hecho en el libelo, dió por establecidas tales circunstancias, y falló el negocio en consonancia con ellas".

Tal es, textualmente, el cargo segundo y los argumentos en que se fundamenta.

La Corte considera

Como se dejó dicho atrás, Salamanca, al contestar la demanda de reivindicación propuesta por Agudelo, alegó la excepción de prescripción adquisitiva del dominio del lote de terreno materia del pleito, por haberlo poseído según él por más de 30 años, ejercitando actos de señor y dueño. Al mismo tiempo contrademandó para que se declarara que había adquirido por prescripción extraordinaria la propiedad sobre el mismo inmueble.

En oposición a esta tesis, Agudelo presentó una serie de pruebas, de orden documental y testimonial, comentadas al estudiar el cargo primero de este recurso, demostrativas de hechos de los cuales dedujo el Tribunal que se había probado la interrupción de la prescripción, es decir, que Salamanca no pudo establecer su posesión continua del inmueble durante treinta años, ya que en la misma época estuvo Cándida Agudelo y luego su comprador ejerciendo actos de dominio que excluían esa posesión.

Por regla general las excepciones perentorias pueden proponerse en la contestación de la demanda o

alegarse en cualquiera de las instancias del juicio, antes de la citación para sentencia. Cuando el Juez halle justificados los hechos que constituyen una excepción perentoria, aún cuando ésta no se haya propuesto o alegado, debe reconocerla en la sentencia y fallar el pleito en consonancia con la excepción reconocida, salvo la prescripción que debe siempre proponerse o alegarse (Artículo 341 y 343 del C. J.).

Del contexto de estas dos disposiciones se deduce que los tribunales deben reconocer las excepciones que se propongan y demuestren y las que se hallen justificadas aun cuando no se hayan propuesto, con excepción de la de prescripción que siempre ha de ser alegada por aquél a quien podría beneficiar.

Por Salamanca se propuso la prescripción como modo de adquirir el dominio sobre el lote en disputa ya como defensa en la demanda de reivindicación instaurada por Agudelo, ya como acción en la declaratoria de propiedad solicitada en la contrademanda, pero fracasó en la prueba de sus afirmaciones. Su contraparte demostró ampliamente que no había estado 30 años quieta, pacífica y continuamente en posesión del bien en litigio, pues, tanto el demandante en la acción principal, como su vendedora señora Cándida Agudelo, ejercitaron en el predio materia de la disputa, actos de dueño, durante el mismo período, es decir que la posesión de Salamanca no fue continua como lo requiere la ley para ganar por tiempo, con las condiciones legales el dominio de un bien.

Además de haberse demostrado por el reivindicante que Salamanca no estuvo en posesión continua por el término requerido para la prescripción, probó con título inscrito, agregando a su poseción la de su antecesora en el dominio, su derecho de propiedad, todo lo cual decidió el pleito a su favor.

Se ha sostenido por Salamanca que la interrupción natural de la prescripción no fue alegada por su contraparte y que sin embargo el tribunal la consideró.

Posesión no interrumpida ha dicho la ley, es la que no ha sufrido ninguna interrupción natural o civil. La interrupción es natural, entre otros casos, cuando se ha perdido la posesión por haber entrado en ella otra persona (art. 2523 del C. C.).

En el lapso señalado por Salamanca como el tiempo en el cual había estado en posesión material del predio en litigio, el señor Agudelo probó que tanto él como su vendedora señora Cándida Agudelo habían *ejecutado igualmente* actos de posesión sobre el lote discutido, como arrendamiento de locales para garages, construcción de una pared medianera, refacciones en las edificaciones, arrendamiento total del lote, pago de la contribución predial, etc.

En cuanto al reparo de que no se había alegado la interrupción de la prescripción y que sin embargo fue considerada, basta con leer la demanda para cerciorarse que allí se determinaron los hechos que la constituyeron, hechos que fueron plenamente demostrados en el juicio.

Establecidos como lo fueron los elementos que hacían ineficaz tanto la acción de prescripción como la excepción propuesta en el mismo sentido, el Tribunal tenía que considerarlos aun cuando expresamente no se hubieran alegado (art. 2523 del C. C. y 343 del C. J.).

Por lo expuesto se declara no probado el cargo.

Cargo Tercero.

Se acusa la sentencia finalmente por no estar en consonancia con las pretensiones aducidas por los litigantes en el juicio.

La acción de Agudelo contiene las súplicas de rigor en juicio de reivindicación y sus exigencias concretas se transcribieron para mejor ilustración en el resumen de los hechos realizado atrás.

A su turno la contrademanda de Salamanca se dirigió a que por el Juez se declarara lo siguiente:

1)—Que es dueño del lote materia del juicio, por haberlo poseído materialmente con el ánimo de dueño, por más de 30 años;

2)—Que se condene en subsidio al demandante Agudelo a pagarle las expensas, mejoras y prestaciones sociales a que hubiere lugar y las costas, en caso de no ser declarado dueño del lote en cuestión.

Como puede verse en la sentencia acusada, se resolvieron las opuestas peticiones en la siguiente forma: en la demanda de Agudelo se condenó a Salamanca a entregarle el lote materia de la reivindicación y a pagarle los frutos civiles y naturales a partir de la contestación de la demanda.

En la contrademanda de Salamanca se absolvió a Agudelo, negándose la acción de pertenencia propuesta, Se dispuso que éste debía cubrir a Salamanca el valor de las expensas hechas en la conservación del inmueble materia del pleito y al pago de las mejoras, hasta el día de la contestación de la demanda. Sin costas en ambas acciones.

El fallo, pues, contempló las abiertas pretensiones de las partes. Como Salamanca no pudo probar su posesión no interrumpida por el tiempo requerido para adquirir el dominio del predio en litigio por prescripción extraordinaria, fueron negados sus pedimentos y aceptados los realizados por el actor en la acción reivindicatoria.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 3 de febrero de 1945 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Notifíquese, cópiese, publíquese, e insertese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

TRANSMISION. — ERROR

1—La voz «transmisión» tiene sentidos varios en lo atañedero a su amplitud: ya indica ceñidamente el derecho condicionado en el artículo 1014 del Código Civil, ya abarca la sucesión como modo de adquirir, ya se extiende a todo traspaso, al punto de decirse frecuentemente de un bien, por ejemplo, que se ha transmitido en venta o permuta. Y hay diferencia entre transmisión por sucesión genéricamente considerada, y transmisión en el evento circunscrito por el artículo 1014 citado.

2.—El error de apreciación que puede originar casación en cuanto de él se haya derivado violación de ley sustantiva, tiene que ser de derecho o de hecho. En el caso de autos, habiéndose dado a las escrituras públicas todo el valor legal, sin superestimarlas ni subestimarlas, no hay lugar a acusar de error de derecho; y no lo hay de hecho porque no puede tratarse de él cuando lo que acontece es que en la duda entre dos interpretaciones se ha escogido una de ellas. Además, el error de hecho para llegar a aquel resultado debe aparecer de modo manifiesto en el expediente.

3—Cuando en una compraventa se halla que el vendedor vendió lo ajeno, no es posible conjurar al comprador este mal alegando que su contrato no puede quedarse sin efecto. Lo tiene; pero no el de conferir al tradente el dominio de que carecía.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.

Bogotá, marzo doce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

El Juzgado del circuito de Cáqueza, tramitada la primera instancia, en fallo de 19 de abril de 1944 decidió el juicio ordinario de Benicio Riveros R. contra Nicolás Parrado M. y Víctor M. Gutiérrez sobre la cuota herencial de Gumersinda Rojas o Parrado de Zerrate en la sucesión intestada de su hermano natural Sergio Rojas o Parrado. Ese fallo negó la solicitud del actor sobre declaración de mejor derecho a esa herencia, la que el Juzgado hizo en favor de los demandados. El Tribunal Superior de Bogotá, sustanciada la segunda instancia, confirmó esa sentencia en la de 16 de diciembre de ese año, contra la cual el abogado de Riveros interpuso casación, recurso que, preparado debidamente, hoy se decide.

ANTECEDENTES

Sergio Rojas murió el 18 de noviembre de 1941. Entre sus herederos figura su hermana Gumersinda. Esta señora transfirió su derecho herencial a los prenombrados Parrado y Gutiérrez en escritura de 9 de febrero de 1942 de la Notaría de Girardot, registrada en Cáqueza y Villavicencio el 12 y 14 de ese mes, respectivamente, y en Girardot el 19 del subsiguiente junio.

Gumersinda falleció el 12 de mayo de ese año (1942) y para entonces ya el juez de la causa mortuoria de Sergio la había declarado heredera de éste y reconocido a Parrado y Gutiérrez como sus cesionarios.

El 26 de ese mayo, ante el Notario de Melgar, Diógenes, Isaura y Rosa Tulia Zerrate cedieron a Riveros «la totalidad de los derechos herenciales universales que les corresponden o puedan corresponderles en la sucesión de su tío Sergio Parrado Rojas y que han adquirido por derecho de transmisión de su madre, señora Gumersinda Parrado Rojas viuda de Zerrate». Esta escritura se inscribió en Melgar al día siguiente en el libro de registro No. 2o. y en el de causas mortuorias.

La demanda inicial de este juicio formula las súplicas que a continuación se transcriben para la mejor inteligencia del recurso y otras como consecuenciales, cuya transcripción no viene al caso. Dicen aquéllas:

PRIMERA:—Que mi representado Benicio A. Riveros R. tiene mejor derecho que los demandados Nicolás Parrado M. y Víctor Manuel Gutiérrez, para recoger o percibir las bienes o la cuota herencial que según la ley debía corresponder a Gumersinda Rojas o Parrado de Zerrate en la sucesión de su hermano Sergio Rojas o Parrado, por cuanto dicha señora falleció con posterioridad a su hermano Sergio,

sin que legalmente hubiera aceptado ni enajenado su derecho herencial, transmitiendo ese derecho de aceptar la herencia a sus hijos Diógenes, Rosa Tulia e Isaura Zerrate Rojas, quienes a su turno lo aceptaron y lo cedieron a mi mandante Riveros, al tenor de lo consignado en escritura pública otorgada en Melgar con el número 99, con fecha 26 de mayo de 1942 y debidamente registrada en el mismo circuito el día siguiente.

"SEGUNDA.—Que en subsidio de la anterior declaración y bajo la hipótesis de que la prenombrada Gumersinda Rojas o Parrado de Zerrate hubiera aceptado tácitamente la herencia de su hermano Sergio Rojas o Parrado, por haber otorgado escritura de cesión a favor de los demandados, la número 80 de fecha 9 de febrero de 1942, mi mandante Benicio A. Riveros R., a virtud del contrato recogido en la mentada escritura 99 de 26 de mayo de 1942, de Melgar, es el verdadero y único cesionario del derecho herencial de Gumersinda Rojas o Parrado de Zerrate, puesto que ella falleció sin que tal derecho hubiera salido de su patrimonio porque la escritura 80 de 9 de febrero de 1942 no estaba legalmente registrada y porque en esas condiciones sus hijos y herederos a quienes se les había deferido ese derecho por el hecho mismo de la muerte de ella, lo cedieron a favor de mi poderdante mencionado por la escritura 99 de 26 de mayo de 1942, y el registro de esta escritura en el circuito de su otorgamiento y la consecuencial tradición del derecho cedido se verificó con anterioridad al registro de la escritura a favor de los demandados Parrado y Gutiérrez".

Sentencias de instancia

En vista de la escritura de 9 de febrero, el Juzgado conceptuó que entre los requisitos exigidos por el Art. 1014 del C. C. para que se configure o produzca el derecho de transmisión allí establecido, faltaba el de que Gumersinda hubiera fallecido sin aceptar ni repudiar la asignación deferida a ella con la muerte de Sergio. De ahí su negativa a la súplica principal de la demanda. Y en cuanto a la segunda, la negativa la dedujo de que para decidir sobre prevalencia de las mencionadas dos cesiones, no puede procederse a la luz del Art. 1873 del C. C., que versa sobre compraventa de inmuebles, sino por hechos demostrativos de la entrega misma de lo cedido, los que halló en la escritura, corroborada con el apersonamiento de los actuales demandados en la causa mortuoria de Sergio. Observó, además, que por haberse perfeccionado la cesión de Gumersinda a ellos el 9 de febrero con el otorgamiento de la escritura pública requerida por el Art. 1857 del C. C., no puede entenderse que aquello de que Gumersinda se desprendió por medio de ese contrato figurara, sin embargo, entre sus bienes relictos y por su sucesión pasara a su muerte a sus herederos.

El Tribunal estimó aplicable dicho Art. 1873 al presente caso; de manera que la prevalencia entre dos cesiones de un mismo derecho herencial ha de determinarse por el orden de fechas del registro de las respectivas escrituras; pero llegó a la conclusión negativa del Juzgado aunque por senda distinta, considerado que lo cedido por los Zerrates a Riveros era lo que tenían por transmisión, conforme a dicho Art. 1014; de suerte que, no habiendo habido esta transmisión, nada le transfirieron. Sobre este derecho el Tribunal abundó en el mismo pensamiento del Juzgado.

El recurso

El abogado recurrente invoca los motivos 1o. y 2o. del Art. 520 del C. J.

El motivo 1o. lo funda cardinalmente en error de apreciación de la demanda y, sobre todo, de la escritura de cesión de los Zerrates a Riveros, error que produjo el quebranto de las disposiciones legales sustantivas que indica y adelante se discriminarán.

Ese error consiste, según el recurrente, en que el Tribunal dio a la palabra **transmisión** empleada en esa escritura el sentido correspondiente a dicho Art. 1014, debiendo ser el amplio que ese vocablo tiene cuando designa la sucesión misma como modo de adquirir, porque, al decir de él, los Zerrates simplemente manifestaron que el derecho que cedían lo habían adquirido por herencia de su madre. De ahí, al negar lo demandado, se dedujo el quebranto de los Arts. 1013 y 1014 y, consecuencialmente, el de los Arts. 1618 y 1620 a 1622, y, por otra parte, de los Arts. 1509, 756 y 2673, todos del Código Civil, por haber aplicado indebidamente el 1014 y por no haber aplicado los restantes.

Se considera:

La voz **transmisión** tiene efectivamente sentidos varios en lo atañadero a su amplitud: ya indica ceñidamente el derecho condicionado en el Art. 1014, ya abarca la sucesión como modo de adquirir, ya se extiende a todo traspaso, al punto de decirse frecuentemente de un bien, por ejemplo, que se ha transmitido en venta o permuta.

Están puestas en razón las reflexiones del recurrente encaminadas a distinguir entre transmisión por sucesión genéricamente considerada y transmisión en el evento circunscrito por el Art. 1014, extre-

mos ambos que él propuso conjunta y alternativamente en su demanda, tal como queda visto al transcribir sus súplicas pertinentes.

En la primera, calificada en el libelo principal, se pide dentro de las lindes del Art. 1014, aduciendo como causa y razón el derecho establecido por esta disposición legal, es decir, situando el pleito tal como ahora en la demanda de casación se censura que se haya colocado.

Salta a la vista que, como lo anotan ambos fallos de instancia, no puede aceptarse que tal sea el caso, porque la asignataria aceptó al otorgar la escritura de 9 de febrero, acto que no desaparece ni podría darse por no ejecutado en vida de ella en atención a que esa escritura no se registrara debidamente sino cuando ella ya había fallecido: El Art. 1287 del C. C. dice: "Si un asignatario vende, dona o transfiere de cualquier modo a otra persona el objeto que se le ha deferido o el derecho de suceder en él, se entiende que por el mismo hecho acepta".

El otro extremo del dilema, o sea, el de que por transmisión se entendió en la escritura de mayo la sucesión misma, ampliamente, y se habló de aquélla sólo para indicar los cedentes cómo habían adquirido lo que cedían, fue propuesto también en el libelo inicial, tal como se ve en su segunda súplica, aquí transcrita, y calificada allá de subsidiaria. Pero esta circunstancia de someterse ambas interpretaciones a la decisión judicial, corrobora el hecho protuberante y en verdad decisivo de que esa alternativa quedó **sub-judice** y que ello fue obra del actor, hoy recurrente.

Así las cosas, no es admisible el cargo de error de interpretación formulado porque el sentenciador optara por uno u otro de esos dos términos.

El error de apreciación que puede originar casación en cuanto de él se haya derivado violación de ley sustantiva, tiene que ser de derecho o de hecho. Aquí, habiéndose dado a las escrituras públicas todo su valor legal, sin superestimarlas ni subestimarlas, no hay lugar a acusar de error de derecho; y no lo hay de hecho, porque no puede tratarse de él cuando lo que acontece es que en la duda entre dos interpretaciones se ha escogido una de ellas. Además, el error de hecho para llegar a aquel resultado debe aparecer de modo manifiesto en el expediente, circunstancia que no se presenta aquí ni, por lo que acaba de decirse, podría presentarse, dada la forma como se formuló la demanda y como sobre ella, como es lo natural, cursó el juicio.

Aunque lo dicho basta para rechazar el cargo de error, no sobrará advertir que no hay contradicción entre opinar que la transmisión de que habla la escritura de los Zerrates a Riveros es la establecida en el Art. 1014, y reconocer que ese instrumento dice cederle la **totalidad** del derecho contratado, pues basta ver que para transferir todo un derecho dado, sin que, por tanto, el cedente se reserve parte alguna del mismo, ese derecho puede ser el que se sea, aquí, por ejemplo, el del Art. 1014 o también el de los Zerrates en la sucesión de la señora Gumersinda, en cuanto radicase o se vinculase a la herencia de ella en la sucesión de su hermano Sergio. Y así se ve que el uso de la palabra totalidad en dicha escritura carece del sentido y trascendencia que el recurrente le atribuye.

Si el quebranto de disposiciones legales sustantivas lo presenta la demanda de casación como efecto del error de apreciación antedicho, es claro que, no habiendo tal error, esa consecuencia no puede sobrevenir por faltarle su causa. Esto significa que el recurso no puede prosperar y que para llegar a esta conclusión bastan las reflexiones precedentes.

Con todo, entra la Sala a discriminar ese quebranto en vista de las condiciones citadas por el recurrente a tal fin, todas del Código Civil, a saber:

Art. 1014. Ya se vio por qué no puede estimarse indebidamente aplicado.

Art. 1013. No se explica su cita. Ambas partes afirman la muerte de Sergio Rojas y la consecuencial delación de su herencia en la cuota de su hermana Gumersinda, así como que esta señora murió y a su muerte ocurrió la delación de su herencia en favor de sus hijos legítimos. Ellos fueron llamados a la sucesión de su madre y ella había sido llamada a la de su hermano.

Art. 1509. Tampoco se explica la cita de esta disposición. No se ha hablado siquiera de un error de derecho determinante de un vicio de consentimiento.

Arts. 1618 y 1620 a 1622, en cuanto, según el recurrente, el Tribunal desoyó las reglas de interpretación de los contratos allí contenidas. El cargo envuelve una petición de principio y, por otra parte, ya se vio que no puede formularse esta tacha, si la demanda planteó la antedicha alternativa y, en ella indicó como súplica principal cabalmente ese extremo, esto es, el de que lo transferido por los Zerrates era lo que habían adquirido por la transmisión del Art. 1014. Cabe añadir que la regla según la cual se desecha la interpretación que conduzca a privar de efecto una cláusula, no puede significar que por vía de interpretación o con este pretexto precisamente haya de darse realidad a lo que constituya el objeto de un contrato. Y a tanto equivaldría estimar forzosa la interpretación de la cesión a Riveros como no limitada al derecho del Art. 1014, en atención a que ello da por resultado que les compró a los Zerrates algo que ellos no tenían. Cuando en una

compraventa, por ejemplo, se halla que el vendedor vendió lo ajeno, no es posible conjurar al comprador este mal alegando que su contrato no puede quedarse sin efecto. Lo tiene; pero no el de conferir al tradente el dominio de que carecía.

Otros artículos de ese Código se citan como violados; pero por referirse al registro en relación con la tradición y con la supradicha prevalencia en orden de fechas, no es el caso de estudiar tales cargos, ya que la sentencia acusada, optando por la interpretación ya vista, no coloca el caso en forma que hubiera de estudiarse ante esas disposiciones. Y así se ve que, aun dentro del concepto de que las fechas del registro han de determinar la preferencia tratándose de cesión de derechos hereditarios, esto es, juzgando para ellos a la luz del Art. 1873, en nada adelantaría con ello la causa del demandante, siendo así que el Tribunal no halla que se trate de la venta de un mismo derecho en dos contratos distintos o, mejor dicho, a personas distintas, sino que el segundo contrato no confirió a Riveros el derecho que dice asistirle, porque los cedentes no lo tenían (C. C. Art. 752).

Rechazados los cargos formulados dentro del motivo 1o., pasa a verse que igual suerte le toca al del motivo 2o. Lo hace consistir el recurrente en que la demanda se limitó a solicitar para Riveros la declaración de mejor derecho, y la sentencia no se limita a negársela y a absolver a los demandados, sino que se extiende a hacerla en favor de éstos, sin haberse pedido.

Se considera: la contienda ha tenido como objeto la cuota herencial de Gumersinda de Zerrate en la sucesión de Sergio Rojas y se ha seguido entre Riveros de un lado y Parrado y Gutiérrez del otro, reemplazado hoy éste por Recaredo G. Carrillo, a quien cedió su derecho. A una de las dos partes litigantes, provistas ambas de lo que cada uno adujo como título de adquisición, tenía que hacerse esa declaración de ser mejor su derecho. Negada a Riveros demandante, quedaba hecha en favor de sus demandados, aunque esto último, que es forzosa consecuencia de aquello, no se hubiera puesto de presente al redactar la parte resolutiva de la sentencia, es decir, aunque ésta no llevara la frase final en que el recurrente ve un fallo **ultra petita.**

En consecuencia, ese exceso es sólo aparente y, por lo mismo, no cabe decir que el Tribunal incurriera en la transgresión a que corresponde dicho motivo 2o.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Hernán Salamanca — Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE

1.—No es aceptable que se demande la declaración de nulidad de un acto que, si acaso, podrá ocurrir cuando se esté ventilando en segunda instancia el mismo juicio en el cual se pide la declaración de nulidad.

2.—Puede suceder que con posterioridad a la demanda hayan ocurrido hechos que cambien la situación de las partes; pero los fallos de instancia tienen que ser examinados respecto de los hechos ocurridos antes de la demanda y su respuesta.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil.

Bogotá, marzo catorce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

En el juicio ordinario de Pedro Mario Alvarado contra Leovigilda Díaz de Garzón sobre nulidad de un remate, el actor interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, recurso que ha fundado en las causales 1a. y 3a.

Para ver más claramente los puntos propuestos a la consideración de la Corte conviene exponer los hechos que motivaron el pleito y el fallo acusado.

ANTECEDENTES

En el juicio de Liquidación de la sociedad conyugal de Vicente Garzón y Leovigilda Díaz de Garzón y según partición aprobada el 16 de julio de 1926, se adjudicó a Leovigilda un derecho de dos mil cuatrocientos setenta pesos ($ 2.470,00) con relación a un avalúo de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) sobre un inmueble ubicado en Zipaquirá; y se adjudicó a Vicente Garzón lo restante, o sea, un derecho de mil quinientos treinta pesos ($ 1.530.00), en relación con aquel avalúo.

El 10 de octubre de 1936 Pedro Mario Alvarado compró a Vicente Garzón ese derecho. Alvarado adelantó juicio divisorio **ad valorem** contra Leovigilda Díaz de Garzón, y en el remate efectuado en tal juicio se le adjudicó la totalidad de la finca a dicha señora.

El remate se hizo el 10 de diciembre de 1941; y antes de que se hubiera registrado, el Juez departamental de ejecuciones fiscales decretó el embargo del derecho de Alvarado en el referido inmueble, embargo que se registró con fecha 12 de diciembre de 1941; el 17 de mayo de 1943 fue notificada a Leovigilda Díaz de Garzón la demanda ordinaria propuesta por Pedro Mario Alvarado para que se declarara nulo el remate: el actor fundó su acción en que cuando se hizo tal remate, la casa se hallaba fuera del comercio en virtud de aquel embargo.

Sentencia de primera instancia:

El demandante solicitó en su libelo que se declararan nulos de nulidad absoluta la diligencia de remate y el auto aprobatorio de ella; que se ordenara cancelar la inscripción de tales diligencias y auto en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos; y que, como consecuencia, se declarara que no había salido del patrimonio de Pedro Mario Alvarado el derecho de dominio vinculado en el inmueble a que se refiere la demanda.

El Juzgado de conocimiento —1o. del Circuito de Zipaquirá— estimó que habiéndose efectuado la diligencia de remate el 10 de diciembre de 1941, y habiéndose registrado el embargo el 12, es decir, dos días después, no es nula aquella diligencia de remate; y que el auto aprobatorio de éste "fue dictado —dice el Juez— hallándose cumplidas las formalidades exigidas por la Ley 176 de 1936 y de consiguiente es legal".

Anota la sentencia que como el remate no se registró por haber un embargo pendiente sobre la cosa rematada, ésta no había salido del patrimonio del demandante y, en consecuencia, despachó de modo favorable la tercera súplica de la demanda.

La sentencia del Tribunal, acusada en casación.

Apelado por el demandante el fallo de primera instancia y hallándose el expediente en el Tribunal, el Juez de ejecuciones fiscales de Cundinamarca, que era quien había decretado el embargo, ofició al Registrador de Instrumentos Públicos para comunicarle que podía registrar el remate.

Conviene advertir que esta autorización para el registro se hizo el 21 de marzo de 1944; y que la sen-

tencia de primera instancia se había dictado el 7 de octubre de 1943, es decir, cinco meses antes. El demandante dijo en su alegato al Tribunal:

"Hoy ya hay materia para reformar la sentencia apelada, en el sentido indicado atrás porque aparece de bulto que se registró el remate y su auto aprobatorio, estando, como está, vigente un embargo sobre la misma cosa y el registro de la demanda de este juicio".

El Tribunal confirmó la sentencia apelada.

EL RECURSO

Invoca el interesado las causales 1a. y 3a. de casación y la Corte procede a examinarlas por separado.

Causal 1a.—Violación de la ley sustantiva por menosprecio de las pruebas o por error en la apreciación de ellas.

Funda este motivo de casación en que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho respecto de la apreciación de las pruebas pues no tuvo en cuenta que cuando se registró el remate se hallaban inscritos en la oficina de registro el embargo decretado por el Juez departamental de ejecuciones fiscales y también la demanda del presente juicio; y que como consecuencia del menosprecio de las pruebas que acreditan estas inscripciones en el registro, el sentenciador quebrantó los Arts. 756, 1521 (numerales 1o. y 2o.), 1741 y 1849 del Código Civil, y 43 de la ley 57 de 1887. "El Registrador de Instrumentos Públicos, dice el recurrente, no puede registrar, con prohibición absoluta, enajenaciones ni hipotecas sobre bienes que están embargados o sobre los cuales haya litis registrada, y si se registran operaciones de esa naturaleza, a pesar de una prohibición, quedan por ministerio de la ley **nulas**, de **nulidad** absoluta".

Y explica su pensamiento en párrafos que pueden resumirse así: Es verdad que cuando se inició el presente juicio no se había inscrito el remate en la oficina de registro, y que cuando se hizo la inscripción se estaba ya tramitando la segunda instancia; pero como el registro del remate se hizo "durante la actividad procesal", "por haber sido consumado durante el plenario del juicio", "la diligencia de remate ha debido apreciarse como unidad legal, en los dos aspectos o elementos que le dan cuerpo o vida jurídicamente hablando", es decir, que para estimar nulo el remate debía el Tribunal haber apreciado el conjunto de diligencia, auto aprobatorio e inscripción del registro, sin que importara el que esta última se hubiera efectuado durante el plenario del juicio de nulidad del mismo remate. Y agrega: "Otra cosa fuera si el registro hubiera tenido lugar después de vencer el término de prueba de la segunda instancia, entonces, sí sería exacta la tesis del Tribunal, porque no se había podido presentar en oportunidad la prueba de ese registro, pero cuando se pide una **declaración concreta de la demanda**, y se asevera en ella misma un hecho y éste ocurre durante la secuela del juicio, y se demuestra su ocurrencia durante el término probatorio de él, entonces, se debe tener en cuenta el hecho y la prueba que lo ponga en evidencia, so pena de incurrir en el **error de falta de apreciación de determinada prueba**, como aconteció en el caso que se estudia. . . . ."

Sobre este aspecto del primer motivo de casación considera la Corte:

El Tribunal no podía tener en cuenta para fallar hechos ocurridos cuando el juicio se estaba ya tramitando en segunda instancia. La relación procesal entre las partes quedó establecida con la demanda y su contestación las cuales, ontológicamente no podían referirse sino a hechos pasados, de ningún modo a sucesos futuros. No es aceptable que se demande la declaración de nulidad de un acto que, si acaso, podrá ocurrir cuando se esté ventilando en segunda instancia el mismo juicio en el cual se pide la declaración de nulidad.

Por otra parte, aun cuando la cosa rematada se hallara fuera del comercio por motivo del embargo que decretó el Juez departamental de ejecuciones fiscales, el registro del remate pudo llevarse a cabo en virtud de la comunicación que dicho Juez dirigió al Registrador de Instrumentos Públicos, según lo previsto por el art. 1521 del Código Civil que dice: "Hay un objeto ilícito en la enajenación: . . . . . 3o. De las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello". El Juez de ejecuciones fiscales representa al fisco acreedor y a la vez fue quien decretó el embargo de suerte que el permiso otorgado por él para registrar el remate reúne permiso del Juez y consentimiento del acreedor. Así, por este aspecto, fue legal el registro del remate.

Tanto en lo relativo al punto que acaba de tratarse como en lo que se refiere a la cuestión de si el registro del remate es nulo por haberse efectuado a pesar de hallarse registrada la demanda del presente juicio, la Corte considera como la mejor justificación de la sentencia acusada los dos pasajes que a continuación se transcriben: Dice el Tribunal: "Es verdad, por lo que hace al registro de la presente demanda, que el bien rematado está fuera del comercio a partir de la fecha del registro de ella; pero como en la demanda no se pidió la nulidad del registro del remate y del auto aprobatorio verificado con posterioridad a la fecha de la presentación del li-

belo, como se deja dilucidado, sino a un registro que lógicamente se suponía anterior a la fecha de la presentación, resulta con claridad meridiana que el fallo no puede pronunciarse sino sobre ésta, y no sobre el que se verificó con posterioridad. Más claro: la nulidad pedida se refiere a un registro del remate y del auto aprobatorio anterior a la fecha de notificación, o de presentación, de la demanda: sobre el que se haya verificado posteriormente, nada puede en la sentencia que decida este pleito adelantarse, por ser un acto no sometido aún a decisión judicial,

"Si el actor quiere impugnar este acto, al que su demanda no pudo referirse, tiene que ocurrir en ejercicio de la acción que corresponda, para obtener la nulidad. La sentencia en el presente juicio, sólo puede referirse a registros que con anterioridad a la demanda se hubiesen efectuado; y como tal registro no se demostró, no es viable la declaración de nulidad".

Por lo expuesto no encuentra fundado esta Sala el primer motivo de casación.

Causal 3a.—Contener la sentencia en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias.

La sentencia del Tribunal confirmó en todas sus partes la de primera instancia; y ésta negó la declaración de nulidad del remate y la cancelación del Registro del mismo, pero declaró que la cosa rematada no había salido del patrimionio del demandante Alvarado, por cuanto el remate no se había registrado todavía cuando el Juez profirió su decisión.

El recurrente formula sobre este particular, el siguiente cargo: "por el primer punto del fallo, dice, se deja vigente el remate de Leovigilda Díaz de Garzón; y por el tercer punto del mismo fallo se reconoce que no ha salido de mi patrimonio la nuda propiedad de mi derecho proindiviso en la citada casa, al tenor de la escritura No. 1358 de 10 de octubre de 1936, otorgada en la Notaría 5a. de Bogotá, es decir, se declara y se reconoce una colisión de derechos, cuestión que no tiene asidero científico de acuerdo con principios de filosofía del derecho, porque el derecho es un ente que no admite más ni menos, o se tiene o no se tiene, pero no puede haber colisión de derechos sobre una misma cosa".

Pero agrega en seguida: "La sentencia de primera instancia no fue apelada por la demandada Leovigilda de Garzón, ni la sentencia de segunda instancia fue recurrida en casación por la misma, lo que vale decir, que la declaración del punto 3o. de la sentencia de primera instancia, en cuanto dice que no ha salido del patrimonio del demandante, la nuda propiedad de su derecho proindiviso en la casa que se discute, es ley **del proceso e intocable**".

Se ve por los pasajes transcritos del alegato elevado a la Corte que la contradicción se encuentra entre los párrafos seguidos de dicho alegato, no en la decisión del Tribunal, puesto que el propio recurrente reconoce que es "intocable" la parte de la sentencia del Juez en la cual se declara que el derecho de aquél en el inmueble rematado no había salido de su patrimonio cuándo se presentó la demanda.

Y es porque el recurrente olvida aquí de nuevo que la sentencia del Juez sólo puede versar acerca de la situación jurídica existente en el momento de la demanda. El actor se apresuró a demandar la declaración de nulidad de un registro que no se había hecho cuando él intentó su acción. Algo más, que ni siquiera cuando el Juez sentenció en primera instancia se había llevado a cabo. Era, pues, acorde con la verdad de los hechos que para ese tiempo no había salido del patrimonio del demandante la cosa rematada. Por eso el Juez tenía que negar la primera súplica de la demanda: nulidad de la inscripción en el registro; y acceder a la tercera súplica: declaración de que la cosa rematada no había salido del patrimonio de Alvarado cuando éste propuso su demanda.

Y si la sentencia del Juez resultaba así ajustada a derecho y en conformidad con los hechos ocurridos hasta la fecha de la demanda, mal puede acusarse la sentencia del Tribunal por haber confirmado la del Juez, que es notoriamente legal.

Puede suceder que con posterioridad a la demanda (y en este caso la sentencia del Juez) hayan ocurrido hechos que cambien la situación de las partes. Pero los fallos de la instancia tienen que ser examinados respecto de los hechos ocurridos antes de la demanda y su respuesta; "sobre el que se haya verificado posteriormente —como dijo el Tribunal con todo acierto—, nada puede en la sentencia que decida este pleito adelantarse, por ser un acto no sometido aún a decisión judicial".

A estas terminantes razones podría agregarse otra de carácter formal pero también concluyente, a saber:

El numeral 3o. del artículo 520 del Código Judicial exige, para que pueda prosperar la causal de casación consistente en que la sentencia contenga en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, la de "que subsisten a pesar de haberse pedido en tiempo aclaración de ella". Y en el caso de que se trata no hay el menor vestigio de haberse intentado la correspondiente aclaración.

Por todo lo cual el segundo motivo de casación también resulta infundado y el recurso no prospera.

Y como no son más los cargos formulados en casación, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casa-

ción Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá fechada el quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial, y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas —Pedro León Rincón. Secretario en propiedad.

MATRICULA DE ABOGADO

La ley 62 de 1928, reglamentaria del ejercicio de la abogacía, es de orden público y su aplicación está garantizada con penas pecuniarias a los funcionarios que las desobedezcan. De acuerdo con disposiciones perentorias y claras de esta ley, la matrícula profesional de abogado y la correspondiente inscripción ante la oficina judicial en que se litiga son requisitos indispensables para autorizar la intervención de un apoderado y sin que exista constancia de ello en la respectiva oficina está prohibido aceptar tal intervención. La ley sanciona el quebranto de estas disposiciones con multas a los funcionarios públicos. (Arts. 1o., 9o., 11 y 12 de la ley 62 de 1928).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.

Bogotá, catorce (14) de Marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado penente: doctor Pedro Castillo Pineda).

En escrito de 30 de enero del año en curso que fue recibido en la Secretaría de la Corte el 26 de febrero último, el doctor Juan B. Ceballos, hablando como apoderado sustituto de la Cooperativa Agrícola del Magdalena Limitada, continuadora de la Cooperativa Bananera del Magdalena Ltda., interpuso recurso de hecho para que la Corte le conceda el de casación que el Tribunal Superior de Santa Marta le negó en auto de 17 de abril de 1945, y el cual había sido propuesto en contra de la sentencia de 26 de octubre de 1944, dictada por dicho Tribunal en el juicio especial seguido por Williams D. Flye contra la Cooperativa Bananera del Magdalena Ltda., tramitado con arreglo a lo dispuesto en los artículos 18 de la Ley 134 de 1931 y 1203 y 1204 del Código Judicial.

Según aparece del informe del Sécretario de esta Corporación el doctor Ceballos no se halla inscrito en la Corte y por consiguiente está en incapacidad de llevar ante esta entidad la representación de la empresa demandada.

La Ley 62 de 1928, reglamentaria del ejercicio de la abogacía es de orden público y su aplicación está garantizada con penas pecuniarias a los funcionarios que la desobedezcan. De acuerdo con disposiciones perentorias y claras de esta Ley, la matrícula profesional de abogado y la correspondiente inscripción ante la oficina judicial en que se litiga es requisito indispensable para autorizar la intervención de un apoderado y sin que exista constancia de ello en la respectiva oficina está prohibido aceptar tal intervención. La ley sanciona el quebranto de estas prohibiciones con multas a los funcionarios púbicos (artículos 1o., 9o., 11 y 12 de la Ley 62 de 1928).

En este mismo sentido se pronunció ya la Corte en providencia de esta misma Sala el 7 de septiembre de 1945, no publicada aún en la Gaceta Judicial.

No pudiendo dicho memorialista llevar la representación de la Cooperativa Agrícola del Magdalena Limitada ante la Corte, por incapacidad legal de ejercicio profesional de ella, se resuelve por lo expuesto, que no hay lugar a decidir sobre el recurso de hecho antes mencionado.

Notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta y comuníquese.

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo, Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

ACCIONES DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

1.—Sólo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes es cuando el fallador debe acudir a aplicar, con vista de las circunstancias de cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil.

2.—Siendo inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, el empleo del procedimiento coactivo para hacerla cumplir, en principio no constituye abuso, aun cuando no acompañe el éxito a quien lo ejercitó, desde luego que pretender lo contrario equivaldría a consagrar el absurdo de que quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

Bogotá, catorce (14) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

En libelo de demanda de 11 de marzo de 1941 que fue repartido al Juzgado 7o. Civil del Circuito de esta ciudad, Vicente Taumaturgo Sánchez, hablando por medio de apoderado, propuso juicio ordinario contra las señoras Estér López v. de Rojas y Stella Rojas de Wilches, para que en sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"PRIMERA: Que está resuelto, por falta de pago, el contrato de venta contenido en la escritura número 3626 de fecha 14 de noviembre de 1927 de la Notaría Primera de Bogotá, por el cual, Vicente Taumaturgo Sánchez hace venta a Ester López de Rojas (hoy de Castro) de los derechos que le correspondían en un inmueble situado en esta ciudad, compuesto de un lote de terreno junto con la casa de rafa y teja construída en él, situado todo en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, en la calle tercera, marcada la casa en su puerta principal con el número 216 de la antigua nomenclatura y distinguida hoy con los números 14-50 y 14-54 de la actual nomenclatura, alinderado así: "Por el Oriente con lote y casa de Juan Cuervo y Antonia Pardo, hoy de sus herederos, en una extensión de treinta y cuatro varas; por el Norte con terrenos que fueron de Gonzalo Romero Ruiz, hoy de la Fábrica de Gaseosas de Posada y Tobón, en una extensión de quince varas; por el Occidente con lote que fue de Alvaro Uribe, hoy de Antonio Muñoz, en una extensión de treinta y cuatro varas, y por el Sur con terrenos que fueron del señor Alvaro Uribe, hoy de Ignacio Santamaría, en una extensión de quince varas, calle de por medio.

"SEGUNDO: Que queda también resuelto el contrato de compraventa celebrado entre las demandadas Ester López de Castro y Stella Rojas de Wilches, consignado en escritura pública número 712 de 12 de abril de 1939 otorgada ante el Notario Tercero de Bogotá, en cuanto dice relación a los derechos determinados en el punto primero de esta demanda.

"TERCERO: Que como consecuencia, y en virtud de la acción reivindicatoria que intento en esta demanda, el dominio de los derechos reales en el inmueble dicho debe volver a su antiguo dueño, o sea a mi mandante.

"CUARTO: Que las demandadas deben restituír, además del dominio en referencia, a mi mandante, el valor de los frutos civiles y naturales que hayan producido o podido producir, los referidos derechos durante el tiempo en que han estado en poder de las demandadas y desde las fechas de los títulos referidos hasta la entrega de ellos al mandante, frutos lo. de Bogotá, y los cuales se estimarán por peritos en el presente juicio o al tiempo de ejecutar el fallo.

"QUINTO: Que las demandadas deben pagar a mi mandante el valor de los perjuicios que cada una de ellas le haya causado con el incumplimiento del contrato de compra-venta consagrado en la escritura número 3626 de 1927, otorgada ante el Notario lo. de Bogotá, y los cuales se estiman por peritos en el presente juicio o al tiempo de ejecutar el fallo.

"SEXTO: Que se condene a las demandadas en costas en caso de oposición".

El actor fundamentó en 18 hechos su demanda, de los cuales como pertinentes al recurso, se copian los siguientes:

"4.—Sánchez se obligó a entregar a la compradora, una vez terminada la sucesión de la señora Delfina Cuadros de Sánchez, la respectiva hijuela de adjudicación "de la casa donde están radicados los derechos que le vende.

"7.—Expedida la hijuela que correspondió a la señora Ester López v. de Castro y debidamente registrada, el Juzgado Sexto de este Circuito requirió a la

señora Ester López v. de Castro para que recibiera la hijuela y para que pagara a mi mandante los $ 3.250.-00, saldo del precio de la venta mencionada en la parte petitoria de esta demanda, así como los intereses estipulados sobre esta suma, desde que se causaron a deber hasta el día en que se venrifique el pago. Estos requerimientos tuvieron lugar el 17 de julio de 1939.

"13.—Con todos estos antecedentes queda plenamente demostrado que la compradora Ester López de Castro no cumplió el contrato celebrado con mi mandante ni le ha pagado el saldo del precio de la venta".

Admitida la demanda y dada en traslado a las demandadas, la señora Rojas de Wilches lo descorrió denunciando el pleito a su codemandada. Esta la contestó oportunamente, y refiriéndose a los hechos, los negó en su mayor parte, dijo no constarle otros y respecto del cuarto, séptimo y trece expuso lo siguiente:

"4o.—Es cierto que en la cláusula séptima de la escritura Sánchez se obligó para conmigo a iniciar, seguir y terminar la sucesión de su esposa, por su cuenta, en un plazo de seis meses que era el que yo tenía para pagarle, o en el indispensable para tramitar una mortuoria sencilla en que no iba a salir más interesado que él pues nadie más que él, como lo aseguró en la cláusula siguiente, tenía derechos en la sucesión, pero no sólo lo demoró, sino que en varias veces abandonó la mortuoria por largo tiempo, con lo cual incumplió su obligación y la violó, no viniendo, finalmente a protocolizar la mortuoria sino cerca de doce años después. Y es también cierto que en esa cláusula séptima se obligó a entregarme la hijuela de adjudicación de la casa, no de parte de la casa, lo que no cumplió ni puede cumplir porque a mí no se me adjudicó en la participación sino un derecho de dominio proindiviso en la casa, o sea parte del inmueble.

"7o.—Es cierto, pero el requirimiento no tuvo ni podía tener efecto alguno contra mí porque la hijuela que se me ofrecía era la que Sánchez estaba obligado a entregarme, porque yo no le debía en esa fecha la cantidad que me pedía, porque esta ni ninguna otra cantidad era ni es exigible por el requirente, por la mora, incumplimiento o infracción de obligaciones que él debía cumplirme primero.

"13.—Es falso que no haya cumplido yo el contrato. Del saldo del precio, que consta en la escritura de venta, me anticipé a pagar parte, sin estar obligada a ello, según lo digo en la demanda de reconvención, y en cuanto al resto de ese saldo no me es exigible por Sánchez ni estoy en mora de pagárselo mientras él no me cumpla o no se allane a cumplirme en la forma y tiempo debidos, sin contar con que me debe perjuicios y el pago de la garantía que me dió en la venta y según la cual yo vendría ser adjudicataria y dueña de la totalidad de la casa".

Finalizó su contestación oponiendo las excepciones de incumplimiento o infracción del contrato de venta por el actor, mora en el cumplimiento de sus obligaciones, dolo por parte del vendedor en la celebración del contrato, petición antes de tiempo y compensación.

A la vez por medio de libelo separado la señora López de Castro propuso demanda de reconvención en contra de Sánchez, solicitando que en la sentencia definitiva se hicieran estas declaraciones:

"Primera. Que debe pagarme indemnización por los daños y perjuicios que me ha causado con su falta de cumplimiento oportuno, perfecto y completo, o con la violación del contrato de venta que me otorgó por escritura No. 3626 de la Notaría 1a. de Bogotá, de fecha 14 de noviembre de 1927, indemnización cuyo monto se fijará por peritos en este juicio, o después mediante el incidente de ejecución de la condena.

"Segunda. Que debe pagarme el valor de los derechos de dominio proindiviso, de doscientos noventa y nueve pesos con cuarenta y cinco centavos cada uno, en relación a seis mil pesos, que fueron adjudicados a Marco Severo Sánchez y a Soledad Ramos y Páramo, en la casa número 216, de la calle 3a. de esta ciudad, hoy números 14-50 y 14-54, en la partición de la mortuoria de Delfina Cuadros de Sánchez, valor que se fijará por peritos en este juicio, o después mediante el incidente de ejecución de la sentencia.

"Tercera. Que debe pagarme las sumas de ochocientos pesos y ciento nueve pesos con sesenta centavos, y sus intereses convencionales o legales, desde que se hicieron exigibles hasta el día del pago, por razón de los créditos relacionados en las partidas tercera y segunda del activo del inventario practicados en esa mortuoria, y que me fueron adjudicados en la partición.

"Cuarta. Que debe pagarme una indemnización de los perjuicios que me causó con su persecución injusta y temeraria contra mí y con el embargo y secuestro de fincas mías en el juicio ejecutivo que me siguió en el Juzgado 4o. Municipal de esta ciudad en los años de 1932 a 1934, indemnización cuyo monto se fijará por peritos en este juicio, o después mediante el incidente de ejecución de la condena.

"Quinta. Que debe pagarme las costas del juicio de reconvención si se opone a esta demanda".

Para una mejor comprensión de las cuestiones

planteadas por la demanda de reconvención se copian los siguientes hechos que le sirven de fundamento:

"6o. En la mortuoria de Delfina Cuadros de Sánchez no se presentó ni fue declarada heredera Abigaíl Sanchez de Díaz pues no era hija legítima de la causante, como lo había aseverado mi vendedor Vicente T. Sánchez en la escritura de venta, pero sí se presentaron los menores Marco Severo y Etelvina Sánchez quienes fueron declarados herederos, como hijos legítimos de la causante, por auto del 20 de octubre de 1928, viniendo así a conocer yo que era falsa la afirmación de mi vendedor de que nadie más que él y sus hijos Alejandro, Pompilio y Abigaíl, tenían derechos vinculados en la casa y lote que me entregó y de los cuales se obligó a hacerme dueña.

"7o. Etelvina Sánchez, una vez mayor, transfirió sus derechos a Soledad Ramos y Páramo, a título de dación en pago, y en el mismo acto Vicente T. Sánchez se obligó para con la adquirente a hacer los gastos de terminación del juicio mortuorio de Delfina Cuadros de Sánchez, suministrando oportunamente lo necesario para que no se demore, y estipuló de la adquirente una opción de compra de los derechos transmitidos a ella, todo lo cual consta en la escritura número 2390 de la Notaría 1a. de Bogotá del 31 de diciembre de 1935.

"8o. La primera partición de la mortuoria mencionada fue improbada por no habérsele adjudicado a los menores Marco Severo y Etelvina cuotas en la casa y lote de la sucesión y por eso en la segunda partición se adjudicó a Marco Severo Sánchez, ya mayor, un derecho de dominio proindiviso en la casa y lote No. 216 de la calle 3a. de Bogotá, de $ 299.45, a la señorita Ramos y Páramo, cesionaria de Etelvina Sánchez, ya mayor, otro derecho de dominio proindiviso de $ 299.45, y a mí no se me adjudicó sino un derecho de dominio proindiviso de $ 5.401.10, derechos todos estos que componen la totalidad de la finca, avaluada en seis mil pesos.

"9o. Con la falta de ejecución oportuna, perfecta y completa del compromiso contraído por el vendedor en la cláusula séptima de la escritura de venta, o con la violación de ese compromiso, como queda expuesto en los hechos anteriores, Sánchez me ha causado perjuicios de valor, entre los que se cuentan: el interés del dinero que tuve listo en el banco para pagar a Sánchez si éste me cumplía, los crecidos intereses que tuve que pagar a otras personas que me habían prestado parte de ese dinero, la pérdida del dinero que tenía para cumplir y que hube de dar a interés viendo que Sánchez no me cumplía el contrato, la ganancia que dejé de hacer a la casa si Sánchez me entrega la hijuela de adjudicación de la misma en el año de 1928, época de la inflación, la desvalorización que ha sufrido la casa desde 1929 para acá, la falta de título de dominio sobre toda la casa, que me impidió no sólo la enajenación sino otras transacciones como constitución de Hipoteca, etc., los gastos que me causó el haber tenido que apersonarme en el juicio mortuorio para evitar que mi título sobre la casa quedara viciado y tratar de obtener que Sánchez me cumpliera, etc.

"10. En el año de 1928 y no obstante que no tenía obligación de hacerlo y que Sánchez ni siquiera había practicado inventarios y avalúos de la sucesión de su esposa, le pagué mil quinientos pesos por cuenta del saldo del precio de la venta, y desde la fecha de este contrato hasta el 21 de julio de 1932 pagué al mismo Sánchez trescientos noventa y cinco pesos por intereses de ese saldo.

"11. Sánchez no me entregó, ni menos en el tiempo que tenía para hacerlo, ni me puede entregar ya, la hijuela de adjudicación a mi favor de la casa No. 216 de la calle 3a. de esta ciudad, hoy números 14-50 y 14-54, alindada como dice la escritura de venta No. 3626 ya citada, ni me ha respondido de la garantía que me dió de que nadie más que él y sus hijos Alejandro, Pompilio y Abigaíl tenían derechos vinculados en esa finca, lo que resultó inexacto.

"12. En la partición de la mortuoria de Delfina Cuadros de Sánchez se me adjudicaron: un crédito por ochocientos pesos contra Vicente T. Sánchez, relacionado en la partida tercera del activo del inventario, y una parte de ciento nueve pesos con sesenta centavos, en relación a doscientos sesenta y cuatro pesos en otro crédito a cargo del mismo Sánchez, relacionado en la partida segunda de ese activo, créditos que el deudor no me ha cubierto hasta el presente, ni por capital ni por intereses.

"13. Por dos años, de 1932 a 1934, Sánchez me persiguió ejecutivamente en el Juzgado 4o Municipal de esta ciudad, para el pago de un saldo que dizque yo le debía por intereses de una parte del saldo del precio de la venta que me hizo en 14 de noviembre de 1927, pero la sentencia definitiva del Juzgado 2o. Civil de este Circuito declaró probada la excepción de dolo principal cometido por Sánchez en la celebración de esa venta, en perjuicio mío, ordenó que cesara totalmente la ejecución, se desembargaran mis bienes, se levantara el depósito de los mismos y condenó en las costas del juicio al ejecutante.

"14. En esa ejecución Sánchez me embargó el lote y edificación No. 873 bis, hoy 48-43 de la Carrera 7a. de esta ciudad y la casa No. 216 de la calle 3a. de aquí mismo, y también hizo secuestrar esas

fincas el 3 de febrero de 1933 en poder de Carlos Sánchez, no habiendo venido a recuperar yo su tenencia y administración sino hasta el 23 de marzo de 1934, respecto de la primera, y el 16 de abril de 1934 se me hizo una entrega simbólica de la segunda previniendo a los inquilinos de la arrendataria que me entregaran dentro de cuatro días, lo que no cumplieron, y por eso hube de seguir después un juicio de lanzamiento contra Magdalena Medina en el Juzgado 6o. Municipal para recuperar la casa.

"15. Con su injusta y temeraria ejecución y con el embargo y depósito de mis bienes, Sánchez me causó muchos perjuicios de bastante valor, entre los cuales se cuentan los siguientes: los gastos que erogué y honorarios que pagué para mi defensa en esa ejecución; los arrendamientos de las dos fincas en el tiempo que estuvieron secuestradas, los cuales se perdieron pues el depositario no dió cuenta de ellos, ni los consignó en el Juzgado, ni a mí me los ha pagado; los gastos que tuve que hacer en el juicio de lanzamiento contra la Medina; el costo de la reparación general de la casa No. 216 de la calle 3a. que cuando me fue devuelta estaba destruída por los inquilinos de la arrendataria, sin que el depositario hubiera hecho nada por evitarlo; el valor del arrendamiento de esta casa durante el tiempo de las reparaciones y mientras estuvo desocupada hasta que se pudo volver a colocarla en arrendamiento".

El contrademandado contestó aceptando algunos hechos, admitiendo otros con aclaraciones, negando los restantes y oponiéndose a las pretensiones de la contrademandante.

Tratada así la litis doble y seguida por sus trámites correspondientes, el Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 26 de febrero de 1943, cuya parte resolutiva dice así:

"1o. Niéganse todas las peticiones de la demanda principal instaurada por Vicente Taumaturgo Sánchez contra Ester López de Castro y Stella Rojas de Wilches y en consecuencia se absuelve a estas de los cargos en ellas contenidos.

"2o. Condénase al demandado en reconvención, Vicente Taumaturgo Sánchez a pagar a la demandante Ester López de Castro las sumas de ochocientos pesos y ciento nueve pesos con sesenta centavos y sus intereses legales desde cuando se hicieron exigibles hasta el día del pago por razón de los créditos relacionados, en las partidas tercera y segunda del activo de los inventarios practicados en la mortuoria de Delfina Cuadros de Sánchez y que le fueron adjudicados en la partición de los bienes.

"3o. Niéganse las demás peticiones de la demanda de reconvención instaurada por Ester López contra Vicente Taumaturgo Sánchez y en consecuencia se absuelve a este de los cargos en ella contenidos.

"4o. No se hace condenación en costas".

Ambas partes apelaron de esa sentencia y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, después de tramitar el recurso en debida forma, lo decidió en providencia de 17 de marzo de 1944, reformando la recurrida y en su lugar fallando el pleito así:

"1o.—Absuélvese a la demandada Ester López v. de Rojas, hoy de Castro, de todos los cargos que se le hacen en la demanda principal;

"2o.—Condénase al demandado en reconvención, señor Vicente Taumaturgo Sánchez a pagar a la demandante señora Ester López v. de Rojas hoy de Castro, el valor de los daños y perjuicios causados por haberle incumplido a ésta el contrato de compraventa de que da cuenta el instrumento público No. 3626, de fecha 14 de noviembre de 1927, otorgada en la Notaría Primera de Bogotá.

"Parágrafo.—El valor de estos perjuicios se fijarán en el incidente propio de la ejecución de esta sentencia (art. 553 del C. J.);

"3o.—Condénase al expresado señor Vicente Taumaturgo Sánchez a pagar a la misma demandante señora Ester López v. de Rojas, hoy de Castro, el valor de los derechos de dominio proindiviso que fueron adjudicados a Marco Severo y Señorita Soledad Ramos y Páramo, en la casa número 216 de la calle 3a. de esta ciudad, hoy números 14-50 y 14-54, en la partición de la mortuoria de Delfina Cuadros de Sánchez.

"Parágrafo.—El valor de estos derechos se fijará mediante el trámite indicado por el artículo 553 citado;

4o.—Cumplidas las anteriores prestaciones, acto continuo la demandada Ester López v. de Rojas, hoy de Castro, pagará al demandado el saldo del precio del contrato de compraventa citado, previas las compensaciones a que hubiere lugar;

"5o.—Se absuelve al demandado Sánchez de los demás cargos que se le hacen en la reconvención; y,

"6o.—Las costas del juicio en ambas instancias correspondientes a las dos demandas, corren a cargo del demandante y demandado Vicente Taumaturgo Sánchez, a cuyo pago se condena. Tásense".

Para negarle al actor la acción que propuso, sobre resolución del contrato contenido en la escritura pública número 3626 de 14 de noviembre de 1927, antes citada, estimó el Tribunal que de acuerdo con lo estipulado en las cláusulas 6a., 7a. y 8a. de ese contrato lo vendido por Sánchez y lo comprado por Ester López fue la totalidad de los derechos que según el vendedor se vinculaban o podían vincularse

sobre la casa del pleito; que la obligación que contrajo fue la de hacer dueña a la López de toda la casa y la de entregarle una hijuela que correspondiera a la totalidad de ese inmueble; que el vendedor no cumplió con esas obligaciones porque resultó que en el juicio sucesorio de Delfina Cuadros hubo otros dos herederos, los menores Marco Severo y Etelvina Sánchez, a quienes se les adjudicó parte del inmueble en que radicaban los derechos vendidos y que a la compradora sólo se le adjudicó parte en el mismo. Sobre esos particulares dijo el sentenciador:

"No habiendo, pues, cumplido Sánchez las obligaciones que contrajo con la demandada de que da cuenta el contrato de que se ha venido hablando, estando en mora manifiesta y culposa de cumplirlas, estando por lo demás imposibilitado para entregar lo que prometió en venta, y demostrado como se halla que la señora por su parte estuvo dispuesta a recibir la hijuela completa de la casa, y a pagar el saldo del precio, es decir, avocada al cumplimiento de sus obligaciones, surge como consecuencia que el demandante Taumaturgo Sánchez no tiene derecho a la resolución solicitada y a la restitución, que es su consecuencia, ni a las demás peticiones aditivas que formula en el libelo de demanda".

Al referirse luego a la demanda de reconvención y a los perjuicios de que habla la súplica primera de la misma dijo el sentenciador que estando demostrado que Sánchez incumplió las obligaciones contenidas en el contrato de que trata la escritura 3626 citada y que a la López no podía imputársele mora en el cumplimiento de lo que a ella correspondía, la condena solicitada era procedente. Igual cosa resolvió sobre la petición segunda de la misma demanda, pues dijo que habiendo vendido Sánchez como de su propiedad la totalidad de los derechos vinculados en la casa de que trata el pleito y que habiéndosele adjudicado a Marco Severo Sánchez y a Soledad Ramos y Páramo una parte de los mismos, "es apenas lógico concluír que el vendedor debe a la compradora el valor de esos derechos, y que, como no puede entregarlos materialmente, debe al menos responder de su valor".

En cuanto a la súplica tercera, encaminada a que se condenara al contrademandado a pagar la suma de $ 909.60 y sus intereses legales, por razón de los créditos relacionados en las partidas segunda y tercera del activo del inventario practicado en el juicio mortuorio de Delfina Cudros, dijo el sentenciador que dicha súplica debía ser negada, porque de acuerdo con lo convenido en las cláusulas 6a., 7a. y 8a. del contrato celebrado entre las partes, lo vendido por Vicente Taumaturgo Sánchez fue únicamente los derechos que le correspondían en la sucesión de Delfina Cuadros, radicados en la casa y el lote a que se refiere la escritura 3626.

Por último para negar la indemnización por perjuicios extracontractuales de que trata la súplica cuarta de la contrademanda, el Tribunal acogió y reprodujo las razones expuestas sobre el particular en la sentencia de primera instancia, en la cual el Juzgado llegó a la conclusión de que Sánchez no incurrió en error de conducta al proponer contra la López la acción ejecutiva a que se refiere esa providencia y al hacer embargar y secuestrar bienes de la ejecutada.

Ambas partes han recurrido en casación contra la decisión del Tribunal y como los recursos correspondientes están preparados en debida forma, hoy se procede a decidirlos.

RECURSO DE CASACION DEL DEMANDANTE VICENTE TAUMATURGO SANCHEZ

En el capítulo primero de su demanda dice el recurrente que el Tribunal incurrió en su sentencia en infracción directa de las siguientes disposiciones del Código Civil: los artículos 1602, 1618, porque el contrato de compraventa cuya resolución se pide "es una ley para los contratantes" y él dice en sus cláusulas 3a., 5a., 6a., 7a. y 8a. que el objeto de la venta no fue el inmueble de que trata sino los derechos que el vendedor tenía en la sucesión de Delfina Cuadros de Sánchez y que estuvieran radicados en él, y porque la interpretación de dicho contrato debe hacerse estando "a la intención de las partes más que a lo literal de las palabras" y que esa intención se conoce por la respuesta dada por la demandada a la primera pregunta de las posiciones que obran al folio 22 del cuaderno número 4, prueba sobre la cual "el Tribunal guardó religioso silencio", violando así el artículo 606 del Código Judicial; el inciso 2o. del artículo 1624, porque si la cláusula 7a. del contrato es ambigua, ella debió ser interpretada contra la demandada por haber ésta dictado u ordenado extender la póliza del contrato; el artículo 1759, porque la escritura de venta reza que lo vendido fueron unos derechos y acciones y el Tribunal aprecia que el objeto de la venta fue un cuerpo cierto; el artículo 1546, porque si el Tribunal estima que el objeto de la venta era toda la casa y que si Sánchez debía entregarla toda a la compradora y si desconoce a aquél el derecho de pedir la resolución del contrato por falta de pago del precio, viola directamente la citada disposición que otorga ese derecho; el artículo 1502, porque Sánchez no se obligó para con la compradora a entregarle bienes ajenos sino que

limitó su venta a sus propios derechos en el inmueble y el Tribunal "lo condena a entregar o a pagar derechos de dominio de Marco Sánchez y Soledad Ramos, en la misma casa".

Para resolver, se considera:

El cargo es totalmente infundado por las razones que en seguida se expresan:

Primera:—Porque el recurrente sostiene que el Tribunal incurrió en quebranto directo de las disposiciones legales que cita y para que exista una violación por el concepto indicado, es necesario que el fallo contenga disposiciones contrarias a los preceptos mencionados, cosa que no ocurre en el caso que aquí se contempla;

Segunda:—Porque el Tribunal no ha sostenido en su sentencia que el objeto directo de la venta haya sido el inmueble como cuerpo cierto, pues precisamente sostiene que lo vendido fue la totalidad de los derechos que al actor correspondían en la sucesión de Delfina Cuadros radicados en ese inmueble. Así lo expresa categóricamente, entre otros, en el siguiente aparte de la sentencia: "Varias veces se ha copiado la cláusula 7a. del contrato 3626, y no se reproduce una vez más, pero se precisa sí, que ella relaciona lo vendido en términos de absoluta claridad. Y no solo en esta cláusula se precisó el objeto de la venta; en otras del contrato lo puntualizan los contratantes con marcada insistencia, así: "Que la casa y lote **donde están vinculados los derechos que vende.** ....; Octava: "Que como **los derechos que vende están radicados en la casa y lote ya alinderados** y nadie más tiene derechos vinculados en ellos, desde hoy hace entrega real y material a la compradora de la casa y lote en referencia".

"Y se dice que lo vendido fue únicamente los derechos de la casa y lote, porque eso fue lo que pactaron y dijeron los contratantes al otorgar firmando".

Tercera:—Porque si el Tribunal estimó, con base en lo estipulado en las cláusulas 6a., 7a., y 8a. del contrato contenido en la escritura pública. número 3626, que lo vendido por Sánchez y lo comprado por la López fue la totalidad de los derechos que se vinculaban o podían vincularse sobre la casa materia del pleito y que la obligación que él contrajo para con la primera fue la de entregarle una hijuela que correspondiera a la totalidad de ese inmueble, en forma tal que la compradora quedara como única propietaria de él, entonces el cargo ha debido formularse por error en la apreciación de aquella prueba, alegándolo y demostrándolo a la vez, al través del cual se hubiere incurrido en violación de la ley sustantiva, pues tratándose de cuestiones de hecho, era indispensable presentar el problema por el aspecto de la apreciación que el sentenciador hiciera de las pruebas, con el fin de que le fuera dado a la Sala investigar si por obra de tal error incurrió el fallo en violación de las disposiciones que el recurrente cita.

Cuarta.—Porque el Tribunal no ha sostenido que la cláusula séptima del contrato sea ambigua, para que así hubiera tenido que aplicar la regla de interpretación contenida en el inciso 2o. del artículo 1624 del Código Civil, pues lejos de eso ha dicho en su fallo que dicha cláusula "relaciona lo vendido en términos de absoluta claridad".

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

En el capítulo segundo de la misma demanda dice el recurrente que las disposiciones citadas anteriormente "también han sido indebidamente aplicadas, ya que está completamente acreditado en los autos, y con la prueba de la confesión judicial, que las partes contrataron unos derechos y no una cosa o cuerpo cierto. Y si el Tribunal sentenciador, aplica en contra de Sánchez todas las sanciones legales conocidas, suponiendo incumplimiento por su parte que no lo ha habido, es claro que la aplicación de esas sanciones, es una indebida aplicación de la ley sustantiva. Agrega que igual cosa ocurre con la absolución de la parte que ha evadido el pago del saldo del precio de la venta y concluye así: "Y ya se sabe que una de las condiciones esenciales del contrato de compraventa es precisamente el pago de su precio y si el Tribunal absuelve a la compradora del pago del precio, resalta la indebida aplicación de la ley civil, especialmente los artículos 1928, y 1929 y 1930".

Se considera:

Este cargo es notoriamente infundado. En primer lugar porque parte de la base equivocada de sostener que el Tribunal entendió que lo vendido fue un cuerpo cierto, y ya esa apreciación del recurrente quedó debidamente rectificada al considerar el cargo precedente. En segundo término porque el demandante no ha pedido que se condene a la demandada al cumplimiento del contrato y en consecuencia al pago del saldo del precio estipulado, pues precisamente su acción la ha enderezado a buscar la resolución de la compraventa. Por lo demás es lo cierto que en el punto cuarto de la parte resolutiva de la sentencia se condena a la demandada a pagar el saldo del precio de ese contrato, "previa las compensaciones a que hubiere lugar".

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

En el capítulo tercero de la misma demanda de casación sostiene el recurrente que "todas las disposiciones anteriormente citadas, han sido mal interpretadas por el Tribunal fallador, y como consecuencia han sido mal aplicadas" y que reproduce

"las razones dadas antes, para que se tengan en cuenta en este capítulo".

Para rechazar este cargo es suficiente observar que el recurrente no dice, ni precisa, como así debió hacerlo, en guardia de la eficacia de la acusación, en qué consistió el error de interpretación que le atribuye al sentenciador y que si las razones en que lo fundamenta son las mismas que sustentaron los dos cargos precedentes, ya está dicho que ellas son inconducentes para los fines que el recurrente persigue.

En el capítulo cuarto afirma el recurrente que el Tribunal no estimó las respuestas de la demandada a las posiciones primera y novena, que obran al folio 22, del cuaderno No. 4, que establecen que "la intención de las partes al celebrar el contrato de venta cuya resolución se pide no fue sobre la casa en su totalidad, sino sobre unos derechos y acciones" y que a pesar de ella absolvió a la demandada y condenó al demandante al pago de perjuicios y de derechos que no fueron objeto del contrato; que tales apreciaciones constituyen error de hecho evidente y que por ello se violaron las disposiciones antes señaladas y el artículo 606 del Código Judicial.

Este cargo corre la misma suerte de los anteriores y para refutarlo es suficiente dar por reproducidas aquí la segunda y la tercera de las razones que se expusieron al considerar el primero. De otro lado el recurrente no ha señalado el pasaje o los pasajes del fallo en que asevera que el Tribunal incurrió en erradas apreciaciones, y si su propósito ha sido referirse a los apartes de la sentencia en que se deducen perjuicios a cargo del demandante por razón del incumplimiento del contrato y se le condena a responder del valor de los derechos adjudicados a Marco Severo Sánchez y Soledad Ramos y Páramo, en el inmueble a que se refiere la litis, entonces su acusación ha debido enderezarla a desvirtuar los fundamentos jurídicos o de hecho que sustentan las conclusiones a que sobre tales particulares llegó el Tribunal, exponiendo las razones legales que estimare pertinentes para demostrar que aquellas en realidad son injurídicas y no limitándose simplemente a tacharlas de equivocadas, para trazarle así a la Corte la pauta o derrotero indispensable para revisar las conclusiones del sentenciador, ya porque es bien sabido que el recurso de casación tiene una índole y finalidad propia que le quitan radicalmente todo carácter de instancia o de apelación.

Por tanto no prospera el cargo.

RECURSO DE CASACION DE LA CONTRADEMANDANTE ESTER LOPEZ VDA. DE ROJAS HOY DE CASTRO

En el capítulo primero afirma la recurrente contrademandante que la sentencia del Tribunal violó a consecuencia de errores evidentes de hecho, por falta de apreciación de la hijuela y errónea interpretación de la escritura de venta, los artículos 473, del Código Judicial, 1602, 1603, 1759, 1849. 1967, 2488 del Código Civil y 33 de la Ley 57 de 1887. Dice que para negar la tercera súplica de la demanda de reconvención, donde pidió la contrademandante la declaración de que Sánchez debe pagarle las sumas de $ 800.00 y $ 109.60, y sus intereses, por razón de los créditos que a cargo de éste y que le fueron adjudicados a aquella en la partición de la mortuoria de Delfina Cuadros de Sánche, el Tribunal se fundó en que el objeto de la cesión a título de venta hecha por Sánchez a dicha señora por la escritura número 3626, de la Notaría Primera, del 14 de noviembre de 1927, no había sido sino los derechos vinculados en la casa y lote número 216 de la calle 3a., por lo cual implícitamente afirmó el Tribunal que a la cesionaria no se le habían transmitido por esa cesión otros derechos de Sánchez, como los créditos que tuviera contra la sociedad conyugal o contra la herencia.

Sostiene que el Tribunal se equivocó en esa apreciación, porque en la cláusula 3a. de la escritura 3626 citada, está muy claro, de acuerdo con su tenor literal, que dos fueron los objetos de la cesión o venta de Sánchez a la viuda: primero los derechos que le correspondían en la sucesión de su esposa Delfina Cuadros, ya sea a título de gananciales o a cualquiera otro título y segundo, los derechos hereditarios de sus hijos José Alejandro y Pompilio vinculados en el lote y casa ya mencionados. Agrega que el primer objeto de la cesión comprendía no solo los gananciales sino cualquier otro derecho del cedente en la sucesión, como créditos contra la mortuoria; que no se limitaba ese objeto a los derechos vinculados en el inmueble y que el traspaso de los derechos de Sánchez fue general, completo, incondicional y absoluto.

Dice que el cedente Sánchez fue parte en toda la prosecución del juicio mortuorio y que no objetó la primera partición que fue improbada (folios 25 a 40, del cuaderno número 5, y 20 del cuaderno número 3) ni la segunda partición (folio 22 del cuaderno número 3) que fue aprobada en sentencia de 28 de enero de 1938, del Juzgado 6o. Civil de este Circuito, la cual fue confirmada por la del Tribunal Superior de 25 de abril del mismo año.

De todo ello deduce el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho, manifiesto en los autos, en la interpretación de la escritura 3626 citada, cententiva del contrato de cesión, error que consistió en darle a ésta la interpretación referida cuando la que le corresponde es la que sostiene la recurrente y que en igual error incurrió el sentenciador al dejar de estimar la copia de la hijuela formada a la contrademandante en la partición de la herencia de Delfina Cuadros de Sánchez, protocolizada por escritura No. 1623 de la Notaría Primera, del 23 de mayo de 1939, que obra al folio 22 del cuaderno número 3, con la copia de la sentencia aprobatoria de la partición con sus registros correspondientes.

Alega finalmente que esos errores condujeron al Tribunal a la violación indirecta, por falta de aplicación, del artículo 473 del Código Judicial, porque en virtud de la fuerza de cosa juzgada que le atribuye a la sentencia aprobatoria de la partición, el Tribunal ha debido ordenar que Sánchez pagara a la recurrente los créditos que a éste se le adjudicaron en la partición aprobada y que no podía concluír, en contra de lo decidido en esa sentencia, que los derechos de la recurrente como cesionaria solamente eran los vinculados en la casa y que no se le habían transmitido además de los gananciales otros derechos, como los créditos del cedente contra la mortuoria no vinculados en aquel inmueble. Afirma igualmente que como consecuencia de esos mismos errores de hecho el Tribunal quebrantó las demás disposiciones legales que arriba se dejaron citadas.

Para resolver se considera:

Como puede fácilmente conmprenderse de todo lo expuesto respecto en la sentencia, el Tribunal estimó, tomando como base lo estipulado principalmente en las cláusulas 6a., 7a. y 8a. del contrato contenido en la escritura pública número 3626 tantas veces citada, que lo vendido por Sánchez y lo comprado por la López fue la totalidad de los derechos que se vinculaban o podían vincularse sobre la cosa materia del pleito, en forma tal que la compradora al hacérsele la hijuela correspondiente en el juicio de sucesión quedara como única propietaria de ese inmueble. Es decir que entendió que el objeto de la cesión no fue la universalidad de los derechos que a Sánchez pudieran corresponderle en la sucesión de su esposa Delfina Cuadros, a título de gananciales o cualquier otro título, sino precisamente los que estuvieran vinculados al inmueble descrito en la escritura.

Para la Corte esa apreciación es acertada, no adolece de error y mucho menos de uno que aparezca de modo manifiesto en los autos.

En efecto, las citadas cláusulas de la escritura 3626 rezan lo siguiente:

"Tercero:—Que por medio de la presente escritura transfiere a título de venta a favor de la señora Ester López viuda de Rojas, los derechos que le corresponden en la sucesión de su finada esposa Delfina Cuadros de Sánchez, ya sea a título de gananciales o cualquiera otro título y los derechos que le compró a los mencionados José Alejandro Sánchez, Pompilio Sánchez y Abigaíl Sánchez de Díaz, derechos vinculados en el lote y casa ya mencionados".

"Sexto:—Que la casa y lote donde están vinculados los derechos que vende la hipotecó el vendedor....".

"Séptimo:—El vendedor se compromete.... y a entregar a la compradora la respectiva hijuela de adjudicación de la casa donde están vinculados los derechos que le vende".

"Octavo:—Y como los derechos que le vende están radicados en la casa y lote ya alinderados y nadie más tiene derecho vinculado en ellos, desde hoy hace entrega real y material a la compradora de la casa y lote en referencia".

Si la cláusula tercera de la escritura puede adolecer de alguna imprecisión o vaguedad en orden a determinar la verdadera intención de los contratantes, es menos cierto que esa duda queda despejada en absoluto al tomar en cuenta lo que las partes con toda precisión y con marcada insistencia dijeron en las restantes cláusulas antes transcritas sobre que los derechos materia de la cesión están radicados en la casa y lote aludidos.

La cláusula tercera del contrato no puede interpretarse aisladamente con prescindencia de las demás que se dejan copiadas, porque una de las principales reglas de interpretación de los contratos es la que indica el numeral 1o. del artículo 1622 del Código Civil, según el cual las cláusulas de un contrato deben ser interpretadas unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. A este respecto, la Corte ha dicho: "La interpretación que armonice con dos o más cláusulas del contrato, debe preferirse a la que establezca oposición entre ellas, ya que no es dable suponer que las partes contratantes hayan tenido la intención de hacer estipulaciones contradictorias o que se destruyan unas a otras" (J. de la C. S., Tomo III, número 2115, pág. 481).

Siguiendo ese procedimiento, se comprende que la verdadera intención que guió a los contratantes Sánchez y López al celebrar el contrato que consignaron en la escritura pública número 3626 es la que el Tribunal les atribuye en su sentencia. Y como en materia de interpretación de contratos la regla general, la suprema regla, es la consagrada en el artículo 1618 del Código Civil que enseña que "conocida claramente la intención de los contratantes, debe es-

tarse a ella más que a lo literal de las palabras", es indudable que conocida, como aquí se conoce con toda precisión esa intención, no es el caso de acudir a la norma de interpretación, preciosa sí en la generalidad de las veces pero siempre subsidiaria en lo estipulado en las cláusulas 6a., 7a., y 8a. del de aquella que aconseja buscar el sentido de un contrato por la aplicación práctica que de él hayan hecho ambas partes, o una de ellas con aprobación de la otra. Sólo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes, es cuando el fallador debe acudir a aplicar, con vista de las circunstancias de cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil.

De otro lado, en el más extremo de los eventos, la estipulación contenida en la cláusula tercera arriba copiada, podría ser suceptible de dos interpretaciones, constituída la una, por la que le asigna el Tribunal, la otra, por la que le atribuye el recurrente. Es decir, que ella daría origen a una duda acerca de su alcance y contenido, razón por la cual no podría encontrarse en la apreciación del Tribunal un error de hecho manifiesto y evidente que impusiera a la Corte en casación su rectificación. Esta ha sido doctrina constante de esta Corporación, y sobre el particular ha dicho:

"Respecto de estos errores de hecho observa la Corte, en primer término, que es doctrina suya la de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que ésta sólo puede variarse en casación cuando es manifiestamente errónea, de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso; y que cuando una cláusula puede prestarse a varias interpretaciones, la adopción por parte del juzgador, de cualquiera de ellas, no genera error evidente, porque donde hay duda no puede ocurrir error manifiesto en la interpretación. (Casación de 27 de abril de 1916, Tomo XXIV, y Casación de 11 de octubre de 1924, Tomo XXXI, G. J., pág. 148 - Casación, T. XLI, número 1892, noviembre 24 de 1932).

Finalmente se observa que el Tribunal al decidir sobre la súplica tercera de la contrademanda ciertamente no tuvo en cuenta en lo que a dicha súplica se refiere la hijuela que en el juicio de sucesión de Delfina Cuadros de Sánchez se formó a la recurrente, (folios 22 a 25, cuaderno número 3), en la cual se adjudicaron a ésta además de la casi totalidad de los derechos en el inmueble allí descrito, los créditos por $ 800,00 y $ 109,60, relacionados en las partidas tercera y segunda respectivamente del activo de los inventarios; pero de la falta de apreciación de esa prueba no se desprende la violación por parte del sentenciador del artículo 473 del Código Judicial y de las demás disposiciones del Código Civil conexas con el cargo que la recurrente cita también como violadas con ocasión de esa falta de apreciación. Porque si bien es verdad que la sentencia ejecutoriada aprobatoria de la partición tiene fuerza obligatoria entre los copartícipes en la herencia, mientras no ejerciten en su contra el derecho que consagra el artículo 1405 del Código Civil, no es menos cierto que la controversia planteada en este pleito no se surte entre dos copartícipes para tratar de desconocer sus respectivas adjudicaciones, pues Sánchez y la López representan la misma parte dentro del juicio sucesorio, y además porque la cuestión que aquí se controvierte sobre el alcance y contenido de la cesión hecha por el primero a la segunda de los nombrados no fue materia de las objeciones formuladas por la López contra la primera partición, pues ellas versaban sobre otros temas.

De otro lado, como ya está visto que la interpretación que el sentenciador le atribuyó al contrato de cesión no ha sido quebrantada y permanece en pié, y como en ese contrato se encuentra la fuente única e inmediata del derecho de la recurrente en la sucesión de Delfina Cuadros, es claro que la obligación de que trata la súplica tercera mencionada que la López pretende hacer efectiva contra Sánchez, carece de causa real, pues no está comprendida dentro de los términos de la cesión, desde luego que como ya se ha establecido, la transferencia de derechos que por medio de ese contrato se operó se concretó a los que pudieran corresponderle a Sánchez en la sucesión de su esposa, a título de gananciales o a cualquier otro título, pero radicados en el inmueble a que se refiere la escritura 3626. Si, pues, los créditos personales de Sánchez contra la sucesión no quedaron incluídos en aquella cesión o transferencia, es evidente que la adjudicación que a la recurrente se le hizo de las acreencias de que habla la súplica tercera para cubrirle créditos que no le correspondían no tiene causa real, y por ello el contrademandado no puede ser obligado al pago que allí se le exige.

Se rechaza el cargo.

En el capítulo segundo de la demanda de casación se acusa la sentencia por violación directa de los artículos 2341 y 2356 del Código Civil. En desarrollo del cargo dice la recurrente que "para negar la súplica cuarta de la demanda de reconvención o sea la indemnización de los perjuicios causados con la ejecución de Sánchez contra la señora Ester, el embargo y secuestro de los inmuebles de esta señora, dijo el Tribunal que esos perjáuicios no se traducían sino en costas" y que esa aseveración viola directamente las referidas disposiciones, las que se refieren

a todo daño, "no sólo a las costas causadas con una acción judicial injusta y temeraria, sino a los daños y perjuicios que no quedan reparados con el reembolso de los gastos útiles erogados por el litigante victorioso".

Se considera:

El cargo es ineficaz, porque fuera de la motivación que el recurrente estima como violatoria de la ley sustantiva la sentencia trae también otras consideraciones para negar la súplica cuarta de la demanda de reconvención, las cuales son objeto del cargo que inmediatamente se pasa a analizar. Por ello y solo como rectificación doctrinal debe decir ahora la Sala que la responsabilidad por culpa del litigante temerario no se limita a las meras expensas útiles autorizadas por el artículo 579 del Código Judicial, pues, para el exceso del perjuicio no retribuído la ley da acción para reclamarlo en juicio distinto, dentro de las reglas generales de indemnización por daños.

No prospera, pues, el cargo.

En el capítulo tercero de la misma demanda de casación sostiene la recurrente que el Tribunal violó los artículos 2341, 2356, 1759 del Código Civil y 632 y 730 del Código Judicial a consecuencia de error evidente de hecho, por falta de apreciación de determinadas pruebas.

Dice, en síntesis, la recurrente que la motivación del Tribunal para negar la acción de indemnización de perjuicios de que trata la súplica cuarta de la contrademanda se reduce a sostener que Sánchez no abusó de su derecho de demandar al ejecutar a la López y embargarle bienes para atender al pago de los intereses del saldo del precio del contrato de cesión y que esa argumentación que se resume en que no hay culpa porque no está probada, surge de un error de hecho del Tribunal, evidente en los autos y que consiste en que dejó de apreciar, como si no estuvieran en el expediente, las pruebas que cita en los apartes a), b), c) y d) del capítulo tercero de la demanda de casación, de las cuales si se hubieran tenido en cuenta y estimado en su valor legal se habría hallado plenamente acreditado no solo culpa sino dolo de parte de Sánchez al promover ejecución contra la López, embargarle y secuestrarle bienes, sabiendo que no tenía derecho a exigirle un pago a que ella no estaba obligada por el dolo del mismo, por la mora de él en el cumplimiento de su obligación contenida en el contrato de cesión, por la violación de ese contrato por parte de él, hechos todos estos que conocía y no podía negar Sánchez y que habían ocurrido con anterioridad al momento en que entabló su acción.

Se considera:

Como se ve en los apartes de la sentencia recurrida en que se estudió el pedimento contenido en la súplica cuarta de la contrademanda, el Tribunal para negarla acogió y reprodujo las razones que sobre el particular adujo el Juez de primera instancia, y allí se observa que las pruebas citadas como no estimadas ni valoradas en los apartes a) y b) del cargo que se estudia sí fueron tomadas en cuenta por el sentenciador y que con vista precisamente de los hechos que por medio de ellas dió como "acreditados de manera plena en los autos" llegó a la conclusión de que Sánchez no abusó de su derecho al ejercitar la acción ejecutiva prealudida. Resulta, pues, que por lo que se refiere a las pruebas mencionadas la acusación está mal enderezada, pues ésta ha debido proponerse no por error de hecho debido a falta de apreciación, sino precisamente por error de hecho en la apreciación de esos mismos elementos de convicción.

De las pruebas no estimadas en realidad por el sentenciador resulta acreditado lo siguiente: que en el contrato contenido en la escritura número 3626, Sánchez dió en venta a la López no sólo sus derechos en la sucesión de Delfina Cuadros radicados sobre el inmueble a que dicho instrumento se refiere sino los derechos que dijo haber comprado a José, Pompilio y Abigaíl Sánchez de Díaz de quienes aseguró que eran hijos legítimos de la causante; que Abigaíl Sánchez de Díaz no se presentó al juicio sucesorio; que Sánchez manifestó en el mismo contrato que fuera de él y de sus citados hijos nadie más tenía derechos vinculados en la casa y lote descritos en la Escritura número 3626; que a pesar de esa afirmación resultó que en el juicio mortuorio se presentaron otros herederos en condición de hijos legítimos de la causante y del vendedor, los menores Marco Severo y Etelvina Sánchez Cuadros; que la ejecución de Sánchez se propuso en 10 de junio de 1932, cuando ya se había improbado la primera partición realizada en el juicio sucesorio citado y se había ordenado rehacerla para que se adjudicara a los menores Marco Severo y Etelvina Sánchez C. sendas cuotas en la casa mencionada y que la ejecución terminó, después de decretarse y practicarse embargo y secuestro de bienes de la ejecutada, por haberse declarado probada la excepción de dolo propuesta en el juicio.

Por lo que se dirá más adelante, de esos hechos tampoco se deduce que Sánchez hubiera incurrido en culpa al proponer y adelantar la acción ejecutiva referida para lograr que la López fuera condenada a pagarle intereses por razón del saldo del pre-

cio de la venta de derechos, a que se comprometió conforme a lo estipulado en la cláusula cuarta del contrato contenido en la escritura número 3626. Dada la naturaleza del abuso que por el ejercicio del derecho de litigar se le imputó a Sánchez en la contrademanda, o sea por haber entablado en contra de la demandante una ejecución "injusta y temeraria", la culpa en el caso de este pleito debe ser examinada a la luz del criterio intencional, ya que siendo inmanente a toda obligación civil su exigibilidad, el empleo del procedimiento coactivo para hacerla cumplir, en principio no constituye abuso, aun cuando no acompañe el buen éxito a quien lo ejercitó, desde luego que pretender lo contrario equivaldría a consagrar el absurdo de que quien pierde el pleito incurre en culpa mecánicamente.

Y para afirmar que al adelantar su acción ejecutiva no se descubre en Sánchez una culpa, le es suficiente a la Corte tomar en cuenta que la López confesó en el hecho 10o. de su contrademanda que desde la fecha del contrato de cesión hasta el 21 de julio de 1932 pagó a Sánchez trescientos noventa y cinco pesos ($ 395.00) por concepto de intereses del saldo de la venta del precio y ya para esta última fecha sabía la actora que Abigaíl Sánchez no se había presentado al juicio sucesorio; que los menores Marco Severo y Etelvina concurrieron y habían sido tenidos como herederos en el juicio sucesorio de Delfina Cuadros y que ya se había ordenado adjudicarles sendas cuotas en el inmueble a que se refiere la litis, por virtud de objeciones a la primera partición propuestas precisamente por la contrademandante. Entonces, si conociendo la López todos estos hechos había cumplido y reconocido voluntariamente la obligación de pagarle intereses a Sánchez por concepto del saldo del precio que había quedado debiendo, bien podía aquel sobre esas mismas bases acudir de buena fé a los medios que la ley le ofrece a todo acreedor para lograr la efectividad de un derecho que hasta entonces no se le había discutido, y todo ello excluye manifiestamente que el contrademandado hubiera entablado una acción "injusta y temeraria" e incurrido, en consecuencia, en una culpa al proponerla.

Para llegar a esta conclusión no es óbice el hecho de que en el juicio ejecutivo se hubiera declarado probada la excepción de dolo propuesta por la entonces ejecutada, porque ese dolo se refiere a un vicio del consentimiento en la celebración del contrato, a pesar de lo cual la recurrente en este juicio ha pedido su cumplimiento, y porque lo que aquí se ha determinado es algo bien distinto, como es que Sánchez no procedió culposamente al proponer y adelantar la ejecución, dadas las anotadas circunstancias en que llegó a hacerlo.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

En mérito de las precedentes 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 de fecha diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase a la oficina de origen,

Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

El numeral 19 del artículo 169 del C. P. y M. atribuye a los Concejos la facultad de crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público y reglamentar sus atribuciones, y se la confiere con tal amplitud que para usarla basta que el Concejo "lo juzgue conveniente".

2.—La Ley 72 de 1926 "sobre facultades al Municipio de Bogotá", que en su artículo 19 las extendió a todas las capitales de Departamento, confiere a los Concejos la de "organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, ya por administración directa o delegada o por arrendamiento.....".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.

Bogotá, marzo quince de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de segunda instancia, del Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario de Alberto Mejía Jaramillo contra el Municipio de Manizales, seguido en la primera en el Juzgado 2o. Civil del Circuito.

El señor Mejía celebró con el Administrador de la Lotería de Beneficencia de Manizales contrato sobre la venta de billetes de esta empresa en el Departamento de Antioquia, por documento de 24 de diciembre de 1933. Las estipulaciones pertinentes son: a) El contrato duraría dos años contados desde esa fecha, que se entenderían prorrogados indefinidamente por bienios sucesivos, en cuanto con anterioridad no menor de treinta días del fin de cada uno no hubiera manifestado ninguna de las partes a la otra por escrito su intención en contrario, y b) Mejía recibiría un veinte por ciento del producto de los billetes que vendiera y lo deduciría de la que recaudase.

Terminado el primer bienio el 24 de diciembre de 1935, por la aludida adquiescencia tácita siguió rigiendo el contrato por el segundo, es decir, hasta el 24 de diciembre de 1937; pero para septiembre de este año la empresa contrató con persona distinta, sin dar a Mejía el aviso por escrito de que habla el documento. De aquí deriva este señor su afirmación de que el Municipio faltó a su compromiso, a la que agrega que se perjudicó aquél con esto y que el Municipio debe indemnizarlo. Esta súplica de indemnización es la primera de su libelo de demanda. Los perjuicios los estima en treinta mil pesos.

La segunda es la de pago de $ 3.854.05, saldo pendiente del referido 20%, por no haber deducido del producto de venta de los billetes para los sorteos detallados en el libelo sino un 15%.

El juzgado al sentenciar el 1o. de abril de 1941, decretó este pago y negó el de perjuicios. El Tribunal, opinando que el contrato no obliga al Municipio, lo absolvió en fallo de 5 de marzo de 1945, diciendo revocar el del Juzgado, bien que, habiendo éste absuelto en parte, lo adecuado era decir que lo reformaba.

El Tribunal llega a la conclusión antedicha de que el contrato no obliga al Municipio, razonando, en suma, así: el C. P. y M. en su Art. 145 establece que "la administración de los intereses del Municipio está a cargo del Concejo, y la representación del mismo corresponde al Personero Municipal", y agrega que el Concejo puede conferírsela a cualquiera persona en un asunto determinado; y en su Art. 234, sobre atribuciones de los personeros municipales, señala la de "otorgar o aceptar las escrituras y cualesquiera otros documentos en que tenga interés el Municipio.... observando las instrucciones del Concejo", a más de llevar la representación de aquél. Y la Ordenanza No. 33 de 1930 del Departamento de Caldas dispone en su Art. 122 que "todo contrato que celebren los Municipios deberá ser aprobado por medio de acuerdo, y esta condición se tendrá por incluída en los contratos, a fin de que éstos no tengan fuerza, por parte de los Municipios, mientras no cuenten con aquella aprobación".

En seguida dice el Tribunal: "Frente a las disposiciones precedentes, se considera: el Concejo de Manizales, en uso de las atribuciones que le conceden el Art. 169 del C. P. y M. y la Ley 72 de 1926, expidió el Acuerdo No. 66 de 1931, orgánico de la vida municipal. Contempla dicho estatuto, no sólo la división administrativa por ramos, sino la creación de una Junta de Gobierno a cuyo cargo estará la gerencia y dirección de todas las rentas y empresas y

la gestión de todos los asuntos encomendados a la entidad municipal (art. 4o.). No aparece del Acuerdo en referencia que el Concejo haya confiado la representación del Municipio para actos contractuales a persona alguna. Por el contrario, en relación con la empresa de la Lotería determinó que ésta sería una dependencia de la Contraloría Municipal, a cuyo cargo dejó (art. 43) la facultad para reglamentar la administración de aquella. En estas condiciones, sí corresponde al Personero la representación legal del Municipio, mientras el Concejo no la haya confiado a otra persona, para "otorgar y aceptar las escrituras y cualesquiera otros documentos en que tenga interés el Municipio", es claro que al contrato de autos necesariamente ha de anotársele como primera causal de insuficiencia, la de no haberse contratado con quien representaba la entidad demandada. En el juicio no aparece demostrado que el 24 de diciembre de 1933, el Administrador de la Lotería estuviera facultado para celebrar contratos con terceros, a nombre del Municipio. Tampoco que la Junta de Gobierno estuviera autorizada para aprobarlos. Apenas sí se tiene el Acuerdo No. 31, de 20 de abril de 1923, cuyo artículo 5o. (folio 10 del C. P.) dice que el Administrador "**podrá nombrar libremente los agentes de las poblaciones y los vendedores de billetes, exigiéndoles la seguridad que a bien tenga, para que en casos de alcances, pueda recaer o repetir contra ellos**". "El Administrador, según el mismo artículo, será responsable de todas las glosas y alcances que se deduzcan por razón de su empleo". De allí la facultad para nombrar los agentes vendedores por su cuenta y con su riesgo. La norma es por demás clara. El Administrador no podía contratar a nombre del Municipio y como en el Acuerdo No. 66 multicitado, tampoco se le facultó, menos podía hacerlo sin antes observar lo dispuesto en los artículos 145 del C. P. y M. y 122 de la Ordenanza No. 33 de 1930, es decir, por conducto del representante legal del Municipio y obteniendo la aprobación del acto por medio de Acuerdo expedido por el Concejo. Se tiene así la segunda causal de insuficiencia del contrato, o sea la falta de aprobación de éste por medio de Acuerdo.

"Y no podrá alegarse que al juicio fueron traídos los acuerdos No. 31 de 16 de febrero de 1936, y No. 83, de 15 de diciembre de 1937 —publicados en "El Municipio"—, órgano de la entidad demandada, ediciones Nos. 1316 y 1343, el primero "sobre organización de la Personería Municipal", en cuyos artículos 4o. y 5o. dispone que el Personero es el único funcionario capaz para celebrar contratos en que tenga interés el Municipio y que para hacerlo necesita la autorización del Concejo, y el segundo, por medio del cual se crea la Junta Administradora de la Lotería. Este Acuerdo, al determinar las funciones de dicha Junta, expresa: ". . . . 2a. Celebrar los contratos con los agentes, sometiéndolos previamente a la aprobación del Concejo cuando su cuantía pase de quinientos pesos. En todo contrato el Personero es el representante del Municipio en su formalización documental o escriturariа; pero sometido a la póliza de negociación autorizada por la Junta". Estos Acuerdos, a pesar de su contenido, en nada favorecen al actor, ya que son posteriores, con mucho, al contrato del litigio.

"Cabe entonces preguntar, sigue diciendo el Tribunal, si el contrato fue celebrado por un subalterno de la persona demandada y aprobado por la Junta de Gobierno, entidad ésta que tenía a su cargo "la gerencia y dirección de las rentas y empresas fiscales y administrativas del Municipio", no sería el caso de tener en cuenta la relación de dependencia demostrativa de un vínculo entre el Municipio y el empleado para decidir si en verdad existe la responsabilidad por los perjuicios que se demandan?"

Después de recordar que quien contrató con Mejía fue el Administrador y de insistir en que éste obraba por su cuenta y riesgo, según el Art. 5o. del Acuerdo No. 31 de 1923, y que en verdad la Junta lo aprobó, agrega que ella no tenía facultad para esto, pues el Acuerdo 66 no la autorizó sino para gerenciar y dirigir las empresas. Y recordando igualmente que el Acuerdo No. 31 limita la remuneración de los agentes al 10% y que el contrato estipuló el 20%, anota que ni la Junta ni el Administrador tenían facultades dispositivas.

Concluye sobre todas estas premisas que el contrato no creó vínculo entre la entidad demandada y el actor. Y para cerrar sus reflexiones acerca de esta cuestión tan trascendental para el fallo, dice: "Pero hay más: el numeral 19 del Art. 169 del C. P. y M. autoriza a los Concejos para la creación de juntas para la administración de ramos determinados del servicio público, reglamentando sus atribuciones. El Acuerdo No. 66 de 1931 no tiene otro objeto ni otro alcance; de modo que, como las facultades en él conferidas a la Junta de Gobierno son únicamente administrativas, en ningún caso dispositivas, se concluye que dicha corporación carecía legalmente de autorización para aprobar el contrato, porque esa facultad correspondía exclusivamente al Concejo y de autos no aparece que éste la hubiera delegado sujetándose a las disposiciones fiscales contenidas en las leyes y en las ordenanzas"

Varios cargos formula el abogado recurrente en su demanda de casación, uno de los cuales prospera, por lo cual no se consideran los restantes (C. J. Art. 538) y a aquél se concreta el estudio.

Ese cargo es el de error en la apreciación de los acuerdos citados y el quebranto consecuencial de las disposiciones legales sustantivas que la demanda cita y adelante aquí se verán.

Cuando el Municipio recibió de la Ordenanza de 1922 la facultad de restablecer una lotería y hubo de atender a la creación del organismo necesario para que tal empresa funcionase, a ello proveyó en el Acuerdo No. 29 del mismo año que dicta las varias disposiciones precedentes en él relatadas y atribuye a la Junta del Acueducto Municipal la suprema dirección; advirtiendo que esta comprendía la facultad de designar el Administrador y demás empleados y la de "contratar servicios para la empresa" (Art. 2o.)

Esta advertencia se explica por comenzar entonces esa actividad y negocio, pues no era necesario pener de presente cómo éste consiste en la venta de billetes, la que requiere el servicio de agentes que la fomenten y estimulen y por medio de los cuales se haga. Sobre estos puntos se facultó a la Junta amplia y expresamente (Art. 6o.)

El Acuerdo No. 31 de 1923 declaró a la Lotería sección de la Tesorería Gerencia de Bienes Municipales y la asesoró de la Junta creada por ese mismo Acuerdo y lo facultó para todas las medidas relacionadas con la administración, las que dictaría en cuanto no estuvieran detalladas en el Acuerdo. El Administrador podía nombrar libremente los agentes vendedores y sería el responsable. Para aquellos se autorizó una remuneración del diez por ciento.

Para entonces se tiene, pues, esta limitación y, de otro lado, la responsabilidad personal del Administrador, en situación que recuerda la del albacea ante el Art. 1337 del C. C., según el cual lo indelegable de su cargo no impide que se valga de mandatarios; pero estos obrarán a sus órdenes y de sus operaciones responderá él.

Más tarde vino el Acuerdo No. 66 de 1931 que creó una Junta de Gobierno Municipal, formada por los jefes del ramo y de un miembro del Concejo, el Contralor como presidente, el Personero Municipal como vicepresidente y el Contralor General del Municipio como secretario. Esa Junta, dice el Art. 4o., "**tendrá a su cargo la gerencia y dirección superiores de todas las rentas y empresas fiscales y administrativas del Municipio, y en general la gestión de todos los asuntos que están encomendados a la entidad Municipal**".

En seguida, entre otras disposiciones reglamentarias, ese Acuerdo da al Contralor la fiscalización y vigilancia de rentas, bienes y empresas del Municipio como genuino y directo representante del Concejo, y anota entre las dependencias directas de la Contraloría, la Lotería Municipal, y al establecer en su Art. 42 que el Contralor es interventor comercial y consultor de todas las empresas del Municipio, no lo hace sin agregar: "**Pero los administradores de dichas empresas tendrán autonomía para gestionar los asuntos relativos a los deberes y atribuciones de sus respectivos cargos**" Este Acuerdo de 1931 suprimió todas las juntas creadas por leyes u ordenanzas y declaró que "**en consecuencia, se derogan todas las disposiciones que las crean, rigen y normalizan**". (Art. 49).

Tales las juntas, en lo atañadero a la empresa de que aquí se trata, habían sido la del Acueducto Municipal, según el Acuerdo de 1922 y la Asesora creada por el Acuerdo de 1923, y las disposiciones aludidas, esto es, las que en esos acuerdos las crearon, reglamentaron y normalizaron, de las cuales quedan vistas aquí las pertinentes, fueron derogadas.

Esta era la situación cuando se celebró el contrato con Mejía el 24 de diciembre de 1933.

Lo celebró el Administrador, cuya autonomía se hallaba reconocida y respaldada como acaba de verse, y lo aprobó la Junta de Gobierno con la potestad administrativa que se le confirió al crearla.

Apenas habrá para qué hacer presente que contratar el servicio de una agencia para la venta de billetes de una lotería, no es acto dispositivo, sino evidentemente de administración.

El transcrito numeral 19 del Art. 169 del Código Político y Municipal atribuye a los Concejos la facultad de crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público y reglamentar sus atribuciones, y se la confiere con tal amplitud, que para usarla basta que el Concejo "lo juzgue conveniente".

Fue, pues, en forma estrictamente legal como el Concejo de Manizales creó esa junta y en ella delegó la administración de la Lotería; de suerte que al aprobar el referido contrato que, repítese, es de administración, obró dentro de sus atribuciones y, por obra de la delegación antedicha, o sea, la implicada en el hecho mismo de habérsela creado para conferirle tal administración y habérsela conferido, obligó al Municipio.

Más todavía, la Ley 72 de 1926 "sobre facultades al Municipio de Bogotá", que en su Art. 19 extendió a todas las capitales de Departamento, confiere a tales Concejos la de "**organizar libremente sus rentas,**

percepción y cobro, ya por administración directa o delegada o por arrendamiento .....". (Art. 6o.)

Así las cosas, no era de reclamarse para el contrato contendido en este pleito la intervención del Personero Municipal a la luz del Art. 145 del C. P. y M. porque si éste en su primer miembro da a este empleado la representación del Municipio, agrega adversativamente en su segundo miembro: "Pero el Concejo puede confiar a cualquiera persona la representación del Municipio en cualquier asunto determinado". Y si ese Código y la citada Ley 72 disponen sobre dichas juntas lo que dicen sus artículos transcritos, no obsta al concepto de legalidad de los Acuerdos mencionados, en particular del de 1931, la prevención de la Ordenanza de 1930 que atrás se recordó.

Las precedentes consideraciones, a la vez que exponen el por qué de las bases o fuentes del cargo que el recurrente formula, manifiestan las razones por las cuales la Corte le da acogida. Esa base o fuente es el error de apreciación de los Acuerdos, error de que se dedujo el quebranto de disposiciones legales sustantivas, entre las cuales el recurrente señala al efecto los artículos citados del C. P. y M. por desconocerles el Tribunal su alcance aquí expuesto y, como consecuencia de todo ello, la violación del Art. 1602 del C. C. al negar al contrato la fuerza de ley para los contratantes, en el concepto, aquí corregido, de que el Municipio no fue parte contratante; y por haberlo sido, representado en la forma antedicha, entre las disposiciones violadas señala también la demanda de casación los Arts. 2156 y 2160 del C. C.

Prosperando el recurso en fuerza de lo dicho hasta aquí pasa la Sala a estudiar lo procedente a la resolución que ha de reemplazar la sentencia recurrida.

Dado el concepto del Tribunal sobre que el contrato no liga al Municipio, no se ve por qué entrara en el fondo de los problemas planteados en las dichas dos súplicas de la demanda. Respecto de la primera, abundó en las mismas razones del Juzgado y halló bien que se negara la indemnización de perjuicios; y respecto de la segunda, apartándose de aquél, opinó que Mejía condonó el cinco por ciento que ahora exige o a él renunció, con sólo abstenerse de deducirlo en su día del producto de la venta de billetes.

Sobre esto último no halla la Sala acertado ese razonamiento. El contrato confirió a Mejía dos derechos: el principal de recibir el veinte por ciento como remuneración, y el accesorio consistente en poder pagárselo por sí mismo tomándolo del producto de los billetes vendidos. Esto le era facultativo, al punto que bien podía haberse abstenido del todo de ejercer esta facultad, sin que por ello hubiera podido darse por extinguida la obligación de pagarle su remuneración pactada, y otro tanto es de pensarse, si su abstención no fue total, respecto de la parte a que ella se extendiese. No puede deducirse de esta abstención, como premisa, la consecuencia que le atribuye el Tribunal.

Así, pues, si el derecho de Mejía está comprobado con la respectiva cláusula del contrato y si sobre extinción de la obligación correlativa no se ha aducido sino esa remisión, que no lo es, debe aquel derecho reconocérsele si, por otra parte, se halla comprobado lo que constituye en los hechos la existencia y monto de la deuda. En esto la Sala acoge también la opinión y decisión del Juzgado, pues la inspección ocular practicada en debida forma por ante él el 10 de octubre de 1938 (Cuaderno 2o., folios 121 a 124), comprueba plenamente, con indicación de cada sorteo y su producto de billetes vendidos, que efectivamente el saldo por pagar asciende a la cantidad indicada en el libelo.

Es de advertirse que el contrato no hace diferencia entre sorteos ordinarios y extraordinarios en lo que mira a la fijación de dicho veinte por ciento, por lo cual nada significa que fueran de una u otra clase los sorteos en que Mejía, deduciendo por entonces sólo el quince por ciento, dejó pendiente el el cobro de lo que ahora reclama.

Su tardanza en exigir el restante cinco por ciento no puede gravar con intereses al deudor; pero, como la demanda puso fin a la situación a que se está aludiendo, se halla justificada la condena que hace el Juzgado, de acuerdo con el Art. 1617 del C. C., al pago de tales intereses a la rata legal a partir del 25 de junio de 1938, fecha de la notificación de la demanda al Personero Municipal.

Cuanto a la indemnización de perjuicios suplicada en primer lugar, la Sala halla justificada, por las razones siguientes, la negativa que pronunció el Juzgado y que el Tribunal halló fundada, a saber:

Funda el actor esta pretensión en no haber recibido aviso por escrito del Municipio sobre terminación del contrato; ve en ello el incumplimiento del Municipio y la obligación consecuencial de indemnizarle los perjuicios que recibió, consistentes **principalmente** en la ganancia que dejó de obtener por no haber sido mantenido en el contrato por el bienio que comenzó el 24 de diciembre de 1937, al que adquirió derecho por la circunstancia de no haber habido tal aviso, el que debió darle el Municipio, conforme a lo pactado, a más tardar el 24 de noviem-

bre de ese año y precisamente por escrito, según estipulación expresa.

Se desprende desde luego que la estipulación sobre aviso por escrito no tenía por finalidad un escrito, cualquiera si se tratara de una plana en una clase de escritura, sino la de proveer a la seguridad y certeza de haberse dado y recibido el aviso. Era, pues, un medio y no un fin. Salta a la vista que el fin de la estipulación al respecto fue el de que cada uno de los dos contratantes supiese con dicha anticipación de la determinación que el otro tomara de no continuar, determinación que cada uno podía tomar libremente y que debía, al tomarla, notificarla al otro con tiempo. Ese conocimiento oportuno fue lo buscado y pactado. Tal es la interpretación que ha de darse a la cláusula contentiva de ese pacto, ante los Arts. 1618 y 1622 del C. C.

Ahora bien: está demostrado en el proceso que Mejía mucho antes de aquel 24 de noviembre tuvo conocimiento de que el Municipio había tomado esa determinación, o sea la de que al cerrarse ese bienio terminara su contrato, al punto de que para el bienio subsiguiente lo había celebrado con persona distinta de Mejía.

Llenada así aquella exigencia contractual, no puede prosperar la demanda de indemnización, la que se funda, como ya se dijo, en que faltó la materialidad de un acto escrito en que el Municipio le avisara tal cosa. Si, como ya se observó, no puede entenderse que lo buscado por los contratantes fuera un escrito y no el aviso en sí, y si lógicamente y en ley es forzoso entender que lo buscado era el aviso, esto es, que la parte contratante quedara sabiendo en oportunidad que la otra había decidido no continuar, y si, de otro lado, esta decisión quedó contemplada en el contrato como algo enteramente libre, que, por lo mismo, no tenía por qué ser explicado ni justificado sino, simplemente, noticiado, es claro que el hecho de haberlo sido Mejía antes de dicho 24 de noviembre llenó la respectiva exigencia contractual y que, faltando así la causa de donde él deriva su acción, no puede producirse ésta como efecto.

Se ha dicho que Mejía tuvo en oportunidad conocimiento de la determinación del Municipio de no continuar el contrato, esto es, que éste cesara el 24 de diciembre de 1937. Para decidirlo así se han tenido en cuenta estas pruebas: en primer lugar el acta de la sesión de la Junta de Gobierno de 13 de septiembre de 1937 (Cuaderno 3o., folio 26), en la que estuvo presente Mejía; consta allí que este señor reclamó contra el hecho de que se hubiera contratado ya con otra persona para el bienio siguiente y que, habiendo preguntado si se le aceptaría a él y se le prorrogaría el contrato mejorando la propuesta, el presidente de la Junta le contestó que el asunto ya estaba resuelto con la adjudicación ya hecha, la que la Junta respetaría. En segundo lugar, al absolver posiciones Mejía en la segunda instancia (Cuaderno 10o., folios 10 a 12) confiesa haber asistido a esa sesión, haber hablado de hacer propuesta para el nuevo bienio, haberse puesto al habla con la persona que fue el nuevo contratista como tal para ese bienio y haber recibido del Secretario de la Junta la expresión de que el contrato con Mejía no sería prorrogado. Este añade en sus aludidas respuestas que en todo ello procedía por si su contrato cesaba; pero sintiéndose respaldado por la falta de notificación oficial, aludiendo a la estipulación sobre aviso escrito.

Aunque esos elementos probatorios bastarían para justificar la afirmación de que Mejía tuvo conocimiento de la determinación del Municipio desde septiembre, no sobra traer a cuento las declaraciones de testigos que corroboran los hechos anotados y los complementan con detalles que no dejan lugar a duda al respecto.

El señor Enrique Valencia afirma que presenció la manifestación oficial que el Secretario de la Junta por orden de ésta le hizo a Mejía de que la agencia de Medellín se le había dado a Alfonso González, por lo cual terminaba desde el 24 de diciembre próximo todo compromiso de la empresa con Mejía. Dice el testigo que esto fue en septiembre de 1937, y agrega que por los términos de la notificación y por la respuesta y comentarios de Mejía en ese acto, quedó en evidencia para todas las personas presentes en el mismo de que Mejía salió entonces de las oficinas de la Lotería sabiendo que su contrato terminaba. Análogamente declara el señor Jaime Isaza Londoño, que fue el secretario aludido y que, a más de confirmar lo que dice la declaración de Valencia, agrega el detalle de que Mejía, nada complacido por lo que le notificó, dijo: "Así pagan". El señor Francisco Londoño, testigo presencial de esa escena, rindió su declaración en el mismo sentido. Los señores Manuel Lombana Villegas y Alfonso Alvarez y el señor Francisco Mejía Villegas, miembros de la Junta aquéllos y Secretario éste, confirman como testigos presenciales concurrentes a la sesión de 13 de septiembre, lo que se vio que consta en el acta.

El prenombrado señor González, que fue el nuevo contratista afirma que Mejía por conducto del Tesorero Gerente del Municipio, señor Juan Bautista Latorre, le propuso que le cediera el contrato mediante el pago de una suma por la cesión o de una parti-

cipación en las utilidades. El señor Latorre confirma la gestión de Mejía para que lo pusiera en comunicación con González con el fin de hacer algún arreglo con éste para la dicha agencia en el bienio próximo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales en este juicio el cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, y en su lugar confirma la de primera instancia, dictada por el Juzgado 2o. Civil del Circuito de Manizales el primero de abril de mil novecientos cuarenta y uno.

....

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.) **Arturo Tapias Pilonieta — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Hinestrosa Daza — José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca — Manuel José Vargas — Emilio Prieto H.,** Oficial mayor.

FIJACION DE LA CUANTIA PARA EL RECURSO DE CASACION

Ha dicho la Corte que fijada la cuantía del pleito por el actor y no objetada por el demandado, se considera irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para deducir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — Bogotá, treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia de fecha 18 de septiembre de 1945, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el juicio ordinario seguido por José María Muñoz contra Mariana de Jesús Muñoz sobre declaraciones y ordenamientos relacionados con un inmueble ubicado en la ciudad de Pasto, interpuso oportunamente recurso de casación el apoderado del demandante. El Tribunal, en auto de 10 de noviembre del año citado, denegó la concesión del recurso por considerar que habiendo el actor determinado en su demanda la cuantía en cifra inferior a $ 3.000, sin reclamo del demandado, no existe motivo de duda que autorice la aplicación del artículo 524 del C. J. y la fijada no da para el recurso. Ante esta negativa, el demandante interpuso el recurso de hecho, para lo cual, como lo establece la ley, pidió reposición del auto negatorio y en subsidio copia de las piezas procesales necesarias, con las cuales ha ocurrido ante la Corte con el objeto de que le sea concedido el recurso de casación denegado.

Para resolver se considera:

El Tribunal, como se vio, se negó a conceder el recurso oportunamente interpuetso y procedente por la naturaleza del juicio, fundado en la circunstancia de que el demandante Muñoz, en la demanda con que inició el juicio, estimó la cuantía en la cantidad de $ 2.500 oro legal y esta estimación no fue objetada por la demandada, por lo cual es preciso, según jurisprudencia de esta Sala de Casación, considerar esta cuantía como irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para deducir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación.

La tesis usada por el Tribunal en este caso para denegar el recurso de casación por concepto de cuantía, y que venía sosteniéndose por esta Sala, aunque con votos disidentes, a partir de la decisión de fecha 30 de agosto de 1940, visible a páginas 11 a 18 del Tomo L de la **Gaceta Judicial** ha sido totalmente rectificada y reemplazada por la que aparece expuesta, con sus razones fundamentales, en salvamentos de voto que pueden verse a páginas 589 del Tomo XLIX y 13 del L de la **Gaceta Judicial**, sintetizados en la providencia de 14 de diciembre postrero, no publicada aún, en que se adoptó la nueva doctrina y de la cual se transcriben los apartes pertinentes:

".....La fijación de la cuantía exigida en el artículo 205 del C. J. para el libelo inicial mira a la determinación de la competencia del Juez y a la división al respecto de las cuantías en **mayor** y **menor**; de suerte que esa exigencia se haga por la ley dónde y cuándo aquella disposición la hace, es una circunstancia que demuestra que concretada la fijación a esa finalidad, no puede reputarse vedada la indagación del valor efectivo de lo disputado cuando se trata, no ya simplemente de establecer la competencia de cierto juez en razón de tratarse de asunto de mayor cuantía o de menor cuantía, sino de saber si procede o no el recurso de casación porque a la hora de éste el valor efectivo de aquello alcance o no a la cifra señalada por el artículo 519 de ese Código.

"Esa fijación inicial la hace el actor como a bien tenga y por su solo dicho, verificable o controlable únicamente cuando el demandado reclama, de lo que es dueño de hacer o no, no suministra siempre la base firme necesaria para conceder o negar este recurso, por lo cual el artículo 524 de la misma obra autoriza un avalúo pericial que disipe la duda cuando hay verdadero motivo para ésta.

"Mientras rigió la Ley 105 de 1890, dada la redacción de su artículo 4º, hubo de entenderse que la determinación inicial de la cuantía producía sus efectos para todo lo que en la actuación hubiera de guiarse por ella; pero hoy, en vista de lo

antedicho sobre el artículo 205, no puede darse a esa fijación ese alcance, sino que ha de reconocérsele circunscrita a lo ya visto sobre competencia. En este sentido fue muy categórico el artículo 4º de la Ley 90 de 1920 que, con la sola salvedad de los casos allí puntualizados, ordenaba que antes de decidir sobre la concesión del recurso de casación, cuando no apareciera en el proceso el valor de las cosas materia del pleito, se fijara por medio de peritos la cuantía de la acción, "aunque en la demanda se determinen dichas cuantías".

En el presente caso todo indica que la fijación hecha en el libelo difiere del valor efectivo de lo litigado, por más que éste no se estableciera con peritazgo **ad-hoc.** Así las cosas, salta a la vista que hay un verdadero motivo de duda y que por tanto debe acudirse al avalúo pericial indicado por el citado artículo 524.

Así pues, la Sala no puede proceder en forma de conceder desde luego el recurso de casación, puesto que se ignora, mientras ese avalúo no se haya hecho, si el valor de lo litigado da base para ello ante el artículo 519 del C. J., y lo procedente es ordenar al Tribunal que provea a ese avalúo y que, sobre la base que éste le suministre, conceda o niegue el recurso de casación. Es así como la Sala puede hoy admitir y delimitar el de hecho.

Por lo expuesto, se resuelve: Admítese el recurso de derecho en forma de que el Tribunal de origen proceda como indica el artículo 524 del C. J. A este fin se le enviará en copia la presente providencia, una vez ejecutoriada.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO COMO PRINCIPAL Y DE RECONVENCION PARA EL PAGO DE PERJUICIOS

Hay copiosa jurisprudencia de la Corte en el sentido de que las declaraciones hechas por las partes en escritura pública deben tenerse por firmes; y que dada la seguridad de que es preciso rodear tales instrumentos, para contrarrestar o desvituar su fuerza es menester una prueba en contrario que sea del mismo valor o categoría. Pero también se ha reconocido que la confesión judicial posee aquel valor probatorio suficiente cuando de suyo merezca fe.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Antecedentes del pleito

Celia Márquez de Borrás, en escritura pública otorgada el 25 de julio de 1940 ante el Notario 3º de Barranquilla dijo transferir a título de venta a favor de Manuel Antonio Pérez una casa con su solar ubicada en aquella ciudad, calle **San Roque,** entre carreras **Igualdad** y **Ricaurte.** Figuró como precio de la venta la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) y en la escritura se estipuló pacto de retroventa "al vencimiento del plazo de seis meses" contados desde la fecha de la escritura; y en el propio instrumento consignaron vendedora y comprador un contrato de arrendamiento por el mismo término de seis meses y con un precio mensual de cuarenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($ 43.75).

Vencidos los seis meses, y tres más, sin que Celia Márquez de Borrás readquiriera la casa, Pérez la vendió a la firma comercial Pannier & Prevosteau por la suma de dos mil ochocientos pesos ($ 2.800.00) según se dice en la escritura respectiva que fue otorgada el 12 de marzo de 1941 en la Notaría 3ª de Barranquilla.

Los señores Pannnier & Prevosteau, dueños del lote y edificio contiguos a los que son objeto de este pleito, pretendieron continuar su construcción en el inmueble comprado por ellos a Pérez y por éste a la señora Márquez de Borras, e intentaron acción de lanzamiento, la cual dicen ellos que impidió la señora de Borrás.

Esta señora entabló pleito contra Manuel Antonio Pérez y contra Pannier & Prevosteau en el que ha sostenido que el contrato de compraventa con pacto de retroventa entre ella y Pérez fue simulado y que con la apariencia de tal se hizo "un contrato de mutuo con garantía hipotecaria"; que por consiguiente al vender Pérez a Pannier & Prevosteau el inmueble enajenó cosa que en realidad no le pertenecía; y que Pannier & Prevosteau contrataron con Manuel Antonio Pérez a sabiendas de que éste no era dueño del inmueble que aparece vendiéndoles.

La demandante solicitó en su demanda primitiva y como conclusión de estas premisas, se declare que no tiene valor alguno el contrato de venta con pacto de retroventa que aparentemente se celebró entre ella y Manuel Antonio Pérez; que Pérez está obligado a retrovenderle el inmueble mediante el pago por parte de ella de dos mil quinientos pesos ($ 2.500) que de aquél recibió "en calidad de mutuo a interés"; que si Pérez se halla imposibilitado para hacerle la retroventa, se le condene a pagarle seis mil pesos ($ 6.000) valor de la finca, previa devolución de los dos mil quinientos pesos ($ 2.500) que ella le está debiendo; y, subsidiariamente, que se condene a Manuel Antonio Pérez y a la sociedad Pannier & Prevosteau a pagarle los perjuicios que le han causado: Pérez, por haberse puesto en imposibilidad de retrovenderle la finca, "violando así, dice, el contrato privado que habíamos celebrado"; y la mencionada sociedad, "por haber cooperado en la venta que le hizo el señor Pérez, a sabiendas de que éste no podía enajenar ese bien".

Después reformó la demanda en el sentido de solicitar que se declaren nulos, de nulidad absoluta, los contratos de compraventa a que se refieren las escrituras públicas número 1061 de 25 de julio de 1940 y 368 de 12 de marzo de 1941 —venta de ella a Pérez y venta de Pérez a Pan-

nier & Prevosteau;— y se declare, en consecuencia, que el bien materia del litigio no ha salido del patrimonio de la demandante.

El apoderado de Manuel Antonio Pérez negó los hechos de la demanda y contestó oponiéndose a las súplicas en ella formuladas; y el apoderado de Pannier & Prevosteau presentó demanda de reconvención contra la actora para que se le condenara a indemnizarlos por lo que ellos consideran actos de perturbación, consistentes en haber impedido que se llevara a cabo el lanzamiento, con lo cual, dicen, se demoró la construcción que ellos han querido adelantar como complementaria o continuación del edificio que poseen en el predio colindante y en el cual funcionan sus laboratorios.

La sentencia del Juez 2º Civil del Circuito de Barranquilla, que puso fin a la primera instancia, absolvió a la parte demandada y condenó a la actora al pago de los perjuicios de que trata la demanda de reconvención, sin expresar numéricamente la cuantía de ellos.

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Barranquilla, ante el cual apeló la parte demandante, confirmó la absolución de los demandados Manuel Antonio Pérez y Pannier & Prevosteau; y condenó a la actora Celia Márquez de Borrás al pago de los perjuicios cobrados en la demanda de reconvención señalando expresamente la cuantía de ellos en la suma de ocho mil quinientos sesenta pesos ($ 8.560.00).

Dice el Tribunal que la escritura pública en la cual se consignó un contrato de venta con pacto de retroventa hace plena fe entre las partes; que para desvirtuar el contenido de dicha escritura sería necesario que la actora hubiese demostrado la existencia del contrato oculto, mutuo con garantía hipotecaria, que ella sostiene haber sido el celebrado en realidad bajo la apariencia de compra con pacto de retroventa; y que las pruebas traídas al juicio no tienen fuerza legal para establecer la existencia de ese contrato oculto, porque los testigos presentados no deponen sobre las cláusulas de dicho contrato, porque "la confesión escrita que se desprende de los libros objeto de la diligencia (de inspección) es indivisible y ella sólo acredita el pago que allí consta hecho al señor Pérez Paredes"; y porque la prueba indiciaria no puede tenerse en cuenta ya que al expediente no se allegó el principio de prueba por escrito que la ley exige para admitir por medio de aquélla la demostración del acto o contrato oculto.

Y agrega el sentenciador: ".....el contrato de mutuo con garantía hipotecaria debe probarse por medio de escritura pública en cuanto se refiere a la constitución de la hipoteca —de ahí que en casos semejantes cuando se ha traído a los autos la prueba de un principio por escrito (sic) la Corte haya declarado la existencia de un contrato de mutuo simplemente, es decir, sin garantía hipotecaria".

Refiriéndose a la enmienda de la demanda dice el Tribunal que cuando los contratantes son capaces y se han llenado los requisitos para la validez del acto o contrato, "tanto el acto ostensible como el oculto son válidos" y la misión de la justicia se concreta en ese caso a declarar cuál de los dos es el llamado a producir efectos. "De ahí, manifiesta el sentenciador, que no procedan cuando no existan verdaderas causas de nulidad las declaraciones de estos vicios por razón de la simulación"; y que "en cuanto se refiere a los señores Pannier & Prevosteau bueno es recordar a manera de ilustración que la venta de cosa ajena vale —artículo 1781 del C. C."—; que dichos señores son terceros en relación con la demandante y con el demandado Pérez; y que aquélla no probó en el juicio que la sociedad Pannier & Prevosteau tuviera conocimiento cuando compró la casa de que la venta hecha por la señora Márquez de Borrás a Pérez era simulada.

Acerca de la demanda de reconvención explica el Tribunal cómo la indemnización de perjuicios cobrada por Pannier & Prevosteau a Celia Márquez de Borrás no se funda en base contractual puesto que entre dichas personas no han mediado relaciones de ese género. Y buscando el origen extracontractual a la reclamación dice el sentenciador que como aquella señora se opuso al lanzamiento del tenedor de la finca, y con esa oposición impidió que los señores Pannier & Prevosteau pudieran edificar allí o continuar la edificación que en el predio contiguo tienen, esto les acarreó perjuicios, apreciados por los peritos en ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00).

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación la parte actora; y ante la Corte han alegado extensamente los apoderados constituídos

por la demandante y los demandados para sostener e impugnar, respectivamente, el recurso.

El abogado de la parte recurrente plantea la cuestión así: es de uso corriente en Barranquilla que los prestamistas de oficio no se conformen con una garantía hipotecaria y exijan, para entregar su dinero, por cierto que a elevado interés, que el deudor firme una convención simulada de venta con pacto de retroventa como ocurrió en este caso; pues el señor Manuel Antonio Pérez dio a la señora Celia Márquez de Borrás la suma de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) a la rata mensual del uno y tres cuartos por ciento (1¾% mensual), pero ella tuvo que hacerle escritura de venta de su casa por esa misma cantidad, y para no hablar de intereses quedó como arrendataria del inmueble pagando como renta cuarenta y tres pesos con setenta y cinco centavos ($ 43.75) que equivale exactamente a la rata del uno y tres cuartos por ciento (1¾%) sobre la suma dada en préstamo. Dice, en síntesis, el recurrente: el Tribunal incurrió en error de hecho al menospreciar la prueba de aquel contrato de mutuo, confesión hecha por el demandado Manuel Antonio Pérez al contestar la demanda, pues dijo que el negocio fue de mutuo, de donde resulta que el contrato de venta con pacto de retroventa y el de arrendamiento son simulados y así debió haberlo declarado el Tribunal; no hay prueba clara de que los señores Pannier & Prevosteau supieran, al comprar la casa, que la venta hecha por la señora Márquez a Manuel Antonio Pérez fuera simulada y por tanto deben ser reputados como terceros de buena fe, y no ha de afectarlos la declaratoria de simulación que se espera de la Corte; pero Manuel Antonio Pérez, que enajenó lo que sabía no era suyo, hecho que menoscaba injustamente el patrimonio de la actora, tiene que responder a dicha señora de "las consecuencias" de tal hecho. Y que al no resolverlo así el sentenciador violó el artículo 1769 del C. C. sobre valor de la confesión; el 740 sobre tradición y el 1766 sobre validez de la convención oculta o secreta; el 1849, el 1973 y el 2221 sobre los elementos esenciales de los contratos de compraventa, y arrendamiento y mutuo; el 1939 sobre pacto de retroventa; el 2341 y el 2342 sobre obligación de indemnizar, y el 606 del Código Judicial sobre la fuerza de plena prueba de la confesión judicial.

Y agrega el señor abogado que por errónea interpretación violó el sentenciador los artículos del Código Civil que el mismo Tribunal cita, a saber, 1618 a 1624 del Código Civil en relación con los artículos 1494 a 1501, el 1759 y el 1767, y los artículos 91, 92 y 93 de la ley 153 de 1887.

Por lo que hace a la parte de la sentencia que trata sobre la demanda de reconvención dice el recurrente: cuando los señores Pannier & Prevosteau compraron la casa se hallaba vencido el término del arrendamiento (simulado); "pero la señora Márquez de Borrás, considerada como arrendataria, no estaba en mora de restituír, puesto que no había tenido intención de transferirle a Manuel Antonio Pérez el dominio del inmueble, y, con relación a los terceros, era indispensable, por parte de éstos, el requerimiento de que hablan los artículos 1608 y 2007 del Código Civil"; y explican que como Pannier-Prevosteau, terceros, no dirigieron contra aquella señora ninguna demanda de desahucio ni le hicieron requerimiento alguno, ella no estuvo en mora de entregarles el inmueble ni les ha causado los perjuicios que pretenden cobrar, la existencia de los cuales, por otra parte, no se ha demostrado. Señala como violados por este aspecto los artículos 1608, 1614, 2007 y 2020 del Código Civil por no haberlos aplicado al caso; y los artículos 2341 y 2342 del mismo Código por haberlos aplicado indebidamente.

Pone de relieve el recurrente cómo la señora Márquez de Borrás, al absolver posiciones hizo notar que estando ella en quieta y pacífica posesión de la finca, los señores Pannier & Prevosteau, con una cuadrilla de hombres, rompieron, en forma violenta el inmueble, que estaba ocupado por el "celador León Ponce y su familia", y tumbaron la casa.

Con el error de derecho en que incurrió el sentenciador en la apreciación de la prueba pericial, infringió, "por errónea interpretación, el artículo 721 del Código Judicial, que es disposición sustantiva; por indebida aplicación los artículos 2341, 2342 y 2347 del Código Civil, y por omisión el artículo 494 del Código Judicial".

El abogado de la parte no recurrente impugna la demanda de casación y las razones con que lo hace podrían resumirse así: según doctrina de la Corte, cuando el contrato que se dice simulado o aparente consta por escrito, no es posible desvirtuar esa prueba escrita sino mediante otra de igual categoría o fuerza, "tal como el pacto literal u oculto, confesión o principio de prueba que entonces pueda complementarse con testigos, presunciones e indicios, y con todo medio probatorio"; que en el caso de que se trata y acerca del pacto oculto "no existe en el expediente esa prueba ni podía existir"; y que en cuanto a la confe-

sión, el actor ha pretendido dividir la del demandado Pérez siendo así que la confesión es indivisible de acuerdo con el artículo 609 del C. J. y la constante doctrina de la Corte sobre el particular; y que es, además extemporáneo atacar en casación la apreciación que el sentenciador de instancia hizo de aquella prueba, porque según la jurisprudencia, constante también de la Corte, en este recurso extraordinario no es pertinente provocar un nuevo análisis de los elementos probatorios ni rectificar el criterio del Tribunal "sobre las cuestiones de hecho". Agrega que tratándose de simulación "no es admisible la simple confesión explicada y aclarada e indivisible".

En cuanto a la cuestión suscitada entre los señores Pannier & Prevosteau y la señora Márquez de Borrás sobre la no entrega de la casa dice el abogado de la parte opositora que si hubo juicio de lanzamiento quiere decir que hubo requerimiento previo y que por tanto no existe error de derecho por parte del Tribunal sentenciador de instancia al considerar que la señora Márquez se hallaba en mora de entregar. Anota el opositor que "el recurrente acusa el contrato de venta con pacto de retroventa como simulado, pero sostiene al propio tiempo que el contrato de arrendamiento es verdadero", contrato éste último consignado en la misma escritura de venta; que Pannier & Prevosteau sí sufrieron perjuicios debidos a la actitud de la señora Márquez de Borrás; y que son infundados los cargos del recurrente contra el avalúo pericial de los perjuicios.

Para resolver la Corte considera:

Primer cargo del recurrente contra la sentencia: error consistente en haber menospreciado la prueba de confesión de la cual resulta que entre la actora y Manuel Antonio Pérez lo que hubo en realidad fue un contrato de mutuo.

La señora Márquez de Borrás, al enunciar los hechos en que funda su acción, formuló así el primero de ellos:

"Primero. En el mes de julio de 1940 tuve necesidad de conseguir a préstamo la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00), y al efecto recomendé para su consecución al señor Manuel M. Pardo, quien después de varias gestiones me anunció que había obtenido con el señor Manuel Antonio Pérez, prestamista de esta ciudad, la cantidad de dinero que yo necesitaba, al tipo del interés del uno y tres cuartos por ciento (1¾%), mediante la garantía hipotecaria de un inmueble de mi propiedad".

Y el apoderado de los demandados contestó en relación con este hecho lo siguiente:

"Primero. Es cierto, con la aclaración de que no se trata de hipoteca sino de venta con pacto de retroventa, que una vez vencida la condición se extingue el derecho".

Aceptó, pues, la parte demandada ser verdad el hecho de que la señora Márquez de Borrás obtuvo del señor Manuel Antonio Pérez un préstamo de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) al interés del uno y tres cuartos por ciento (1¾%) mensual; pero explica que esa operación no se garantizó con hipoteca sino con una venta sujeta a pacto de retroventa.

De esta declaración hecha por el demandado resulta que la venta con pacto de retroventa fue accesoria del contrato de mutuo o préstamo que, en este caso, viene siendo el principal.

Verdad es que el demandado agregó al confesar: "no se trata de hipoteca sino de venta con pacto de retroventa que una vez vencida la condición se (sic) extingue el derecho".

El confesante declara sobre un hecho y lo acepta: lo pactado con la señora Márquez de Borrás fue un mutuo; y hace, por otra parte, una apreciación de derecho: la venta con pacto de retroventa que sirvió de garantía al préstamo, extinguió el derecho de propiedad del mutuario que no pagó al vencerse el plazo del pacto de retroventa, que era el mismo plazo del préstamo.

Estima la Corte que el concepto del confesante acerca de la cuestión de derecho no modifica lo declarado por él acerca del hecho que acepta o confesó; y cabalmente el objeto del pleito y de este recurso de casación es definir esa cuestión de derecho.

Ahora: si de la contestación de la demanda se desprende que el contrato ostensible de venta con pacto de retroventa que se hizo figurar en la escritura pública no fue verdadero; y que lo pactado privadamente entre las partes fue un mutuo o préstamo que se quiso respaldar con una garantía real, resulta que la venta con pacto de retroventa fue simulada en la errónea creencia de que podía hacer las veces de una hipoteca con venta de la cosa hipotecada al vencimiento del plazo, al arbitrio del acreedor y sin intervención del juez.

Hay copiosa jurisprudencia de la Corte en el sentido de que las declaraciones hechas por las partes en escritura pública deben tenerse por firmes; y que dada la seguridad de que es preciso rodear tales instrumentos, para contrarrestar o desvirtuar su fuerza es menester una prueba en

contrario que sea del mismo valor o categoría. Pero también se ha reconocido que la confesión judicial posee aquel valor probatorio suficiente cuando de suyo merezca fe.

Y en el caso de autos no se trata de una declaración hecha desprevenidamente, sino nada menos que de confesión por aceptación de un hecho fundamental de la demanda. Hasta el punto de que fuera del mérito meramente probatorio tiene el de la relación procesal entre las dos partes, que delimita las pretensiones de ellas y que no es posible desconocer o variar más adelante.

El Tribunal sentenciador no menciona siquiera esta confesión hecha al contestar la demanda, de suerte que el error en que incurrió al respecto es un error de hecho resultante de haber pasado inadvertida aquella confesión.

Este error de hecho indujo al Tribunal a la violación de las disposiciones del Código Civil que el recurrente cita en el respectivo capítulo de su demanda de casación, o al menos, de las siguientes: el artículo 1769 del C. C. sobre valor de la confesión; el 740 sobre tradición, el 1849, el 1973 y el 2221, sobre los elementos esenciales de los contratos de compraventa, arrendamiento y mutuo. En consecuencia el recurso prospera.

El contrato de venta entre Celia Márquez de Borrás y Manuel Antonio Pérez fue simulado; en el ánimo de aquélla no hubo intención de transferir el dominio, ni en el de Pérez la de adquirirlo, y de este proceso resulta que lo pactado fue un mutuo o préstamo a interés.

La actora planteó de modo inconfundible, en su libelo, la simulación de la compraventa; y pidió se declararan sin valor alguno los dos contratos de compraventa efectuados entre ella y Manuel Antonio Pérez, y entre éste y los señores Pannier & Prevosteau, de quienes aseguró la demandante que habían contratado con Pérez a sabiendas de que no era en realidad dueño del inmueble que decía venderles.

Como Pannier & Prevosteau son terceros respecto de la señora Márquez y de Manuel Antonio Pérez, para que la acción prosperara contra ellos habría sido necesaria la demostración, con plena prueba, de que compraron **a non domino** a sabiendas de esta circunstancia. No se trajo en el curso del juicio la prueba del caso; y, lejos de ello, el mismo recurrente en casación declara no estar demostrado que Pannier & Prevosteau hubieran comprado a sabiendas de que la finca no era de su vendedor.

Al reformar su libelo pidió la demandante que se declaren nulos tanto el contrato de compraventa aparentemente efectuado entre ella y Manuel Antonio Pérez, como el celebrado entre éste y Pannier & Prevosteau. Pero éstos, como terceros a quienes se presume de buena fe, pueden atenerse al acto ostensible o al oculto; y su actitud en el juicio ha sido inequívoca en el sentido de optar por el acto aparente u ostensible.

Declarando, pues, simulada la compraventa entre Pérez y la Márquez, no por eso hay que tener también como írrita la que Pérez hizo a Pannier & Prevosteau. Estos son dueños del inmueble que compraron, y Pérez debe pagarle el precio de éste deducidos los dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) que la señora Márquez le adeuda, como lo solicitó ella en su libelo primitivo.

La demanda de reconvención

Los señores Pannier & Prevosteau cuya calidad de compradores y por ende legítimos dueños del inmueble no se desconoce en la presente sentencia, contrademandaron a la iniciadora de la acción con el fin de que sea condenada a pagarles los perjuicios provenientes de haberles impedido llevar a cabo el lanzamiento, motivo por el cual tuvieron que demorar la construcción complementaria del edificio que poseen en el predio colindante al que es materia del pleito, edificio en el cual funcionan sus laboratorios.

Avaluados los perjuicios contrademandados, los peritos los apreciaron en ocho mil quinientos pesos ($ 8.500.00), y el Tribunal Superior de Barranquilla condenó a la señora Márquez de Borrás a pagar dicha suma a Pannier & Prevosteau.

Como prueba de los hechos que le originaron el perjuicio, la parte interesada trajo copia de algunas piezas del desahucio y lanzamiento adelantados por Pannier - Prevosteau para obtener la desocupación y entrega a ellos de la finca. No figura entre las copias la demanda de desahucio; pero el contexto de las demás y las manifestaciones hechas por las partes en las diligencias hacen ver que éstas no fueron intentadas contra Celia Márquez de Borrás, sino contra Nelson León Ponce. La primera vez no fue lanzado éste porque él y otras personas de su familia pusieron de presente el hecho innegable de no ser arrendatarios; y que la "casa o ruinas que ocupan la habitan por haberla recibido del señor Miguel Borrás, administrador de la señora Celia Márquez, de quien ellos son empleados como celadores de la casa que ocupan".

En la segunda diligencia se opuso al lanzamiento el doctor Julio Tomás Castillo, apoderado de la señora Márquez de Borrás, alegando el derecho de propiedad de su poderdante sobre el inmueble en referencia; y en una tercera ocasión el mismo apoderado volvió a oponerse, alegando el derecho que la señora Márquez de Borrás tenía como arrendataria, derecho resultante de la escritura pública en que ella, al venderle el inmueble a Pérez quedó como arrendataria de Pérez en la finca vendida, arrendamiento que, decía el opositor al lanzamiento, deben respetar los nuevos compradores Pannier & Prevosteau.

Aquellas oposiciones al lanzamiento son las pruebas de los hechos imputados a la señora Márquez de Borrás como productores de los perjuicios que dicen haber sufrido los contrademandantes Pannier & Prevosteau.

Para juzgar si tales hechos generan responsabilidad a cargo de la señora Márquez de Borrás se considera:

Ya quedó dicho que a los señores Pannier & Prevosteau no es posible anularles el título por medio del cual compraron el inmueble a Manuel Antonio Pérez, porque debe considerárseles como terceros de buena fe, con derecho de atenerse bien al contrato aparente Márquez - Pérez que consta en escritura pública, bien al pacto oculto celebrado realmente por éstos; y que toda su actuación en el juicio va encaminada a optar por el contrato ostensible.

Pero es claro que no pueden acogerse para unos efectos al pacto ostensible y, para otros, al oculto.

Resolvieron atenerse al contrato que aparece en la escritura pública otorgada por Celia Márquez y Manuel Antonio Pérez; y como allí se estipuló que dicha señora continuaría en el inmueble a título de arrendataria, Pannier & Prevosteau no pueden desconocerlo.

Verdad es que cuando ellos compraron ya habían expirado los seis meses de duración del arrendamiento; pero no es menos cierto que Pannier & Prevosteau dirigieron su acción de desahucio contra persona distinta de la señora Márquez de Borrás.

Por otra parte, el artículo 2007 del Código Civil dice: "Para que el arrendatario sea constituído en mora de restituír la cosa arrendada, será necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio; y si requerido, no la restituyere, será condenado al pleno resarcimiento de todos los perjuicios de la mora, y a lo demás que contra él competa como injusto detentador".

De manera que a la señora Márquez de Borrás no se le constituyó en mora de restituír la cosa arrendada porque no se dirigió contra ella la acción de desahucio; y porque en caso de haberse intentado contra ella, en ese caso siempre era "necesario requerimiento del arrendador, aun cuando haya precedido desahucio".

Y si no estaba en mora de entregar, no es posible afirmar que por la no entrega del inmueble haya incurrido en culpa que la obligue a indemnizar perjuicios los cuales se avaluaron pero no se probaron.

La actora solicitó en su demanda se declare sin valor el contrato de compraventa que aparece celebrado entre ella y Manuel Antonio Pérez; y que en caso de hallarse éste en imposibilidad de transferirle a ella el dominio del inmueble, se le condene a pagarle la suma de seis mil pesos ($ 6.000.00) en que estimó su valor, previa deducción de los dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) que la demandante le adeuda; y agrega: "mediante la obligación correlativa por mi parte, de hacerle entrega real y material del inmueble del cual estoy en posesión real y efectivamente".

Al reformar la demanda solicitó que se declare nula de nulidad absoluta la compraventa que aparece celebrada entre la actora y Manuel Antonio Pérez y nulo el contrato de compraventa de Pérez con Pannier & Prevosteau; y que, en consecuencia, se declare que el bien materia de la litis no ha sido realmente enajenado y que por tanto permanece en el patrimonio de la demandante".

En otro lugar de esta sentencia quedó explicado por qué no es posible declarar nulo el contrato de compraventa celebrado entre Manuel Antonio Pérez y Pannier & Prevosteau, lo cual trae como consecuencia que tampoco sea dable declarar que el inmueble permanece en el patrimonio de la demandante.

Pannier & Prevosteau, adquirentes de buena fe, son dueños de aquél y, por consiguiente, las súplicas viables de la demanda son las relativas a que Pérez restituya a la demandante el valor del inmueble; es obvio que con los intereses legales de la suma que representa ese valor. Y como resulta de autos que el contrato realmente pactado entre Manuel Antonio Pérez y Celia Márquez de Borrás fue el de mutuo, ella, al tenor de lo anunciado en la demanda misma, deberá, a su turno,

pagarle los dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00), más los intereses estipulados.

Por todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley **invalida** la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla fechada el dieciseis de mayo de 1944 y **revocando** la sentencia de primera instancia, falla este pleito así:

1º Condénase a Manuel Antonio Pérez a pagarle a Celia Márquez de Borrás el valor del inmueble descrito en la demanda por su situación y linderos, inmueble que fue objeto del aparente contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 1061 otorgada ante el Notario 3º de Barranquilla con fecha 25 de julio de 1940, instrumento en el cual, bajo la apariencia de compraventa, se quiso consignar un contrato de mutuo o préstamo de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) al interés del uno y tres cuartos por ciento (1¾%) mensual;

2º Por los trámites del artículo 553 del C. J. se fijará el precio actual de aquella finca, el que Pérez pagará a la señora Celia Márquez de Borrás; pero como ésta limitó su súplica al respecto a seis mil pesos ($ 6.000.00), no excederá de esta cifra la base de tal prestación. La cantidad así determinada ganará intereses legales a favor de la señora Márquez de Borrás y a cargo de Pérez desde el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta hasta el día del pago que se hará dentro de seis días a partir de la fecha en que quede en firme la estimación pericial;

3º De la suma de capital e intereses a que se refiere el punto anterior se deducirá la cantidad de dos mil quinientos pesos ($ 2.500.00) que Celia Márquez de Borrás adeuda a Manuel Antonio Pérez, más los intereses convencionales, liquidados desde el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta hasta el día del pago;

4º La señora Celia Márquez de Borrás entregará real y materialmente el inmueble tantas veces citado a Manuel Antonio Pérez, a fin de que éste lo entregue, a su vez, a los dueños actuales, Pannier & Prevosteau;

5º Se niegan las demás súplicas de la demanda y se niegan también las formuladas en la demanda de reconvención.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

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

(Magistrado ponente: doctor Ricardo Hinestrosa Daza).

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra la sentencia de segunda instancia pronunciada por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente juicio ordinario de Breuer, Moller & Compañía contra Roberto Echeverri V. sobre indemnización de perjuicios.

Antecedentes

En la Notaría de Honda por escritura número 606, el 19 de agosto de 1925 se constituyó la sociedad comercial anónima "Compañía Industrial La Dorada" con término de cinco años contados desde ese día. Entre sus fundadores figuran el prenombrado señor Echeverri y el señor Hans Heinatz (cuaderno 4, folios 7 a 9).

Por escritura número 1371, otorgada el 24 de septiembre de 1938 ante el Notario 5º de Bogotá, estos dos señores como únicos accionistas de aquella compañía, la declararon disuelta y liquidada, y junto con otros otorgantes constituyeron una nueva sociedad anónima con el mismo nombre, a la cual transfirieron aquéllos todas las acciones y derechos suyos en la compañía disuelta en pago de sus acciones en la nueva, la que adquirió todos los bienes de la anterior y asumió su pasivo (cuaderno 1º, folios 1 a 7).

Ante el mismo Notario 5º otorgó Echeverri el 14 de febrero de 1940 la escritura número 231, en que declara que por traspasos que le han hecho de sus respectivas acciones los restantes accionistas de dicha compañía, ésta ha dejado de existir y la liquida adjudicándose su activo "en plena propiedad, con la obligación de que se hace cargo de pagar el pasivo social....." Los aludidos accionistas restantes se mencionan en este instrumento y son los mismos otorgantes de la escritura social de 1938, entre ellos, por tanto, Heinatz. (Cuaderno 1º, folios 14 a 16).

A la primera compañía mencionada dirigió Heinatz el 5 de julio de 1930 una carta en que le comunica que ha "traspasado en calidad de prenda a los señores Breuer, Moller & Co., Sucesores, Barranquilla, las ciento treinta y ocho acciones" que tenía en la dicha Compañía Industrial de La Dorada (cuaderno 2º, folio 13).

Esta carta se respondió por la de 22 de septiembre de 1931 con la firma de Echeverri dirigida a la dicha casa de Barranquilla diciéndole: "..... les significo que estoy enterado de que no debe aprobarse ninguna operación de traspaso de las acciones que el señor Hans Heinatz posee en la Compañía Industrial La Dorada sin que la referida operación de venta haya recibido la aceptación de parte de ustedes". (Cuaderno 1º, folio 12).

Breuer, Moller & Co. dirigieron a la Compañía Industrial de La Dorada con fecha 23 de febrero de 1937 una carta en que dicen: "Según informaciones que hemos recibido del señor Hans Heinatz, esa persona jurídica es en la actualidad una sociedad de hecho por la circunstancia de haberse vencido el tiempo estipulado para su duración. De otro lado media la circunstancia de que el mismo señor Heinatz nos ha dado una garantía prendaria que consiste en las acciones que él tiene o tenía en esa sociedad.

"Y como ahora proyectan ustedes liquidar la sociedad anterior y constituír una nueva con los haberes de aquélla, manifestamos a ustedes que el contrato que tenemos con el señor Heinatz no impide en forma alguna la liquidación proyectada ni la formación de la nueva sociedad, pues no está limitado en forma alguna el dominio del señor Heinatz sobre esas acciones, ni el contrato que tenemos con él nos da derecho a los dividendos de tales acciones ni a ninguno de sus accesorios, ni a su representación en asambleas, juntas directivas, etc., y sólo en caso de una venta de sus acciones, el señor Heinatz no podría disponer del producido sino con nuestro consentimiento". (Cuaderno 1º, folio 37).

En libelo repartido al Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá el 1º de octubre de 1940, por medio de apoderado Breuer, Moller & Co. entabló demanda contra el prenombrado Echeverri "para que por sentencia definitiva se le condene a pagar los perjuicios que ocasionó a la sociedad que represento por haber permitido la venta de unas acciones de la sociedad denominada Compañía Industrial de La Dorada, S. A., de la cual era gerente, sin previo permiso de la sociedad Breuer, Moller & Co., Sucesores, co-

mo lo explicaré en los hechos que más adelante enumero".

Esos hechos son, en suma, los expuestos ya aquí como antecedentes y, además, el de que el saldo que la cuenta corriente entre la sociedad demandante y Heinatz arroja a cargo de éste es la suma de $ 10.935.92, que es la misma en que la demanda estima los perjuicios, advirtiendo someterse a la que pericialmente se fije. Advierte que ese saldo quedó sin respaldo por el traspaso de las acciones de Heinatz a Echeverri sin haber solicitado ni obtenido el consentimiento de Breuer, Moller & Co.

Echeverri contestó oponiéndose por no tener los demandantes acción alguna contra él, a quien nada impedía comprar aquellas acciones, y porque las que compró fueron las de la Compañía de 1938 que no tenían gravamen alguno, porque no a ellas sino a las de la compañía anterior era a las que se referían la carta de Heinatz sobre prenda y la de respuesta. Invoca también en su defensa la citada carta de 1937 que original acompañó a su contestación del libelo.

La primera instancia se cerró con sentencia de dicho Juzgado de 25 de junio de 1943 que absuelve al demandado, sin condenación en costas. Su fundamento es la falta de prueba de la existencia de la Sociedad Industrial de La Dorada y de quién era su representante al sucederse los hechos referidos, y no estar acreditado que se creara vínculo entre Echeverri personalmente o como presidente de esa compañía y, de otro lado, la sociedad demandante.

Apelada esa sentencia y tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior la falló el 12 de septiembre de 1944 declarando probada la excepción de falta de personería sustantiva de la parte demandada y no haber lugar, por tanto, a hacer ninguna de las declaraciones pedidas. Sin costas.

Es base de este fallo que la obligación nacida de la carta y su respuesta sobre prenda no es personal de Echeverri, por lo cual no es de él, sino de la compañía que representaba, de quien cabe exigir la responsabilidad a que haya lugar. En otras palabras: lo tocante al vínculo que crearan esas cartas representa una relación entre las dos sociedades entre las cuales se cruzaron, a la que es ajena la persona de Echeverri, y por lo mismo, al dirigirse la demanda contra él, se ha dirigido contra persona distinta de la obligada a responder.

El recurso

Varios cargos formula el abogado de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal. De conformidad con el artículo 538 del C. J., prosperando uno de ellos, se prescinde de los restantes.

Ese cargo que se acoge es el de violación de ley sustantiva por error en la apreciación de ciertas pruebas, así:

El Tribunal, como acaba de decirse, no encuentra que Echeverri responda personalmente de la acción incoada, y a esta conclusión no puede llegarse sino desoyendo estos hechos debidamente comprobados, a saber: la primera Sociedad Industrial de La Dorada al recibir el aviso de prenda que le dio Heinatz y contestarlo como lo hizo, asumió las obligaciones correspondientes; la segunda sociedad de ese nombre, al constituírse en 1938, asumió las obligaciones de aquélla y adquirió todo su haber tal como éste se hallaba, y al declarar Echeverri lo que declaró en la citada escritura de 1940, en forma de adquirir el activo y asumir el pasivo de esta sociedad, ocupó su lugar en todo lo atañedero a tales bienes y deberes.

Esta sencilla sucesión de hechos, así como la conexión con que se atan entre sí, obliga a reconocer que sí es procedente demandarlo a él en persona, sin que esto anticipe concepto en el fondo, o sea sobre si las mencionadas cartas crearon una obligación cuyo incumplimiento causó el perjuicio cuya indemnización se demanda.

Echeverri niega que la Sociedad Industrial de La Dorada contrajera vínculo alguno, fundándose en que esta vinculación se hace consistir en que respondió la citada carta de aviso de constitución de la prenda, y en que esa respuesta no puede atribuírse a la sociedad, porque la carta que la formula fue de Echeverri, que no la representaba, y además, se escribió en papel cuyo sello o membrete no era el de ella sino el de otra compañía.

La superficialidad de esta última alegación, llega hasta ni tomarla en cuenta, ya que, por otra parte, el contexto de esa carta, aquí transcrita ya, pone en evidencia su alcance, sentido y autor. Cuanto a la representación de esa sociedad por Echeverri, es de observarse que si los esfuerzos de la Casa demandante para demostrarla mediante certificación del Juzgado y de la Cámara de Comercio fueron infructuosos, ello se debió a que la sociedad faltó a sus deberes legales sobre inscripción y registro, según se ve de lo que contestaron esas oficinas a las solicitudes sobre tales pruebas. Por otra parte, obran en el proceso, traídas en legal forma, actas de reuniones de esa sociedad en que consta que Echeverri las presidió, y escrituras públicas otorgadas por él como su presidente: tal la sesión de 31 de octubre de 1928 y la escritura de 14 de noviembre subsiguiente, número 1136, de la Notaría de Honda, sobre aumento del capital social (cuaderno 4º, folio 15).

Se justifica, pues, la acusación del recurrente sobre error de apreciación de estas pruebas y su se-

ñalamiento como una de las fuentes del quebranto de las disposiciones sustantivas citadas, entre ellas el artículo 1494 del C. C.

En suma: la Sociedad Industrial de La Dorada respondió sin presentar reparo alguno la carta de aviso sobre prenda y con este acto voluntario suyo asumió responsabilidad; ésta quedó pesando sobre la sociedad de ese nombre formada en 1938 para continuar sus actividades con sus mismos bienes y negocios y sin más alteración de personal que el necesario para que, con una acción cada uno, ingresaran en ella los individuos necesarios, en número de tres, para completar el mínimum de cinco accionistas que la nueva ley requería; y Echeverri al adquirir todas las acciones y todas los bienes de esta sociedad, asumió su pasivo, según queda visto al discriminar las cartas y escrituras públicas a que se está aludiendo.

No era, pues, el caso de declarar la excepción ante la cual quedó por afrontarse y decidirse el pleito o, singularmente, lo atinente a la responsabilidad tantas veces referida. Si ésta, como queda demostrado, la asumió Echeverri, la demanda está bien dirigida contra él, puesto que se encamina a hacer efectiva aquélla.

Lo dicho hasta aquí determina la aceptación del cargo estudiado y consecuencialmente la infirmación del fallo recurrido.

Para dictar el que ha de reemplazarlo, se considera:

Por obra de su tantas veces citada respuesta a la carta de aviso de constitución de la prenda, la Sociedad Industrial de La Dorada quedó obligada a concurrir en lo de su resorte a la eficacia de esa caución, en su caso y día, es decir, cuando, resultando una deuda a cargo de Hans Heinatz y a favor de Breuer, Moller & Co. en razón del negocio o grupo de negocios aludidos en dicho aviso, se llegara la oportunidad de hacer efectivos esta Casa sus derechos de acreedor prendario.

Cuando la Sociedad Industrial de La Dorada cayó en la cuenta de que el término de su duración había expirado sin prorrogarse y decidió otorgar nueva escritura de constitución de sociedad, cual si se tratase de otra nueva, para continuar sus labores sobre las mismas bases en que se hallaba a la sazón, fue cuando Breuer, Moller & Co. le dirigieron la carta de 1937 aquí transcrita, para autorizar esa medida, es decir, el paso en cuya virtud había prácticamente de continuar aquella Compañía existiendo. La Sala no afirma que este concepto sea el jurídico, sino simplemente que fue el de las personas y sociedades prenombradas al acudir a ese proceder y al darle, al menos comercialmente y de hecho, ese alcance.

Adviértese esto, porque las partes han contendido sobre la intención de esa carta de 1937, en la que Echeverri dice ver la prescindencia de Breuer, Moller & Co. de los derechos que pudieran haber surgido en su favor en el evento, negado por Echeverri, de que se tenga a la Sociedad Industrial de La Dorada como responsable de algo por la respuesta contenida en la carta de 22 de septiembre de 1931.

Y no sólo esa prescindencia halla Echeverri en la carta de 1937, sino, de otro lado, el lleno de lo que correspondería a aquella responsabilidad, razonando así: lo empeñado fueron las acciones de Heinatz en la primera de dichas compañías, no en la segunda, constituída después (1938); la obligación en referencia versaba sobre aquéllas y consistía en no autorizar su traspaso sin la venia de Breuer, Moller & Co.; por tanto, concedida ésta en la carta de 1937, nada quedaba pendiente a que se pudiera faltar.

Esta última alegación es inaceptable en fuerza de lo antedicho sobre los antecedentes de vencimiento de plazo y continuación de aquella compañía de que ya se habló aquí y que la carta trae a cuento como punto de partida. Si todo se hacía en el concepto de que se había de continuar la compañía primitiva, como en el hecho sucedió, con el mismo capital y objeto y su mismo personal, salvo en esto el ocasional ingreso de tres nuevos socios con sendas acciones para completar los cinco accionistas requeridos en ley; y si, dentro de la misma senda, Heinatz quedó con las mismas ciento treinta y ocho acciones que tenía cuando la prenda se constituyó, salta a la vista que las acciones suyas en la compañía solemnizada en 1938 quedaron reemplazando aquéllas y, por ende, bajo la prenda que a éstas gravaba.

De resto, mal puede entenderse que la carta en estudio (la de 1937) exprese o sugiera la prescindencia de la garantía por el acreedor. Su contexto impide darle semejante sentido. Para prescindir, esto habría bastado, sin que tuviera causa o explicación todo lo demás que la carta hace presente. Y ésta después de agregar que Breuer, Moller & Co. no tienen el dominio de esas acciones ni ninguna de las atribuciones que a este derecho corresponden, advertencia innecesaria por tratarse sólo de acreedor prendario, termina diciendo que Heinatz no podrá disponer de su producto sino con el consentimiento de esta Casa. Absurdo sería entender esta frase como una autorización y hasta incitación a Heinatz para venderlas libremente y una limitación de la casa acreedora, como derecho único suyo, a que Heinatz no dispusiera del dinero recibido por él. Dueña era la Casa de prescindir de la prenda y de entregarse así a la buena fe de su deudor. La Sala no le niega esa potestad, sino que simplemente no encuentra

que aquélla procediera así al escribir su carta de 23 de febrero de 1937, sino que, por el contrario, refrendó en ella su derecho de acreedor prendario en forma de quedar bajo él las acciones de Heinatz en la compañía que, mediante la nueva escritura allí contemplada, vino a continuar, en concepto de todas las personas que intervinieron en ello, la primitiva Sociedad Industrial de La Dorada.

Ya se vio cómo en escritura de 1940 asumió Echeverri las obligaciones de esta compañía que, a su turno, habían sido asumidas por la que para continuarla se escrituró en 1938.

Condensando lo dicho hasta aquí, en relación con las cuestiones que forman el fondo del pleito, se tiene que Echeverri se hallaba en el deber de respetar la prenda cuando, prescindiendo de ella, adquirió las acciones de Heinatz libremente, cual si tan sólo se tratase de su capacidad de contratar comprando lo que a bien tuviese, como enfáticamente lo proclama a lo largo del litigio.

Queda por examinar si esa falta causó perjuicio. Sabido es que, como es lógica elemental, en un pleito sobre indemnización de perjuicios la demostración de haberse causado éstos es algo de tan primordial interés como lo es siempre la causa en relación con el efecto.

El razonamiento básico de la Casa demandante es éste: la prescindencia de la prenda dejó en descubierto el crédito suyo que ésta garantizaba. En consecuencia, el punto de partida es la existencia de ese crédito, es decir, que ante todo debe indagarse si él es dentro de este proceso un hecho comprobado.

Claramente se ve que si esta comprobación falta aquí, una sentencia condenatoria carecería de su soporte indispensable.

Ahora bien, esa comprobación no se ha aducido.

En efecto: lo único que como prueba obra en el expediente al respecto es la declaración rendida por Heinatz como testigo, que en seguida se analizará, rendida en el término probatorio de la primera instancia (cuaderno 2º, folios 16 y 17), y las copias obtenidas como prueba en la segunda (cuaderno 5º, folios 5 a 13), que en seguida se estudian también.

Aquella declaración contiene el reconocimiento que hizo Heinatz de la carta de aviso de la prenda, fechada en Honda el 5 de julio de 1930 y, sobre todo, su respuesta al punto final del interrogatorio, la que dice: "Es cierto que el día 31 de marzo de 1940 adeudaba yo a la compañía o sociedad Breuer, Moller & Co., Sucesores, la suma de $ 10.935.92". Contrainterrogado, afirmó que el 9 de junio de 1939 dirigió él a Echeverri una carta en que le informaba que vendió (Heinatz) su casa en $ 6.000.00, a esa compañía, la que le rebajó los intereses desde el año de 1933 y además $ 2.000, por lo cual quedó él debiéndole sólo $ 3.000, que debía pagarle en julio del año siguiente. Después de reconocer que había escrito a Echeverri tal carta, agrega Heinatz que su convenio con dicha Casa acreedora quedó sujeto a la cancelación de la deuda con plazo hasta junio de 1940, en forma de que, caso de no cumplir, quedaba sin validez la rebaja.

Esta declaración la rindió el 12 de febrero de 1940.

Las aludidas copias están tomadas de la causa mortuoria de Heinatz y acreditan que el Juez de ésta, el del Circuito de Manzanares, en auto de 16 de marzo de 1942, cuya reposición negó en el de 30 del siguiente abril y que el Tribunal Superior de Manizales confirmó en el de 3 de septiembre del mismo año, no accedió a señalar nuevo día para inventarios como lo solicitaba el apoderado de Breuer, Moller & Cía. con el fin de que se incluyese un crédito en su favor por la suma expresada, fundándose en la declaración rendida por Heinatz en el presente juicio, ya citada y parcialmente trascrita aquí, en la que el apoderado decía ver la plena prueba del crédito. Juez y Tribunal no estimaron que tal declaración tuviese esta calidad ni siquiera la de confesión, ante los artículos 612 y concordantes del C. J., agregaron que aunque la tuviera, no podría reputarse con mérito ejecutivo, según el artículo 983 de esa obra, y que faltando este elemento y no habiendo el acuerdo unánime de los herederos, no era procedente la solicitud de inclusión, según el artículo 941, ibidem.

Esa copia se complementa con la demanda ejecutiva incoada por la casa hoy demandante contra la viuda e hijos de Heinatz para el pago de la expresada suma y con la negativa que tal pretensión recibió en dicho Juzgado y Tribunal en autos de 22 de abril de 1942 y 23 de julio de 1943, respectivamente, con los mismos fundamentos que acaban de verse para la solicitud de la misma Casa en la causa mortuoria.

Bien se comprende desde luego que el empeño demostrado con esas gestiones no puede tomarse como prueba de la existencia del crédito. Queda al respecto tan sólo la declaración de Heinatz. Y sin lugar a disquisiciones inoficiosas sobre la diferencia entre parte litigante y testigo y entre confesión y declaración testimonial, es obvio que la afirmación de Heinatz en su mera calidad de testigo en un juicio en que no es ni actor ni reo, no puede tomarse legalmente por confesión y, más todavía, que aunque por tal se tuviese, ella por sí sola no bastaría para dar por comprobado el crédito en pleito que, como sobra repetirlo, se ventila entre personas distintas de él, por lo cual la sentencia definitiva no tendría contra él alcance. Y aunque pudiera decirse que a la postre esa declaración habría de perjudicarlo y, por lo

mismo, no le faltaría este detalle necesario para configurar una confesión, ello es que en las alternativas de negocios y arreglos entre Heinatz y dicha Casa de Barranquilla, así como de los que ocurrieran entre él y Echeverri, no puede saberse hasta dónde estimara Heinatz que pudiera convenirle, en vez de perjudicarlo, una declaración como la que rindió en este pleito en calidad de testigo. Estas contingencias y conjeturas, acerca de las cuales en el fondo nada conceptúa la Sala, las pone de presente porque concurren a impedirle tener aquí como plena prueba de la existencia del crédito el dicho de un testigo, por más que éste sea quien aparezca en tal dicho como obligado.

En el término probatorio de la primera instancia se solicitó y obtuvo un avalúo pericial que fue materia de pedimento de ampliación oportunamente decretado y cumplido; pero no de objeción alguna. Allí los peritos principales de común acuerdo, en vista de los datos suministrados por las correspondientes escrituras públicas de sociedad y liquidación aquí citadas, estimaron en un valor por lo menos de cien pesos cada una de las ciento treinta y ocho acciones empeñadas, y hallando que, por tanto, sobradamente respaldaban el crédito garantizado con tal prenda, estimaron los perjuicios en la misma suma señalada por la Casa demandante como valor del crédito, no sin advertir que si el precio de las acciones hubiera sido inferior, el valor de los perjuicios, por alto que fuese el del crédito, habría tenido que limitarse al de la cosa pignorada (cuaderno 2º, folios 22 a 31).

Pero, como sobra repetirlo, dentro de la presente causa no puede darse por demostrado el monto del crédito ni siquiera su existencia.

Es, pues, el caso de declarar probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo o de un modo indebido y, en fuerza de ella y en tal forma abstenerse dentro de la presente causa el sentenciador de decretar lo demandado.

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 Bogotá el doce de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y revocando la del Juzgado 4º Civil de este Circuito de veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y tres, falla este pleito así: declárase probada la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo o de un modo indebido y en consecuencia se resuelve que no es el caso de decretar lo pedido en la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.
(Fdos.)

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda.— Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

José Ortiz entabló demanda en vía ordinaria para que, reconociéndose su dominio sobre el camión detallado en el libelo, se decrete su entrega y pago de frutos a cargo de Pedro Luis Villa, contra quien, en calidad de poseedor, dirigió su acción reivindicatoria.

Así lo decretó el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Medellín al cerrar la primera instancia con fallo de 19 de mayo de 1942, confirmado por el Tribunal Superior en el de segunda el 24 de octubre de 1944, contra el cual el demandado interpuso casación, recurso que hoy se decide.

Ortiz demuestra que adquirió aquel bien, y en ello conviene Villa agregando que hasta su propio interés a eso concurren, porque si sostiene ser el dueño actual es porque se lo compró a Antonio Correa que lo adquirió por enajenación de Ortiz. Sobre este pie acusa Villa en casación por quebranto del artículo 950 del C. C., en razón de haber reconocido el Tribunal en favor de Ortiz una acción que esta disposición legal no confiere sino al dueño.

Inaceptable el cargo. La única causa o senda por donde Ortiz se desprendió del dominio de dicho bien es, según el mismo Villa, la enajenación que Ortiz hizo a Correa, y ésta consiste en una permuta en que en cambio del camión que daba a Correa, Ortiz adquiría un lote de terreno de éste, y brilla por su ausencia en el proceso la escritura pública indispensable para entender legalmente celebrada una permuta de inmueble. No es que esa escritura dejara inadvertidamente de traerse a los autos, con lo que habría bastado ante el artículo 593 del C. J. para decidir como a esa falta corresponde, sino que no se otorgó, por estar embargado el terreno en actuación judicial contra Correa.

Esta circunstancia es decisiva: si no hubo permuta, si ésta fue la exclusiva manera de salir el camión del dominio de Ortiz, si, por ende, este dominio no ha cesado, el Tribunal, lejos de violar el citado artículo 950, lo obedeció y aplicó.

Así las cosas, es inoficioso estudiar los cargos de Villa sobre error de apreciación de pruebas de que se dedujo ese supuesto quebranto, ya que, no es de esas pruebas, sino de la falta de la permuta de donde se deduce que el dominio de Ortiz subsiste. Por tanto, aun descartadas del todo las pruebas de cuya errónea apreciación acusa Villa, queda en pie el soporte del fallo recurrido. Además, las tachas de Villa no se refieren en manera alguna al hecho de haber sido Ortiz dueño del camión, sino a la pretendida cesación de su dominio por virtud de una permuta que, repítese, carece de existencia legal, pues fue meramente apalabrada.

Otros temas se discutieron en las instancias y se trataron en el fallo recurrido como, por ejemplo, si la adquisición del camión por Villa en compra-venta, respaldada por la buena fe con que dice éste haberlo comprado, debiera haber sido amparo contra el ataque de Ortiz; pero ninguno de esos temas se presentan en la demanda de casación, la que se concreta y limita al cargo relativo al artículo 950 del C. C., cargo desechado en fuerza de lo antedicho.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el veinticuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

(Fdos.)

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. ppdd.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE SERVICIOS

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo).

En el juicio ordinario adelantado por Fidel Rivera contra Luis E. Williamson ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá para el pago de unos servicios, el apoderado del demandante interpuso casación contra la sentencia del respectivo Tribunal Superior que absolvió al demandado.

Invoca el recurrente las causales 1ª y 2ª, artículo 520 del Código Judicial; pero respecto de esta última ninguna razón aduce, de suerte que a la Corte no le incumbe examinar sino lo relativo a la causal 1ª

Ha sostenido el actor en este pleito que durante doce años prestó diversos servicios a Luis E. William son sin que hasta ahora le haya pagado nada por ellos.

El Tribunal reconoce que en el juicio se halla comprobada la prestación de los servicios, conssitentes en el cobro de arrendamientos, que Rivera hacía a inquilinos de Williamson, la consignación de dineros de éste en varios bancos de la ciudad y el cobro de dividendos que algunas compañías comerciales pagaban periódicamente al demandado. A esto se agrega el pago que solía hacer Rivera de los servicios de agua, luz y teléfono de la casa que Williamson ocupaba, y aun el del arrendamiento de ésta; así como también el traslado o transporte de efectos de los almacenes o de la estación del ferrocarril a la casa del mismo Williamson.

Pero explica el sentenciador que Rivera, empleado a sueldo del señor Ernesto Restrepo cuyos bienes administraba Williamson como apoderado general, tenía que obedecer las órdenes de este último; y "sencillamente lo que quiere es que se le pague dos veces la actividad que desarrolló en un solo empleo". Agrega el Tribunal que Rivera recibió puntualmente el pago de su sueldo mensual como empleado de Ernesto Restrepo; que no le era dado discutir órdenes del administrador general de dicho señor relativas a diligencias que debiera cumplir; que las de Williamson las cumplía de manera discontinua y ocasionalmente, como quien dice al lado de las que eran propias de su empleo; y, por último, que si por ejecutar las de Williamson desatendía las de Restrepo más bien sería responsable ante éste y, posiblemente Williamson ante Restrepo. Pero que entre el administrador Williamson y el empleado Rivera no existe vínculo contractual ni otro que justifique el cobro de los servicios.

Sostiene el recurrente que erró el sentenciador al fundar su fallo "en la tesis peregrina..... de que una persona no puede comprometer con dos a la vez sus personales servicios, por el hecho de haber contraído análogo compromiso con una de ellas y de haber sido la otra mandatario de la primera". Señala como disposición violada de la ley el artículo 1502 del Código Civil "que establece los requisitos para que una persona pueda obligarse contractualmente". Y concluye así: el Tribunal fallador "ha violado este precepto de nuestra ley sustantiva y todos los demás relativos a la capacidad contractual de las personas; por lo cual su fallo debe casarse o romperse".

El apoderado de la parte demandada se opone subrayando la observación de que al estudiar el recurso tiene la Corte que ceñirse a confrontar la sentencia con el artículo 1502 del Código Civil; "comoquiera, explica, que **'todos los demás'** que el recurrente estima violados se sustraen al dominio del recurso por no haberse citado en conformidad con el artículo 531 del C. J."

Para resolver considera la Corte:

1º — Ya se dijo que el recurrente invoca las causales 1ª y 2ª de casación, pero que sobre la última de ellas guardó silencio lo cual exime a la Corte de su análisis, máxime tratándose de sentencia que, por ser absolutoria, no puede dejar de hallarse en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, aun cuando discrepe de los deseos de uno de ellos, lo cual es diferente;

2º — En cuanto a la causal primera, puesto que la única disposición legal que se cita como violada es el artículo 1502 del Código Civil, y la demanda de casación no plantea otros aspectos ni alude siquiera genéricamente a normas sobre prestación de servicios, mandato u otras, el examen de la Corte tiene que limitarse a ver si la sentencia acusada viola efectivamente el artículo 1502 del Código Civil;

3º — El fallo del Tribunal se funda en que el vínculo de dependiente o arrendatario de servicios ligaba a Rivera tan sólo con Ernesto Restrepo, cuyos bie-

nes administraba Williamson; y que entre éste y Rivera no mediaba tal vínculo ni ninguno otro que directa y personalmente obligue a Williamson. De manera que el sentenciador no niega la capacidad que para obligarse posea, en general, Fidel Rivera; ni siquiera su capacidad para obligarse con Williamson. El artículo del Código Civil que se cita como violado dice que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario: 1º, que sea legalmente capaz; y define: "La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma y sin el ministerio o la autorización de otra". En el caso de que se trata no ha dicho el Tribunal que Rivera sea incapaz civilmente para obligarse, ni que necesitara "el ministerio o la autorización" de Ernesto Restrepo o de otra persona para obligarse en general, o para contratar con Williamson. Lo que sostiene el sentenciador de instancia es que los servicios, ocasionales y pequeños, prestados por Rivera a Williamson, quedan englobados dentro de los que Rivera estaba obligado a prestar como empleado a sueldo fijo y de tiempo completo de la persona cuyos intereses y bienes manejaba Williamson. No quebrantó, pues, la sentencia acusada, el artículo 1502 del Código Civil y, por consiguiente, el recurso no prospera.

Por lo expuesto, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, sentencia que absuelve al demandado Luis E. Williamson de los cargos de la demanda.

Condénase en costas al recurrente.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Emilio Prieto, Oficial Mayor.

ACCION PETITORIA DE SIMULACION DE UN CONTRATO

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Civil. — Bogotá, veintidós (22) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda).

Juan Gregorio Gómez, hablando por medio de apoderado especial, propuso ante el Juez Civil del Circuito de Salamina juicio ordinario contra Jorge Julio Gómez S., para que en sentencia definitiva se declarara lo siguiente:

"A). Que existe simulación en el contrato de compraventa especificado en la escritura número 78 de 29 de enero de 1928.

"B). Que queda sin valor alguno el contrato mencionado en la escritura número 78 de 29 de enero de 1928 por la falta del pago del precio estipulado en ella y por parte del comprador.

"C). Que la finca de que trata la escritura número 78, en todos sus lotes, es de propiedad de Juan Gregorio Gómez.

"D —Que Jorge Julio Gómez S. está en la obligación de hacer entrega real, legal y material a Juan Gregorio Gómez de todos los lotes de que habla la escritura número 78 de 29 de enero de 1928.

"E). Que carecen de valor legal los registros de 4 de marzo de 1928 y 18 de abril de 1928 correspondientes a la escritura número 78 de 29 de enero de 1928, los que constan en la oficina de Registro de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Salamina.

"F). Que el señor Jorge Julio Gómez debe al señor Juan Gregorio Gómez los frutos de los lotes de que habla la escritura de que se ha hecho mérito (78) como poseedor de mala fe.

"G). Que debe las costas a mi poderdante en caso de oponerse a las pretensiones solicitadas".

Subsidiariamente pidió que se declarase lo siguiente:

"A). Que Juan Gregorio Gómez es el dueño de los lotes alinderados bajo el punto segundo del hecho primero de esta demanda.

"B Que existe la simulación en el contrato de que habla el documento público número 78 de 29 de enero de 1928 pasado ante el Notario de este Circuito.

"C). Que Jorge Julio Gómez S. está en la obligación de reintegrarle a mi poderdante la suma de dinero que haya recibido del Juzgado de este Circuito en lo Civil por concepto de la acreencia que en el juicio que le adelanta Santiago Gómez a Juan Gregorio Gómez fue entregada por los secuestres en virtud de la realización de los frutos a éstos encomendada".

Como fundamentos de su acción expuso los hechos que en seguida se sintetizan: que por medio de la referida escritura pública hizo venta a Gómez S. de la mitad de los bienes que en ese mismo instrumento se describen, cuya otra mitad pertenecía en proindivisión al comprador; que el precio del contrato de compraventa fue la suma de $ 4.000.00, que aun cuando en dicha escritura confesó haberlos recibido de manos del comprador, no es verdad que así hubiera ocurrido; que dicha escritura se registró dos veces, en 4 de marzo y 18 de abril de 1928, a pesar de que existía un embargo judicial inscrito con anterioridad, embargo que se concretaba a la finca descrita en el punto segundo de la cláusula primera del contrato; que dichos registros son nulos y que el contrato es inexistente "por falta del pago del precio estipulado"; que con posterioridad al otorgamiento de la precitada escritura Gómez S. se hizo ceder unos créditos contra el vendedor y que con tales documentos introdujo tercería en el ejecutivo seguido por Santiago Gómez contra Juan Gregorio Gómez y recibió mediante prorrateo una cantidad de dinero del producto de los frutos del lote embargado y secuestrado.

Admitida esa demanda, se corrió traslado de ella al demandado, quien la contestó aceptando algunos hechos, negando otros, especialmente aquel en que dice el demandante que no le pagó el precio de la compraventa y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones pedidas, tanto las principales como las subsidiarias.

Una vez surtida la tramitación de rigor el Juzgado del conocimiento le puso fin a la primera instancia con la sentencia de 27 de enero de 1943, cuya parte resolutiva dice lo siguiente:

"1º — No se hacen las declaraciones principales solicitadas bajo los puntos distinguidos con las letras A) — B) — C) — D) — F) y G de la demanda.

"2º — Se decreta la petición principal contenida bajo la letra "E)" de la demanda, y, en consecuencia, se declaran sin ningún valor legal los registros de 4 de marzo de 1928, y 18 de abril del mismo año,

correspondientes a la escritura pública número 78, otorgada en la Notaría de este Circuito el día veintinueve de enero de mil novecientos veintiocho, pero sólo en cuanto tales registros se refieren a la "finca territorial mejorada con cafetal y pastos, situada en Portachuelo de esta jurisdicción, constante de dos lotes".

::3º — No se hacen las declaratorias pedidas bajo las letras "A)" y "B)" de la parte subsidiaria de la demanda.

"4º — Se decreta la petición contenida en la letra "C)" de la parte subsidiaria. En consecuencia, el demandado Jorge Julio Gómez está en la obligación de reintegrarle al demandante Juan Gregorio Gómez, la suma de dinero que recibió del Juzgado Civil de este Circuito por concepto de los créditos que cobraba en el ejecutivo que siguió contra el demandante, por medio de tercería coadyuvante, reintegro que hará dentro de los seis días siguientes al de la ejecutoria de esta sentencia".

Para proferir esa decisión el Juzgado estimó que estaba plenamente demostrado que el contrato que contiene la escritura número 78 se celebró con pleno consentimiento de las partes contratantes; que hubo precio y que como éste fue pagado en la forma convenida, "no hay fundamento legal alguno para que se pretenda obtener una declaratoria sobre que en ese contrato hubo simulación, ni para que se declare sin valor por falta de pago del precio estipulado". Consideró asímismo que debía decretar la nulidad del doble registro de la escritura en cuanto se refiere al bien de que habla el punto segundo de la misma, porque cuando aquellos se realizaban se hallaba el inmueble bajo la traba de un embargo judicial, pero que debía mantenerse en firme el tercer registro que de dicho instrumento se hizo, por haberse verificado después de estar cancelada la inscripción del embargo. Por último juzgó que debía condenarse al demandado a reintegrar al demandante las sumas que recibió por concepto de los créditos que cobraba por medio de la tercería introducida en el juicio ejecutivo antes aludido, por cuanto habiéndose hecho el tercer registro de la escritura, ya para el último había desaparecido todo peligro para sus intereses.

Esa sentencia fue notificada en debida forma a las partes litigantes y solamente el demandado interpuso recurso de apelación en su contra, por lo cual el juicio subió al Tribunal Superior de Manizales, el que una vez agotada la tramitación propia de la segunda instancia, lo decidió en sentencia de 9 de diciembre de 1944, en cuya parte resolutiva dispuso lo siguiente:

"CONFIRMA la sentencia recurrida, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Salamina de fecha 27 de enero de 1943, y la REVOCA en cuanto decreta la petición contenida en la letra "C" de las peticiones subsidiarias de la demanda. Por tanto, se absuelve al demandado de la obligación de restituír al demandante la suma de dinero que por concepto de frutos produjo la finca que adquirió por medio de la escritura número 78 de la Notaría de Salamina, a partir de la fecha de dicho instrumento (29 de enero de 1928).

"Sin costas".

Observó primeramente el Tribunal que, no habiendo apelado de la providencia de primera instancia sino el demandado, sólo podía revisar aquella en cuanto perjudicara al apelante, o sea en lo relativo a lo decidido en los puntos 2º y 4º de la parte resolutiva de dicha sentencia. Con respecto a lo primero llegó a la misma conclusión del Juzgado, o sea, que los registros de la escritura pública número 78 efectuados en 4 de marzo y 18 de abril de 1928 eran nulos, por cuanto cuando se realizaron estaba vigente un embargo judicial decretado sobre parte de la finca vendida y que la tercera inscripción que de dicho instrumento se hizo en 6 de agosto de 1942 cuando ya se había cancelado ese embargo, surtió todos sus efectos legales y le transfirió al comprador el dominio de los inmuebles vendidos a partir de la fecha de la escritura, o sea desde el 29 de enero de 1928. Pasando luego a referirse al otro punto materia de la alzada, o sea al que se relaciona con la petición subsidiaria de la demanda marcada con la letra C), dijo lo siguiente: "De manera que lo que se reclama es el valor de los frutos que produjo el inmueble durante el secuestro y que en la diligencia de prorrateo de los créditos, le correspondió al demandado en este juicio. Pero como ya se ha establecido, si el último registro de la escritura le dio efecto retroactivo al contrato de compraventa en ella estipulado, los frutos que produjo a partir de la fecha de la celebración de ésta, pertenecen al comprador. Según se ve al folio 7 vto. del cuaderno de pruebas de la segunda instancia del demandante, Jorge Julio Gómez recibió la suma de $ 1.134.19, como "valor que le correspondió según el prorrateo verificado en este juicio". (El ejecutivo de Restrepo contra el demandante), recibo que tiene fecha marzo 27 de 1941 y la escritura se extendió el 29 de enero de 1928, luego no tiene obligación de devolver dicha suma, ya que le pertenece por corresponder a frutos de la cosa que adquirió debidamente. De ahí que habrá de revocarse la sentencia en cuanto hace una declaración en contrario a los derechos del demandado, en su ordinal cuarto".

Contra esa sentencia interpuso casación el demandante y tramitado el recurso en debida forma hoy se procede a decidirlo:

Con fundamento en la causal primera de casación consagrada en el artículo 520 del Código Judicial, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal como "contraria a la ley sustantiva por violación directa, por apreciación errónea y por falta de apreciación de pruebas, incurriendo el fallador en error de hecho y de derecho", y formula los siguientes cargos:

a) — Violación del artículo 1769 del Código Civil porque la sentencia hizo caso omiso de las confesiones del demandado que obran en autos y que la demanda de casación transcribe, de donde deduce como probado que Jorge Julio Gómez no pagó el precio al contado en el contrato de compraventa de que trata la escritura número 78, por cuyo motivo considera que es inválido el registro último o tercero que se hizo de dicho instrumento, cosa que en su concepto debe ordenar así la Corte para dejar a salvo la sentencia de primera instancia que deshace un contrato sin causa. Sugiere también que la Corte puede ordenar que el pago del precio se verifique;

b) — Violación del artículo 1524 del Código Civil, porque como el demandado confesó en las aludidas posiciones que no pagó suma alguna al demandante por la finca vendida ni aparece demostración alguna de que a cuenta de ese precio haya cancelado créditos a cargo del vendedor, la compraventa en esas condiciones carece de causa real;

c) — Error de hecho y de derecho, porque la sentencia dejó de tomar en cuenta las pruebas a que alude en el correspondiente aparte del recurso, las que pide que la Corte analice y sobre lo cual concluye así: "este error de hecho del Honorable Tribunal, consistente en no apreciar debidamente esas pruebas lo llevó de manera fatal al error de derecho consistente en aplicar disposiciones que no eran las pertinentes al caso jurídico controvertido, y dejar de aplicar el derecho pertinente que será lo que ha de ordenar la Honorable Corte".

d) — Violación de los artículos 1849, 1928, 1929 y 1935 del Código Civil sobre lo cual dice textualmente el recurrente:

"Como no fue pagado el precio de la compraventa al señor Juan Gregorio Gómez, la sentencia recurrida del Honorable Tribunal de Manizales violó lo dispuesto por estos artículos de ley sustantiva"; y,

d) — Violación de los artículos 1521, 1524, 1494 y 2637 a 2682 del Código Civil, porque dice el recurrente que "Si los registros de la escritura número 78 de 29 de enero de 1928 de la Notaría de Salamina, son inválidos, y es igualmente inválido el tercer registro de esa escritura por defectos **per-se** por referirse a un contrato inexistente, la sentencia del Honorable Tribunal de Manizales violó también esos artículos".

Para resolver se considera:

Por lo que anteriormente queda expuesto, se ve que la sentencia de primera instancia no accedió a hacer las declaraciones solicitadas como principales en la demanda en los puntos distinguidos con las letras A), B), C), D), F) y G]; que lo mismo ocurrió con las subsidiarias pedidas bajo las letras A) y B) y que únicamente despachó favorablemente la petición principal de que trata la letra E) y la subsidiaria contenida en la letra C), o sea que dicha sentencia decretó la nulidad parcial de los registros de la escritura número 78, realizados en 4 de marzo y 18 de abril de 1928 y que condenó al demandado a reintegrarle al demandante la suma de dinero que recibió por concepto de los créditos que cobraba por medio de la tercería coadyuvante que el primero había propuesto contra el segundo. De esa sentencia, como ya se dijo, no apeló el demandante y hoy recurrente señor Juan Gregorio Gómez, pues sólo recurrió de ella el demandado. Se ha visto también que la sentencia del Tribunal confirmó la del juzgado y que únicamente la revocó en cuanto ésta decretó la súplica contenida en la letra C) de las peticiones subsidiarias de la demanda, absolviendo en consecuencia al demandado de la obligación de restituír al demandante la suma de dinero que había recibido con ocasión de la tercería ya aludida.

Si la sentencia de primera instancia fue, pues, consentida sin reparo alguno por la parte demandante y si ella fue confirmada por la del Tribunal con la salvedad ya anotada, es claro que el recurrente no puede acudir en casación, para que se consideren nuevamente las cuestiones que por medio de aquella sentencia quedaron decididas adversamente para él, porque tal decisión, por lo antes dicho, se ejecutorió en su contra. Esto es de claridad elemental.

Entonces, lo único que podría ser susceptible de ataque en casación, sería la parte de la sentencia de segunda instancia que revocó el punto cuarto de la parte resolutiva de la proferida por el Juzgado, que había decretado favorablemente para el actor la petición contenida en la letra C) de las súplicas subsidiarias de la demanda.

Pero ocurre que ninguno de los cargos que aquí se formulan contra la sentencia del Tribunal tiene relación directa ni indirecta con la preanotada decisión de aquél, pues se ve claramente por la transcripción que de dichos cargos se hizo arriba, que ellos tienden exclusivamente a poner de nuevo sub-judice los puntos de la controversia que ya están decididos fir-

me y adversamente para el recurrente. Ello se opone definitivamente a la prosperidad del recurso.

Como para tratar de abrirle campo en casación a sus acusaciones, dice el recurrente que la sentencia de primera instancia no fue apelada por él porque el Juzgado llegó al mismo resultado buscado en la demanda por otro camino: "anuló el contrato de compraventa de la escritura 78, declarando nulo los registros por la existencia de un embargo".

Pero la alegación es inválida, en primer término porque la sentencia de primera instancia negó las peticiones de la demanda para que se declarase simulado el contrato o resuelto por falta de pago del precio estipulado, súplicas éstas que sí tenían por finalidad destruír el vínculo jurídico que de aquél resultaba, y en segundo lugar, porque la declaratoria de nulidad de los dos primeros registros efectuados de la escritura contentiva del contrato de compraventa, no implica, camo es obvio, la nulidad de éste, pues tratándose de un contrato de la naturaleza del mencionado, la inscripción podía hacerse en cualquier tiempo con posterioridad a la cancelación del embargo, como aparece que así se hizo, surtiendo la plenitud de sus efectos legales. Así fue reconocido tanto en los considerandos de la sentencia de primera como en la de segunda instancia.

De todo lo dicho se concluye que no son admisibles los cargos y que deben rechazarse.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia — Sala de Casación Civil — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, en el presente juicio.

No se hace condenación en costas por no haberse causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta. — Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza. — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca. — Manuel José Vargas. — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION PETITORIA DE SIMULACION DE UN CONTRATO

El recurso de casación no es una tercera instancia donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación, por sustracción de materia jurídica.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En libelo fechado el 10 de diciembre de 1940, ante el Juzgado Civil del Circuito de Pamplona, Euclides Picón, en su propio nombre, demandó a Waldina Flórez de Medina y su marido Salvador Medina para que en la sentencia definitiva de un juicio ordinario se declare que es en absoluto simulado el contrato contenido en la escritura número 238 de fecha 20 de abril de 1931, pasada ante el Notario del Circuito de Pamplona, por el cual el demandante aparece vendiendo a Waldina Flórez de Medina con intervención de Salvador Medina que autorizó el acto, por el precio ficticio de dos mil pesos, una casa y el suelo de su comprensión, situado en el punto Puente de Boyacá o del Ahorcado, en el Chorro de los Negros de la ciudad de Pamplona, dentro de la siguiente alinderación:...; que como consecuencia de la declaración de simulación se cancele la inscripción en el registro de la citada escritura y se consideren sin ningún valor las limitaciones que en ella aparecen sobre habitación y usufructo a favor del actor y de terceros.

En subsidio se pide que se declare resuelto el contrato de compraventa contenido en la citada escritura por ser ficticio el precio y falso su pago.

Los demandados contestaron la demanda negando todos los hechos fundamentales y oponiéndose a las pretensiones del demandante. Surtidos los trámites del primer grado, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 19 de agosto de 1943, declaró la simulación contractual al tenor de los pedimentos principales de la demanda, y denegó las súplicas subsidiarias.

Apeló de esta sentencia el apoderado de la parte demandada, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, al final de la actuación correspondiente a la segunda instancia, en decisión de fecha 24 de noviembre de 1944, dijo:

"Merced a las consideraciones anteriores, el Tribunal, en Sala de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA en todas sus partes el fallo apelado, de fecha 19 de agosto del año retropróximo, proferido por el Juez Civil de este Circuito en el presente juicio ordinario propuesto por Euclides Picón contra Waldina Flórez de Medina y Salvador Medina. Sin costas. Cópiese, publíquese, notifíquese y permanezca el expediente en la Secretaría por el término legal para efectos del recurso de casación".

Está a consideración de la Corte este negocio por recurso de casación oportunamente interpuesto por el apoderado del demandante contra la resolución proferida por el Tribunal Superior.

Invoca el recurrente el primero de los motivos de casación que enumera el artículo 520 del C. J. y formula varios cargos por violación indirecta de ley sustantiva, a consecuencia de errores de hecho y de derecho en que pretende incurrió el Tribunal al estimar los numerosos indicios probados en autos y de cuyo mérito demostrativo, a su parecer, se desprende la plena prueba de la simulación demandada.

La Sala, sin embargo, para decidir el recurso, no entra a la consideración de las cuestiones propuestas por los cargos de la demanda, porque la forma decisoria incompleta adoptada por el Tribunal no le da base y materia para edificar un estudio de casación, recurso extraordinario éste en virtud del cual y con el fin principal de unificar la jurisprudencia, permite la ley que puedan acusarse algunas de las **sentencias** proferidas por los Tribunales Superiores en segunda instancia.

Se llaman sentencias las resoluciones de carácter judicial cuando "deciden definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del

juicio o sobre lo principal de éste, sea que se pronuncien en primera o segunda instancia, o a virtud de recurso extraordinario". (Art. 466 C. J.).

Al tenor del artículo 471 del C. de P. C., "las sentencias se formulan haciendo en la parte motiva una relación concisa en que consten los nombres y domicilio de las partes y el objeto del pleito, las pruebas de los hechos importantes conexionados con las cuestiones de derecho que han de resolverse, y expresando las disposiciones legales y las razones de justicia o equidad que constituyen los fundamentos de la decisión". En la parte resolutiva se hace, con la debida separación, el pronunciamiento correspondiente a cada una de las partes, todo bajo esta fórmula: 'Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley'. Las sentencias deben ser claras, precisas y en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Por virtud del sistema procedimental de las dos instancias se origina el recurso de apelación que es el más importante de los medios legales para la impugnación de las decisiones judiciales, y de acuerdo con el derecho procesal el resultado de la apelación, cuando el recurso no tiene buen éxito, es la confirmación de la resolución apelada; o su revocación o su reforma cuando el recurso prospera, pero en este caso con el pronunciamiento por parte de la superioridad jerárquica de la correspondiente resolución sustitutiva de la reformada o revocada.

El recurso de casación no es una tercera instancia, donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación por sustracción de materia jurídica. Y éste es el caso de autos, porque el Tribunal de Pamplona dejó de cumplir su obligación legal de sentenciar el pleito limitándose a revocar la sentencia de primer grado sin pronunciar la sustitutiva. Aquí no hay, por tanto, sentencia definitiva de segunda instancia, o materia casable. Y no se diga que la resolución de que se trata contiene en su motivación la exposición del negocio en forma que ofrece los elementos para deducir la fórmula decisoria como conclusión de esos razonamientos, porque la parte motiva es apenas, dentro de la estructuración legal de la sentencia, la base de justificación e interpretación de la resolutiva que es donde se concentra el imperio de la resolución judicial determinando la situación jurídica en que quedan las partes como consecuencia del pleito.

No se plantea de esta manera en casación una cuestión o problema que excediera jurisdiccionalmente los límites del recurso por no haber sido propuestos por el recurrente. El caso es tan inusitado y anómalo que no cabe dentro de ninguno de los motivos legales del artículo 520 del C. J. No se trata de un defecto del fallo por vicio de fondo o por quebranto de los principios del procedimiento que por no plantearse en la demanda del recurso no pudiera considerarse oficiosamente por la Sala. Lo que pasa es que no hay sentencia que pueda acusarse porque el Tribunal no dictó fallo.

Y bien explicable resulta que este vicio esencial, debido a injustificable descuido del Tribunal, no hubiera sido descubierto con ocasión de la admisibilidad del recurso, que era la mejor oportunidad para hacerle producir sus consecuencias legalmente ineludibles. Oculto como estaba por las apariencias formales, sólo al buscar la decisión del Tribunal sobre la cuestión controvertida para considerar los cargos ha podido verse que en realidad el pleito no está decidido en segunda instancia.

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, se abstiene de decidir el recurso de casación por no existir la sentencia definitiva de segunda instancia, y ordena devolver el negocio al Tribunal de origen para que se complete la decisión.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

REIVINDICACION. — TECNICA DE CASACION

Copiosa y constante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos de casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón o aspecto por que los hayan sido. Esto en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera correcta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Gregorio Venegas inició y adelantó en el Juzgado del Circuito de Cartago un juicio de reivindicación contra Teresa Llanos; otro, contra Benjamín Garzón; y otro contra Juan Bautista Jaramillo.

Cada uno de esos juicios fue fallado en primera instancia de modo favorable al demandante.

A solicitud de éste y hallándose los tres juicios en el Tribunal Superior de Buga, éste decretó la acumulación de ellos, providencia que en la parte sustancial de sus considerandos se expresa así:

".....los juicios mencionados son de reivindicación, es decir, es uno el medio procedimental; uno mismo el fundamento jurídico o causa de pedir, el derecho de dominio que dice tener el demandante Vanegas, conforme a la escritura número 369 otorgada en la Notaría de Cartago el 14 de octubre de 1912, y por parte de cada uno de los demandados, la posesión que tienen de sendos lotes comprendidos dentro del inmueble de que trata la escritura citada, según lo expresa cada una de las demandas".

La segunda instancia de los juicios acumulados finalizó con sentencia del Tribunal Superior de Buga que revocó las de primer grado, y, en su lugar, absolvió a los demandados.

Dice el Tribunal que el actor presentó como título de su dominio la citada escritura número 369 otorgada en la Notaría de Cartago por medio de la cual adquirió el inmueble de que forman parte los lotes ocupados por los demandados; pero en el término probatorio de cada uno de los tres juicios adujo el propio actor un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de aquella ciudad; y que según dicho certificado "la vigencia del registro de la escritura 369 fue cancelado (sic) por medio de la inscripción que en la misma oficina se hizo del decreto de posesión efectiva dictado en favor de Vanegas en el juicio de sucesión y de liquidación de la sociedad conyugal que tenía con su esposa Juana María Barrera". Agrega el sentenciador: "De esta manera el título de dominio que tiene el demandante no es la escritura 369 otorgada en el año de 1912, sino la sentencia que dictó el Juez 1º del Circuito de Cartago el 6 de junio de 1933 por medio de la cual se decretó la posesión efectiva para Vanegas del inmueble denominado **Porto Alegre**, título que no ha sido allegado a los autos".

El Tribunal concluye así:

"No habiendo sido presentado ese título de dominio, no puede la Sala, ni podía el Juez de la primera instancia, hallar integrados los elementos constitutivos de la acción intentada, por la ausencia de aquel documento, según el artículo 950 del Código Civil".

La parte actora ha recurrido en casación contra el fallo del Tribunal; y, agotados los trámites de este recurso, la Corte procede a decidir acerca de él para lo cual considera:

El escrito presentado como demanda de casación propone dos aspectos que llama "motivos", para invocar la causal 1ª, artículo 520 del C. J.; pero lo hace en términos demasiado generales.

"Invoco, dice, como causal del recurso: la primera, por haber incurrido el sentenciador en errores de hecho y de derecho, y violado en varios sentidos, leyes sustantivas, y por haber hecho aplicación indebida e interpretación errónea de la ley".

En seguida hace el recurrente una disertación encaminada a sostener que el registro del decreto de posesión efectiva de la herencia no canceló la inscripción de la escritura 369, título de dominio del demandante; y que aun partiendo de ese supuesto, el Tribunal no ha debido absolver al demandado o demandados, sino declarar probada la excepción de petición de modo indebido; "porque, dice el recurrente, la absolución de los demandados, tal como aparece, fundada en falta de prueba, al sostenerse, hace tránsito a cosa juzgada".

De paso se anota que es un tanto ligera esta última afirmación, porque la sentencia del Tribunal sugiere cabalmente la idea de que el actor puede presentarse de nuevo con el título que allí se echa de menos, a saber, la sentencia del Juez del Circuito "por medio de la cual decretó la posesión efectiva para Vanegas del inmueble denominado **Porto Alegre**".

En todo caso, es lo cierto que el recurrente no propone contra el fallo acusado el cargo de error en la apreciación de las pruebas que indirectamente ocasionara quebranto de la ley sustantiva; ni formula tampoco el cargo de violación directa de ésta.

Aún más: ni siquiera indica cuál o cuáles sean las disposiciones de la ley sustantiva que indebidamente aplicara el Tribunal, ni las que violara por haberlas dejado de aplicar o por haberlas interpretado erróneamente.

Los argumentos que aduce contra la sentencia acusada son propios más bien de un alegato de instancia, tendientes a demostrar que es equivocada la tesis sostenida por el Tribunal; y apenas por vía de ilustración cita (del modo menos pertinente), el inciso 2º, artículo 221 del Código Civil; y en otros pasajes, el 745, y los ordinales 1º y 6º, artículo 2652 del mismo Código. Pero no señala como violadas por la sentencia esas disposiciones, ni sus razonamientos dan margen a la Corte para considerar que el recurso se funda en el quebranto de alguna de ellas.

Copiosa y constante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos de casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón o aspecto por que lo hayan sido. Esto, en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta.

Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera concreta los cargos contra la sentencia acusada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisprudencial o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del Código Judicial.

No dando, pues, la demanda de casación los elementos indispensables para un estudio de fondo sobre el recurso, no se encuentra manera de hacerlo. Por tanto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Buga fechada el quince de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE RESTITUCION DE UN BIEN MUEBLE.—CAUSAL SEGUNDA DE CASACION.—CAUSAL PRIMERA.—DISPOSICIONES ADJETIVAS

1.—La incongruencia entre lo pedido y lo fallado no se produce de ordinario cuando la sentencia es absolutoria. En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte. Además, técnicamente considerada, la causal segunda de casación sólo es operante cuando el sentenciador deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decida sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre algo que no le ha sido pedido o porque condene en más de lo demandado, y cuando deja de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio.

2.—Como lo ha decidido la Corte en reiterada y terminante jurisprudencia, cuando se invoca la causal primera de casación de que trata el artículo 520 del C. J., para que el recurso pueda prosperar no basta que el recurrente haga en general citas de leyes, ni exponga doctrinas jurídicas, sino que es preciso que además de expresar la causal que aduzca para pedir la infirmación del fallo, indique en forma clara y precisa los fundamentos de ella y cite concretamente los textos legales que estime infringidos y el concepto en que lo hayan sido, pues de otra manera no puede determinarse el punto legal materia de la casación.

3.—Ni el artículo 27 ni el 1527 del Código Civil son disposiciones sustantivas: el primero de ellos consagra apenas una regla de interpretación de la ley, y el segundo define lo que debe entenderse por una obligación civil, y sabido es que la causal primera de casación requiere para su procedencia la violación de un texto de ley sustantiva. Tampoco son disposiciones sustantivas, por no consagrar derechos para las personas, los artículos 1494 del Código Civil y 470, 471 y 472 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, veintiseis (26) de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

La Compañía Nacional de Autos, S. A., domiciliada en Cali, propuso juicio ordinario contra Vicente López Gómez, mayor y del mismo Municipio, para que en sentencia definitiva se declarase:

"Primero: Que la Sociedad denominada Compañía Nacional de Autos, S. A., de este comercio, es propietaria del bien mueble individualizado en el hecho 2º de esta demanda;

"Segundo: Que como consecuencia de la declaración anterior, el demandado, señor Vicente López Gómez debe restituir a la mencionada Sociedad el vehículo de que trata esta demanda y respetar los derechos de la Sociedad propietaria.

"Tercero: Que el señor Vicente López Gómez debe responder de las costas y costos del presente juicio, si lo afrontare".

Esa acción se fundamentó en que la Compañía demandante era propietaria con justo título y buena fe de un automóvil marca Lincoln, de cinco puestos, tapizado de cuero, con cuatro puertas, modelo 1936, usado y señalado en su motor con el número H-6779, sobre el cual la primera había celebrado con el segundo contrato de compraventa, en virtud del cual le hizo entrega material de dicho vehículo, pero con la reserva expresamente estipulada en el contrato de que la sociedad vendedora conservaba íntegramente el dominio de aquél hasta el pago completo del precio en las condiciones pactadas en el correspondiente contrato. Afirmó también la sociedad demandante que estaba en el caso de hacer valer este pacto por cuanto López Gómez había incumplido el contrato celebrado.

Ese juicio ordinario, que había sido precedido de acción accesoria de embargo y secuestro preventivo del mencionado vehículo, fue tramitado ante el Juez Segundo del Circuito Civil de Cali

con las ritualidades de rigor y decidido en sentencia de 30 de enero de 1940, cuya parte resolutiva reza así:

"1º Declárase probada la existencia de la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora en este negocio;

"2º En consecuencia de lo anterior, se absuelve al señor Vicente López Gómez de los cargos formulados contra él en el libelo de 15 de septiembre de 1938;

"3º. De acuerdo con las anteriores declaraciones decrétase el desembargo y levantamiento del secuestro practicado en esta ciudad el 17 de septiembre del año antepasado (1938), a virtud de auto dictado por el Juzgado 4º Civil de este Circuito, por el cual se embargó y secuestró el automóvil marca **Lincoln** materia del presente juicio, a cuyo efecto se librará al secuestre el respectivo oficio. Sin costas".

Tanto demandante como demandado interpusieron recurso de apelación contra la citada sentencia, por lo cual el juicio subió al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali. De los recurrentes sólo el demandado alegó de bien probado en la segunda instancia y en el escrito correspondiente expresó que la finalidad que se propuso al apelar era para que el Tribunal confirmara la sentencia referida y la reformara a la vez en el sentido de condenar en costas y perjuicios al demandante, en atención a lo dispuesto en el artículo 294 del Código Judicial. Llegada la oportunidad correspondiente el Tribunal decidió la alzada en sentencia de 23 de agosto de 1943, por medio de la cual "reforma la sentencia apelada, en el sentido de declarar improcedente la acción de dominio ejercitada, confirmándola en todo lo demás. Sin costas en ambas instancias".

Como pertinente al recurso sólo debe destacarse aquí que en la parte motiva de la sentencia el Tribunal no hizo referencia a la razón que invocó el demandado como móvil determinante del recurso que había interpuesto y que en la resolutiva se concretó a decidir como queda visto.

Al demandado se le concedió recurso de casación contra la decisión del Tribunal y hoy se procede a decidirlo por estar preparado en debida forma.

El recurrente constituyó apoderado ante la Corte para los fines de la casación y dicho apoderado recibió el traslado que se le dio del expediente a efecto de que fundamentara el recurso. Oportunamente devolvió los autos, presentando al tiempo el memorial que corre a los folios 17 a 19 de este cuaderno, en el cual se concretó a hacer algunos comentarios acerca de la sentencia de segunda instancia y de la cuestión controvertida en el pleito pero sin fundamentar en debida forma el recurso. Mas como manifestó expresamente que prohija, para que se tenga en cuenta por la Corte, el alegato de casación formulado desde Cali y presentado allá ante el Tribunal personalmente por su poderdante, la Sala estima de su deber considerar ese alegato ya que aunque está firmado por el demandado que no es abogado inscrito, ha sido prohijado por su apoderado que sí lo es.

En ese último memorial invoca el recurrente las causales primera y segunda de casación consagradas en el artículo 520 del Código Judicial. Con respecto a esta última, que es la que lógicamente debe examinarse en primer lugar, dice el recurrente:

"Aduzco como causales en que me fundo para pedir la infirmación del fallo ameritado, las siguientes: primera: no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. (Artículo 520 del C. J., ord. 2º). Fundo esta causal en el hecho de resaltar en autos que el H. Tribunal **a-quo** omitió referirse a los motivos de mi apelación del fallo de primera instancia, y en los hechos y derechos enunciados en este libelo".

En la parte narrativa de su alegato precisa el recurrente que la omisión del Tribunal consistió en no decidir sobre el motivo que lo indujo a apelar de la sentencia de primera instancia, consistente en que al demandante debió condenársele en costas y perjuicios por haber perdido el pleito, al tenor de lo dispuesto en los artículos 294 y 481 del C. J., cosa sobre la cual dice que nada decidió el Tribunal a pesar de haberlo solicitado expresamente en el alegato de bien probado.

Para resolver se considera:

El cargo es infundado. La incongruencia entre lo pedido y lo fallado no se produce de ordinario cuando la sentencia es absolutoria, como ocurre en el caso de autos. En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente la doctrina de la Corte. Además, técnicamente considerada la causal segunda de casación sólo es operante cuando el sentenciador deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decida sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre algo que no le ha

sido pedido o porque condene en más de lo demandado, y cuando deja de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio. En ninguno de esos eventos encaja el caso planteado por el recurrente. Ya en sentencia de primero de diciembre de mil novecientos treinta y uno, ha dicho la Corte que las costas en un juicio "no son materia relacionada con el cuasicontrato de litis contestatio, y, por lo mismo, no causan incongruencia entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes" (G. J., Tomo XXXIX, número 1882, página 365, segunda), e igual cosa cabe predicar con relación a los perjuicios a que el cargo se refiere, pues tanto éstos como aquéllas serían una consecuencia del sentido en que se profirió el fallo, pero no están comprendidos dentro de los términos en que se trabó la litis.

De otro lado la sentencia recurrida sí decidió sobre costas, como así se ve de la transcripción que arriba se hizo de la parte resolutiva de la misma.

Por tanto no se admite el cargo.

Con respecto a la causal primera de casación afirma el recurrente que la sentencia es "violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa" y al respecto dice en su alegato:

"Fundo esta causal, tanto en los hechos y derecho enunciados, como también en el inciso 1º del artículo 1527 del C. Civil, según el cual resalta del fallo ameritado la infracción directa de la obligación civil de fallar dicha causa al tenor de lo dispuesto al respecto en los artículos 294 y 481 del C. Judicial; puesto que los Honorables Magistrados que firmaron dicho fallo tienen la obligación de cumplir su obligación de imponer el cumplimiento de las leyes procedimentales; y en el artículo 27 del C. Civil, el cual prohibe interpretar la ley cuando su tenor es claro".

Se considera:

Como lo ha decidido la Corte en reiterada y terminante jurisprudencia cuando se invoca la causal primera de casación de que trata el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, para que el recurso pueda prosperar no basta que el recurrente haga en general citas de leyes, ni exponga doctrinas jurídicas, sino que es preciso que además de expresar la causal que aduzca para pedir la infirmación del fallo, indique en forma clara y precisa los fundamentos de ella y cite concretamente los textos legales que estime infringidos y el concepto en que lo han sido, pues de otra manera no puede determinarse el punto legal materia de la casación.

El cargo aquí planteado no se ajusta a esas reglas de técnica de la casación, pues se echa de ver que el recurrente si bien cita algunos textos legales no dice cuál de ellos es el quebrantado en forma directa por la sentencia. Dentro de la ambigüedad palmaria del cargo parece que se han querido señalar como infringidos los artículos 27 y 1527 en su ordinal 1º del Código Civil; pero ninguno de los dos es disposición sustantiva en el estricto sentido de que no confieren derechos a las personas, porque el primero de ellos consagra apenas una regla de interpretación de la ley y el segundo define lo que debe entenderse por una obligación civil, y sabido es que la causal primera de casación requiere para su procedencia la violación de un texto de ley sustantiva. Por todo lo cual se comprende que el cargo en estudio es improcedente.

En otros apartes de la demanda de casación incluídos dentro de lo que el recurrente llama fundamentos de derecho, encuentra la Sala que éste señala como violados por la sentencia los artículos 1494 del Código Civil, 470, 471 y 472 del Código Judicial, cuya infracción dice el recurrente que equivale a violar el artículo 19 de la Constitución. Pero las disposiciones citadas no son sustantivas en el sentido antedicho o sea porque no consagran derechos para las personas: el artículo 1494 del Código Civil, porque se concreta a señalar la fuente de donde nacen las obligaciones; los artículos 470 y 471 del Código Judicial, porque consagran reglas procedimentales acerca de la manera como deben formularse y proferirse las decisionse judiciales y el 472 de la misma obra porque apenas contiene una indicación para los funcionarios del orden judicial sobre cuál es el objeto de los procedimientos y sobre con qué criterio han de interpretarse y aplicarse las disposiciones procedimentales y las relativas a las pruebas. De otro lado la cita del artículo 19 de la Constitución, sea que el recurrente haya querido referirse a la anterior o a la actual Codificación, es perfectamente impertinente, porque dicha norma constitucional se refiere a cuestiones completamente ajenas a la que es materia del recurso.

Por lo demás la demanda de casación que aquí se considera contiene una serie de consideraciones propias de un alegato de instancia, pero reñidas con la técnica de la casación, y por ello

escapan a la consideración de la Corte, pues es sabido que este recurso extraordinario tiene una finalidad propia que le quita todo carácter de instancia o de apelación.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, en el presente juicio.

No hay costas por no haberse causado.

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

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

RESTITUCION DE TERMINOS

La Corte ha dicho que únicamente circunstancias de gravedad extraordinaria autorizan de modo excepcional, bien la suspensión inmediata o la retroacción integral. El haber estado enfermo, pero sin que se haya demostrado una gravedad extraordinaria, no es circunstancia que autorice, de acuerdo con los artículos 372 del C. J. y 1º de la ley 95 de 1890, la restitución de términos.

(Ordinario de Julia Zapata Villa contra Eleázar Gaviria.—Nulidad de un juicio ejecutivo).

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Desde el 4 de diciembre del año próximo pasado, quedaron los autos a disposición de la parte opositora y del 24 de enero, según informe de la Secretaría, vencido el término del traslado y sin que la parte hubiera hecho uso de él, quedaron los autos en la Secretaría para los efectos del artículo 543 del C. J.; vencido dicho término y sin que las partes hubieran solicitado audiencia, pasaron los autos al despacho el 28 de los mismos. En memorial fechado el 31 de enero del año en curso, el doctor Luis E. Manrique Silva, apoderado del demandado Eleázar Gaviria, opositor en el recurso de casación, pidió restitución del término de quince días, con fundamento en el artículo 372 del C. J.

Tramitada la articulación correspondiente se procede a decidir:

De acuerdo con el artículo 372 del C. J., cuando por fuerza mayor no se ha hecho uso de un término, puede pedirse por el interesado la restitución de él. Se llama fuerza mayor o caso fortuito, según el artículo 1º de la Ley 95 de 1890, "el imprevisto a que no es posible resistir". La irresistibilidad consiste, ha dicho la Corte, en que el hecho no haya podido ser impedido y haya colocado a quien tiene la obligación en imposibilidad de cumplirla.

El peticionario de la restitución presenta como prueba legal del motivo aducido, un certificado del doctor Pedro J. Sarmiento, debidamente ratificado y otro igualmente ratificado expedido por el doctor J. M. Baena Lavalle y la declaración del señor Darío Carranza, con el fin de demostrar que el doctor Manrique Silva estuvo enfermo durante los días comprendidos del 25 al 30.

En auto de 18 de febrero de 1938 ha dicho esta Sala: "Unicamente circunstancias de gravedad extraordinaria autorizan de modo excepcional, bien la suspensión inmediata o la retroacción integral".

El doctor Manrique Silva ha demostrado, en la articulación que se decide, que estuvo enfermo durante los días comprendidos del 25 al 30 del mes de enero del año en curso, sin que se haya demostrado gravedad extraordinaria, por lo cual el hecho que se ha tratado de demostrar no puede merecer la calificación jurídica de fuerza mayor o caso fortuito; pero, aún aceptando que dicha prueba se hubiera establecido plenamente, el hecho de que se refiera a varios días que estaban ya fuera del término, el cual como se dijo, corría del 4 de diciembre al 23 de enero, le quita toda importancia y eficacia.

Por tanto, no se accede a decretar la reposición del término de que se ha hecho mérito.

Notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Hernán Salamanca — Ricardo Hinestrosa Daza.— José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas.— Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION — INSPECCION OCULAR—DICTAMEN PERICIAL — MEDIOS NUEVOS EN CASACION

1.—Del acta de reconocimiento o inspección ocular hecha por el juez no se da traslado a las partes. Del dictamen pericial que entraña esa diligencia de inspección sí hay que dar traslado en la forma prescrita por la ley, por auto posterior. Es preciso que ese dictamen sufra todos los debates propios de la naturaleza de tal prueba. Si bien hace parte de la inspección es como prueba concurrente, pero independiente. La ley ordena que el dictamen se ha de poner en conocimiento de las partes, pero no exige que tal cosa tenga una ritualidad especial como sí lo establece para los traslados de la demanda, de autos del expediente o parte de él para que las partes expongan lo que tengan a bien. Es esencial en e ltraslado notificar el auto en que se ordena correrlo y expresar que se pone el expediente a disposición de las partes en la secretaría para sacar los autos o para estudiarlos, según el caso, circunstancia esta última que debe anotarse por el secretario en el expediente. No sucede lo mismo con la formalidad de poner en conocimiento de las partes elementos del proceso; en este caso basta con notificar la providencia en que tal cosa se disponga. Por lo demás una cosa es la inspección ocular en que el Juez, asesorado de testigos hace la identificación de los inmuebles, diligencia suficiente para los efectos de tener como cosa singular y determinada el bien que se rectifica, y otra el dictamen pericial. El acta de inspección ocular constituye plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez como resultado de sus apreciaciones personales por las exterioridades de la cosa inspeccionada.

2.—La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietario. Se funda sobre la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin la obtención de la posesión. En virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del Código Civil, mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal posesión debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. No le bastaría probar simplemente que carece de derecho el demandado. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste. Al dueño que quiere demostrar su propiedad le toca acreditar su derecho en presencia del demandado y si ha presentado su título de propiedad y el de su causante, que es anterior al del demandado, no hay por qué exigirle una serie de títulos anteriores al de éste, lo que conduciría a la PROBATIO DIABOLICA, que el buen sentido rechaza como innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad.

3.—Los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones presentadas ante la Corte como fundamento de la demanda de casación han de haber sido ya propuestos ante los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de controversia en el juicio, se llaman medios nuevos que no pueden ser admitidos en el recurso de casación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Por medio de apoderado Abigaíl Sepúlveda demandó el día 18 de mayo de 1942, ante el Juez del Circuito en lo Civil de Ocaña, en juicio ordinario de mayor cuantía, al señor Pedro García Sepúlveda, para que con audiencia de éste, se hicieran las siguientes declaraciones:

Que el demandado debe restituírle, dentro del término que se señale, un globo de terreno de-

nominado "El Oriente" o "Monte Eloy", por los linderos que se determinaron en la demanda. Que debe también ser condenado al pago de los perjuicios causados con la detención del fundo en referencia, así como por no haberle pagado el valor de los frutos naturales y civiles del mismo inmueble, tanto los percibidos como los que su dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo aquél en su poder. Se pidió también la condena para el demandado al pago de las demás prestaciones a que hubiere lugar según la ley y a cubrir las costas del juicio.

En los autos obran los siguientes elementos de prueba allegados por el actor:

A) Copia de la escritura pública Nº 42 de 22 de junio de 1931 de la Notaría de Cáchira en el Departamento Norte de Santander, debidamente inscrita, por la cual Abigaíl Sepúlveda vendió a Lisandro Jaime el predio de "La Estrella" (del cual formaba parte el terreno materia del presente litigio), partido de La Carrera, de aquella jurisdicción municipal.

B) Copia de la escritura pública 116 de 2 de diciembre de 1941 de la misma notaría, donde aparece que Lisandro Jaime vendió al demandante Abigaíl Sepúlveda, una parte del predio cuyo dominio había adquirido conforme se expresa en el numeral anterior con el nombre de "El Oriente", de la misma situación y delimitado como allí consta.

C) Un certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos del lugar de ubicación del inmueble, donde aparece la vigencia del registro extendido a favor de la escritura pública número 116 de 1941, citada en el numeral que precede.

D) Las posiciones absueltas extrajudicialmente ante el Juez Municipal de Cáchira, de las cuales consta que Pedro García Sepúlveda, había ocupado el predio materia de la disputa por habérselo dado en arrendamiento Abigaíl Sepúlveda, por el término de un año y que después, vencido el plazo, no pagó más arrendamiento por haber comprado, según sostiene, el referido bien.

E) La posesión del demandante con anterioridad a la posesión alegada por el demandado, se estableció con las declaraciones de Leopoldo Corredor y Baronio Muñoz.

F) Durante el término de prueba se estableció la identidad del predio de "La Estrella" y la del lote de "El Oriente" materia del presente juicio de reivindicación.

Por parte del demandado se acompañó al juicio copia de la escritura pública número 43 de 8 de septiembre de 1941, de la notaría segunda de Cúcuta, por la cual adquirió un lote de terreno denominado "Monte Eloy", llamado por el demandante "El Oriente" y otros predios de la misma región.

También se trajeron a los autos las declaraciones extrajudiciales de los testigos Víctor Manuel Montagut y Pedro Alejandrino Herrera, quienes declararon que Abigaíl Sepúlveda les confesó que había realizado desmontes en el predio de "El Oriente", sin ser dueño, por haber encontrado abandonado dicho terreno, lo cual lo movió a cultivar huertas y sembrar pastos.

Sentencias de primera y segunda instancias

El litigio fue fallado desfavorablemente en la primera instancia a las pretensiones del actor, por lo cual éste apeló para ante el Tribunal Superior de Pamplona, donde se puso término a la actuación de segunda instancia por providencia de 31 de agosto de 1944 que revocó la sentencia apelada y condenó al demandado al tenor de lo pedido, disponiéndose lo del caso con respecto a las prestaciones mutuas y ordenándose tener al mismo demandado como poseedor de buena fe.

El Juez del conocimiento falló contra las pretensiones del actor por no haberse presentado la escritura de propiedad de la persona que dijo venderle a Abigaíl Sepúlveda, con anterioridad a la tradición que éste le hiciera a Lisandro Jaime.

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, se interpuso por el demandado recurso de casación, el cual sustanciado en debida forma, pasa la Corte a decidir.

Cargo primero.

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal con base en la causal primera del artículo 520 del C. J.

Estima que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas que determinaron la identificación del bien reivindicado, que llevó al Tribunal a violar los artículos 706, 709, 719, 720 y 722 del C. J.

Considera que como de la descripción del fundo de cuya reivindicación se trata no aparece ser el mismo que el demandante vendió a Lisandro Jaime por medio de la escritura pública número 42 de 1931, ni el mismo que Pedro García S. compró a Eloy Arias Salcedo por la escritura número 938 de 8 de septiembre de 1941, debió el actor establecer la identidad del predio reivindicado, a

fin de singularizar y determinar la finca de que se pretende dueño.

Afirma que tal cosa no se hizo, porque si bien es cierto que se llevó a cabo una inspección ocular por conducto del Juez Municipal de Cáchira, este funcionario procedió a la práctica de la diligencia asesorado por peritos, quienes rindieron en la oportunidad su dictamen, pero dejó de cumplirse con la formalidad esencial requerida en tales casos para la validez de la prueba pericial, como es la de poner en conocimiento de las partes por tres días dicho dictamen, como terminantemente lo prescribe el artículo 719 del C. J., para que dentro de ese término puedan los interesados pedir que aquéllos lo expliquen, amplíen o lo rindan con mayor claridad o para que sea objetado, si las partes lo creyeren necesario, conforme lo prescribe el artículo 720 del mismo código, o, en fin, para que las partes puedan tachar los peritos (Artículo 706 y 709 del C. J.).

Continúa el recurrente diciendo que en el fallo del Tribunal de Pamplona se expresó lo que a continuación se copia, lo cual a su juicio constituye un error de derecho.

Dice así el Tribunal en la parte criticada por el sostenedor del recurso:

"Al ponerse, pues, en conocimiento de los interesados el resultado de la comisión, se puso también el peritazgo que estaba comprendido en ella y las partes debidamente noticiadas habían podido objetarlo o pedir dentro de los términos que señala la ley, que los expertos lo explicaran, lo ampliaran o lo rindieran con claridad, al tenor del artículo 719 citado".

Termina el recurrente sosteniendo que por las razones expuestas no se estableció debidamente la identidad de los lotes "El Oriente", "La Estrella' y "Monte Eloy" y agrega: "Por sostener lo contrario el juzgador, se han infringido los artículos 709, 719, 720 y 722 del C. J.; los tres primeros en cuanto taxativamente requieren traslado del dictamen pericial por tres días; y el último, por atribuirle al peritazgo un mérito probatorio, que tal prueba no alcanzó y el artículo 199 de la misma obra, que se infringió por falta de cumplimiento en cuanto a las formalidades del traslado, sin las cuales no se surte legalmente".

La Corte considera:

El reconocimiento judicial o inspección ocular como lo designa nuestro código, consiste en el examen que de la cosa litigiosa hace el Juez por sí mismo, acompañado de peritos o testigos, para enterarse y juzgar con más claridad y acierto los hechos controvertidos.

De lo observado se hace un acta, circunstanciada y precisa. De ella no hay que dar traslado a las partes. Será firmada por éstas, por peritos y testigos. Del dictamen pericial que entraña la diligencia sí hay que dar traslado en la forma prescrita por la ley, por auto posterior. Es preciso que ese dictamen sufra todos los debates propios de la naturaleza de tal prueba. Si bien hace parte de la inspección, es como prueba concurrente, pero independiente.

La ley ordena que el dictamen se ha de poner en conocimiento de las partes, pero no exige que tal cosa tenga una ritualidad especial como sí lo establece para los traslados de la demanda, de autos del expediente o parte de él, para que las partes expongan lo que tengan a bien. Es esencial en el traslado notificar el auto en que se ordena correrlo y expresar que se pone el expediente a disposición de las partes en la secretaría, para sacar los autos o para estudiarlos, según el caso, circunstancia esta última que debe anotarse por el secretario en el expediente.

No sucede lo mismo con la formalidad de poner en conocimiento de las partes elementos del proceso; en este caso basta con notificar la providencia en que tal cosa se disponga.

En el punto en estudio, el Juez de la causa podó poner en conocimiento de las partes el resultado de la comisión conferida en la cual estaba incluída la diligencia de la inspección ocular y el peritazgo rendido en ella.

Por lo demás, una cosa es la inspección ocular en que el Juez asesorado de los peritos y testigos y el secretario, hacen la identificación de los inmuebles como aparece de autos, diligencia suficiente para los efectos de tener como cosa singular y determinada el bien que se reivindica y otra cosa el dictamen pericial. El acta de inspección ocular constituye plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez, como resultado de sus apreciaciones personales por las exterioridades de la cosa inspeccionada.

Por lo demás, el cargo está mal formulado: debía haberse propuesto como error de derecho en la apreciación de la prueba en cuestión que condujo al Juzgador a violar determinada disposición sustantiva la cual ha debido mencionarse.

Se declara, pues, sin fundamento el cargo propuesto.

Cargo Segundo.

El recurrente formula el cargo así: "La posesión error de derecho y de hecho". Considera el demandante en casación que se violó por el sentenciador el artículo 778 del C. C., según el cual en relación con el artículo 2521 del mismo código no se puede de oficio añadir la posesión del inmediato tradente a la del actual poseedor, si no se pide así, y como al ejercitar esta facultad ha de entenderse que se trata de la posesión material, no de la inscrita, resulta que suponiendo que se haya intentado añadir una posesión a la otra, apenas se completarían 10 años, pero, esto sólo propiciaría una prescripción adquisitiva ordinaria que no se ha alegado, ni propuesto como acción, sin que pueda declararse de oficio, y por lo mismo es inútil tomarla en cuenta, ni siquiera para estimar que el demandante Sepúlveda ha probado una posesión anterior a la del demandado García.

Que a pesar de que el fallador sostiene que la posesión inscrita del demandante arranca de la escritura número 42 de 22 de julio de 1931, fecha en la cual adquirió el inmueble el señor Lisandro Jaime, la posesión inscrita de parte del actor sólo puede contarse desde el día en que compró, no desde la fecha en que vendió, es decir, su dominio se desprende de la escritura pública número 116 de 2 de diciembre de 1941, en que Lisandro Jaime le hizo traspaso del terreno de "El Oriente" o "Monte Eloy".

De 1931 a 1941 el poseedor inscrito lo era Lisandro que fue el comprador de Sepúlveda.

Hay error de derecho en atribuírle a éste último la posesión inscrita en este lapso, ya que Sepúlveda no ha invocado la posesión de su tradente como pudo hacerlo según los artículos 778 y 2521 del C. C.

Si Sepúlveda vendió a Jaime en 1931 y recuperó la parte de "El Oriente" en 1941, la aserción de la posesión del demandante con anterioridad a la del demandado, es errónea, ya que no es presumible que el actor hubiera continuado en posesión material e inscrita de lo vendido en 1931, pues el título, si tuvo alguno, quedó cancelado por Ministerio del Artículo 789 del C. C., que no se tuvo en cuenta al fallar.

La posesión anterior a 1931 no está demostrada en el proceso.

La Corte considera:

El Tribunal se fundó para desatar favorablemente al actor su demanda de reivindicación, en que de acuerdo con el artículo 946 del C. C. se reunieron los requisitos en él contenidos, a saber: titularidad en el demandante, posesión en el demandado y cosa singular reivindicable.

La determinación y singularización de la cosa materia del juicio fue establecida conforme se acaba de expresar en el cargo anterior, o sea por medio de la inspección ocular practicada por el Juez Municipal de Cáchira, por comisión que le confirió el Juez del Circuito del conocimiento del pleito.

La posesión del demandado consta de las declaraciones de numerosos testigos y de la confesión del mismo, quien al absolver posiciones extrajudicialmente dijo: "Es verdad que yo ocupé el tantas veces nombrado lote de "El Oriente" o "Monte Eloy", por habérmelo entregado el señor Abigaíl Sepúlveda en calidad de arrendatario".

Verdad es que aparece luego el demandado Pedro García Sepúlveda comprando la misma finca a otra persona, lo que le permitió manifestar al contestar la demanda que mantiene la posesión del predio "El Oriente" o "Monte Eloy", por haberlo comprado a Eloy Arias Salcedo. Pero en definitiva está establecido que el demandado es el poseedor del inmueble reivindicado.

Título de propiedad en el demandante:

Para demostrar su dominio sobre el predio que reivindica el actor presentó copia de la escritura pública número 116 de 2 de diciembre de 1941, de la notaría de Cáchira, por la cual Lisandro Jaime le vendió el fundo "El Oriente" o "Monte Eloy". A esta escritura acompañó un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del circuito, en el cual consta que la inscripción hecha de tal instrumento está vigente. Que el vendedor Jaime había adquirido por compra hecha a Abigaíl Sepúlveda por medio de la escritura pública número 42 de 22 de junio de 1931. Escritura que luego fue acompañada al juicio por el demandado.

En presencia de estos títulos de propiedad, el demandado presentó como única demostración de su carácter de dueño, copia de la escritura pública número 938 de 8 de septiembre de 1941 de la notaría 2ª de Cúcuta, con la correspondiente nota de inscripción y aun cuando se habla de que su vendedor Eloy Arias Salcedo había adquirido en 1888, no se demostró en forma alguna que tal cosa hubiera sucedido. Tampoco pudo alegar la posesión material del inmueble con anterioridad a su compra, porque, como ya lo hemos visto García Sepúlveda entró en las tierras de "El Oriente" o

"Monte Eloy", como arrendatario de Abigaíl Sepúlveda.

La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de la que se pretende propietario. La reivindicación se funda, entonces, sobre la existencia del derecho de propiedad y ella tiene por fin la obtención de la posesión.

A virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del C. C., mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal presunción, debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. No le bastaría probar simplemente que carece de derecho el demandado.

El carácter de dueño, exigido por el artículo 941 del C. C. y la noción de propiedad, prescrita por el artículo 950 del C. C. son figuras esencialmente relativas. Aun cuando el dominio es el derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que el titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o el derecho ajeno, la existencia del derecho que compete al reivindicante, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste.

El dueño que quiera demostrar su propiedad le toca acreditar su derecho en presencia del demandado y si ha presentado su título de propiedad y el de su causante que es anterior al del demandado, no hay por qué exigirle una serie de títulos anteriores al de éste, lo que conduciría a la **probatio diabólica,** que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad.

Por el actor se presentó la escritura pública número 116 de 2 de diciembre de 1941 de la notaría de Cáchira, por la cual Lisandro Jaime le dio en venta el predio de "El Oriente" o "Monte Eloy", debidamente registrada y la escritura 42 de 22 de junio de 1931, por la cual su vendedor Lisandro Jaime había adquirido un predio de mayor extensión del cual era parte integrante el traspasado a Sepúlveda. El demandado sólo pudo exhibir la escritura pública número 938 de 8 de septiembre de 1941 y no probó posesión anterior a los títulos del demandante.

Como por parte del demandante aparece no sólo su título de propiedad, sino el de su antecesor, de fecha muy anterior al del demandado, la presunción de dominio establecida por el artículo 762 del C. C., a favor de éste, desaparece.

Pero hay algo más: el demandante no sólo demostró su posesión inscrita, sino la material con numerosas declaraciones de testigos y con las posiciones absueltas por García, quien declaró que había entrado al terreno del litigio a virtud del contrato de arrendamiento celebrado con Sepúlveda, que cubrió a éste el precio del arriendo hasta la fecha (septiembre de 1941) en que compró a Eloy Arias Salcedo tal inmueble.

Aún la misma confesión extrajudicial que se supone hizo el actor ante los presbíteros Montagut y Herrera serviría para demostrar que desde mucho antes de 1928 ya Sepúlveda ejecutaba actos de dueño en el predio que reivindica, pues aparece que éste penetró al terreno a fundarlo, porque lo vio abandonado, lo consideró sin dueño y realizó en él cultivos de huertas y siembra de pastos.

Se declara, pues, no probado el cargo.

Cargo Cuarto.

Error en la apreciación de los testimonios.

El recurrente acusa la sentencia por violación de los artículos 696, 697 y 698 del C. J., por haberle dado el carácter de plena prueba al dicho de testigos que no deponen uniformemente sobre todas las circunstancias de tiempo, lugar y modo y por falta de determinar la razón de su conocimiento. El testigo único dice, no forma por sí plena prueba y dos testigos han de concordar en todo.

La Corte considera:

El fallo del Tribunal Superior de Pamplona, se fundó especialmente en que por parte del reivindicante se había establecido con títulos de propiedad su derecho de dominio y el de su antecesor. Sólo incidentalmente y a mayor abundamiento se citó la prueba testimonial, en cuya apreciación el Tribunal es soberano si no aparece, como sucede en el caso en estudio, error evidente en tal estimación.

Se declara, pues, no probado el cargo.

Cargo Quinto.

"Una simulación confesada".

Fundado el recurrente en que Lisandro Jaime vendedor del predio en litigio a Abigaíl Sepúlveda, declaró en documento privado que había puesto en posesión de la finca de "El Oriente" a García, porque éste había comprado a su legítimo dueño Eloy Arias Salcedo y en el hecho segundo de la demanda en que el actor expresa que "por razones que no son del caso analizar Jaime le había vendido el predio de "El Oriente", deduce el recurrente que está demostrado que la venta hecha por Jaime a Sepúlveda es simulada.

Que no fueron actos nacidos de pactos consensuales, sino actos ficticios entre ellos mismos. Que la no estimación de tales elementos había conducido al Tribunal a declarar que el demandante no probó posesión alguna anterior a su última compra. Señala como violados los artículos 603, 604, 605 y 606 sobre el valor de la confesión en juicio y el artículo 1769 del C. C.

La Corte considera:

Durante el proceso, el demandado no hizo alusión ninguna a la simulación que supone existe en el contrato de compraventa efectuado entre Jaime y Sepúlveda. Esta tacha ha sido presentada por primera vez en la demanda de casaciáon ante la Corte; es un medio nuevo, no admisible en el recurso.

Los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones presentadas ante la Corte como fundamento de la demanda de casación han de haber sido ya propuestos a los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de controversia en el juicio, se llaman medios nuevos, que no pueden ser admitidos en el recurso de casación.

Se declara inadmisible el cargo.

En los numerales 20 a 24 hace el recurrente una serie de apreciaciones sobre la estimación de algunas pruebas, entre otras una inspección ocular pedida por su cliente y a la vez, de nuevo, trata sobre la estimación hecha por el Tribunal de los títulos de propiedad, pero sin precisar el cargo ni la disposición sustantiva violada y sin expresar cuál es el motivo de casación alegado. Además, muchas de estas alegaciones fueron contestadas al estudiar los cargos anteriores.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 31 de agosto de 1944 del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Hernán Salamanca — Ricardo Hinestrosa Daza.— José Antonio Montalvo — Manuel José Vargas— Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

1.—El motivo 1º del artículo 520 del C. J. consiste en "ser la sentencia violatoria de ley sustantiva". A ese resultado puede llegarse por "apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba", caso en el cual según el inciso 2º de ese numeral 1º, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

2.—Estando el imperio de los fallos en su parte resolutiva se ha entendido, por tesis general, que la absolución implica la ausencia de falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Por ésta no puede reputarse el hecho de no llenar la sentencia las aspiraciones de actor o reo. Muchas veces quedan insatisfechos ambos. Como tantas veces lo ha dicho la Corte, esa falta consiste en dejar de decidir puntos puestos SUB JUDICE o en decidir EXTRA o ULTRA PETITA.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Abraham Klainbaum y la señora Brandla Levi, casados entre sí, tuvieron estos hijos: Jacobo, David, Dolores y Luis. A la muerte de aquélla, acaecida con motivo y en el acto de la operación que el 12 de diciembre de 1941 le practicó el doctor Rafael A. Muñoz, demandaron a este cirujano para que les indemnice los perjuicios morales y materiales que les causó ese fallecimiento.

La primera instancia cursó en el Juzgado 3º Civil de este Circuito y se cerró con fallo absolutorio de 6 de noviembre de 1943 que condenó en costas a los demandantes. En la segunda, una vez legalmente tramitada, el Tribunal Superior confirmó aquella absolución y revocó la condena en costas en fallo de quince de mayo de 1945 contra el cual el apoderado de los actores interpuso casación, recurso que hoy se decide.

Los hechos fundamentales de la demanda se resumen y en lo necesario se transcriben, así: 1º. Enferma la señora Levi, su marido, al anochecer del 11 de diciembre de 1941, llamó al doctor Muñoz, quien diagnosticó un cólico agudo del apéndice, el que supuso en contacto con la matriz o a ella adherido, y declaró que debían operar sin dilación; 2º Examinada en seguida la señora por el doctor Luis Piñeros Suárez, éste confirmó el diagnóstico y aconsejó también la intervención quirúrgica para la ablación del apéndice; 3º Para disipar los temores de la enferma y su familia, el doctor Muñoz les manifestó que se trataba únicamente de lo ya expresado y, por tanto, de operación sencilla y breve, y les agregó que la señora volvería en pocos días sana a su casa; 4º La familia insinuó la conveniencia de tomar radiografías, lo que el doctor Muñoz declaró innecesario, porque se trataba de apendicitis; 5º Sobre este pie y en atención a ser él especialista en enfermedades de la mujer y en operaciones del apéndice, "no en otras distintas", la familia Klainbaum le confió el caso, exclusivamente para que practicase la operación elemental de la ablación del apéndice, haciendo un solo corte y no dos; 6º Se procedió en seguida a la operación con el doctor Muñoz como cirujano jefe, el doctor Luis E. Botero como ayudante, el doctor Luis Enrique Plata como anestesista y el señor Carlos Zamorano como practicante para las inyecciones a que hubiera lugar; 7º Terminada la operación y suturado su corte, el doctor Muñoz procedió a abrir de nuevo a la paciente, y haciéndole otro corte en la región del hígado e introduciendo por allí la mano, tomó un cálculo biliar del tamaño de una almendra de durazno de cuya existencia se dio cuenta al operar el apéndice, y al hacer el esfuerzo del caso para sacar el cálculo, la señora dejó súbitamente de existir; 8º Ella no tuvo la preparación médica previa indicada para extraer cálculos biliares de gran tamaño; 9º El doctor Muñoz atribuye la muerte a un síncope azul, preten-

diendo esquivar su responsabilidad y arrojarla sobre la Clínica Central por defectuosa aplicación o mal estado de los gases anestésicos; 10º Pero la señora falleció, no de accidente respiratorio alguno, "sino a consecuencia de la segunda operación en sí que le practicó el demandado en las circunstancias impropicias indicadas y sin la autorización o el consentimiento de la familia para la extirpación del cálculo biliar; 11º La señora Brandla Levi era casada con el señor Abraham Klainbaum y madre de los prenombrados Jacobo, David, Dolores y Luis; 12º Ella era una distinguida matrona de posición social elevada y vida ejemplar, consagrada al trabajo y al solícito cuidado de los suyos, y contaba apenas al morir cuarenta y cinco años de edad; 13º Trabajaba en la empresa industrial que tenía con su marido y su labor representaba un rendimiento no menor de $ 200 al mes, sin contar el valor de su irreemplazable cuidado de hogar, y 14º "Por sus acendradas virtudes y su gran bondad como esposa y madre, era objeto del más profundo afecto de su esposo y de sus hijos, todos los cuales han sufrido con su violenta muerte prematura el supremo dolor de la vida".

La demanda pide estas tres declaraciones a cargo del demandado: 1ª Que es civilmente responsable de dichos perjuicios causados con la muerte de la señora a consecuencia de la referida operación, "para la extracción de un cálculo biliar de gran tamaño, ejecutada sin la autorización ni el asentimiento de la familia y cuando la paciente se hallaba bajo la deprimente acción orgánica de prolongada anestesia por habérsele sometido inmediatamente antes a una primera operación para la ablación del apéndice"; 2ª Que está obligado a pagarles dichos perjuicios, así materiales como morales, los cuales ascienden a $ 60.000 o a lo que se fije dentro del juicio o en la ejecución de la sentencia, y 3ª Que debe pagar "las costas del presente juicio, a que su culpa civil, generadora de aquel daño, ha dado lugar".

Las disposiciones legales en que se funda la demanda son los artículos 1494 y 2341 a 2360 del C. C.

Aunque esto indica desde luego que la acción quedó ubicada, por decirlo así, en la culpa extracontractual, ello es que en el curso del pleito el abogado demandante razonó también en la forma correspondiente a la culpa contractual y que la sentencia recurrida las contempla ambas, no sin advertir que no pueden involucrarse para ejercerlas a un mismo tiempo por un mismo hecho.

Ello es que el libelo de demanda al aducir la causa o razón de ésta cita tan sólo las disposiciones legales referidas, relativas a la culpa aquiliana todas ellas, ya que únicamente les agregó el artículo 1494 que enumera las fuentes de las obligaciones en nuestro derecho, y, de otro lado, ello es también que la circunstancia de haberse hablado antes de la intervención únicamente del apéndice y de haberse ella extendido al cálculo biliar sin el consentimiento de la familia, figura como uno de los varios detalles presentados por los demandantes como generadores de la culpa que atribuyen al demandado para derivar de ella su acción de perjuicios.

Con todo, ahora en casación se quejan de que el sentenciador de instancia "se extravió infortunadamente de la senda jurídica" contemplando sólo la circunstancia de si hubo o no impericia del cirujano o la muerte se debió a otra causa. "No se trata —dice— en el juicio de establecer si el facultativo demandado practicó o no en forma experta y con arreglo a las normas de la ciencia quirúrgica la extracción de aquel cálculo biliar, ni si el fallecimiento se debió a ésta o aquélla otra causa orgánica coetánea con esa segunda operación, sencillamente porque esas circunstancias en nada afectan el verdadero origen y naturaleza de la culpa civil cometida, ni de consiguiente tienen ellas influencia alguna determinante en la relación de causa a efecto existente entre esa verdadera culpa, el fallecimiento de la paciente y el consiguiente derecho que de allí nació para los demandantes al resarcimiento de los perjuicios por ese fallecimiento o grave daño ocasionados".

Y añade: "El tópico que a la justicia se planteó claramente en la demanda y que tanto el Juzgado de primera instancia como el Honorable Tribunal omitieron estudiar y consiguientemente decidir, por consagrar exclusivamente su atención a la cuestión médica o de simple técnica quirúrgica profesional, es bien distinto de éste y de una meridiana diafanidad jurídica. El problema propuesto en la demanda y acerca del cual ha debido, en consecuencia, pronunciarse el Honorable Tribunal en su fallo, es el que a continuación me permito exponer... en líneas relievadas y precisas".

"El señor Abraham Klainbaum contrató verbalmente con el Dr. Rafael A. Muñoz una intervención quirúrgica, para que éste operase a su esposa doña Brandla, practicándole la ablación o extirpación del apéndice; bajo la condición expresa de que le practicaría únicamente esa ope-

ración y no otra alguna adicional; haciéndole al efecto un solo corte o incisión en el vientre, es decir, el indispensable para el caso, y no varios, condición que es natural y humano se exija por un esposo respecto de la compañera íntima de su vida".

"Existía, por tanto, un pacto, legalmente celebrado, entre Klainbaum y Muñoz, pacto que, al tenor de lo estatuído en el artículo 1602 del Código Civil, ha debido respetarse en toda su integridad, por constituir "una ley entre los contratantes"; y cuyos límites y condiciones no podían alterarse unilateralmente, por voluntad exclusiva de una de las partes, conforme al precepto legal citado y sus concordantes. Mas, como el doctor Muñoz, alegando un deber de conciencia, es decir, algo así como una excepción perentoria, que no propuso procesalmente ni menos ha probado nunca, violó las cláusulas de ese contrato **verbis**, y, a más de la ablación del apéndice, extrajo a la señora de Klainbaum, en una segunda operación practicada sin la preparación previa indispensable, después de hallarse sometida la paciente a una prolongada anestesia, y consiguientemente con imprudencia rayana en la temeridad, un cálculo biliar de gran tamaño, operación ésta de suma gravedad, y que exige una larga preparación especial anterior, para lo cual hubo de practicarse una nueva incisión, extensa y profunda, en parte distinta de la primera, esa por demás ostensible imprudencia y esa irreparable violación por su parte del pacto celebrado, precisamente en aquella expresa estipulación de no hacer, se resuelve en su contra en la indemnización de los perjuicios resultantes del hecho ejecutado en abierta contradicción y quebranto del vínculo contractual existente, según lo preceptúa el artículo 1612 de la obra memorada".

A continuación de esta declaración perentoria sobre qué es lo que constituye su cargo en casación contra la sentencia recurrida, el abogado de los demandantes alude a las posiciones absueltas por el demandado, a las declaraciones de testigos que obran en el cuaderno segundo y, en general, a todas las pruebas "atinentes que obran en lo actuado", para afirmar que está comprobado en el proceso el contrato celebrado entre Klainbaum y Muñoz, "exclusivamente para la operación del apéndice y haciéndole a la paciente un solo corte y no dos, y menos aún dos operaciones", y que está comprobada la violación de ese contrato por el demandado. Pero no acusa de error en la apreciación de ninguno de esos elementos probatorios.

El motivo 1º del artículo 520 del C. J. consiste en "ser la sentencia violatoria de ley sustantiva". A ese resultado puede llegarse por "apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba", caso en el cual, según el inciso 2º de ese numeral 1º, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos".

El artículo 1612 del C. C. dice en lo pertinente: "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". El citado artículo 1616 mira hacia la indemnización desde varios puntos de vista, el cardinal de los cuales es el de la influencia del dolo para extender la responsabilidad a todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa del incumplimiento.

El quebranto de estas disposiciones, que es a lo que se concreta y limita el cargo del abogado recurrente, consiste en que el doctor Muñoz contravino su mencionada obligación de no hacer. El punto de partida del recurrente es, como se ve, el haber contraído el demandado esa obligación. Por tanto, lo indebido del Tribunal arranca de no haber reconocido como hecho comprobado la existencia de esa obligación o, en otros términos, de la celebración con las dichas limitaciones del contrato sobre la intervención quirúrgica. Tal es, lógicamente analizado, el cargo en referencia y su ordenación.

Esto significa que se ha debido comenzar por acusar de error de apreciación de las mencionadas pruebas, como prescribe el citado artículo 520 en su cólon transcrito. Sin embargo, como se dijo ya, el recurrente se limita a aludir a las probanzas, sin siquiera formular la acusación por error de apreciación que acaba de recordarse, y mucho menos sin hacer la demostración allá exigida.

Más todavía: aun dando por llenada esa imperativa exigencia procedimental con la mera alusión a las probanzas, no podría prosperar el cargo, porque las que el recurrente cita, que son las posiciones absueltas por Muñoz y las declaraciones de testigos a que en forma global se refiere señalando el Cuaderno 2º, no acreditan lo que el recurrente dice encontrar en ellas.

En efecto: el doctor Muñoz, tanto al absolver posiciones como al contestar la demanda y en otras piezas del proceso, asiente en verdad a que al convenirse sobre la intervención no figuró un cálculo biliar y mal podría haber figurado, siendo así que de su existencia ni se sospechaba y sólo se tuvo noticia al operar el apéndice; así mismo conviene en que al aconsejar la intervención y animar a la enferma y su familia, no veía él ante sí sino un caso de apendicectomía cuya posible complicación con la matriz no le restaba su habitual sencillez, e igualmente dice que para operar el cálculo no consultó con la familia sino con el ayudante y el anestesista, porque en conciencia su deber profesional le imponía obrar con rapidez, aprovechando la situación para librar a la enferma de ese otro mal, en cuanto su pulso y respiración permitiesen atender al cálculo, y agrega que la consulta a la familia habría ocasionado una demora peligrosa por la prolongación de la anestesia y, de otro lado, que, aunque hubiese operado pésimamente, en la extracción del cálculo, ni aun así podría atribuirse a esto la muerte de la señora, porque esa operación, por mal que se haga, no determina la muerte súbita.

No puede, pues, entenderse que el doctor Muñoz haya confesado que contrajo la obligación de no hacer de cuya contravención se deduce la acción incoada y, por ende, ya en la sentencia, el quebranto de dicho artículo 1612 por no haberse aplicado.

Análogamente con lo que respecta a los testigos a que el abogado se limita a aludir. Ellos declaran que Muñoz habló únicamente del apéndice y su ablación y de que animó a la señora y su familia pintando esto como algo sencillo y seguro; pero tampoco puede deducirse de ahí que contratara en forma de entenderse obligado a no hacer sino determinada incisión y, sobre todo, a no extraer un cálculo biliar de que al contratar no se tenía noticia ni sospecha.

Así las cosas, no prosperaría, aunque se hubiese formulado satisfactoriamente en ley, el cargo de error en la apreciación de esas pruebas, ya de derecho, ya de hecho, con el agravante para este último, de que ha de aparecer de modo manifiesto en los autos. Faltando así la base de la argumentación del recurrente, no puede justificarse el cargo de quebranto de los citados artículos 1612 y 1616, puesto que para ello era preciso comenzar por demostrar ese error, acerca de lo cual, repítese, ni se formuló esta acusación. Ya se vio que, aunque se hubiese formulado, eso no bastaba, porque era preciso también demostrarlo.

En suma: el pleito se inició en el concepto de tratarse de culpa extracontractual y ahora en casación el recurrente lo plantea como de culpa contractual, al extremo de censurar la sentencia recurrida por no haber reconocido que es éste precisamente y no otro alguno el problema planteado en la demanda.

Con suma claridad afirma esto y concreta el recurso y, por ende, la jurisdicción de la Corte, al quebranto de los citados artículos 1612 y 1616 del C. Civil.

De todo lo antedicho se deduce que no puede acogerse ese cargo, que es el que se aduce dentro del motivo 1º del artículo 520.

Se invoca también el motivo 2º de esta disposición, el que consiste en falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La del presente juicio es absolutoria. Estando el imperio de los fallos en su parte resolutiva, se ha entendido, por tesis general, que la absolución implica la ausencia de aquella falta. Por ésta no puede reputarse el hecho de no llenar la sentencia las aspiraciones de actor o reo. Muchas veces quedan insatisfechos ambos. Como tantas veces lo ha dicho esta Sala, esa falta consiste en dejar de decidir puntos puestos **sub judice** o en decidir **extra** o **ultra petita,** lo que no acontece aquí. Es, pues, inadmisible el cargo.

El recurrente lo deriva de la forma en que el Tribunal estudió el pleito consagrando su atención a la pericia del cirujano y demás puntos de vista anexos y dejando de lado, en cambio, lo relativo a la obligación de no hacer y a su incumplimiento. Es verdad que esta faz del problema, tal como a última hora lo presenta el abogado señalándola como exclusiva, no la miró así el sentenciador, y esto era lo natural que sucediera, dadas las súplicas del libelo, sus hechos fundamentales y su razón de derecho, de todo lo cual ya se dijo aquí lo procedente y pertinente. Así cumplía el precepto del artículo 471 del C. J. Pero eso no significa que dejara de contemplar y decidir la situación trazada y concretada en el presente recurso por el abogado, porque lo atinente a ella figura, como ya se dijo, dentro del conjunto de circunstancias de que la demanda deriva la acción indicándolas como fuente de la culpa que atribuye al demandado para deducir, a su turno, de ésta la carga de indemnizar perjuicios.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este pleito por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el quince de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente. Oportunamente se tasarán.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas.—Emilio Pinto H., Oficial Mayor.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE BIENES MOSTRENCOS. — ACREENCIAS NO RECLAMADAS A UN BANCO E N LIQUIDACION.

1.—El cargo por violación de leyes sustantivas sólo cabe dentro de la causal primera.

2.—Hay diferencia entre la causal primera y la causal sexta. Por su índole y fin son INCONFUNDIBLES.

3.—Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones legales pertinentes al caso; el que se hayan aplicado las que no lo son, son motivos improcedentes dentro de la causal segunda, que contempla el caso de incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado.

4.—Las acreencias no reclamadas a un Banco en liquidación están sujetas a las disposiciones especialísimas de la ley 45 de 1923 y demás leyes y decretos que la modifican o la reglamentan, y las disposiciones generales de los códigos civil y judicial sobre bienes mostrencos no tienen aplicación en tal caso. En efecto, las disposiciones mencionadas de la ley 45, las pertinentes de la 57 de 1931 y del Decreto Nº 329 de 1938 determinan en forma clara la situación jurídica y el destino de aquellos saldos.

El que el artículo 44 de la ley 45 de 1923 emplée la expresión FIDEICOMISARIO para conferir al superintendente la guarda temporal de las sumas sin cobrar, procedentes de instituciones bancarias liquidadas, en manera alguna está refiriéndose al fideicomiso de derecho civil. Lo que la ley pretende significar es que el superintendente, en calidad de tal, es decir, de empleado oficial, debe ser el guardián o custodio, a nombre de los dueños, de los respectivos saldos bancarios sin cobrar mientras no venza el término que aquellos tienen para reclamarlos; ese término es de un año, de acuerdo con el artículo 7º de la ley 57 de 1931, "vencido el cual entregará el saldo que quede al Tesoro Nacional". El artículo 3º del Decreto-Ley 329 de 1938 reitera la misma destinación. En último término será, pues, el Estado quien se hace dueño de los saldos no reclamados.

Y en tiempo anterior los acreedores no pierden su calidad de tales, quienes pueden presentarse al superintendente a reclamar sus saldos, o a la Nación cuando el dinero haya pasado al tesoro nacional, si es que no haya de considerarse el plazoque la ley confiere para formular los reclamos ante el superintendente como un término de caducidad o extinción de todo derecho contra la Nación por parte de los acreedores. De todas maneras, pues, los saldos sin reclamar tienem dueño; mientras están en manos del superintendente son los acreedores, a cuyo nombre aquel empleado los conserva; después será la Nación, que los adquiere por vencimiento del término de caducidad, o por prescripción. Pero esos saldos nunca pueden poseer la condición de mostrencos al tenor del artículo 706 del Código Civil.

Aun prescindiendo de las regulaciones de la ley bancaria tampoco puede tener aplicación en el caso de autos el artículo 706 del Código Civil, pues son créditos personales, que como todo derecho de esta naturaleza pertenecen a la categoría de los bienes incorporales, y se distinguen de los bienes muebles en que a diferencia de éstos son intangibles porque su existencia se reconoce por una relación o vínculo jurídico entre deudor y acreedor emanado de una obligación a cargo del primero, de entregar, hacer o no hacer alguna cosa. En el derecho de crédito el abandono por parte del acreedor de la obligación produce el efecto de la extinción del derecho en favor del deudor, quien es el único beneficiado con ese abandono. Todo crédito sin cobrar continúa en cabeza del acreedor hasta su extinción, debido a la prescripción o la caducidad de la acción de cobro. En el crédito o derecho personal nunca desaparece el titular, porque operada la prescripción o la caducidad desaparece la obligación existente, en beneficio del deudor, quien en adelante queda librado de la carga patrimonial que sobre él pesaba. De ahí que ningún crédito sin cobrar quepa en el con-

cepto de BIEN MOSTRENCO, que según la regla del artículo 706 del C. C., corresponde solamente a los bienes MUEBLES que se encuentran dentro del territorio sin dueño aparente conocido.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Adolfo Carrizosa, en escrito de que conoció el juzgado tercero civil de este circuito, demandó se declarasen bienes mostrencos las determinadas cantidades de dinero que especificó existentes en el Banco de la República, por cuenta de la superintendencia bancaria, procedentes de liquidaciones efectuadas de distintas entidades bancarias ya extinguidas y que ninguna persona ha reclamado en varios años; y que por tanto pertenecen al municipio de Bogotá, por encontrarse dentro de sus límites, y al mismo señor Carrizosa, conforme a las disposiciones legales.

El demandante designó como tenedor de dichas cantidades de dinero al mismo superintendente bancario. El juez para cumplir el artículo 838 del código judicial ordenó notificarle la demanda a este empleado quien la contestó oponiéndose a la pretensión del actor.

Después de la apertura del juicio a prueba y de los demás trámites de la primera instancia, el juez le puso término en fallo que fue favorable a las pretensiones del actor, así:

"1º Declárase bienes mostrencos las siguientes cantidades de dinero, procedentes de liquidaciones de entidades bancarias, y que se encuentran depositadas en el Banco de la República, a saber:

"Banco de Sucre	$ 4.597.08
"del Centenario	21.40
"Industrial de Cartagena	30.21
"López	5.032.52
"Mercantil Americano	765.64
Caja de Ahorros del Fresno	592.64
"Caja de Ahorros Escolares	324.31

2º Adjudícanse estos bienes al Municipio de Bogotá y al demandante en la proporción señalada en el artículo 14 del acuerdo Nº 1 de 1931, teniendo en cuenta las cesiones hechas";

"3º Ofíciese al señor Gerente del Banco de la República, depositario de esos bienes para que por el conducto legal los asigne a la orden del Municipio de Bogotá".

"No hay lugar a costas".

Apelado este fallo por el superintendente bancario, se surtió en el tribunal de Bogotá la segunda instancia, con resultado adverso al demandante señor Carrizosa, pues la sentencia respectiva revocó la de primera instancia, y en cambio negó lo demandado.

Vino el asunto a la Corte en recurso de casación interpuesto por el actor. Agotado el trámite, la Sala decide.

El recurrente acusa la sentencia del tribunal valiéndose de las causales **primera, segunda** y **sexta**, del artículo 520 del código judicial. En orden lógico examina la Sala cada una de esas causales.

Causal sexta

Como lo establece claramente el artículo 520 del código judicial la causal **sexta** se limita exclusivamente a dar la oportunidad para que la Corte declare alguna de las causales de nulidad procesal de que trata el artículo 448 del mismo estatuto.

Sin embargo, el recurrente involucra cuestiones atinentes a nulidad procesal, con alegación sobre violación de disposiciones que él cree sustantivas, como los artículos 466, numeral 1º, 468, 473 y otras del código judicial.

El cargo por violación de leyes sustantivas sólo cabe dentro de la causal primera.

Hay diferencia marcada entre la causal primera y la causal sexta. Por su índole y finalidad son inconfundibles.

Empero, como en medio de su confusión el recurrente habla de que el tribunal "carecía de competencia para revocar el fallo del juez" y que "no tenía jurisdicción para aprehender el conocimiento del negocio en segunda instancia, con lo cual incurrió en la causal de nulidad prevista en la regla primera del artículo 448 del código judicial", alegaciones que sí plantean la cuestión de nulidad, a ella se refiere la Corte.

Se le niega jurisdicción al tribunal para aprehender la segunda instancia o mejor para dictar la sentencia que es materia del recurso de casación, diciendo que el tribunal por auto interlocutorio de fecha 23 de junio de 1942 revocó la sentencia definitiva de primera instancia con el agravante de que el recurso de apelación otorgado al superintendente fue ilegal, pues no habiendo suministrado papel sellado para la actuación sin embargo se le oyó y por eso el tribunal carecía de competencia para revocar el fallo en la forma en que lo hizo.

La Sala observa:

El recuento de la realidad procesal aclara el sentido de la alegación del recurrente y pone de manifiesto su improcedencia.

El juez dictó sentencia de instancia el 10 de octubre de 1940. Apelada por el superintendente, después del consiguiente trámite, el tribunal en resolución del 23 de junio de 1942, la revocó "para el sólo efecto de que se cumpla la formalidad pretermitida", consistente en que el juzgado omitió conceder término de prueba para practicar las que se pidieron. Vuelto el asunto al juzgado, éste subsanó la informalidad, en seguida de la cual dictó nueva sentencia, exactamente en los términos de la primera, pues se limitó a transcribir lo que había dicho en ésta.

El superintendente repitió la apelación. El juez se la concedió. Contra esta resolución pidió reposición el actor Carrizosa, fundado en que el superintendente estaba debiendo una revalidación de papel común a virtud de que a él lo obligaba el empleo de papel sellado. El juez fundadamente rechazó tal pretensión, a mérito de que "la actuación en este negocio del señor Superintendente Bancario tiene el carácter oficial o de servicio público, está eximido de usar papel sellado conforme al precepto transcrito, (artículo 7º de la ley 20 de 1923), y por lo mismo la reposición que se estudia no aparece fundada".

No se ve de dónde derive el recurrente la incompetencia de jurisdicción del tribunal, que la posee por aplicación de las disposiciones que regulan las atribuciones de jueces y magistrados por razón de la naturaleza del asunto, la calidad de las partes y el lugar del litigio. Unicamente estos tres factores son los que fijan la competencia de los jueces; y cuando el numeral 1º del artículo 448 del código de procedimiento erije en nulidad el vicio de incompetencia, claramente se está refiriendo al originado en algunos de los tres referidos factores que configuran la competencia de los jueces civiles. Nada más.

Se rechaza la causal.

Causal segunda

Dice el recurrente que la sentencia violó los artículos 205 y 843 del código judicial por cuanto el fallo no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, y que por el motivo indicado violó también directamente el artículo 34 de la ley 57 de 1887, y por aplicación indebida al caso del pleito los artículos 794, 798, 799 y 800 del código civil. Al desarrollar el cargo, el recurrente se refiere a determinados conceptos expresados por el tibunal en la parte motiva del fallo, haciendo la crítica de ellos.

Se considera.

El recurrente al formular este cargo incurre en otra lamentable confusión entre las causales **primera** y **segunda** de casación, tan diferentes entre sí, pues involucra consideraciones relativas a una y a otra.

Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones legales pertinentes al caso; o el que se hayan aplicado las que no lo son, son motivos improcedentes dentro de la segunda causal, que contempla el caso de incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado.

En el presente litigio el tribunal negó las peticiones de la demanda, luego la causal segunda es perfectamente inoportuna.

Se rechaza la causal.

Causal primera

La Sala resumirá los diferentes motivos en que se funda esta causal, con el objeto de examinarlos breve y globalmente, dado que esos motivos se refieren todos más o menos a uno de los tópicos tratados por el sentenciador y en que apoyó la negación de lo demandado.

En uno de los capítulos de la sentencia el tribunal apoyado en los artículos 44 y 58 de la ley 45 de 1923, sobre establecimientos bancarios y 7º de la ley 57 de 1931, conceptúa que las acreencias no reclamadas contra un banco ya liquidado constituyen un fideicomiso **sui generis** de derecho civil, a favor del Estado con miras a obtener un arbitrio rentístico. "En el fideicomiso especial, instituído por la ley bancaria sobre los saldos que quedan o aparecen, efectuadas las liquidaciones de los bancos, el constituyente es el legislador, la persona a cuyo favor se debe hacer la liquidación es la dueña misma de la acreencia consignada o saldo restante por cubrir".

"...La condición fallida consiste en que los dueños de los saldos no los reclamen dentro de los términos fijados por la ley civil, y mientras tales lapsos transcurren para la Sala si la condición falla o no, el fiduciario tiene el carácter de dueño con la obligación de devolver entre tanto otras especies de igual cantidad y calidad, al tenor del artículo 848 del código civil, congruente de lo que dispone el 813 antes citado.

"...Si el artículo 44 de la ley 45 de 1923 tiene prescrito que el superintendente bancario es un fideicomisario de las personas que tengan derecho a las sumas que queden a deberse y no hayan sido reclamadas, después de terminada la liquidación voluntaria o forzosa, ya sea que esas personas hayan sido depositantes o accionistas o acreedores a otro título, el superintendente bancario en todo el tiempo transcurrido desde cuando se liquidaron las entidades bancarias y de crédito a que se contrae la demanda, hasta la fecha en que ésta se inició y notificó, fue un **dueño** y **poseedor** de tales saldos o sumas de dinero denunciados como mostrencos, con miras a que esa propiedad se consolidara si resultaba fallida la condición de no ser reclamadas por sus dueños durante los términos legales".

Con toda esta argumentación el tribunal concluye que los bienes denunciados no tienen el carácter de mostrencos.

El recurrente ataca este razonamiento del tribunal, con el cual estima violadas las disposiciones civiles pertinentes sobre propiedad fiduciaria y los artículos 44 de la ley 45 de 1923 y 7º de la ley 57 de 1931, entre otras disposiciones que cita. Además en cuanto se admitió en el pleito al superintendente bancario, sin ser éste funcionario representante de la nación en cuyo favor dice el recurrente se pronunció la sentencia; y en cuanto se permitió que el superintendente bancario actuara en papel común.

La Corte considera:

Ciertamente el tribunal se equivocó en la interpretación de la figura jurídica del fideicomiso a que se refiere el artículo 44 de la ley 45 de 1923. Pero esa equivocación no conduce a infirmar el fallo recurrido, cuya parte resolutiva se acoge, pero con las razones que se van a consignar, las cuales rectifican la tesis del tribunal, limitándose entonces a esa función teórica la intervención de la Corte, con lo cual cumple de manera plena la tarea doctrinante que es la razón de ser del recurso de casación.

El señor superintendente bancario en el alegato de oposición a la demanda de casación sostiene que las acreencias no reclamadas a cargo de un banco en liquidación están sujetas a las disposiciones especialísimas de la ley 45 de 1923 y demás leyes y decretos que la modifican o la reglamentan, y que las disposiciones generales de los códigos civil y judicial sobre bienes mostrencos, no tienen aplicación en tal caso. En esa afirmación le asiste toda la razón.

En efecto las disposiciones mencionadas de la ley 45, las pertinentes de la ley 57 de 1931 y del decreto 329 de 1938, determinan en forma clara la situación jurídica y el destino de aquellos saldos.

El artículo 44 de la ley 45 le confiere al superintendente facultad para "tomar y mantener en su poder, como **fideicomisario** de los dueños de ellas, cualesquiera sumas que queden a deberse y no hayan sido reclamadas por algún depositante u otro acreedor o accionista de cualquier establecimiento a que esta ley sea aplicable, después de terminada la liquidación voluntaria o forzosa de los asuntos y negocios del establecimiento".

El que la disposición anterior emplee la expresión **fideicomisario**, para conferir al superintendente la guarda temporal de las sumas sin cobrar, procedentes de instituciones bancarias liquidadas, en manera alguna está refiriéndose al fideicomiso de derecho civil.

No es posible, contraría la naturaleza misma de la institución de derecho civil, de la propiedad fiduciaria, contemplada en el título 8º del libro 2º del código civil, el que se pueda considerar al congreso, según la idea del tribunal, convertido en una especie de persona particular, constituyendo esa propiedad, en el que el fideicomisario sería la nación, o sea en definitiva el mismo constituyente, pues el congreso la representa, y el fiduciario, el superintendente bancario, es decir, nuevamente el mismo Estado, en el cual dicho empleado no es más que un funcionario público, agente del presidente de la república por medio del cual éste ejerce la atribución de inspeccionar la industria bancaria, que le confiere la constitución —ordinal 15 del artículo 120 de la nueva codificación—, según lo expuso la Sala plena de esta Corte en sentencia de 12 de diciembre de 1925 sobre exequibilidad de la ley 45 de 1923.

En esa teoría querría decir que el Estado sería a la vez constituyente, fiduciario y fideicomisario. Semejante anormalidad jurídica la repudia la recta razón. La cuestión es más sencilla. Lo que la ley pretende significar es que el superintendente, en calidad de tal, es decir de empleado oficial, debe ser el guardián o custodio, a nombre de los dueños, de los respectivos saldos bancarios sin cobrar mientras no venza el término que aquellos tienen para reclamarlos; término que de acuerdo con el artículo 7º de la ley 57 de 1931 es de un año "vencido el cual entregará el saldo que quede al Tesoro Nacional". El artículo 3º del decreto-ley 329 de 1938 reitera la misma destina-

ción. En último término será pues el Estado quien se hace dueño de los saldos no reclamados. Y en el tiempo anterior los acreedores no pierden su calidad de tales, quienes pueden presentarse al superintendente a reclamar sus saldos, o a la nación cuando el dinero haya pasado al tesoro nacional, si es que no haya de considerarse el plazo que la ley confiere para formular los reclamos ante el superintendente como un término de caducidad o extinción de todo derecho contra la nación por parte de los acreedores.

De todas maneras, pues los saldos sin reclamar tienen dueño; mientras están en manos del superintendente son los acreedores, a cuyo nombre aquél empleado los conserva; después será la nación, que los adquiere por vencimiento del término de caducidad, o por prescripción. Pero esos saldos nunca pueden poseer la condición de mostrencos al tenor del artículo 706 del código civil.

Pero hay más. Aún prescindiendo de las regulaciones de la ley bancaria, en el caso de autos tampoco puede tener aplicación el artículo 706 del código civil que define como mostrencos los bienes muebles sin dueño aparente o conocido. Esta también es una alegación del señor superintendente bancario, completamente fundada.

Los saldos de dinero sin cobrar, procedentes de las liquidaciones bancarias son créditos personales, que como todo derecho de esta naturaleza pertenecen a la categoría de los bienes incorporales y se distinguen de los bienes muebles, en que a diferencia de éstos son intangibles porque su existencia se reconoce por una relación o vínculo jurídico entre deudor y acreedor emanado de una obligación a cargo del primero, de entregar, hacer o no hacer alguna cosa.

En el derecho de crédito el abandono por parte del acreedor de la obligación produce el efecto de la extinción del derecho en favor del deudor, quien es el único beneficiado con ese abandono. Todo crédito sin cobrar continúa en cabeza del acreedor hasta su extinción, debido a la prescripción o la caducidad de la acción de cobro. En el crédito o derecho personal nunca desaparece el titular, porque operada la prescripción o la caducidad desaparece la obligación existente, en beneficio del deudor, quien en adelante queda liberado de la carga patrimonial que sobre él pesaba.

De ahí que ningún crédito sin cobrar quepa en el concepto de bien mostrenco, que según la regla del artículo 706 del código civil corresponde solamente a los bienes **muebles** que se encuentren dentro del territorio, sin dueño aparente o conocido.

Esta misma doctrina, de que bienes mostrencos no pueden ser sino las especies corpóreas, ya la había sentado esta sala en sentencia de 30 de julio de 1942, doctrina que condensa así el relator (GACETA JUDICIAL, tomo LIV, pág. 469) en juicio en que también fue demandante de bienes mostrencos el mismo señor Carrizosa:

"Aunque ciñéndose aisladamente a la clasificación que la ley hace de los bienes podría pensarse, como lo pretende el recurrente, que los derechos personales son susceptibles de llegar a tener la calidad de bienes mostrencos, ya que el artículo 706 del C. C. solamente requiere al efecto que sean muebles, sin embargo, no resulta aceptable la conclusión si se tiene en cuenta la naturaleza jurídica de la institución de los bienes mostrencos, que así se llaman "porque se deben mostrar o poner de manifiesto y pregonar para que pueda su dueño saber el hallazgo y reclamarlos" (Escriche), como las disposiciones mismas con que la ley los establece y gobierna. De las dos especies o clases en que se dividen los bienes (artículos 665 y 667 del C. C.), solamente los primeros, los que tienen apariencia sensible, según expresión de Josserand, son susceptibles de asumir la condición de mostrencos. No los derechos, que carecen de forma corpórea y sólo se conciben por la inteligencia. Así se deduce de los términos del artículo 840 del C. J. Resulta tan anómalo dentro de la ley y la doctrina hablar de un derecho personal mostrenco, como hablar de bien vacante refiriéndose a la acción del comprador para que se le entregue la finca comprada, alegando que legalmente es un bien inmueble (artículo 667, C. C.), cuando la ley requiere también perentoriamente para el fenómeno de la vacancia inmuebles corporales que no pueden determinarse sino por su situación y linderos (artículo 840, C. J.). Por lo demás, "cuando por la ley o el hombre se usa la expresión bienes muebles sin otra calificación", como sucede en el artículo 706 del C. C., debe entenderse que sólo se hace referencia a los definidos como tales por esencia y naturaleza en el artículo 655 ibidem, esto es, a las cosas corporales que pueden transportarse de un lugar a otro, quedando así excluídas las incorporales y los llamados muebles por accesión de que trata el artículo 659 del código citado. Esta es la inteligencia obligatoria de la expresión bienes muebles":

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, declara que no casa la sentencia del tribunal superior de Bogotá, materia del presente recurso.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION PENAL

CAUSAL 2ª DE CASACION.—CAUSAL 5ª —COMPLICIDAD CORRELATIVA—AUTO DE PROCEDER, VEREDICTO Y SENTENCIA

1.—Ha repetido la Corte en numerosos fallos que no es procedente alegar la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el Jurado, por ser éste libre para apreciar las pruebas procesales según su íntimo convencimiento y porque el examen probatorio conduciría a la posible declaración de injusticia notoria del veredicto, que fue excluída de las causales de casación en la ley vigente, según lo dejó claramente establecido la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es este, por tanto, un problema exclusivo de las instancias (la contraevidencia del veredicto).

2.—Para que la causal 5ª de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales o accesorios que influyen en la calificación del hecho y de la responsabilidad de su autor y, consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario, y la ley lo exige, que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle las sanciones. Pero, como es obvio, la mera deficiencia formal en la exposición que no produzca siquiera duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias, aunque criticable, no puede dar lugar a la invalidación de un fallo.

3.—La Corte acoge el concepto de la Procuraduría, según el cual "cuando varias personas participan en la ejecución de un homicidio o de unas lesiones personales, sin saberse cuál es el verdadero autor, el interés público exige que todos los cooperadores del hecho delictuoso respondan penalmente de él para evitar la impunidad, pero en una forma justiciera, o sea, que ni los equipare a todos como autores, ni a todos los nivele como cómplices. De ahí que se les reprima con la pena correspondiente al delito cometido, pero en un término inferior al que se asigna a la responsabilidad principal del coautor y superior a la que le toca al cómplice no necesario". A dos pueden reducirse los elementos esenciales de esta figura de la complicidad correlativa: a) Que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y b) Que no sea posible determinar al autor. Pero este simple enunciado requiere alguna explicación: TOMAR PARTE no significa tan sólo estar presente en la ejecución del hecho, sino colaborar en la intención y en la actividad que llevan al común designio criminal. La complicidad correlativa no es, pues, una figura esencialmente distinta de la complicidad en general o del concurso en la delincuencia. Tanto en aquélla como en ésta deben existir el acuerdo de voluntades, aunque no sea anterior sino instantáneo y concomitante a los hechos, y la actividad delictuosa, en una palabra, el querer un delito y participar con actos distintos de los constitutivos de participación no necesaria para realizarlo. Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma porque, si desaparece la duda, si se sabe quién o quiénes fueron los responsables principales o quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del ITER CRIMINIS, lo correlativo de la complicidad se rompe y debe regularse la calificación de los hechos por los principios generales que gobiernan la coparticipación en sus grados respectivos.

4.—Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe haber consonancia, porque el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado; el

veredicto es la calificación que da el Jurado a los hechos de que se vindica al culpable en el enjuiciamiento, y la sentencia es la aplicación de los preceptos de derecho a los hechos calificados por el Jurado. (Artículos 431, 480, 499 y concordantes del Código de Procedimiento Penal). Pero es necesario saber hasta dónde debe llegar aquella consonancia o armonía. En los juicios por Jurado no le corresponde al juez de derecho sino aplicar las sanciones al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad. (Artículo 33 del C. P.). Pero en cuanto a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que el Jurado les dé. (Artículo 480, C. de P. P.), o, si encuentra que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, debe así declararlo y convocar un nuevo Jurado. (Artículo 537 IBIDEM). De no ser así se desvirtuaría o mejor, se desconocería la institución del Jurado. Pero ya aquí se impone decidir hasta dónde debe llegar la consonancia de la sentencia y el veredicto con el auto de proceder, punto que ofrece, talvez por novedoso, algunas dificultades.

Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables EN CUANTO AL GENERO DEL DELITO, de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente), puedan modificarlo. Pero las circunstancias calificadoras o modificadoras del hecho sí pueden ser variadas por el Jurado y, naturalmente, por la sentencia, que ha de estar de acuerdo con el veredicto. Es más, el Jurado puede declarar otras circunstancias que no hayan sido sometidas a su consideración por no figurar en el auto de llamamiento a juicio. Si así no fuera carecería de objeto el término probatorio de la causa, y lo que la ley quiere es que, en cuanto sea posible, aparezca la verdad en toda su plenitud, hasta el punto de que concede al Juez "amplias facultades" para que en la propia audiencia pueda ordenar que se practiquen *todas las diligencias* que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos". (Artículo 472, C. de P. P.). Es por eso por lo que el artículo 431 del C. de P. P. ordena hacer el llamamiento a juicio en dos formas: EN LA PARTE MOTIVA debe hacerse "la calificación GENERICA del hecho que se imputa al procesado CON LAS CIRCUNSTANCIAS CONOCIDAS QUE LO ESPECIFIQUEN"; mientras que EN LA PARTE RESOLUTIVA debe hacerse la calificación únicamente en forma GENERICA, pero "sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca". Por otra parte da el artículo citado una pauta muy clara para distinguir el género de la especie de los delitos, diciendo que la denominación que le da el Código Penal al delito EN EL RESPECTIVO CAPITULO o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, es el GENERO. Por ejemplo, homicidio, lesiones personales, robo, estafa. De manera que las clases de hechos distintos indicados en los ARTICULOS del respectivo capítulo o título, según el caso, constituyen las ESPECIES. Todo esto porque la parte resolutiva es obligatoria y circunscribe el debate y por ello ha de hacerse la calificación del hecho en una forma amplia —LA DEL GENERO— con el fin de dar cabida a la discusión del juicio, al paso que la motiva está formada por un conjunto de apreciaciones sujetas a posterior comprobación y, por tanto, a ulteriores rectificaciones.

En conclusión, han de sacarse tres consecuencias de lo dicho anteriormente: la primera, que el Jurado no puede apartarse de la calificación genérica hecha en la parte resolutiva del auto de proceder, pero sí puede hacerlo de la calificación específica o circunstancial hecha en la misma providencia en la parte motiva, según las probanzas aducidas en el respectivo término de la causa; la segunda, que la sentencia debe guardar armonía con el auto de proceder, sin que pueda extenderse a infracciones de género distinto del señalado; y la tercera, que la sentencia del juez debe tener consonancia en cuanto a los hechos con el veredicto del Jurado y no con el auto de llamamiento a juicio en su parte específica o circunstancial.

5.—No admite la Corte lo alegado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, esto es, que el mínimo de la pena señalada para el asesinato no puede aumentarse en presen-

cia de varias circunstancias que lo especifiquen con esa calidad, salvo en casos excepcionalmente graves. Para que el homicidio tome la denominación de asesinato basta que se cometa en una cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 363 del Código Penal, sin que sea necesario que se reúnan varias de ellas, ni mucho menos todas o casi todas. En efecto, leyendo el artículo citado se ve que las dichas circunstancias se señalan en forma disyuntiva, sin que se exija la acumulación de una a otra u otras para que el asesinato se configure. Por otra parte, habría que admitir que los asesinatos son todos de la misma calidad dolosa, cuando el sentido común indica que en esa especie grave del homicidio se puede establecer toda una gradación, desde el cometido con una sola de las circunstancias, el perpetrado con varias y el llevado a término con todas o, casi todas las previstas para que revista esa calificación. Es más, ya la Corte ha aceptado que en el asesinato caben, a pesar de la gravedad que de suyo comporta, circunstancias modificadoras atenuantes que se deben justipreciar, verbigracia, el estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación. La ley no veda que se aumente el mínimo por haberse perpetrado el hecho ilícito con varias circunstancias de agravación, es decir, que el hecho resalte como de mayor gravedad. Aunque hay jueces que aplican con cierta dosimetría el artículo 39 del Código Penal, cosa que no quiere la actual legislación, es el artículo 36 del citado código el que da la pauta para la aplicación de las sanciones. La gravedad y las modalidades del hecho delictuoso se han de tener en cuenta, sobre todo, en los casos en que en la realización de un acto delictuoso se han reunido no sólo una, sino varias de las condiciones previstas para ser reprimido con especial severidad. Tal sucede, por ejemplo, en el asesinato (artículo 363, C. P.), en el robo (artículo 404), en el hurto (398), en la violencia carnal (artículo 317), etc. Sin que eso quiera decir, naturalmente, que en todas las infracciones no se contemple ese factor de la mayor o menor entidad dolosa de la infracción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal — Bogotá, once de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Buga, en sentencia de 3 de abril del año próximo pasado, condenó a Otoniel Santana Villamil y a José Gregorio Posada a las penas de diez años y siete años y medio de presidio, respectivamente, por el homicidio cometido en la persona de Andrés María Bedoya, el 2 de marzo de 1942, en el paraje de "Monte Loro", de la jurisdicción municipal de San Pedro, del Departamento del Valle.

Contra ese fallo interpusieron el recurso de casación tanto el Fiscal del Tribunal como el defensor de José Gregorio Posada.

Hechos. El día citado salió Andrés María Bedoya de la casa de Santiago y Josefa Zapata, con el fin de mostrarle a Otoniel Santana Villamil unas mejoras que éste diz que quería comprarle. Santana no regresó con Bedoya y explicó que éste se había quedado en una roza para recibir unas "astillas" que habían quedado de entregarle. Mas como pasaran varios días sin que apareciera, la autoridad tomó cartas en el asunto, dirigiendo la investigación contra Santana, por haber sido la última persona que había estado con el desaparecido, y contra José Gregorio Posada, que tenía tratos carnales con la esposa legítima de Bedoya, Elvira Noreña.

Al principio fracasó la investigación, pero Posada resolvió al fin confesar el crimen (f. 35), en vista de las contradicciones en que se veía envuelto y del resultado infructuoso de la coartada con que había pretendido defenderse.

Ya con las pruebas allegadas pudo saberse el desarrollo o particularidades del delito: Posada y Santana durmieron en la casa de Elvira Noreña la víspera de los sucesos y al día siguiente salieron de dicha casa por caminos diferentes. Santana se encontró con Bedoya en la casa de los Zapatas arriba nombrados, donde se habían citado. Y con el pretexto de que mostrara las mejoras que Santana deseaba comprarle, Bedoya fue llevado al punto escogido, en el que fue ultimado de un machetazo en la región lateral derecha del cuello, que le rompió la columna vertebral entre la segunda y tercera vértebra cervicales y le dejó la cabeza apenas adherida al cuello: quedó, pues, decapitado casi completamente. Consumado el

crimen, procedieron los delincuentes a enterrar a la víctima en un hoyo, abierto con algunos instrumentos llevados por Posada de la casa de la Noreña.

Conviene recalcar sobre el hecho de que Posada tenía relaciones ilícitas con la mujer de Bedoya y que pocos días antes de su muerte éste se había presentado a la Alcaldía de San Pedro a quejarse contra Posada y a solicitar el apoyo de la autoridad con el fin de hacer retornar a su lado a la infiel esposa. Posada acudió a la cita del Alcalde el 3 de marzo, un día después de realizado el homicidio y recibió el requerimiento del caso. En cuanto a Santana —según afirmaciones de Posada— se manifestó complacido por haber vengado "las cosas" que le había dicho Bedoya a su concubina Aminta Pérez (concubina de Santana) y porque era "rojo".

Claramente delineados aparecen, pues, tanto el propósito uniforme de los delincuentes, hasta para ocultar los vestigios de su delito, como el interés pasional que los condujo.

Demanda de casación. Contra la sentencia del Tribunal de Buga se interpuso el recurso de casación ya dicho.

El señor Fiscal del Tribunal invoca las causales primera y tercera del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, y el señor defensor de Posada alega las causales primera, segunda, tercera y quinta del mismo artículo.

La Corte estudiará primero las causales segunda y quinta invocadas por el defensor, para concretarse a las restantes, que son las que ofrecen verdadero mérito para el estudio del recurso.

CAUSAL SEGUNDA: errada interpetación o apreciaciones de los hechos

Ha repetido la Corte en numerosos fallos que no es procedente alegar la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el jurado, por ser éste libre para apreciar las pruebas procesales según su íntimo convencimiento y porque el examen probatorio conduciría a la posible declaración de injusticia notoria del veredicto, que fue excluída de las causales de casación en la ley vigente, según lo dejó claramente establecido la Comisión redactora del nuevo código de procedimiento. Es éste, por tanto, un problema exclusivo de las instancias (la contraevidencia del veredicto).

No prospera, por tanto, esta causal.

CAUSAL QUINTA: no haber expresado clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Dice el defensor de Posada:

"La sentencia omite expresar clara y terminantemente cuáles son los hechos que se encuentran probados en la causa para cimentar la circunstancia de la insensibilidad moral de los reos, y especialmente de Posada. Ni siquiera los enuncia. Aparte de que tampoco menciona los referentes a la premeditación y la alevosía con que envuelve a mi defendido".

Pero hay que anotar que para que esta causal de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales o accesorios que influyen en la calificación del hecho y de la responsabilidad de su autor y, consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario y la ley lo exige que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle las sanciones. Pero, como es obvio, la mera deficiencia formal en la exposición que no produzca siquiera duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias, aunque criticable, no puede dar lugar a la invalidación de un fallo.

En el presente caso cabe decir, primeramente, que la premeditación y la alevosía, prueba de la insensibilidad moral de los acusados, fueron admitidas por el jurado y no rechazadas por los jueces de derecho, por tener suficiente respaldo en el proceso.

Además, los párrafos finales de la sentencia, en los cuales se indica cuáles fueron las disposiciones del código de las penas que son aplicables a los procesados, son una consecuencia de lo expuesto en la parte motiva de la misma, y en ésta se indica de manera suficientemente clara cuáles fueron los hechos ejecutados por los reos y con qué modalidades y circunstancias.

No prospera, por lo tanto, está causal.

CAUSAL TERCERA: Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

Alega el defensor de Posada:

Que el jurado declaró a éste "como cooperador no necesario" y que, según esa declaración quedó eximido del cargo concreto de autor o coautor y también de las agravantes de premeditación y alevosía.

Se considera:

Es cierto que el jurado eximió a Posada del cargo de autor o coautor, pero no es exacto que lo hubiera eximido igualmente de las circunstancias de asesinato en la participación no necesaria que declaró en su contra. La lógica y el derecho enseñan que lo accesorio sigue la naturaleza de lo principal y, como el veredicto dejó en pie la figura del asesinato, en un homicidio de esta clase tomó parte el procesado.

Y eso es lo que indica también el texto de la ley al decir que "las circunstancias materiales que agraven o atenúen el hecho, **aunque modifiquen la denominación del delito"**, habrán de tenerse en cuenta para quien, conociéndolas, prestó su concurso. (Artículo 22 del C. P.). Y esa razón hace que la pena con que se sanciona al copartícipe no necesario, aunque un poco atenuada por esta calidad, sea la "correspondiente al delito" (artículo 20 ibídem).

Solamente **"las circunstancias personales** que disminuyan o excluyan la responsabilidad, no se tendrán en cuenta sino respecto del autor o del cómplice en quien concurran". Pero de éstas últimas no se trata (de las circunstancias personales), sino de aquellas (de las materiales que agravan el hecho), esto es, de que Posada fue partícipe de un asesinato y no de un simple homicidio, pues conociendo las modalidades graves del hecho que se iba a perpetrar, fue cómplice de su realización.

"Es indubitable —dice la Procuraduría— que el veredicto dejó en pie la figura del asesinato y sólo modificó el cuestionario en lo referente a la clase de perticipación que Posada prestó en el homicidio, que redujo a la de simple cómplice, en el evento preciso del artículo 20 del Código Penal.

"En tal virtud, el jurado sólo introdujo al cuestionario una circunstancia modificadora de la sanción, pero sin desnaturalizar el cargo fundamental de asesinato.

"Y como la sentencia aceptó esa calificación, ella guarda armonía con lo resuelto por el tribunal de hecho en tal sentido".

No cabe aceptar, pues, la causal por este aspecto.

El señor Fiscal del Tribunal de Buga alega por su parte:

"a) Que al jurado se le interrogó si los procesados habían cometido el delito en complicidad correlativa, de conformidad con el auto de proceder;

b) Que los jueces de conciencia se apartaron en su veredicto de las apreciaciones de ese enjuiciamiento, pues definieron claramente que el autor del asesinato había sido Otoniel Santana y que José Gregorio Posada no era sino su cómplice no necesario;

c) Que el juzgado superior acató el veredicto y sancionó a los delincuentes conforme con la situación fijada por los jueces de hecho; y

d) Que el Tribunal no acogió el veredicto, sino que se apartó de él, puesto que condenó a los acusados como responsables de asesinato en complicidad correlativa.

Estas afirmaciones del Fiscal del Tribunal son exactas. En efecto:

a) El Juzgado Superior del Distrito Judicial de Buga, en providencia de 24 de agosto de 1942 (f. 128), llamó a juicio criminal a Posada y Santana Villamil como autores del ilícito y como perpetrado "en concierto previo y en una necesaria y recíproca participación", con "premeditación acompañada de motivos innobles y bajos" y con "insidia y alevosía".

b) El Tribunal de Buga confirmó la providencia aludida, pero modificándola en lo relativo a concurso: como al occiso "se le infirió sólo una herida por detrás y es imposible saber cuál de los dos procesados fue el causante de la lesión —dijo el Tribunal— la situación jurídica en que se les debe colocar es la contemplada por el artículo 385 del Código Penal vigente", esto es, en complicidad correlativa.

c) El jurado reunido para definir la responsabilidad de los sindicados, contestó:

Con relación a Santana: **"Sí, como autor único de la herida que produjo la muerte de Bedoya".**

Y con relación a Posada: **"Sí, como cooperador, por haber prestado una ayuda, cumpliendo promesas anteriores al delito".**

d) El Juzgado, acatando el veredicto, condenó a Santana a sufrir diez y siete años de presidio, como autor principal, deduciéndole una circunstancia de mayor peligrosidad, y a Posada a la de siete años y medio de la misma sanción, sin cargarle ninguna circunstancia de mayor peligrosidad. No aceptó, pues, el Juzgado la figura de la complicidad correlativa que el Tribunal dedujo en el auto de proceder, por cuanto el jurado acabó con su veredicto la incertidumbre que tal figura encierra, al fijar la responsabilidad concreta de cada uno de los acusados.

e) Pero el Tribunal consideró que la complicidad correlativa debía mantenerse, a pesar de la

respuesta de los jueces de hecho, y de acuerdo con ese parecer sancionó a los reos, agregando para Posada una nueva disminución, de acuerdo con el artículo 20 del Código Penal, esto es, considerándolo como partícipe no necesario del delito. De esta suerte, le fijó a Santana Villamil diez años de presidio y a Posada los mismos siete años y medio que había indicado el Juzgado.

Ya puede, pues, concluírse que sí hubo desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del jurado. Pero como esa conclusión entraña problemas más vastos de derecho, es menester estudiarlos para llegar a ella. La Procuraduría trae dos capítulos en su vista, el uno sobre complicidad correlativa y el otro sobre el acuerdo que debe existir entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia, para deducir que en el fallo recurrido no se atendió al veredicto del jurado, como ha debido hacerse. La Corte acogerá las razones del Ministerio Público, en esta parte, como se verá en seguida.

La complicidad correlativa: Dice el artículo 385 del Código Penal:

"En los casos en que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión y no sea posible determinar su autor, quedarán todas sometidas a la sanción establecida en el artículo correspondiente, disminuída de una sexta parte a la mitad".

Como lo anota la Procuraduría, el establecimiento de esta figura obedece "a una imperiosa necesidad de defensa social y a un claro principio de equidad. Cuando varias personas participan en la ejecución de un homicidio o de unas lesiones personales, sin saberse cuál es el verdadero autor, el interés público exige que todos los cooperadores del hecho delictuoso respondan penalmente de él para evitar la impunidad, pero en una forma justiciera, o sea, que ni los equipare a todos como autores, ni a todos los nivele como cómplices. De ahí que se les reprima con la pena correspondiente al delito cometido, pero en un término inferior al que se asigna a la responsabilidad principal del coautor y superior a la que le toca al cómplice no necesario".

A dos pueden reducirse los elementos esenciales de esta figura de la complicidad correlativa:

a) Que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y

b) Que no sea posible determinar su autor.

Pero este simple enunciado requiere alguna explicación.

Tomar parte no significa tan sólo estar presente en la ejecución del hecho, sino colaborar en la intención y en la actividad que llevan al común designio criminal.

La complicidad correlativa no es, pues, una figura esencialmente distinta de la complicidad en general o del concurso en la delincuencia. Tanto en aquélla como en ésta deben existir el acuerdo de voluntades, aunque no sea anterior sino instantáneo y concomitante a los hechos, y la actividad delictuosa, en una palabra, el querer un delito y participar con actos distintos de los constitutivos de participación no necesaria para realizarlo. Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma, porque, como se anota en el concepto del señor Procurador, si desaparece la duda, si se sabe quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del **iter criminis,** lo correlativo de la complicidad se rompe y debe regularse la calificación de los hechos por los principios generales que gobiernan la coparticipación de sus grados respectivos.

Esto último es precisamente lo que ha ocurrido en el presente caso al fijar el jurado la responsabilidad principal por el hecho en la persona de Otoniel Santana Villamil y al señalar a José Gregorio Posada como "cooperador" no necesario. Descartó, pues, el tribunal de hecho la complicidad correlativa, porque indicó claramente en su veredicto cuál fue el autor del delito, y ya se ha dicho que la ignorancia sobre el agente de la infracción entre varios copartícipes es elemento esencial de la dicha figura.

Forzoso es concluír, pues, que la sentencia del Tribunal se apartó del veredicto del jurado, llegando hasta considerar a Posada en dos formas de complicidad: en la correlativa de que se viene hablando y también como cooperador no necesario. La Sala estudiará en seguida las consecuencias de ese desacuerdo. O mejor, si podía apartarse del veredicto del jurado para guardar consonancia con el auto de proceder.

El auto de proceder, el veredicto y la sentencia. Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe haber consonancia, porque el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado, el veredicto es la calificación que da el jurado a los hechos de que se sindica al culpable en el enjuiciamiento, y la sentencia es la aplicación de los preceptos de dere-

cho a los hechos calificados por el jurado (artículos 431, 480, 499 y concordantes del código de procedimiento penal). Pero es necesario saber hasta dónde debe llegar aquella consonancia o armonía.

En los juicios por jurado no le corresponde al juez de derecho sino aplicar las sanciones al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad (artículo 36 del C. P.). Pero en cuanto a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que el jurado les dé (artículo 480 del C. de P. P.) o, si encuentra que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, debe así declararlo y convocar un nuevo jurado (artículo 537 ibídem). De no ser así, se desvirtuaría, o mejor, se desconocería la institución del jurado. Pero ya aquí se impone decidir hasta dónde debe llegar la consonancia de la sentencia y el veredicto con el auto de proceder, punto que ofrece, talvez por novedoso, algunas dificultades.

Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables en **cuanto al género del delito,** de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente) puedan modificarlo. Pero las circunstancias calificadoras o modificadoras del hecho sí pueden ser variadas por el jurado y, naturalmente, por la sentencia, que ha de estar de acuerdo con el veredicto. Es más, el jurado puede declarar otras circunstancias que no hayan sido sometidas a su consideración por no figurar en el auto de llamamiento a juicio. Si así no fuera, carecería de objeto el término probatorio de la causa, y lo que la ley quiere es que, en cuanto sea posible, aparezca la verdad en toda su plenitud, hasta el punto de que concede al juez "amplias facultades" para que en la propia audiencia pueda ordenar que se practiquen todas las diligencias "que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos" (artículo 472 del C. de P. P.).

Es por eso por lo que el artículo 431 del Código de Procedimiento Penal ordena hacer el llamamiento a juicio en dos formas: **en la parte motiva** debe hacerse "la calificación **genérica** del hecho que se imputa al procesado **con las circunstancias conocidas que lo especifiquen**"; mientras que **en la parte resolutiva** debe hacerse la calificación únicamente en forma **genérica,** pero "sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca".

Por otra parte, da el artículo citado una pauta muy clara para distinguir el género de la especie de los delitos, diciendo que la denominación que le da el Código Penal al delito **en el respectivo capítulo** o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, es el **género.** Por ejemplo, homicidio, lesiones personales, robo, estafa. De manera que las clases de hechos distintos indicados en los **artículos** del respectivo capítulo o título, según el caso, constituyen las **especies.**

Todo esto porque la parte resolutiva es obligatoria y circunscribe el debate y por ello ha de hacerse la calificación del hecho en una forma amplia —LA DEL GENERO— con el fin de dar cabida a la discusión del juicio; al paso que la motiva está formada por un conjunto de apreciaciones sujetas a posterior comprobación y, por tanto, a ulteriores rectificaciones.

Cree oportuno la Sala recordar que la Comisión Redactora del código procesal no adoptó el inciso 3º del artículo 431 citado, tal como hoy aparece, sino que exigía que el auto de proceder debía contener "la definición del hecho punible que se pretende imputar al procesado con TODAS las circunstancisa que lo especifiquen".

Alegó el proponente que la sociedad debía proceder con una lealtad absoluta para con el procesado indicándole todos los cargos que le hacía, desde el enjuiciamiento, y que en la investigación y no en el juicio debían quedar comprobados todos los elementos y circunstancias del delito.

Pero se le contestó que esa tesis tenía "el inconveniente gravísimo de restringir demasiado el debate judicial"; que para efectos de hacerlo un poco amplio en todas las actuales legislaciones se exigía en el auto de proceder solamente la calificación genérica del delito, no la especial; que el exigir la especificación de "todas" las circunstancias desde el auto de llamamiento a juicio, significaría "posteriormente no se le podrá agregar ninguna, lo que evidentemente no podría aceptarse"; que si no se ha mencionado una circunstancia calificadora en el juicio y luego se probaba plenamente en la causa, no podría proponerse al jurado y entonces se haría necesario un nuevo auto de proceder para formularla.

En conclusión, se exigió solamente para la parte motiva de la citada providencia, "la calificación genérica del hecho que se imputa al procesado, con las circunstancias **conocidas** que lo especifi-

quen". (Acta 227, de 9 de agosto de 1937, Trabajos Preparatorios, tomo III, página 115 y siguientes).

"Todo esto obedece —arguye la Procuraduría— a que en el proceso penal se ventilan cuestiones de un elevadísimo interés público, como son la defensa de la sociedad contra los delincuentes, la aplicación de la ley penal al caso concreto debatido, la investigación de la verdad material o histórica y la determinación de la personalidad antisocial del responsable. Por esa razón, en materia criminal, no hay derechos adquiridos para el delincuente; a él, también por un supremo interés público, se le garantiza el derecho de defensa, pero en una forma que no traspase los intereses de la sociedad ni los otros fines del proceso que se dejan anotados...

"Ahora bien, lo que en el auto de proceder toma un sello inmodificable, lo que no puede alterarse en la sentencia, es la calificación genérica del delito; de suerte que si al dictarse aquélla se observa que hubo error en la denominación jurídica del hecho, el juicio se derrumba por una causal de nulidad, prevista en el artículo 198, numeral 8º, del Código de Procedimiento Penal".

Además, ese precepto del artículo 431 está confirmado por el del artículo 29 de la ley 4ª de 1943 —que sustituye el 500 del código de procedimiento— que faculta a los jurados para que si estiman que "el hecho se ha cometido **con circunstancias diversas** a las expresadas en el respectivo cuestionario", lo puedan expresar así brevemente.

De lo dicho han de sacarse tres consecuencias: la primera, que el jurado no puede apartarse de la calificación genérica hecha en la parte resolutiva del auto de proceder, pero sí puede hacerlo de la calificación específica o circunstancial hecha en la misma providencia en la parte motiva, según las probanzas aducidas en el respectivo término de la causa; la segunda, que la sentencia debe guardar armonía con el auto de proceder, pero solamente en cuanto a la calificación genérica del delito, sin que pueda extenderse a infracciones de género distinto del señalado; y la tercera, que la sentencia del juez debe tener consonancia en cuanto a los hechos con el veredicto del jurado y no con el auto de llamamiento a juicio en su parte específica o circunstancial.

En el caso en estudio, "el Tribunal desatendió las voces del veredicto en parte sustancial y puso la sentencia en claro desacuerdo con él", dice la Produraduría. Y como resulta evidente, por lo ya expuesto, debe prosperar la causal tercera invocada por el señor Fiscal del Tribunal, pero no en cuanto fue alegada por el señor defensor de Posada.

CAUSAL PRIMERA: Indebida aplicación de la ley penal.

El señor Fiscal del Tribunal ataca el fallo por haberse dado aplicación indebida al artículo 385 del Código Penal, siendo así que el veredicto descartó la complicidad correlativa.

El defensor de Posada dice que el Tribunal aplicó indebidamente los artículos 36 a 39 del citado código, imponiendo a su defendido "una pena mayor de la que legalmente le apareja su posición procesal de cooperador no necesario, "en armonía con la forma en que fue llamado a juicio, esto es, conforme con el artículo 385 de ese mismo estatuto sustantivo".

Además, el Tribunal tomó como circunstancias de mayor peligrosidad para aumentar la pena, las mismas "que ya se habían tenido en cuenta como elementos constitutivos del delito o como modificadores de él", supuesto que sirvieron para calificar el homicidio de asesinato.

La Procuraduría comparte esta última tesis, pues también alega que las circunstancias de mayor peligrosidad deducidas por el Tribunal contra los procesados, esto es, el lugar en que el hecho se cometió y la preparación del delito, sirvieron de base para elevarlo a la categoría de asesinato. Tanto es así, que en el auto de proceder se dijo que los infractores habían procedido con premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, con alevosía y con insidia, lo que quiere decir que esas modalidades se tuvieron en cuenta para aplicar el artículo 363 del Código Penal, y no sería justo ni legal que se computaran otra vez haciéndolas figurar como elementos accesorios de la infracción.

Solamente en casos "de excepcional gravedad", por ejemplo, en "el asesinato cometido mediante todas o casi todas las circunstancias que enumera el artículo 363 del código", pudieran ellas servir "como índice indiscutible de mayor peligrosidad en la adaptación de la pena". Y añade:

"Es sabido que el asesinato implica un homicidio llevado a término con los más altos caracteres de gravedad y, por lo mismo, en esa especie delictiva se concentra, para los fines de la sanción, todo lo que represente perversidad y futileza del móvil, insensibilidad moral del delin-

cuente, cobardía del mismo y desamparo o indefensión de la víctima. Basta, pues, que se aplique el artículo 363 del código para que todas esas modalidades del hecho delictuoso, objetivas y subjetivas, queden reprimidas, pues no de otra manera se explica el infamante título de "asesinato" que el código le asigna al homicidio así consumado y la severa penalidad que le asigna".

Se considera:

Habiendo declarado probada la causal tercera, es claro que viene a influír en la primera, pues decidido como está que el Tribunal dio aplicación al artículo 385 del código indebidamente, la sanción aplicable sería otra. De una vez habrá de decidirse que el precepto que sirve de base para la fijación de las penas debe ser el artículo 363 de la misma obra.

Pero no admite la Corte lo alegado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, esto es, que el mínimo de la pena señalada para el asesinato no puede aumentarse en presencia de varias circunstancias que lo especifiquen con esa calidad, salvo en casos excepcionalmente graves.

Para que el homicidio tome la denominación de asesinato, basta que se cometa en una cualquiera de las circunstancias contempladas en el artículo 363 del código penal, sin que sea necesario que se reúnan varias de ellas, ni mucho menos todas o casi todas. En efecto; leyendo el artículo citado, se ve que las dichas circunstancias se señalan en forma disyuntiva, sin que se exija la acumulación de una a otra u otras para que el asesinato se configure. Por otra parte, habría que admitir que los asesinatos son todos de la misma calidad dolosa, cuando el sentido común indica que en esa especie grave del homicidio se puede establecer toda una gradación, desde el cometido con una sola de las circunstancias, el perpetrado con varias y el llevado a término con todas o casi todas las previstas para que reciba esa calificación. Es más, ya la Corte ha aceptado que en el asesinato caben, a pesar de la gravedad que de suyo comporta, circunstancias modificadoras atenuantes que se deben justipreciar, verbigracia, el estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación.

La ley prohibe que las circunstancias que ya se han tenido en cuenta como modificadoras o como elementos constitutivos del delito, se computen otra vez como de mayor o de menor peligrosidad (artículos 37 y 38 del C. P.), porque se violaría entonces la equidad sancionando o moderando la sanción reiteradamente por el mismo motivo (**non bis in idem**). Pero no veda que se aumente el mínimo por haberse perpetrado el ilícito con varias circunstancias de agravación, es decir, que el hecho resalte como de mayor gravedad.

La Corte no ignora que hay jueces y magistrados que aplican las penas a los delincuentes atendiendo tan sólo al precepto del artículo 39 del código penal, o sea, a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad del agente, mediante una dosimetría que no es lo querido por la actual legislación, y sin pensar que ese artículo sólo regula lo relativo a las mentadas circunstancias, pero nada más.

Es el artículo 36 del citado código el que da la pauta general para la aplicación de las sanciones y en él se estatuye que dentro de los límites señalados por la ley debe fijarse la pena, no sólo según las circunstancias de mayor o de menor peligrosidad del agente, sino también **"según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso"**, los motivos determinantes y la personalidad del agente. Así lo resolvió la Corte en fallo de 12 de mayo de 1944 (G. J. números 2010-14, pág. 703).

La gravedad y modalidades del hecho delictuoso se han de tener en cuenta, sobre todo, en los casos en que en la realización de un acto delictuoso se han reunido, no sólo una, sino varias de las condiciones previstas para ser reprimido con especial severidad. Tal sucede, por ejemplo, en el asesinato (artículo 363 del C. P.), en el robo (artículo 404), en el hurto (398), en la violencia carnal (artículo 317), etc. Sin que eso quiera decir, naturalmente, que en todas las infracciones no se contemple ese factor de la mayor o menor entidad dolosa de la infracción.

De esta suerte, el mínimo de quince años de presidio señalado en el artículo 363 para el asesinato podía aumentarse, puesto que el veredicto del jurado declaró que el hecho se había cometido con "premeditación acompañada de motivos innobles o bajos", y, además, "en circunstancias que pusieron a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia y la alevosía". En cuanto al cómplice, como es obvio, debía tomarse como base para hacer la disminución ordenada en el artículo 20, la misma pena que el hecho merece para el autor.

Pero resta averiguar si es verdad que la sentencia computó como circunstancias de mayor peligrosidad las mismas que se tuvieron como elementos constitutivos del asesinato.

Dice el Tribunal que "Santana es un sujeto peligroso, pues las circunstancias de lugar, la preparación del delito indican insensibilidad en este sujeto que no lo hace acreedor al mínimo de la sanción", y que a José Gregorio Posada, "condenado como cómplice no necesario, le son aplicables los mismos artículos y las mismas consideraciones para no tomar como base el mínimo fijado" por las respectivas disposiciones penales. Por tales razones toma como base de la pena la de diez y ocho años de presidio.

La redacción del Tribunal en esta parte, como se ve, es deficiente. Con la primera circunstancia de asesinato, la premeditación, podía tomarse el mínimo de quince años de presidio que señala el artículo 363 del código para esa infracción y luego aumentar un tanto prudencial por la insidia y la alevosía.

Pero no se podía aumentar la pena por "el lugar" en que el crimen se cometió, porque esa modalidad está comprendida aquí en la insidia y la alevosía. La insidia —que es lo mismo que la asechanza— es el empleo de engaños o artificios para hacer daño a otro; y la alevosía es la cautela para asegurar la comisión de un delito contra las personas, sin riesgo del delincuente. Bedoya fue asesinado de un machetazo asestado por detrás, después de haber sido llevado al sitio en que fue ultimado con el engaño de que le mostrara a Santana las mejoras que éste fingía querer comprarle.

La preparación del delito es una circunstancia de mayor peligrosidad (artículo 37 del C. P., ord. 5º), pero no podía computarse en este caso como fenómeno distinto de la premeditación —aunque no sea idéntico— porque los actos que sirvieron para deducir la premeditación fueron precisamente los preparatorios de la consumación del homicidio.

Hay, en cambio, una circunstancia de mayor peligrosidad que los falladores de instancia no tuvieron en cuenta: la complicidad previamente concertada con que los procesados dieron muerte a Bedoya. La Corte no habrá de computarla ahora contra Posada, porque suponiendo que pueda separarse de la simple complicidad no necesaria, no fue alegada por el señor Fiscal, y es bien sabido que en casación no rige el principio de la **reformatio in peius**; ni contra Santana Villamil tampoco, porque si bien es cierto que al invalidar el fallo en cuanto a él la Sala asume el papel de fallador de instancia, la sentencia no puede salirse de lo pedido en la demanda por el mismo funcionario, quien solicita que se esté a lo resuelto por el señor Juez Superior del Distrito de Buga.

En conclusión, la pena que se ha de señalar para Otoniel Santana Villamil, dadas las condiciones en que se cometió el delito, es la de diez y siete años de presidio, pues no hay otros elementos que permitan agravarla y eso es lo pedido por el señor Fiscal recurrente.

Y la pena que se ha de señalar para José Gregorio Posada como "cooperador", es la de siete años y medio de presidio, dadas las mismas circunstancias del hecho, como también lo pide el señor Fiscal demandante y por no haber prosperado la demanda de su defensor.

La suspensión de la patria potestad ha de cambiarse por pérdida de la misma, pues su calidad de accesoria hace que se modifique de acuerdo con la principal (artículo 58 del C. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida en cuanto condena a Otoniel Santana Villamil a sufrir la pena principal de diez años de presidio y en su lugar lo condena a la de diez y siete años de la misma sanción. Queda en firme, en lo demás, la aludida sentencia, con la modificación de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo tiempo que la pena principal en cuanto se refiere al nombrado Santana Villamil y que la suspensión de la patria potestad se cambia para ambos procesados, por pérdida de la misma.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty—El Secretario, **Julio E. Argüello R.**

CUESTIONARIO PROPUESTO AL JURADO.—CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—La ley 4ª de 1943, cuyo imperio se inició el día 27 de febrero del mismo año, dispuso que, en lo sucesivo en los procesos penales (artículo 28) el cuestionario sometido al Jurado por el Juez será distinto al cuestionario múltiple que hasta la vigencia de esa ley tenía estatuído el C. de P. P.

2.—En repetida jurisprudencia ha dicho la Sala que no es pertinente alegar la causal segunda de casación cuando se trata de procesos ventilados ante el Tribunal de conciencia, con el objeto de hacer de este recurso extraordinario un trámite técnico de contenido meramente jurídico que no recaiga en una tercera instancia.

3.—El asesinato no es sino una especie agravada del homicidio y no contiene como entidad específica delictuosa, o tipo de delito, elementos constitutivos diversos a los del homicidio.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, febrero once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

VISTOS:

El señor Santiago Tejada y su apoderado Dr. Julio Martínez Echeverri, presentaron demanda de casación contra la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Pereira con fecha 20 de marzo de 1945, providencia en la cual se impuso al condenado la pena de diez y seis años y cuatro meses de presidio por haber resultado responsable de los delitos de violencia carnal y homicidio de que fueron víctimas Aura María Pinzón y un niño recién nacido.

Las causales propuestas en la demanda de casación aludida, fueron la primera, segunda, cuarta y séptima del artículo 567 del C. de P. P. En su orden, estudiará la Corte los fundamentos propuestos en la demanda junto con las causales alegadas.

CAUSAL PRIMERA

Mala aplicación de la ley penal

Los motivos propuestos para sustentarla, por parte del demandante, son los tres siguientes:

1º Haberse elaborado y propuesto a los jurados un cuestionario no conforme con los requisitos previstos en el Código Judicial sino en la Ley 4ª de 1943.

2º No haberse cumplido los requisitos establecidos por el artículo 261 del C. de P. P., y

3º Haberse aplicado al responsable el artículo 363 del Código Penal que se refiere al asesinato y no el artículo 362 relativo al homicidio simple.

La Sala observa:

Al punto primero se contesta: La ley 4ª de 1943 cuyo imperio se inició el día 27 de febrero del mismo año, dispuso que, en lo sucesivo, en los procesos penales (artículo 28) el cuestionario sometido al Jurado por el Juez será distinto al cuestionario múltiple que hasta la vigencia de esa ley tenía estatuído el C. de P. P.

El proceso contra Santiago Tejada tuvo su iniciación precisamente el día 28 de febrero de 1943, con la denuncia formulada ante la Inspección 1ª de Policía de Calarcá y, las audiencias con que culminó el proceso tuvieron lugar, desde luego, con mucha posterioridad a la época en que empezó a regir la citada Ley 4ª de 1943. Por consecuencia, era esta la ley aplicable al caso y no el Código de Procedimiento Penal sobre esta materia ya derogado. No tiene razón alguna el demandante.

Al punto segundo se contesta:

No tiene ningún fundamento el demandante al afirmar que, se omitió la aplicación del artículo 261 del Código de Procedimiento Penal que estatuye sobre la forma como debe recibirse el juramento a los peritos que intervienen en una diligencia judicial. En efecto, está acreditado en el proceso que, en la diligencia de exhumación del cadáver (folio 2, cuaderno primero): "... los peritos mencionados fueron juramentados en forma legal, bajo cuya gravedad prometieron cumplir bien, legal y honradamente con los deberes del cargo..." Y, para más abundamiento, a folio 5

del mismo cuaderno citado se dice lo siguiente en la diligencia de autopsia: "El señor Inspector les recibió juramento legal, previa y esencial lectura de los artículos penales pertinentes y bajo la gravedad del juramento, ambos prometieron cumplir bien y fielmente los deberes del cargo que entraban a desempeñar. "Se ve, por consiguiente que sobre éste particular no hubo omisión alguna y que antes por el contrario, se observaron todas las formalidades que la ley señala con respecto a los peritos.

Al punto tercero se contesta:

En el auto de proceder se llamó a juicio a Santiago Tejada por el delito de homicidio con características de asesinato. Tal imputación fue ratificada por los jueces de hecho al pronunciar su veredicto y, tanto el juez de derecho como el Tribunal, se ciñeron a esta pauta que les obligaba, porque, como dice el señor Procurador Delegado en lo Penal: "...es sabido que el veredicto, si no se declara injusto, es la fuente inmediata de la sentencia".

No prospera, por consiguiente, la causal primera invocada pro los demandantes.

CAUSAL SEGUNDA

Mala interpretación de los hechos

En variadas jurisprudencias ha repetido la Sala que no es pertinente alegar la causal segunda de casación cuando se trata de procesos ventilados ante el tribunal de conciencia, con el objeto de hacer de éste recurso extraordinario un trámite técnico de contenido meramente jurídico que no recaiga en una tercera instancia. Por tanto, la Sala desecha la causal segunda alegada.

CAUSAL CUARTA

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad

La nulidad que alega el recurrente se refiere según él, a la omisión consistente en no haberse cumplido los requisitos establecidos por el artículo 261 del C. de P. P. La objeción propuesta fue ya considerada en el punto segundo de la causal primera de casación y es, por tanto, inútil una nueva enunciación del problema. No prospera, de consiguiente, esta causal.

CAUSAL SEPTIMA

Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio.

Los argumentos sustentados por el demandante, sobre este tema, son los siguientes:

"En fin, la sentencia merece el cargo de haber sido pronunciada o dictada sobre un veredicto evidentemente contradictorio. Como fuerza fundamental en la alegación de esta causal, bástame recordar un alegato presentado y sostenido en el Juzgado Superior por el inesperado defensor de mi poderdante doctor Arturo Valencia Arboleda, erudito por demás, quien de juez de conciencia se tornó en su defensor ante el expreso y sincero reconocimiento de la inmensa injusticia cometida o agotada en el veredicto de tal manera vertido, contra la evidencia misma del proceso. Es decir, esos elementos o hechos que se dieron por aceptados, y que a la vez son constitutivos del delito, están brillando por su ausencia".

La Corte no entra a estudiar esta causal porque considera impertinentes los argumentos, como luego se verá por la transcripción que se hará de las palabras del señor Procurador; pero incidentalmente quiere rectificar el error contenido en las afirmaciones del demandante.

Evidentemente, el doctor Arturo Valencia Arboleda quien fue uno de los jurados que intervino en el proceso, por escrúpulo de su conciencia, presentó un memorial ante el Juez Superior de Pereira, con posterioridad al veredicto, manifestándole haberse equivocado en su fallo al admitir que Tejada era padre del infante, basándose para ello en la circunstancia de no existir en el expediente partida eclesiástica de bautismo, acta de reconocimiento o actividad alguna comprobatoria de esa calidad de filiación. Sin embargo, la actitud de este distinguido abogado, en nada modifica ni puede alterar un veredicto pronunciado por unanimidad, el cual, seguramente, fue dictado por convencimiento adquirido por los mismos jurados de que el infante era hijo del encausado Tejada. Es un error, del señor defensor del recurrente, afirmar en su demanda que la calidad de padre que tenga el victimario con respecto a la víctima, es un elemento constitutivo del delito y que por tal razón, el veredicto es contradictorio porque, es bien sabido que el delito juzgado en este caso no era sino un homicidio con características de asesinato. El asesinato no es sino una especie agravada del homicidio y

no contiene como entidad específica delictuosa, o tipo de delito, elementos constitutivos diversos a los del homicidio.

Para finalizar, conviene reproducir lo que con tanto acierto dijo sobre esta causa el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"No se sabe claramente si lo que pretende el demandante, al alegar esta causal, es que se declare injusto el veredicto o su contradicción, pues la demanda es por demás deficiente en este sentido.

"Pero si se refiere a lo primero, ya se vio, al tratar de la causal segunda, que ello no es materia de casación; y si a lo último, menos fundamento hay porque los veredictos afirmativos que el jurado expresó ninguna incompatibilidad o repugnancia ideológica y jurídica contienen entre sí. Ellos son nítidos y perfectamente aceptables".

Por lo dicho tampoco puede prosperar esta causal.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no invalida la sentencia de veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Tribunal Superior de Pereira en la causa acumulada contra Santiago Tejada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — COMPETENCIA DE LA CORTE PARA CONOCER DE LOS JUICIOS SEGUIDOS CONTRA MAGISTRADOS DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO POR ESTOS DELITOS. — INTERVENCION EN LA POLITICA POR PARTE DE JUECES Y MAGISTRADOS. — NUEVO METODO LEGAL-MORAL DE INTERPRETACION PROBATORIA. — QUE DEBE ENTENDERSE POR INTERVENCION EN DEBATES POLITICOS

La Corte es competente, de manera privativa, para conocer de los juicios que se sigan contra los Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito por motivos de responsabilidad, no sólo por mal desempeño de sus funciones, sino por infracción de la Constitución y de las leyes, según lo estatuyen los artículos 151, ordinal 2º de la Constitución y 42, ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal. Para ello ha de tenerse en cuenta únicamente la naturaleza del hecho ilícito, de suerte que de los delitos de responsabilidad juzga la Corte a los Magistrados de los Tribunales, ya estén en ejercicio de su cargo o bien hayan dejado de ejercerlo; y si se trata de delitos comunes, el juzgamiento no corresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho en ejercicio de una función que le diera competencia a la Corte. Además, si se va a juzgar un delito común y un delito de responsabilidad, la regla de que conocerá de la causa el juez o tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (artículo 50, C. de P. P.), está subordinada a las disposiciones constitucionales que, como es obvio, deben aplicarse preferentemente. No pueden, pues, los jueces ordinarios arrebatar a los jueces especiales el conocimiento de un juicio de responsabilidad con el pretexto de que el delito común tiene pena más severa y es, por tanto, más grave, porque la regla del conocimiento único subordinado a la infracción de mayor entidad sólo tiene cabida en tratándose de delitos comunes. Cada una de las respectivas jurisdicciones, la ordinaria y la especial, tiene su órbita de acción, como lo dijo la Sala. Si se trata de concurso real de delitos y los hechos son separables, ni la Corte juzga a un Magistrado por delito común, ni el juez ordinario puede juzgarlo por delito de responsabilidad; si se trata de concurso ideal o formal de infracciones, la jurisdicción especial (en este caso la de la Corte), debe conocer de todos los cargos a no ser que no haya motivo para proceder por el de responsabilidad, caso en que debe enviarse el proceso a la justicia ordinaria, "porque desechada la conexidad entre el cargo de responsabilidad y el delito común, corresponde exclusivamente a los jueces ordinarios o comunes juzgar acerca de esta última".

2. En materia probatoria, en lo relativo al testimonio, la nueva ley de procedimiento penal varió totalmente el sistema, pues del método tarifario de interpretación originado en la ley se pasó al denominado legal-moral, conforme al cual el juez no está ya sometido al absurdo sistema de considerar que dos testimonios concordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo hacen plena prueba. Muy al contrario, un solo testimonio confrontado con otros y muchas veces contrario a ellos puede tener un valor moral y legal mucho mayor que en el caso opuesto. Hé ahí la razón de los artículos 203, 204, 205, 206 y 224 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

3. La intervención de los funcionarios del Organo Jurisdiccional, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público en asuntos políticos está expresamente vedada por la ley 60 de 1930, el artículo 18 de la ley 105 de 1931 y el 180 del Código Penal.

4. Ya había dicho la Corte, tratando de desentrañar la expresión "debate político", lo siguiente: "Dos acepciones trae de la palabra DEBATE el Diccionario de la Lengua Española: 'Controversia sobre una cosa entre dos o más personas' y también 'contienda', 'lucha', 'combate'. Por consiguiente la expresión "debate de carácter político', empleada por el Código Penal puede significar la controversia sobre política, el combate, la contienda o la lucha política, y aun suele hablarse de política militante. Ahora: como el régimen electivo es base del sistema democrático que, desde luego, es un sistema político, la controversia y la lucha o contienda motivadas por la organización

de los comicios constituye un verdadero DEBATE POLITICO. En el lenguaje ordinario es de uso corriente la expresión DEBATE ELECTORAL para significar, ora en conjunto, ora por separado, las diferentes etapas de la lucha comicial en que los partidos o los bandos políticos se disputan el predominio de las corporaciones públicas o la designación del Jefe del Estado. Esta expresión, DEBATE ELECTORAL, ha adquirido carta de naturaleza y suele emplearse para indicar en general las actividades de los partidos o bandos, relativas a elecciones, en especial, las ocasionadas por la pugna de aquellos en el acto de las votaciones; de manera que el DEBATE ELECTORAL es, por definición, un debate de carácter político. Tomando aun de manera completamente literal el artículo 180 del Código, resulta que los funcionarios públicos que intervengan en el proceso electoral quedan comprendidos, sin lugar a duda, en aquella disposición de la ley..."

Y aunque la intervención de "debates políticos" sea una expresión un tanto amplia y de límites en cierto modo imprecisos, ella encuentra en el objeto jurídico de la prohibición su propia frontera y definición. Por intervención en política debe tenerse también todo acto en virtud del cual quiera el ciudadano expresar su deseo e interés para que prevalezca en las actuaciones del gobierno una determinada tendencia que sea reflejo de sus ambiciones, ya sean éstas mezquinas o nobles en el más alto significado de la expresión. Es un anhelo incontenible de que se realicen esas ideas que tienen su fuente en principios de orden filosófico, o una aspiración de solidaridad humana que quiere ver consagrada en los hechos la satisfacción de necesidades colectivas como expresión última de los actos oficiales, o por otro aspecto, interés personal de predominio de una tendencia o de un partido para alcanzar a la sombra de él ruines ventajas. La intervención en política, o en debates políticos que es lo mismo, abarca desde el acto más elemental como es el ejercicio del sufragio, hasta las más altas y amplias manifestaciones de la misma actividad política que se singulariza por la expresión pública de las opiniones escritas u orales y todas las maniobras enderezadas a obtener la victoria sobre el grupo o grupos opuestos a la tendencia que se ama o profesa...

3. Si el artículo 178 de la Constitución de 1945 prohibe a los funcionarios de la rama jurisdiccional SER MIEMBROS ACTIVOS DE PARTIDOS POLITICOS, debe entenderse que la mera aceptación de una candidatura para pertenecer a un Concejo Municipal siempre estará patrocinada por un partido político y este hecho implica que se es miembro activo del partido en mención.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

VISTOS:

Esta Sala de la Corte, en providencia de 30 de septiembre de 1942, llamó a responder en juicio criminal al doctor EDILBERTO AREVALO CORREAL por "abuso de autoridad y otras infracciones" y sobreseyó temporalmente en favor del mismo por algunos delitos contra el sufragio de que también se le sindicó.

Tramitado el juicio, debe ponérsele término con el fallo correspondiente y a ello se procede.

Competencia de la Corte

No es el caso de que la Corte haga ahora un detenido estudio sobre la competencia que tiene para conocer del presente negocio, porque ya lo hizo en el auto de llamamiento a juicio de que acaba de hablarse.

Se pensó al principio — dijo la Sala — que los cargos de falsedad y delitos contra el sufragio que al Magistrado Arévalo Correal se le imputaron no le daban a la Corte competencia para conocer, pues los delitos así denominados no son exclusivos de los funcionarios; pero cuando se planteó el caso como de intervención en un debate de carácter político, el punto relativo a jurisdicción varió de aspecto, pues ese hecho sólo es ilícito tratándose de tales funcionarios, ya que, el quebranto de la prohibición de intervenir en debates de ese carácter implica violación de un deber especial que la ley les impone en atención a su categoría, lo que constituye un cargo de responsabilidad.

Ahora bien, la Corte es competente, de manera privativa, para conocer de los juicios que se sigan contra los Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito, por motivos de responsabilidad, no sólo por mal desempeño de sus funciones, sino por infracción de la Constitución o de las leyes, según lo estatuyen los artículos 151 (ordinal 2º) de la Constitución y 42 (ordinal 5) del Código de Procedimiento Penal.

Para ello ha de tenerse en cuenta únicamente la naturaleza del ilícito, de suerte que de los delitos de responsabilidad juzga la Corte a los magistrados, de los tribunales, ya estén en ejercicio de su cargo o bien hayan dejado de ejercerlo; y si se trata de delitos comunes, el juzgamiento no corresponde a la Corte sino a los jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho en ejercicio de una función que le diera competencia a la Corte.

Además, si se va a juzgar un delito común y un delito de responsabilidad, la regla de que conocerá de la causa el juez o tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (artículo 50 del C. de P. P.), está subordinada a las disposiciones constitucionales que, como es obvio, deben aplicarse preferentemente.

No pueden, pues, los jueces ordinarios arrebatar a los jueces especiales el conocimiento de un juicio de responsabilidad con el pretexto de que el delito común tiene pena más severa y es, por tanto, más grave, porque la regla del conocimiento único subordinado a la infracción de mayor entidad sólo tiene cabida en tratándose de delitos comunes.

Cada una de las respectivas jurisdicciones, la ordinaria y la especial — concluyó la Sala — tiene su órbita de acción. Si se trata de concurso real de delitos y los hechos son separables, ni la Corte juzga a un magistrado por delito común, ni el juez ordinario puede juzgarlo por delito de responsabilidad; si se trata de concurso ideal o formal de infracciones, la jurisdicción especial (en este caso la de la Corte), debe conocer de todos los cargos, a no ser que no haya motivo para proceder por el de responsabilidad, caso en que debe enviarse el proceso a la justicia ordinaria, "porque desechada la conexidad entre el cargo de responsabilidad y el delito común, corresponde exclusivamente a los jueces ordinarios o comunes juzgar acerca de este último".

Hechos

Los hechos que dieron origen al proceso en estudio ocurrieron en la población de Usme, el 16 de marzo de 1941, con motivo de las elecciones para representantes al congreso y para diputados a la Asamblea de Cundinamarca.

Sucedió que el doctor Edilberto Arévalo Correal, que era entonces magistrado del Tribunal de Bogotá (folios 74, 281 v. y 303 de los cuadernos 1 y 5), resolvió pasar ese día de elecciones fuera de la ciudad y emprendió viaje. En el sitio de "Tres Esquinas" se encontró con el señor Julio César Turbay, quien figuraba como candidato a diputado y que esperaba un bus para trasladarse a Usme, lo invitó a subir a su automóvil particular y en su compañía llegó a la mencionada población, como a las ocho de la mañana. Pero una vez allí, en vez de seguir de largo hacia sus fincas, permaneció en el lugar y se dedicó a varias actividades cuya demostración dio base para el llamamiento a juicio.

Además del ir y venir por las mesas de votación — dice el enjuiciamiento — de la intervención con los sufragantes para animar los comicios; del suministro de datos y papeletas; de las insinuaciones hechas a los agentes de la autoridad para pedirles tolerancia o abandono de sus deberes; además, en fin, de una ostensible actuación en el debate comicial, hay dos episodios que vinieron a hacer culminante la participación activa y entusiasta del magistrado Arévalo Correal en las elecciones.

Estos incidentes fueron:

El primero, ocupar puesto en el jurado de votación número 1, mientras algunos de sus miembros se retiraban a almorzar, y escribir en la lista o registro de sufragantes los nombres de varios de ellos, de lo cual surgió también el cargo de falsedad en el registro, por considerarse supuestos algunos de los nombres inscritos y las papeletas correspondientes echadas en la urna.

Y el segundo fue el de que, al cerrarse las votaciones, a las cuatro de la tarde, como faltasen en la misma mesa cuatro papeletas o boletas, pretendió el doctor Arévalo Correal que se completara el número con otras tantas que él mismo puso encima de la aludida mesa. Por lo cual se le hizo también el cargo de fraude electoral.

Cargos

Para mayor claridad, conviene precisar y enumerar los cargos que se hicieron en la investigación:

1º El doctor Arévalo Correal que era magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, como ya se dijo, tenía su cédula de ciudadanía expedida en esta misma ciudad con el número 1002782 y figura inscrito en el registro electoral de la capital con el número 18784, previa anulación de su inscripción en el registro electoral de Usme (folio 34 del C. 3). Debiendo, pues, votar en Bogotá, se trasladó a Usme, en compañía de un candidato a diputado de la Asamblea de Cundinamarca e intervino en el debate electoral, regresando a Bogotá con el señor Julio C. Turbay.

2º Iba y venía por las mesas de votación inspeccionando el debate, preguntando por el número de votantes de cada una.

3º Llevaba electores a votar, dándoles los informes necesarios y suministrándoles papeletas.

4º Le insinuó al agente de policía Pedro P. Castillo que se retirara del pie de la mesa de votación que vigilaba y se hiciera más bien a la puerta de entrada.

5º Invitaba al delegado de la Gobernación, Antonio Tovar Díaz, a tomar licores, en compañía del candidato Turbay, para que abandonara sus deberes de vigilancia de las elecciones.

6º Le insinuó al cabo Jorge Otilio Camacho que "le hiciera cuarto" con el fin de que los agentes a su mando no controlaran tanto y poner unos votos más.

7º Inscribió varios nombres en el registro de votación número 1, ocupando el puesto de presidente del jurado, de lo cual surgió el cargo de falsedad de que arriba se habló.

8º. **Al terminarse** las votaciones, pretendió completar el número de papeletas de la mesa número 1, con otras cuatro que puso sobre la dicha mesa, hecho en que se fundó el cargo de fraude electoral de que también se habló anteriormente.

La Corte resume así los cargos en el auto de proceder:

"Total: Durante la jornada eleccionaria del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, el doctor Edilberto Arévalo Correal, magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, estuvo ejerciendo actividades como militante en aquel debate político, desde el acto de presentarse en aquella población (donde se le mira como persona importante y se sabe su carácter oficial), acompañando visiblemente a uno de los candidatos por quien se iba a sufragar aquel día, hasta intervenir en el momento del escrutinio con animada actitud para lograr el cómputo de cuatro votos que hacían falta y que él pretendió que fueran reemplazados o suplidos por otros tantos que suministró o quiso suministrar.

"Y en el transcurso del día electoral anduvo también con el candidato señor Turbay cooperando en la búsqueda de nombres en las listas de sufragantes indicando a éstos los números que les correspondían en los registros, suministrándoles boletas, inspeccionando las mesas y averiguando por el número de votos. en suma, animando el debate electoral con múltiples actos que son los acostumbrados en los comicios por los capitanes políticos y hasta efectuando algunos que éstos no siempre se atreven a ejecutar, como el intento de distraer la vigilancia de las autoridades encargadas de hacer guardar el orden.

"A esto se agrega aquella actuación más notoria cuando a la hora del almuerzo integró prácticamente uno de los jurados de votación y aún se encargó de escribir nombres, etc., en el registro de sufragantes".

Pasa a verse, en seguida, la prueba que sirve a estos cargos, para enfrentarla con la situación actual y con miras a la decisión final del proceso.

Las pruebas de cargo

Examinadas, por consiguiente, las imputaciones formuladas contra el Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Edilberto Arévalo Correal, se llega a la conclusión de que la Corte decidió sobreseer temporalmente en relación con todas ellas, excepción hecha del cargo relacionado con la intervención en política y al cual, por fuerza de esas circunstancias, habrá de contraerse la presente sentencia.

Sobre dicho cargo, en el auto de proceder por medio del cual se llama a responder en juicio al procesado, se dijo lo siguiente:

"La intervención del Magistrado doctor Arévalo en el debate eleccionario del diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno — debate político si los hay — resulta, pues, probada por varias declaraciones de testigos presenciales y por prueba real consistente en los rastros que el mismo procesado dejó al suscribir de su puño y letra unos cuantos nombres y números en el registro de votantes y aún en cierto modo con la prueba de su confesión pues si el procesado se empeña en desvirtuar ciertos hechos de los que le imputan los testigos, no ha podido negar otros.

"Hay prueba superabundante para llamarle a juicio por ilícita intervención en política".

Durante la etapa del juicio iniciada al ejecutoriarse el auto de proceder dictado en estas diligencias, se promovió por parte del sindicado la producción de algunas diligencias destinadas probablemente a debilitar el valor y fuerza probatoria de todos los hechos averiguados durante la etapa sumarial. Dichas nuevas pruebas serán examinadas posteriormente con el objeto de determinar si han tenido la suficiente eficacia como para modificar en sentido favorable al reo la incriminación de haber intervenido en política. Por ahora, es conveniente relacionar las pruebas que sirvieron de base para el enjuiciamiento y que en concepto de la Corte permanecen intactas sin que sea óbice para modificar su criterio el dictamen que sobre ellas rindió el señor Procurador Delegado en lo Penal con el buen espíritu de acertar en sus puntos de vista.

El examen cronológico de los hechos realizados por Arévalo Correal el día de las elecciones, diez y seis de marzo de 1941 nos sirve para ir reproduciendo la prueba de los mismos sucesos.

El día diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno el doctor Edilberto Arévalo Correal viajó de Bogotá a Usme, población ésta en donde tiene bienes y familia. En las primeras horas de la mañana se dirigió en su automóvil particular hacia la dicha población y en el sitio denominado "Tres esquinas" situado a la salida de Bogotá, recogió, por coincidencia, según lo afirma, al señor Julio C. Turbay, conocido dirigente de una fracción política, quien también viajaba hacia Usme con el objeto de hacer explícita intervención en las elecciones que aquel día se realizaban en todo el país. El doctor Arévalo Correal tiene cédula de ciudadanía expedida en la ciu-

dad de Bogotá y lleva el número 1.002782 correspondiendo en el registro electoral al número 18784, por consiguiente, en el día de estos hechos debiera haber votado en Bogotá. Es verdad que la simple circunstancia de viajar a una población en donde se tienen familiares y bienes, no encierra significación especial, de suyo, pero si a esto se agrega el haber viajado precisamente en compañía de un político profesional y beligerante que figuraba como candidato a diputado en una de las listas electorales y el haber escogido para hacerlo, un día en el cual se permanece en la ciudad en donde se cumple o debe cumplirse el deber cívico de votar, entonces, ese hecho comienza a tener algún sentido si se juzga en combinación con los sucesos posteriores ocurridos aquel día.

No permaneció en su finca el doctor Arévalo ni pasó de largo por la población de Usme, ni se patentizó en aquel día su apatía por las elecciones, como lo dice en su indagatoria, antes por el contrario, fue visto por diversas personas, en compañía del señor Turbay, moviéndose de una a otra parte, animando al electorado, buscando nombres en las listas de sufragantes y movilizando gente, en otras palabras, tomando una participación que excluye la imprudencia si se trata de una persona que está obligada a mantenerse al margen de esa clase de actuaciones, por razón del cargo que ejercía de Magistrado de un Tribunal de Justicia. Los testimonios a que se ha hecho alusión, son los siguientes:

Hermógenes Morales Soto. (Fl. 113, c. 1 A). Dice:

"..... que vio al doctor Edilberto Arévalo Correal que daba unas vueltas por ahí, se acercaba a la mesa de votación y hablaba con los que iban a votar".

Laurentino Galindo, por su parte, afirma (fl. 132, c. 1 A):

"..... Yo vi varias veces al doctor Arévalo buscando los nombres en las listas de sufragantes a la entrada de cada jurado, pero en cuanto a repartir boletas a mí no me consta....." y luégo agrega: "..... se paseaba por ahí y preguntaba en la mesa de votación por el número de votantes".

Gabriel Alvarez expresa (fl. 470, c. 1):

"..... ví al doctor Arévalo interviniendo en asunto político en compañía de varios señores, me parece que el presidente del Directorio Liberal y algunos de los miembros del mismo, estaban movilizando gente".

"..... El doctor Edilberto Arévalo Correal andaba ese día con otro señor alto a quien no conozco, recorriendo las mesas de votación, y las gentes les echaban vivas".

Nótese, sobre la base de las anteriores declaraciones, que la actitud del doctor Arévalo excede los límites de cualquier imprudencia y se convierte en acción censurable desde todo punto de vista, impropia de la posición que ocupaba en la fecha de estos sucesos. Si una ligereza hubiera sido de su parte el ejecutar estos actos, el sindicado hubiese eludido la persistencia notoria de sus movimientos que van desde las primeras horas del día hasta el cierre de las votaciones, en forma tan señalada y ostensible que no admite otra posibilidad que la de considerarlo como si se tratara de un dirigente político de éstos que en Colombia se dedican profesionalmente al apoyo de sus copartidarios con miras a la obtención de un señalado triunfo.

Como corroboración de lo anterior, expone el testigo **Pedro P. Castillo** (fl. 125): "..... principió la votación en completo orden a las ocho de la mañana y siendo como las nueve o diez me encontraba yo cerca a la mesa donde estaba la urna y en ese momento llegó el doctor Edilberto Arévalo Correal y me dijo que yo qué estaba haciendo allí al pie de la mesa. Yo le contesté que estaba allí haciendo guardar el orden según la consigna que había recibido de mi superior el cabo Jorge Otilio Camacho. Entonces él (Arévalo) me dijo que yo me hiciera en la puerta de entrada de la mesa de votación y yo le contesté que estaba cumpliendo las órdenes que había recibido y que a él no le obedecía porque no era mi superior y además yo no sabía quién era él. Yo le dije al doctor Arévalo que hiciera el favor de retirarse de allí e inmediatamente cumplió la orden que le dí y se retiró".

Es ésta una actividad más del doctor Arévalo, innecesaria, impropia de su investidura de Magistrado, exenta de toda discreción e imparcialidad y que sugiere la posibilidad, por lo menos, de que el doctor Arévalo ejecutaba o pretendía ejecutar alguna acción para la cual podría resultarle estorbosa la vigilancia de la autoridad legítima. Sobre este particular, ya había comentado esta Sala de la Corte en el auto de proceder, lo siguiente:

"No era, pues, el Magistrado Arévalo aquel espectador discreto que va de mesa en mesa pero que apenas se propone satisfacer su curiosidad sobre el progreso de las votaciones, sino el político en actividad que se atreve a insinuársele a la policía como quien tiene derecho a que se le considere uno de los dirigentes del debate electoral. Es verdad que el policía, lejos de obedecer las órdenes del doctor Arévalo intimó a éste la de retirarse: "el magistrado cumplió la orden que le dí y se retiró.....", dice el agente. A esta clase de trueque en las posiciones oficiales expone una conducta como la del doctor Arévalo Correal, magistrado a quien un simple agente de policía consideró que debía someterlo a que le guardara el acatamiento del caso".

El delegado de la Gobernación designado para vigilar las elecciones en el municipio de Usme, señor Antonio Tobar Díaz, persona cuyas declaraciones no han sido desmentidas y a quien hay que suponer por los antecedentes consignados en el proceso, como cumplidor fiel y exacto de sus deberes, y además, celoso e imparcial en la misión que se le confió, sostiene en el informe que ratificó bajo la gravedad del juramento, lo siguiente:

"Varias veces llamé la atención a los doctores Arévalo y Turbay sobre la pureza del sufragio y ellos veladamente me hacían la propuesta de que entrara en componendas, a lo que les contesté enérgicamente, que el Gobierno quería la pureza del sufragio y que yo, como su representante, no ahorraría medio para que así fuera: que de lo contrario faltaría a mi deber y a la confianza que en mí habían tenido al enviarme a esa población; cada momento me invitaban a tomar trago y siempre les manifesté que me gustaba mucho pero que hasta el diez y siete desde las seis y media de la mañana en adelante podría aceptarles (sic) alguna invitación".

Por su parte, el cabo Jorge Otilio Camacho, quien actuaba como comandante del pequeño grupo de agentes de la policía que fueron enviados a Usme para hacer observar el orden, bajo la gravedad del juramento hizo las siguientes aserciones:

"Durante las horas de la elección los doctores Edilberto Arévalo Correal y Julio César Turbay visitaban seguido las mesas de votación y llevaban personas a que votaran....." (fl. 135). "El doctor Edilberto Arévalo Correal repartió boletas de votación entre los sufragantes espontáneamente, pues presencié que a la entrada de los jurados de votación les decía: tóme, y les entregaba boletas para que sufragaran" (fl. 142).

Hasta aquí las pruebas de mayor relevancia indican de modo firme y seguro que hubo de parte del señor Magistrado Arévalo Correal una intervención evidente en actividades de índole estrictamente político-electorales. Los testimonios aducidos, los que se han citado hasta el presente, pues se dejarán de lado otros que ofrecen menos probabilidades de certidumbre, menor fuerza probatoria y admiten algunas dudas, tal como ocurre con las declaraciones de Luis Mendieta, nos llevan con seguridad a la conclusión definitiva sobre participación del sindicado en hechos que, en principio y sin perjuicio de hacerlo posteriormente en este fallo, revelan la persistente participación del doctor Arévalo en acontecimientos de naturaleza política, prohibidos para él, y no solamente prohibidos sino delictuosos, como adelante habrá de verse.

Para cerrar el círculo de aquellas actividades y llegar a la conclusión palmaria y absoluta sobre la intervención del doctor Arévalo sobre actividades políticas, es necesario recordar dos episodios ocurridos en el mismo día y en los cuales fue partícipe y protagonista principal el procesado:

1º En las horas del medio día, cuando algunos de los jurados que prestaban este servicio público en la mesa de votación número 1 se retiraron a almorzar, el doctor Arévalo Correal, penetrando al lugar destinado para la votación, tomó asiento ocupando el puesto del presidente del jurado y acompañando a los dos caballeros que permanecieron en sus puestos, los señores Filemón Vanegas y Waldo González. ¿Qué hizo el doctor Arévalo en el lapso en que permaneció en este sitio? Sencillamente, se dio a la tarea pública y prácticamente oficial de inscribir los nombres de los ciudadanos que se presentaban a votar, con sus correspondientes números de orden, en las listas que para ese efecto se llevan en esas entidades, así como también, anotando los números de las correspondientes cédulas de ciudadanía. Afirman los señores Mendieta y Camacho que el señor Arévalo inscribió numerosos nombres, hasta veintitrés, pero es lo cierto que tal dato parece ser errado en cuanto al número preciso de inscripciones que verificó el acusado. El propio doctor Arévalo confiesa que por él fueron inscritos seis de esos nombres señalados en las listas electorales. Poco da que haya sido uno o que hayan sido ciento los nombres signados en la correspondiente lista, lo que interesa saber, y ello está plenamente probado, es que fueron seis los que procedieron de la propia mano del Magistrado doctor Arévalo.

Así se expresa en su indagatoria el doctor Arévalo:

"..... En la hora comprendida entre las doce y la una poco más o menos, me dirigí a mi casa de habitación con el fin de almorzar, cuando al pasar por el frente de un jurado, que me parece era marcado con el número 1, fuí llamado por los jurados que allí estaban presentes con el fin de saludarme y me manifestaron que aprovechaban esa oportunidad para que yo les indicara si el registro de electores que ellos llevaban se amoldaba a los preceptos legales pertinentes; uno de ellos me cedió su puesto y como yo viere que el mencionado registro estaba legalmente llevado, así se lo manifesté a ellos. Entre tanto llegó un elector, del cual no recuerdo su nombre, quien exhibió su cédula a uno de los jurados y mientras otro buscaba en el registro correspondiente, me pidieron el favor de que yo escribiera su nombre en el registro, a lo cual accedí, repitiéndose esta operación con otro pequeño número de electores que sucesivamente se presentaron a votar portando cada uno de ellos su

cédula y su boleta, número que exactamente no recuerdo, pero que en todo caso no pasó de cinco o seis. Como lo afirmo, estos individuos portaban cada uno de ellos su cédula y depositaron su voto libremente: luégo me despedí de los jurados y me fuí a almorzar".

Los testigos Waldo González y Filemón Vanegas afirman, en su orden:

Waldo González: "Filemón Vanegas llamó al doctor Edilberto Arévalo Correal y éste entró al jurado y le dijo a Filemón cómo debía de hacer para llevar el registro y le decía que primero se ponía el número de votantes, en seguida el nombre del votante, y luégo el número de la cédula y en ese momento llegaron unos votantes y el doctor Arévalo escribió en el registro varios nombres de esos votantes que habían llegado y en ese momento Filemón Vanegas vigilaba para que los votantes no fueran a echar las boletas dobles. El se estaría en el jurado de votación número 1, por ahí unos cuatro o cinco minutos. En seguida se salió....." (Fl. 190 del C. 1 A);

Filemón Vanegas: "Bajaba el doctor Edilberto Arévalo Correal y nosotros (el declarante y González, explica la Corte) le llamamos y le dijimos que mirara el libro de registro para que viera si estaba bien o nó; el doctor Arévalo se acercó a mirarlo pero nada nos dijo; inmediatamente después llegaron cuatro ciudadanos a votar y por esto le pedimos que ya que tenía el registro en la mano, que nos hiciera el favor de inscribir los nombres, a lo cual accedió el doctor Arévalo, quien alcanzó unos cuatro o cinco nombres y se salió". (Folio 157, ibidem).

Ha quedado establecido por el propio dicho del doctor Arévalo y por los de los señores Vanegas y González, que el primero penetró al jurado de votación número 1, y haciendo funciones de jurado intervino en la inscripción de varios ciudadanos en las correspondientes listas electorales. Es verdad que tanto el procesado como los dos testigos que se acaban de mencionar, quiren dar a entender que dicha intervención fue puramente ocasional y provocada por "los jurados con el objeto de que Arévalo les indicara si estaban realizando en forma legal el registro de los electores para enseñar a los mismos testigos la forma de relacionar los datos. Pero tal disculpa no es valedera porque al momento en que el incidente se produjo, habían transcurrido cuatro horas y media, aproximadamente, desde que se abrió la votación y, en el curso de la mañana, los jurados González y Vanegas habían tenido oportunidad de aprender, caso que no lo supieran, por haberlo visto de sus demás compañeros de jurado, cuál era el procedimiento legal de registro e inscripción de los electores. Además, mal podían solicitar enseñanza del doctor Arévalo para la misma tarea, cuando este último comenzó su ayuda a pártir del elector número 68, es decir, resulta inverosímil que se tratara de enseñanza si el procedimiento adecuado se había utilizado durante medio día con el registro de muchos electores.

2º No se conformó el doctor Arévalo con las intervenciones que se han venido relatando. A la hora de verificarse el escrutinio de la elección, cuatro de la tarde, fue visto nuevamente en actividades que ya no podrían tomarse como una simple casualidad o coincidencia, pues se trata de una presencia reiterada a todos los actos comiciales del día 16 de marzo de 1941. Sobre este último hecho deponen los testigos presenciales Jorge Otilio Camacho y Laurentino Galindo, empleados de la policía nacional, quienes dicen lo siguiente:

Jorge Otilio Camacho: "A las cuatro de la tarde que se rompieron los sellos para efectuarse el escrutinio en la primera mesa de votación, el cual yo presenciaba, y cuando se contaron las papeletas hicieron falta cuatro de ellas, el doctor Arévalo sacó las papeletas del bolsillo y las puso sobre la mesa para completar el número de electores que habían votado; dicho doctor al llamársele la atención por la policía de que no podía hacer eso, contestó: que el jurado era autónomo y que por lo tanto la policía no podía intervenir en eso, que por encima de nosotros lo hacía y que si queríamos lo acusáramos, pero que las elecciones no se podían perder" (fl. 136).

Laurentino Galindo: "A las cuatro de la tarde del diez y seis de marzo último dieron el redoble para cerrar la votación y encontrándome de servicio en la primera mesa se reunieron todos los miembros del jurado para abrir la urna, lo cual efectuaron, y como todos los miembros del jurado metieron la mano para sacar las papeletas al botar los sobres al suelo hicieron falta cuatro boletas después de que fueron contadas que tenía cada uno de los miembros del jurado (sic). Estando en esas, entró el doctor Edilberto Arévalo y preguntó qué pasa, qué buscan y le contestaron que cuatro boletas hacían falta, a lo cual él las sacó del bolsillo y colocándolas sobre la mesa: no busquen más que lo caído caído, aquí están las cuatro boletas para que las repongan, a lo que contestó el cabo Jorge Otilio Camacho de la cuarta División..... le dijo: doctor cómo se le va a ocurrir a usted a mandar echar boletas de las que tiene en el bolsillo, a lo que contestó el doctor Arévalo que el jurado era autónomo, que la policía no tenía por qué intervenir en esos casos, que por encima de todo tenía que echarlas, porque no se podían perder las elecciones. Entre tanto los miembros del jurado buscaban entre los sobres que estaban en el suelo las papeletas que hacían falta has-

ta que fueron encontradas y éstas fueron las que se colocaron en la urna para completarlas de acuerdo con el número del registro". (Fl. 129).

Con todos estos datos se llega a la conclusión de que los distintos actos ejecutados por el doctor Arévalo a partir de las primeras horas del 16 de marzo de 1941 traspasan los límites de una verdadera coincidencia y se transforman en una serie ininterrumpida de sucesos que relacionados unos con otros son como una cadena que coloca al procesado ante la situación de una auténtica intervención personal en los comicios electorales del indicado día. La circunstancia de haber salido de Bogotá, ciudad en la cual estaba obligado a votar; dirigirse a la población cundinamarquesa de Usme en donde es sabido, por tener allí bienes y parientes, es lógico que tenga también determinada influencia sobre personas que en cierto modo y por razón del cargo que entonces desempeñaba, le debían cierto respeto, cierta reverencia o adhesión personal o política; hacerse acompañar en el viaje por un ciudadano cuya profesión es esencialmente política y quien, no por casualidad, ocupaba en una de las listas de candidatos de la Asamblea posición destacada como aspirante y por ello fue elegido seguramente; el doctor Turbay iba a Usme por evidentes imperativos políticos y no a otra cosa.

Haber compartido con el candidato Turbay gran parte del día animando a los electores, ayudándoles a confrontar y buscar sus nombres en las listas y sufrir la incómoda posición de ser vivado por sus copartidarios, a pesar de estar en condiciones de no poder aceptar semejante homenaje por ser incompatible con su posición oficial de magistrado de un tribunal de justicia. El movilizarse de una parte a otra con afán electoral, no por espíritu de ayuda, que no puede aceptarse, sino más bien por interés político. La actitud de penetrar al jurado de votación número 1, sentándose en lugar destinado a los jurados de votación en momentos en que dicho jurado se hallaba desintegrado por ausencia de tres de sus miembros; darse a la tarea de asumir funciones impropias de su investidura y por ley obligatorias para otros ciudadanos, verificando en el registro electoral de su propio puño y letra el número correspondiente a los sufragantes que se acercaron en aquellos momentos. Presentarse en las horas de la tarde y en el momento del escrutinio a intervenir en ese acto no sólo con su presencia sino con su estímulo, ofreciéndo suplir con papeletas que llevaba para el efecto, otras que se habían perdido en el acto de la insaculación. Todas estas cosas, se repite, ni son obra de la casualidad, ni meras coincidencias, ni mucho menos estaban dentro de las posibilidades lícitas de quien ejercía el cargo de magistrado de un tribunal de justicia, ni pueden considerarse como actos inocentes, ni como imprudencias, ni menos como acciones indiferentes desde el punto de vista de la ley. Antes por el contrario, la reunión de todas las declaraciones de que se ha hecho mención, la propia confesión del procesado, y las diligencias de la investigación destinadas a desvirtuar o confirmar los cargos, prueban de manera fehaciente que el magistrado doctor Arévalo Correal asistió de manera consciente y voluntaria a la población de Usme con el propósito de intervenir en las elecciones del 16 de marzo y de poner al servicio de los políticos o de la política la influencia que pudiera suscitar su presencia en un sitio donde podía suscitarla. El que no se conozca a qué grupo o partido iba a prestar ese servicio no significa que la influencia no se haya desarrollado. Como es sabido, en aquel día se discutían electoralmente intereses opuestos de una misma corriente y por mucho que la imaginación discurra no es posible aceptar que la actitud del doctor Arévalo pudiera ser imparcial en aquella ocasión. De tal manera, es forzoso concluír que su intervención constituye una actividad política prohibida y delictuosa. La Corte habrá de fijar más adelante el alcance y sentido que se deba dar a la expresión: "intervenir en debates de carácter político".

Por lo pronto, interesa examinar las pruebas que fueron presentadas para desvirtuar la responsabilidad del doctor Arévalo durante la segunda etapa del proceso.

Pruebas de descargo

Dos etapas o períodos pueden destacarse en cuanto a la prueba se refiere en este proceso: la primera está constituída por el conjunto de las diversas declaraciones y diligencias recogidas durante la instrucción sumaria que adelantó la Corte, y, la segunda, que comienza a partir del término de pruebas durante el juicio, en la cual se reciben nuevamente algunas declaraciones por petición especial del sindicado doctor Arévalo Correal. Las declaraciones de la segunda etapa fueron rendidas dos años y seis meses después de ocurridos los hechos que como es sabido se originaron en el mes de marzo de 1941. Algunos de esos testimonios fueron rendidos por quienes ya lo habían hecho en el primer período del proceso y por aparecer contradictorios con los primeros, merecen un comentario especial. El factor tiempo tiene imponderable interés para el análisis, discriminación e interpretación del testimonio humano, como lo enseñan expertos y autorizados expositores de psicología judicial.

Conviene recordar que en materia probatoria, en lo relativo al testimonio, la nueva ley de procedimiento penal varió totalmente el sistema, pues del método tarifario de interpretación originado en la ley se pasó al método denominado legal-moral, conforme al cual el juez no está ya sometido al absurdo sistema de considerar que dos testimonios concordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo hacen plena prueba. Muy al contrario, un solo testimonio confrontado con otros y muchas veces contrario a ellos puede tener un valor moral y legal mucho mayor que en el caso opuesto. Hé ahí la razón en virtud de la cual con laudable acierto el Legislador que expidió el nuevo código de procedimiento penal afirme en el artículo 224 de esa obra:

"Toda persona sana de mente es hábil para rendir testimonio. Pero al juez le corresponde apreciar razonadamente su credibilidad, teniendo en cuenta las normas de la crítica del testimonio, y especialmente las condiciones personales y sociales del testigo, las condiciones del objeto a que se refiere el testimonio, las circunstancias en que haya sido percibido y aquellas en que se rinda la declaración".

"Las condiciones y circunstancias que, conforme al inciso anterior, puedan ser conducentes para apreciar la credibilidad del testigo, se harán constar en la misma declaración".

Y sobre el valor mismo que la ley confiere a las pruebas, dice el artículo 203:

"No se podrá dictar sentencia condenatoria en materia criminal sin que obren en el proceso, legalmente producidas, la prueba plena o completa de la infracción por la cual se llamó a juicio y la de que el procesado es responsable de ella".

Por su parte, los artículos 204, 205 y 206, estatuyen:

"En los procesos penales las pruebas se apreciarán por su estimación legal. Toda duda se debe resolver a favor del procesado, cuando no haya modo de eliminarla".

"Es prueba plena o completa la reconocida por la ley como bastante para que el juzgador declare la existencia de un hecho".

"Dos o más pruebas incompletas son prueba plena si los hechos que las constituyen están plenamente probados y su coexistencia no es posible sin la del hecho que trata de probarse".

Es con sujeción a los principios legales que se acaban de insertar, como la Corte procederá al examen, análisis, crítica e interpretación de los pruebas que fueron recogidas durante las etapas de este proceso. Para ello, será preciso hacer mención separada de cada una de las declaraciones que sirvieron para fundamentar los cargos expresados en el auto de proceder así como también las producidas con posterioridad a dicha providencia.

Declaraciones de Hermógenes Morales Soto

En su primera declaración rendida el día 25 de julio de 1941, este testigo afirmó haber visto el 16 de marzo, fecha de las elecciones, mientras cumplía un servicio de policía en la población de Usme, al doctor Edilberto Arévalo Correal, el cual, según su dicho, "daba unas vueltas por ahí, se acercaba a la mesa de votación y hablaba con los que iban a votar".

Pero en 19 de octubre de 1943 el mismo testigo, en careo con el doctor Arévalo Correal, decidió desvirtuar completamente su primitiva declaración afirmando que él se había equivocado y que no era precisamente el doctor Edilberto Arévalo Correal la persona a quien se refirió inicialmente sino un hermano de éste. Véanse sus propias palabras. (Fl. 75, c 7):

"Ahora, en el mes de julio del presente año de 1943, en uno de los primeros días de instalado el Congreso Nacional oí que llamaban a lista y al contestar el doctor Edilberto Arévalo Correal me fijé que no era el mismo..... PREGUNTADO, por el Magistrado sustanciador: ¿Cómo supo usted que fue un hermano del doctor Edilberto Arévalo quien estuvo interviniendo en las elecciones? CONTESTO: Al oír al doctor Arévalo contestar a lista en la Cámara dije a los que estaban por ahí cerca, "caramba, ¿este doctor no tiene hermanos?, y contestó o contestaron alguno o algunos de los que ahí estaban, que sí tenía hermanos. El testigo aclara que en los primeros días de la reunión del congreso no tenía destino y por eso concurría como espectador a las sesiones, pues sólo volvió a ingresar a la policía nacional en agosto último".

Para la Corte, la segunda declaración del testigo Morales no merece credibilidad alguna, antes por el contrario, del contexto de ella resaltan afirmaciones que demuestran claramente su inverosimilitud; para ello basta el siguiente pasaje de la referida segunda declaración, de la cual se deduce con exactitud que el testigo ha hablado con una evidente inseguridad y en forma que no sólo puede tomarse como lamentable equivocación sino como una sospechosa manifestación de la mentira:

"PREGUNTADO POR EL MAGISTRADO: ¿Antes de las elecciones de mil novecientos cuarenta y uno en Usme conocía al doctor Edilberto Arévalo Correal, y después de esas elecciones usted **volvió a ver** a dicho señor en alguna parte o conversó con él? CONTESTO: Yo no conocía al doctor Edilberto Aré-

valo **antes de aquel día** de las elecciones; **y no lo volví a ver desde el 16 de marzo del 41** hasta el día del mes de julio del presente año en que lo ví en la cámara de representantes, como ya he dicho (fl. 76, c. 7)".

Como se ve por la transcripción anterior, el testigo incurre en un error gravísimo, lo traiciona el subconsciente y afirma de manera perentoria que no lo volvió a ver (a Arévalo) "desde el diez y seis de marzo del cuarenta y uno", lo que equivale a afirmar que la última y primera vez que lo vio fue el referido día de las elecciones. Esta segunda declaración no puede entonces tomarse como una rectificación sino que por el contrario viene a ser una ratificación de la primera. No pudo el testigo mantener la afirmación sospechosa de que no se trataba del doctor Arévalo Correal sino de un hermano de éste; por otra parte, es conveniente anotar que la declaración segunda no tiene ninguna espontaneidad como sí la tuvo la primera rendida muy poco tiempo después de los sucesos investigados, siendo esta última provocada a petición del procesado doctor Arévalo Correal. Por lo demás, ¿qué objeto tiene negar a posteriori que el doctor Arévalo sí estuvo en Usme el 16 de marzo de 1941 si tal hecho está confirmado de manera plena por otras declaraciones y por la propia confesión del sindicado?

Declaraciones de Laurentino Galindo

Este testigo en su declaración, depone sobre tres circunstancias diversas, por haber estado prestando sus servicios como agente de policía en dos de las mesas de votación: a) que vio al doctor Arévalo varias veces buscando nombres en las listas de sufragantes; b) "que se paseaba por ahí y preguntaba en las mesas de votación por el número de votantes", y c) que presenció el incidente de las cuatro de la tarde, cuando el doctor Arévalo quiso que se reemplazaran cuatro papeletas de votantes con otras tantas que puso sobre la mesa número 1.

Si se tienen en cuenta las observaciones formuladas anteriormente con respecto al testigo Morales Soto, el hecho o hechos referidos por Galindo van robusteciendo en cierto modo la prueba sobre participación que en el debate electoral tuvo el doctor Edilberto Arévalo. Nada vale la argumentación formulada por la Procuraduría de que Galindo no vio a Edilberto sino a José David Arévalo; resulta inaceptable el razonamiento que pudiera concluír en una equivocación, con respecto a las personas de los hermanos Arévalos, pues la declaración rendida por Galindo el 3 de julio de 1941 y la ampliación de la misma el 1º de agosto de ese año, aluden en todas sus partes, concretamente, al doctor Edilberto. Solamente al final y por una pregunta que debe suponerse equivocada del señor Juez comisionado, se habla de José David Arévalo, pregunta ésta a la cual corresponde en labios del testigo la respuesta sugerida que habla de José David Arévalo. Pero esta equivocación no hace desmerecer la relación anterior del testigo, por cuanto, ya se dijo, las afirmaciones de Galindo siempre se refieren a la persona de Edilberto Arévalo Correal.

A solicitud del doctor Arévalo se practicó entre este y el agente Pedro P. Castillo un careo que tuvo lugar el día 22 de octubre de mil novecientos cuarenta y tres ante el señor Magistrado sustanciador. Recuérdese que, con fecha 29 de julio de 1941, rindió el agente Castillo su primera declaración (fl. 125, c. 1 A); que con fecha 17 de diciembre de 1941 rindió una segunda (fl. 146, c. 5) y, que con fecha 22 de octubre de 1943, se practicó el careo entre este testigo y el doctor Arévalo. En la primera, el testigo acusa al doctor Edilberto Arévalo Correal, de manera concreta, como la persona que se presentó al jurado número 4, a decirle: "qué estaba haciendo allí al pie de la mesa..... Entonces él me dijo que yo me hiciera en la puerta de entrada de la mesa de votación y yo le contesté que estaba cumpliendo con las órdenes que había recibido y que a él no le obedecía porque él no era mi superior y además yo no sabía quién era él. Yo le dije al doctor Arévalo que hiciera el favor de retirarse de allí e inmediatamente cumplió la orden que le dí y se retiró".

Esto significa que por la intromisión del doctor Arévalo en torno al cumplimiento de un deber practicado por un agente de la policía, el sindicado se vio urgido en forma indigna para su posición a retirarse según la orden del agente.

En la segunda declaración el agente Castillo ni enmienda ni rectifica lo asegurado en su primera; simplemente sostiene que al doctor Arévalo lo conoció el 16 de marzo de 1941 y no lo vio ejecutar intervención política alguna. Esta segunda declaración en nada modifica la primera, antes bien, la deja intangible. Es solamente cuando se verifica el careo con el doctor Arévalo en el mes de octubre de 1943, cuando el testigo entra en una franca rectificación al sostener que la persona a quien se refirió en sus dos primeras declaraciones no era el doctor Edilberto Arévalo sino un hermano de él llamado José David, al cual conoció en el Hospital de la Samaritana algunos meses después (cuatro o cinco) de transcurridas las elecciones. Sobre lo pertinente dice así:

"Interrogado por el careado doctor Arévalo: Sírvase decir si el que le interroga es el mismo al que se refiere en esta parte de su declaración y el mismo

a que alude en su parte inmediatamente anterior, o sea como el que le dijo (sic) que qué estaba haciendo al pie de la mesa y que se hiciera a la puerta de la entrada de la mesa de votación? CONTESTO: Nó, señor, nó es el mismo que yo ví en Usme ese día. Como a los cuatro o cinco meses después de las elecciones me nombraron en servicio del Hospital de la Samaritana y allá vi al señor ese que estuvo en Usme el día de las votaciones. Pregunté allí que si ese era el doctor Edilberto Arévalo y me dijeron que nó, que él era hermano del doctor Edilberto Arévalo que era José David Arévalo. Yo pregunté por curiosidad, porque lo reconocí al mismo que había estado en Usme".

Sucede con este testigo como con Hermógenes Morales, quien también por una casualidad, cuando visitaba — sin empleo — las barras del Congreso, cayó en la cuenta de que se había confundido respecto de la identidad del doctor Edilberto Arévalo. No van estos testigos de manera espontánea ante el investigador sino que esperan a que sea otra casualidad — la llamada del doctor Arévalo a los careos — para que rectifiquen su error. La primera declaración, por ser espontánea, por haberse producido muy poco tiempo después de ocurridos los hechos de Usme tiene para la Corte un inmenso valor. Científicamente es más verosímil que la memoria del testigo permanezca más fresca cuanto más inmediata sea la declaración a la fecha del hecho sobre el cual se atestigua. En cambio, las declaraciones tardías pueden ser confusas, equivocadas, erróneas, precisamente en obedecimiento al mismo principio anímico, pues, la percepción grava con caracteres definidos los hechos y los reproduce ante una excitación (la declaración) cuando ella tiene efecto con alguna proximidad al hecho atestiguado.

Hay otra tacha fundamental que hacer a la tercera declaración del agente Castillo, la cual demuestra la veleidad e inconsistencia de su dicho: es la circunstancia de haber afirmado Castillo que su conocimiento sobre la equivocación acerca de la identidad del doctor Arévalo se produjo **cuatro o cinco meses después** de las ocurrencias del 16 de marzo y cuando prestaba servicios en el Hospital de la Samaritana. Con fecha 17 de diciembre, **cinco meses después** de haber adquirido el convencimiento de ese error o equivocación declara ante el Juez 4º del Circuito de Bogotá y antes de expresar su error y declarar ante el funcionario que no era Edilberto Arévalo sino José David Arévalo a quien se refirió en su primera declaración, pasa por alto tan importante y tan grave hecho y se reafirma en lo dicho, esto es, que se trata de Edilberto. Como disculpa ante la pregunta de por qué no hizo la rectificación en la segunda declaración se limita a afirmar "que se le olvidó". No puede la Corte aceptar semejante disculpa y, bien por el contrario, ante tamaña contradicción, de carácter francamente mentiroso, afirma que lo sostenido por el testigo en su careo hace imposible aceptar tal versión, quedando en pie lo originalmente declarado. Además, resulta empeño inútil pretender en la segunda etapa probatoria crear dudas de la identidad del doctor Edilberto Arévalo como la persona que estuvo interviniendo en el debate electoral del 16 de marzo, pues ya son muchas las declaraciones que lo afirman así y para mayor abundamiento existe la espontánea confesión del sindicado.

Es de gran significación el hecho de que en la segunda etapa probatoria hubieran aparecido varias declaraciones como las de los señores Néstor Táutiva, Jorge Alberto Quiñones, Victorino Lozano y Olegario Arévalo (folio 87 a 90, c. 7), que en su orden y en lo pertinente van a transcribirse:

".....Evidentemente ese día me encontraba yo en la población de Usme' y como desde las ocho de la mañana trabajando por una lista encabezada por el doctor Carlos Arango Vélez para representantes al congreso; a eso de las nueve y media de la mañana aproximadamente, se me acercó un cabo de la Policía Nacional, que más tarde supe era de apellido Camacho y me dijo que qué había de esas elecciones antilopistas; yo le contesté que iban regulares; luégo me dijo dicho cabo que si yo conocía al doctor Edilberto Arévalo y le contesté que ciertamente mucho le conocía, pues casi todos los domingos iba a Usme; luégo me dijo el mismo cabo que si yo llegaba a ver al doctor Arévalo se le mostrara para conocerlo y le respondí que con mucho gusto lo haría; se despidió de mí, pero cuando esto decía, me dijo que iba a parrandearse a ese pisco y que siguiera trabajando por esa lista, que ellos me respaldaban. Como yo me la pasara recorriendo las urnas, vi que en una mesa de votación, me parece que en la segunda, los agentes de policía que estaban ahí al mando del cabo Camacho, miraban todas las cédulas de los electores lo mismo que la papeleta o voto que iban a consignar, pues dichos agentes estaban sirviendo el cargo de miembros de jurado de votación; en cuanto a la guardia de Cundinamarca, vi también que a la vez que prestaba su vigilancia, reemplazaba a los agentes de la policía nacional en las mismas mesas de votación. Como a los ocho meses de ocurrida dicha elección o al año más o menos, me encontré con el doctor Edilberto Arévalo, quien me manifestó que la Policía Nacional lo había acusado por asuntos de la elección que meses antes había tenido lugar en Usme y entonces yo a mi turno le conté lo que dejo relatado, porque lo presencié. El doctor Arévalo Co-

rreal me pidió entonces que si yo podría declarar ante la justicia lo que a él acababa de manifestar, y le respondí que con mucho gusto lo haría cuando se me llamara, porque era la verdad".

Jorge Alberto Quiñones dice: "..... luégo me salí a la puerta de la tienda y me paré allí a observar la hora en que pasara cualquier vehículo que me condujera; como a un metro de distancia del lugar donde yo me encontraba parado, se hallaba un corrillo de tres policías, y un guardia de Cundinamarca, los cuales comentaban los resultados de las elecciones; uno de los policías que juzgo fuera el cabo o sargento encargado de la comisión, decía: afortunadamente rodamos con mucha suerte, porque esta elección pasó en completa calma sin incidentes de ninguna naturaleza". Uno de los policías dijo: "¿qué dirá Arévalo cuando sepa que lo hemos acusado?" El primero o sea el encargado o cabo contestó: "Qué puede hacer, cualquier escándalo que haga va en contra de él. Además a nosotros nos creen lo que digamos y estamos bien respaldados". El otro policía o sea el tercero, dijo: "Lo que yo he estado pensando, es el que nos hagan jurar estos cargos, eso sí me aterra a mí". Y el guardia de Cundinamarca que allí se hallaba, contestó: "Eso mismo yo he estadó pensando, que se les ocurra hacernos jurar y a mí me desagradaría mucho este asunto. Además puede que más tarde se les ocurra hacernos carear con Arévalo o repreguntarnos o ampliar nuestras declaraciones, cosa que no me agradaría". El cabo, dirigiéndose a sus compañeros de charla, les dijo: "eso no se afanen ni se impresionen que posiblemente allí no nos hacen jurar; a nosotros nos creen y estamos bien respaldados. Además, yo tendré cuidado de sacar copias del informe que se va a rendir y les doy a ustedes una copia para que no se les olvide los cargos que puedan formular"..... "De lo ocurrido y que dejo relatado no le dí yo ninguna importancia a pesar de ser conocido del doctor Arévalo porque juzgué que esto no pasaba de allí. Pero en octubre o noviembre del cuarenta y dos tuve conocimiento por una publicación de "El Siglo", que se le hacían cargos gravísimos al doctor Arévalo y me dirigí a su oficina del Tribunal Superior y comentando la publicación del "El Siglo" le conté que yo había oído los comentarios ya expresados y que en todo caso como veía que el asunto era grave, yo estaba listo si él gustaba, de rendir declaración en cualquier momento que él lo solicitara".

Victoriano Lozano dice: ".....pues yo ese día no salí al campo electoral; solamente me consta que el cabo de la Policía Nacional, sin saber yo su nombre pero que ese día 16 de marzo de 1941 actuó en las elecciones verificadas en Usme, y ya por la tarde, estuvo en la oficina de telégrafos de la cual es empleada titular mi esposa y yo supernumerario de la misma oficina, y el cabo habló allí de una conferencia telefónica que necesitaba; manifestó así mismo el cabo allí y en presencia de otros agentes y particulares que se encontraban presentes que necesitaba acusar por fraude al doctor Arévalo y a Turbay (no mencionó nombres); la conferencia de que hablara no se verificó no recuerdo por qué detalle; yo le oí estas palabras desde junto al aparato telegráfico y estando el cabo cerca al teléfono y entre los cuales media un cancel de papel. El cabo regresó a otro rato dejando un telegrama para la Gobernación de Cundinamarca en el cual daba cuenta y confirmaba lo que había prometido. No recuerdo el texto de ese telegrama, por el transcurso del tiempo. Después en conversaciones generales y como se comentara dizque se iba a hacer escándalo al rededor de eso, yo sí le dije al doctor Edilberto Arévalo Correal que tuviera siempre cuidado porque aun cuando el señor cabo no dijo que esa acusación era contra él directamente, por el telegrama yo si saqué esa conclusión. El doctor Arévalo Correal me manifestó que eso lo tenía sin cuidado. Yo hice una retirada de Usme, pues me fuí a trabajar a otra parte y por ahí a fines del año siguiente o sea del 42 que volví a Usme me sorprendió el doctor Edilberto diciéndome que yo tenía razón en lo que le había dicho, puesto que efectivamente estaban haciendo bochinche al rededor del debate electoral pasado y que tenía que solicitar una declaración mía en relación con lo que yo le había referido....."

Olegario Arévalo dice: ".....Ese día, el cabo Jorge Otilio Camacho a quien conocí ese mismo día, se la pasó de mesa en mesa tratando de obstaculizar a los votantes lopistas, pidiéndoles le cédula y la papeleta para ver por quiénes iban a votar; también sostenía charlas con los que estaban trabajando por la lista del doctor Carlos Arango Vélez, es decir, que manifiestamente daba a comprender el máximo interés que tenía por el triunfo de la lista encabezada por el doctor Arango Vélez; los agentes que estaban a sus órdenes también controlaban la votación y de vez en cuando les impartía instrucciones secretas, llamándolos hacia un lado, y ya por la tarde los ví reunidos a todos (cabo y agentes) frente a la tienda del señor Marco Aurelio Gutiérrez comentando el resultado de las elecciones....."

Es bastante sugestivo el hecho de que este grupo de declarantes, cuyo testimonio fue solicitado por el doctor Arévalo siendo conocedores como ellos mismos lo relatan, de hechos de tanta gravedad, hubieran permanecido silenciosos para aparecer tardíamente en el proceso. Resulta curioso, por lo menos, que estos mismos ciudadanos estén avencindados en el

municipio de Usme en donde el doctor Arévalo tiene familia, bienes, relaciones y amistades, que por ciertos aspectos le son o pueden serle subordinados, circunstancia que indudablemente determina cierto nexo de solidaridad que incide, como se observa, en las declaraciones que se transcribieron y que no puede pasarse por alto cuando se pretende examinar conforme a las reglas de la crítica testimonial el valor de esas mismas declaraciones.

Anótese que tales declaraciones han sido de tal modo encadenadas que conducen, si se las mirara con criterio ingenuo, a tratar de desvirtuar, aunque inútilmente, los dichos de los agentes de policía que denunciaron al doctor Arévalo, dando así la impresión de que tanto el cabo Camacho como sus subalternos de aquel día de elecciones se hubieran parcializado contra el procesado, que no era candidato, que no hacía ostensible su intervención por un triunfo determinado, ya que de ello no hay constancia.

Los agentes de policía que en ejercicio de sus funciones asistieron al municipio de Usme con el único interés de hacer guardar el orden a los ciudadanos, ni son oriundos de esa región, ni están vinculados en forma alguna con el pueblo ni con sus habitantes, solamente por un accidente profesional se vieron precisados a concurrir a ese municipio, su conocimiento de Arévalo Correal apenas lo tuvieron el día diez y seis de marzo sin que después hubieran tenido con él trato distinto al que les propuso cuando comparecieron a desmentirse de sus primitivas declaraciones. Hay que presumir por, consiguiente, que sus funciones se ejercieron con celo en el cumplimiento del deber y que si denunciaron un hecho delictuoso lo hacían por el imperativo de su misión. ¿Qué interés moral o político o personal podían tener aquellos funcionarios en denunciar a una persona a quien tan sólo conocieron aquel día y de quien no estaban seguros de su identidad, como se desprende de sus últimas declaraciones? ¿Qué interés distinto del sugerido por su deber podrían acreditar esos ciudadanos al hacer inculpaciones a un magistrado del Tribunal de Bogotá y por qué razón no escogían más bien a cualquiera otro mejor vinculado al proceso electoral como el señor Julio C. Turbay?

No existe, por lo tanto, razón alguna que pueda ameritarse contra las primitivas declaraciones de los agentes. Los testimonios de Táutiva, Quiñones, Lozano y Arévalo curiosamente casuales y tardíos llegaron al proceso años después de ocurridos los sucesos investigados, con tal minuciosidad en los detalles y tal pertinacia en las contradicciones que producen a la mente la creencia de una mentirosa confabulación. La impresión de desagrado que moralmente causan estas declaraciones dan a la Corte la convicción de que ellas no son más que el resultado de una burda trama, inútilmente desarrollada para desviar a la justicia de sus verdaderos cauces.

Si en la segunda fase del proceso algunos testigos se retractan de sus primitivas afirmaciones ello no puede afectarlas. Son precisamente las últimas las que permiten ensayar, como ya se hizo, una crítica severa que conduce a demostrar en aquellos hombres su ausencia de fidelidad a la palabra dada por vez primera y esta tacha moral en el fondo es apenas demostrativa de la falacia e inestabilidad de la persona humana en lo tocante al carácter que es capaz de alterarse unas veces por halagos, otras por capricho, promesa o sugestión, las más de las veces por debilidad moral.

Responsabilidad

En el auto de proceder dictado por esta Sala contra el doctor Edilberto Arévalo Correal se recordó como a partir de la Ley 60 de 1930, se había establecido una rigurosa prohibición para que ninguno de los funcionarios del Poder Judicial, de lo Contencioso-Administrativo y del Ministerio Público, así como los empleados del orden administrativo nacional, departamental o municipal formaran parte de directorios políticos o comités del mismo orden, ni poner al servicio de la política las funciones que se ejerzan. Igualmente la Ley 105 de 1931 en su artículo 18 establece que los funcionarios de que antes se hizo mención "no pueden hacer parte de directorios políticos ni intervenir en debates públicos de ese carácter".

El Código Penal de 1936, erigió en delito la intervención en debates políticos por parte de los funcionarios de todo orden; dice así el mencionado texto:

"Artículo 180. En la misma sanción establecida en el primer inciso del artículo anterior, incurrirá el funcionario público que forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de este carácter".

La sanción a que se refiere la disposición, es la de arresto que va de un mes a dos años e interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo término.

Tratando de desentrañar lo que por "debate político" debe entenderse, dijo esta misma Corte en el auto de proceder dictado contra el doctor Arévalo Correal, lo siguiente:

"Dos acepciones trae de la palabra **debate** el Diccionario de la Lengua Española: "Controversia sobre una cosa entre dos o más personas" y también, "contienda", "lucha, combate". Por consiguiente la expresión "debate de carácter político", empleada

por el Código Penal puede significar la controversia sobre política, el combate, la contienda o la lucha política, y aun suele hablarse de política militante.

'Ahora: como el régimen electivo es base del sistema democrático que, desde luego, es un sistema político, la controversia y la lucha o contienda motivadas por la organización de los comicios constituye un verdadero **debate político.**

"En el lenguaje ordinario es de uso corriente la expresión **debate electoral** para significar, ora en conjunto, ora por separado, las diferentes etapas de la lucha comicial en que los partidos o los bandos políticos se disputan el predominio de las corporaciones públicas o la designación del jefe del Estado.

"Esta expresión, **debate electoral,** ha adquirido carta de naturaleza y suele emplearse para indicar en general las actividades de los partidos o bandos, relativas a elecciones, en especial, las ocasionadas por la pugna de aquellos en el acto de las votaciones; de manera que el **debate electoral,** es, por definición, un debate de carácter político.

"Tomando aún de manera compleamente literal el artículo 180 del Código, resulta que los funcionarios públicos que intervengan en el proceso electoral quedan comprendidos, sin lugar a duda, en aquella disposición de la ley.

"Dijo la Corte en auto de siete de octubre de mil novecientos cuarenta: "De suerte que en el campo de la responsabilidad jurídica que es de lo que aquí se trata, formarían un todo indivisible las actividades políticas de un ciudadano en diferentes lugares de un Departamento, con ocasión del proceso electoral para constituír la Asamblea". (Sumario contra el doctor Carlos César Cerón, Juez Civil del Circuito de Ipiales por intervención en la política).

"Y en auto de treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y uno, se expresó así: "Es la calidad de empleado público lo que origina la incompatibilidad, sin que ésta desaparezca por el hecho de que la actuación electoral del funcionario tenga lugar en territorio distinto al de su jurisdicción". (Sumario contra el doctor Guillermo Martínez, Juez del Circuito Penal de Bogotá).

"El espíritu que ha inspirado las disposiciones legales expedidas de 1930 para acá sobre este particular ha sido el de reprimir de manera general la ingerencia de los funcionarios públicos en la política militante y sustraerlos — especialmente a jueces y fiscales — de toda actuación política. La ley de 1930 consideró ésta como caso de "mala conducta" y el Código de 1936 no se limitó a emplear esa expresión más o menos ambigua sino que incluyó francamente el hecho entre las infracciones punibles como delictuosas; y sólo para denominar de algún modo esta clase de actividades se valió de la frase "intervenir en debates de carácter político".

"Ahora: si la participación de los funcionarios públicos en la política; si el "intervenir en debates de carácter político" en general es considerado como punible, ¿cómo podría dejar de serlo el hecho de intervenir no ya en meras controversias verbales o escritas sino en las elecciones mismas, que dentro de los procedimientos democráticos son la meta final de las actividades políticas?

"Y puesto que constituye intervención en debate de carácter político el desarrollar actividades de esta índole "con ocasión del proceso electoral" sería inaceptable no reputar como intervención en debate de carácter político la que se efectúa en los propios comicios, donde tiene su culminación el "proceso electoral".

A las consideraciones expuestas en la transcripción que se ha hecho, quiere la Corte, ahora, agregar las siguientes:

Es natural que la intervención en "debates políticos" sea una expresión un tanto amplia y de límites en cierto modo imprecisos, pero ella encuentra en el objeto jurídico de la prohibición su propia frontera y definición.

Por intervención en política debe tomarse también todo acto en virtud del cual quiera el ciudadano expresar su deseo o interés para que prevalezca en las actuaciones de gobierno una determinada tendencia que sea reflejo de sus ambiciones, ya sean éstas mezquinas o nobles en el más alto significado de la expresión. Es un anhelo incontenible de que se realicen ideas que tienen su fuente en principios de orden filosófico, o una aspiración de solidaridad humana que quiere ver consagrada en los hechos la satisfaccinó de necesidades colectivas como expresión última de los actos oficiales, o por otro aspecto, interés personal de predominio de una tendencia o de un partido para a la sombra de él alcanzar ruines ventajas.

La intervención en política, o en debates políticos que es lo mismo, abarca desde el acto más elemental como es el ejercicio del sufragio, hasta las más altas y amplias manifestaciones de la misma actividad política que se singulariza por la expresión pública **de las opiniones escritas** u orales y todas las maniobras enderezadas a obtener la victoria sobre el grupo o grupos opuestos a la tendencia que se ama o profesa.

Es verdad que la Constitución Nacional da a todos los ciudadanos, sin otra excepción que la de los cuerpos armados de la República, el derecho de sufragio. No podría afirmarse, entonces, que cuando el funcionario público vota ejecuta un acto ilícito.

Pero esta función constitucional debiera también ser prohibida para los empleados del orden judicial. Es inexplicable que a tal categoría de servidores se permita el derecho de voto, pues como ya se dijo, semejante acción constituye una clara intervención en la política, porque a pesar de ser un acto cívico alcanza también a convertirse en acción de indudable parcialidad que puede convertir en beligerantes y combatientes de un ideal político a quienes por razón de sus nobles y elevadas funciones deben permanecer al margen de esos sucesos.

Los empleados de la rama jurisdiccional por razón de su ministerio son una especie privilegiada dentro de la jerarquía de los funcionarios. Es tan digna su misión, tan elevada y sublime la finalidad de sus funciones, que su preocupación principal, a parte de mejorar su competencia y versación, debe ser la de suscitar ante los ciudadanos el más profundo respeto por su austeridad, imparcialidad y honradez. No está bien, por consiguiente, que se mezcle en forma alguna en asuntos de los cuales debe estar alejado. Además, el ejemplo de los más altos funcionarios de todas las ramas del Poder Público es una fuerza de gran valor para todos los subalternos, hasta los más modestos empleados. La moderación y la templanza en el ejercicio del poder no sólo consiste en la ecuanimidad de las palabras sino en los propios actos que son mirados e imitados por los inferiores. Por esta razón, tanto en sus actos públicos como privados deben ser espejo donde no se refleje una sombra, modelos hasta lo posible de seriedad, sencillez y discreción. Cuando falta cualquiera de estas condiciones, los Magistrados y los Jueces pierden la estimación o el respeto que son debidos a su dignidad y, por su parte, los ciudadanos disminuyen la confianza y la seguridad qué antes tenían en la imparcialidad de estos funcionarios. Perder la serenidad y mesura necesarias para hacer justicia, ya por ataques interesados, o por loas sinceras o insinceras, terciando en uno u otro sentido, con pérdida de la independencia personal, es consecuencia de la impregnación política en el criterio de los jueces. Por eso resulta repugnante toda interferencia de los miembros de la justicia en los asuntos políticos, que, en último término, han de conducir a un debate electoral, cifra y compendio de todos los afanes y preocupaciones de los políticos colombianos.

La ley ha erigido como prohibición especial para los empleados del órgano judicial el designárseles como jurados de votación (Ley 85 de 1916, artículo 52, y Ley 71 de 1932). Es indudable que el objeto de esta prohibición estriba, por una parte en impedir que los jueces que hayan de fallar litigios nacidos de controversias político-electorales sean al mismo tiempo árbitros y partes, y por otra impedir también que los mismos se mezclen en debates de ese género con riesgo de perder su independencia.

Hasta antes de la Reforma Constitucional de 1945 la ley permitía a los jueces y magistrados pertenecer a Concejos Municipales como miembros o vocales de ellos, sin que tal situación creara incompatibilidad alguna con sus funciones. Esta permisión de la ley creó muchísimas dificultades porque forzosamente los mencionados funcionarios se veían precisados a intervenir en las cuestiones de la política local. Se ha dicho que los concejeros municipales no hacen política porque su labor se concreta a una actividad de carácter administrativo. Sin embargo, esto no es exacto, porque lo general es que para alcanzar el cargo de concejero se hace exposición de programas de carácter administrativo que siempre llevan en el fondo incluída la cuestión política. Esta Sala de la Corte ha tenido que ocuparse con alguna frecuencia de esas situaciones creadas por la tolerancia de la ley, revelando con ellos cuán insensato es el procedimiento indicado y cuán expuesto a peligros para la integridad de la función judicial.

Pero la reforma constitucional de 1945 por medio de su artículo 178 parece haber eliminado tal corruptela, porque dicho texto consagra el siguiente principio:

"Los funcionarios de la rama jurisdiccional y los empleados subalternos de la misma, así como los del Ministerio Público, no podrán ser miembros activos de partidos políticos, ni intervenir en debates de carácter electoral, a excepción del ejercicio del sufragio. La desobediencia a este mandato es causal de mala conducta, que ocasiona la pérdida del empleo".

Por consiguiente si la Constitución Nacional prohibe a los funcionarios de la rama jurisdiccional SER MIEMBROS ACTIVOS DE PARTIDOS POLITICOS, debe entenderse, que la mera aceptación de una candidatura para pertenecer a un Concejo Municipal siempre estará patrocinada por un partido político y este hecho implica que se es miembro activo del partido en mención.

Si no es permitido que los jueces, magistrados y miembros del Ministerio Público, con sus subordinados, sean miembros activos de partidos políticos, mal podría admitirse que como miembros de los tales partidos ejecuten función distinta a la del sufragio secreto.

No debe olvidarse, por lo demás, que la misma reforma constitucional de 1945 creó normas ya desarrolladas por la ley sobre la carrera Judicial, de tal manera que el nombramiento y ascenso de estos funcionarios no puede hacerse depender ya de la in-

fluencia de la política o de los políticos, sino de la excelsitud de su manejo y competencia.

El señor Procurador Delegado en lo Penal que rindió vista fiscal en este asunto con fecha diez y nueve de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, se ha dirigido a la Corte para solicitar la absolución por los cargos que aparecen en contra del doctor Edilberto Arévalo Correal, fundándose en un minucioso análisis de los diversos testimonios que obran en el proceso.

Esta Superioridad no se halla de acuerdo con las opiniones emitidas por el señor Agente del Ministerio Público en cuanto a la interpretación de las pruebas aducidas, y por esa causa se ve en la imperiosa necesidad de desechar el pedimento de absolución, acordando, en cambio, las medidas de que adelanta se hablará.

De todo lo expuesto se deduce con entera claridad que el doctor Edilberto Arévalo Correal, ex-magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, no por mero accidente ni casualidad, ni por negligencia o descuido, sino de manera intencional y directa se hizo ostensiblemente presente en las elecciones que para Representantes y Diputados tuvieron lugar en la población cundinamarquesa de Usme el día diez y seis de marzo de mil novecientos cuarenta y uno, e intervino públicamente en actividades de índole política expresamente prohibidas y consideradas delictuosas, según lo establecen los artículos 179, inciso 1º, y 180 del Código Penal.

El procesado doctor Edilberto Arévalo Correal es persona de antecedentes limpios y honorables; no registra acción alguna delictuosa o policiva anterior; es, por lo demás, un profesional (abogado) de conducta irreprochable; sin embargo, el carácter de Magistrado de Tribunal que ostentaba en la época en que se cometió este ilícito, hace más reprochable su conducta y forzosamente agrava su responsabilidad.

El Código Penal (artículo 80) faculta al Juez para suspender condicionalmente la sanción, cuando la pena que corresponda sea arresto que no exceda de tres años o prisión que no pase de dos, si por otra parte, los antecedentes y la personalidad del procesado permiten otorgarle esta gracia.

En mérito de todas las consideraciones que anteceden, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

Primero. — Condénase al doctor Edilberto Arévalo Correal, mayor de edad y vecino de Bogotá, ex-magistrado del Tribunal Superior del mismo Distrito. abogado de profesión y de estado civil casado, a la sanción de arresto por el lapso de seis meses e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo.

Segundo. — Suspéndese condicionalmente el cumplimiento de la pena impuesta en el punto anterior, para lo cual se señala al condenado un término de prueba de un año, contado a partir de la notificación de esta sentencia, para lo cual estará sometido a los requisitos establecidos por el Código Penal.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

SE NIEGA LA ACLARACION SOLICITADA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Con fecha doce de febrero del corriente año, esta Sala de la Corte discutió y aprobó la sentencia proyectada con el objeto de poner fin al proceso penal que por intervención en política se adelantó contra el ex-magistrado del Tribunal de Bogotá, doctor Edilberto Arévalo Correal.

Con posterioridad a ese acto, o sea el día 14 de los corrientes, el procesado doctor Arévalo y su defensor doctor Carlos Arturo Díaz presentaron un memorial en el cual advierten que la Corte no ha resuelto aún el recurso de reposición propuesto por el sindicado en el momento de notificarse del auto de proceder y que, por consiguiente, debe resolverse previamente esa reposición antes de proceder a dictar sentencia.

Para resolver se considera:

1º Efectivamente, con fecha nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y dos, el doctor Arévalo Correal fue personalmente notificado del auto de proceder dictado por la Corte el treinta de septiembre del mismo año y, en el momento de notificarse expresó que interponía el recurso de reposición contra esa providencia.

2º El procesado designó—por medio de escrito—como su defensor al doctor Jorge Eliécer Gaitán, quien tomó posesión el día cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y tres habiéndose notificado el mismo día del auto de proceder dictado contra su defendido, sin que en esa ocasión hubiera hecho manifestación alguna en el sentido de insistir en el recurso propuesto por su defendido con anterioridad, ni el mismo doctor Arévalo presentó alegato o memorial o razón alguna para sustentar el recurso.

3º La Secretaría informó (fl. 159 v.) con fecha diez de mayo que el "doctor Arévalo Correal no manifestó en qué fundaba el recurso de reposición que dijo interponer contra el auto de proceder al serle notificado; y posteriormente ni él ni su defensor presentaron escrito alguno para fundar dicho recurso".

4º En vista del informe anterior, con fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, el señor Magistrado sustanciador expidió la providencia que en seguida se inserta:

"En vista del anterior informe se declara ejecutoriado el auto de proceder.

"Dentro del término que señala el artículo 442 del Código de Procedimiento Penal córrase traslado del expediente por cinco días al señor Procurador General de la Nación para que lo estudie y manifieste si tiene pruebas qué pedir".

5º El auto que antecede fue notificado al señor Procurador y por anotación en estado con fechas diez y siete y diez y ocho de mayo, respectivamente, sin que las partes en el proceso hubieran hecho manifestación opuesta ni impugnación alguna contra la providencia que declaró ejecutoriado el auto de proceder, situación ésta que implica un consentimiento de esa providencia.

6º Pero es más, con fecha treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y tres, después de haber manifestado el señor Procurador Delegado en lo Penal que no tenía pruebas qué pedir, el señor Magistrado sustanciador dictó auto por medio del cual ordenó poner el expediente en la Secretaría de la Sala por el término de diez días para que las partes manifestaran si tenía pruebas qué aducir. Dicho auto se notificó legalmente y tan surtió sus efectos que el doctor Edilberto Arévalo en memorial presentado ante la Corte, solicitó, con fecha veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, que el juicio se abriera a prueba, actitud ésta que está demostrando cómo había consentido una vez más en el hecho de que el auto de proceder estaba ejecutoriado como lo decretó la Corte con anterioridad. Igual manifestación hizo el defensor del sindicado al notificarse del auto que decretó la apertura a prueba en el proceso, con lo cual, se repite, también el defensor de manera explícita aceptó que el proceso siguiera su desarrollo normal a partir de la ejecutoria del auto de proce-

der. Sería inexplicable que tanto el doctor Arévalo como su defensor, personas por demás versadas en estas cuestiones, si no hubieran consentido en la ejecutoria del auto que declaró en firme el de proceder, lo habrían manifestado en forma oportuna reclamando contra esa providencia y no pidiendo el desarrollo posterior como lo hicieron.

7º Abierto a prueba el juicio, es el mismo doctor Edilberto Arévalo quien en memorial fechado el 13 de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, presenta la solicitud de varias probanzas que desea se practiquen. ¿Este hecho no está significando acaso, una vez más, que no quedaba nada pendiente susceptible de reclamo y que el mismo sindicado estaba aceptando plenamente la situación subsiguiente?

8º Practicadas en su gran mayoría todas las pruebas pedidas por el doctor Arévalo, con fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres, la Corte decidió correr traslado a las partes por el término de cinco días a cada una para el estudio del expediente y se señaló fecha para que tuviera lugar la audiencia pública de que trata el artículo 458 del C. de P. P., providencia ésta que fue notificada personalmente al doctor Arévalo Correal, quien designó como defensor, para lo sucesivo al doctor Carlos Arturo Díaz, quien se posesionó debidamente el día siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

9º Mas como la posesión de nuevo defensor, interrumpió el término ya señalado para traslado del expediente y para verificación de la audiencia, a petición del señor Procurador Delegado en lo Penal, decidió el señor Magistrado sustanciador reponer los términos, señalando nueva fecha para audiencia y fijando nuevo término de cinco días para que las partes estudiaran el expediente. En esta nueva ocasión, ni el doctor Arévalo ni su defensor doctor Díaz hicieron oposición alguna. Al contrario, siguieron conviniendo en la legalidad de todos los actos del proceso, de manera expresa, sin objeción ni observación de ninguna clase.

10º Los traslados se surtieron en forma tal que el señor Procurador Delegado de esa época, doctor Luis Carlos Pérez, tuvo oportunidad de hacer un estudio muy detenido del proceso, habiendo presentado una vista fiscal sumamente extensa en la cual pedía la absolución del acusado.

11º El doctor Díaz por su parte, solicitó a la Corte aplazamiento de fecha para la audiencia y la Corte se la concedió en vista de los motivos expuestos por él y no sólo hizo esto sino que nuevamente fijó plazo de cinco días para que se corriera traslado al doctor Arévalo y a su defensor. Venció la fecha de la audiencia, pero los interesados no concurrieron; se corrió traslado a los mismos y lo aprovecharon, como hay constancia, sin que hubieran presentado ninguna observación.

12º Por último, una vez realizados todos los actos procesales de rigor y habiéndose integrado con nuevos Magistrados la Sala Penal, el asunto correspondió al doctor Agustín Gómez Prada, quien dispuso en providencia del dieciocho de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, lo siguiente:

"En consecuencia, solicítese del sindicado doctor Edilberto Arévalo Correal exprese si su memorial de petición de pruebas (fl. 68 del último cuaderno) **implica un desistimiento del recurso de que se ha hecho mención** (reposición del auto de enjuiciamiento), **para proceder en ese caso a dictar la sentencia** o a resolver el recurso pendiente según lo manifestado".

De dicha providencia se notificaron tanto el Procurador Delegado como el doctor Edilberto Arévalo, quien en constancia escrita, firmada de su puño y letra, hecha ante el señor Secretario de la Sala manifestó: "...**Firma expresando que su memorial de veinticinco de agosto de mil novecientos cuarenta y tres** (folio 68 de este cuaderno), **implica el desistimiento del recurso de reposición que interpuso contra el auto de proceder en el momento de serle notificada esta providencia, y que en consecuencia solicita que se le tenga por desistido de dicho recurso**".

Después de hecha la anterior manifestación, el negocio entró definitivamente para pronunciar fallo.

Del recuento que se ha hecho con tanta minuciosidad se desprende lo siguiente:

La Corte declaró ejecutoriado, a partir del día catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, el auto de proceder. Esa providencia no fue impugnada ni por el sindicado ni por su defensor y antes, por el contrario, la consintieron tácita y expresamente, pues, con posterioridad a la dicha declaración de ejecutoria, siguieron interviniendo a través del proceso, solicitando pruebas y ejecutando actos que suponían su aceptación a todo lo hecho. Además, el señor Magistrado sustanciador solicitó del doctor Arévalo que manifestara si su memorial en el cual pedía pruebas dentro del término de la causa implicaba un desistimiento

al recurso que una vez interpuso y no sostuvo. El doctor Arévalo hizo manifestación de la cual quedó constancia escrita, ante el Secretario de la Sala que sí era ese su deseo y que por consiguiente había desistido.

Ahora, pretende el doctor Carlos Arturo Díaz, defensor de Arévalo Correal, que a él no se le notificó y no supo, por consiguiente, nada de la determinación del Magistrado acerca del desistimiento de su defendido. Pues bien, dicha formalidad no era obligatoria para la Corte y la notificación de ella se hizo a la parte interesada y al Procurador. El doctor Arévalo no la hizo conocer, posiblemente, de su defensor; pero él que fue Magistrado de Tribunal y que tiene gran conocimiento de los detalles del proceso no podía actuar tan inexpertamente al manifestar como lo hizo, que su actitud a través del proceso era una expresa ratificación de que había aceptado la ejecutoria del auto de proceder que desde 1943 se produjo sin que hubiera sido reclamada. El exceso de formalidades no puede viciar un proceso. El auto de la Corte de fecha 18 de octubre de 1945 no era necesario, fue un exceso de formalidad que no puede afectar en nada lo hecho.

Por lo demás, anota el señor doctor Díaz que al doctor Julio C. Turbay se le recibió indagatoria y que sin embargo su situación no quedó definida, queriendo con ello dar a entender que por ese otro aspecto el proceso contiene un vicio que hay que reparar.

Sí es verdad que la Corte recibió declaración indagatoria al señor Julio C. Turbay, pero esa circunstancia no la obligaba a decidir acerca de su situación jurídica, puesto que el señor Turbay no es de las personas que deban ser justiciables por la Corte. Simplemente practicó esa diligencia como funcionario de instrucción y libremente podía interrogar a él o a cualquiera persona que tuviera algún dato acerca del hecho investigado o sobre quien pesara algún cargo. Por esa razón —falta de competencia— fue muy lógica la Sala al no mencionar esta situación en el auto de proceder y mucho menos en la sentencia que puso fin a este proceso.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO ACCEDE a la solicitud formulada en el memorial de fecha catorce de febrero del presente año.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DETENCION ARBITRARIA — SOBRESEIMIENTOS DEFINITIVOS — ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO DE DETENCION ARBITRARIA — DOLO GENERICO Y DOLO ESPECIFICO — CUANDO DEBE ENTENDERSE QUE EXISTE BUENA FE EN LA APLICACION JUDICIAL DE LA LEY

1.—Los sobreseimientos definitivos deben ser consultados porque así lo indican los artículos 189, 410, 430 y 153 del Código de Procedimiento Penal. Ha dicho también la Corte que "en todos los casos en que la consulta es forzosa, se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de instancia".

2.—Son tres LOS ELEMENTOS OBJETIVOS del delito de detención arbitraria: 1º QUE EL AGENTE O AUTOR DEL HECHO SEA UN FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO, pues si lo ejecuta un particular entonces cometerá un secuestro o un delito contra la autonomía personal, pero no una detención arbitraria. En realidad, la detención arbitraria no es sino un abuso de la autoridad de que están investidos los funcionarios o empleados públicos; pero el código colombiano lo ha clasificado aparte sancionándolo con penas más severas, dada la gravedad de esta infracción. — 2º QUE SE PRIVE A ALGUNO DE SU LIBERTAD. Con lo cual se indica el objeto específico de la tutela jurídica, que es el de garantizar la libertad personal que está consagrada en la Constitución en el artículo 23, como uno de los derechos o garantías sociales. Las palabras de la ley indican que no es necesario para la perpetración del hecho ilícito que la privación de la libertad se lleve a cabo en lugares destinados especialmente al efecto, sino por medio de determinadas formas de procedimiento, ni durante un tiempo también determinado, porque sea cual fuere el lugar, la forma o el tiempo, el hecho esencial prohibido, o sea, la privación ilegítima de la libertad de los ciudadanos, se realiza. 3º QUE EL HECHO SE EJECUTE CON ABUSO DE LAS FUNCIONES O INDEBIDAMENTE, vale decir, cuando la ley no autoriza u ordena aquella privación de la libertad individual, sino que depende únicamente del capricho del funcionario.

3.—La ley autoriza u ordena la privación de la libertad en forma de CAPTURA o en forma de DETENCION: la primera es el acto material de aprehender a una persona para llevarla ante las autoridades en los casos previstos por la ley; la segunda es la orden de reducir a prisión a un sindicado, dictada por el funcionario respectivo y cumplida materialmente. La CAPTURA de un sindicado puede y debe cumplirse: a) Como consecuencia de un fallo condenatorio a pena privativa de la libertad (artículo 637, C. de P. P.); b) Como consecuencia del auto de detención, en los casos de los artículos 379 y 387 del Código de Procedimiento Penal; c) Cuando se sorprende IN FLAGRANTI al autor de un delito artículos 379 y 384, C. de P. P.); d) Cuando la autoridad ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (artículo 384 IBIDEM); y e) Si el sindicado, requerido por el funcionario, no comparece a rendir indagatoria, cuando por virtud de antecedentes y circunstancias consignados en el proceso se le considera como autor o partícipe de una infracción (artículo 364 IBIDEM). La DETENCION se dicta y se realiza como pena o como medida preventiva: Como pena, cuando se ha dictado sentencia que conlleve como sanción el ser privado de la libertad en cualquiera de las formas contempladas en el Código Penal, y como MEDIDA PREVENTIVA en los casos y con los requisitos señalados por el artículo 379 del citado código de procedimiento.

EL ELEMENTO SUBJETIVO de la detención arbitraria consiste en la intención o propósito de privar de su libertad a una persona sabiendo el funcionario o empleado público que su acto es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, que viola los dere-

chos ajenos. Se ha dicho que nuestro código no exige para la existencia de esta infracción el DOLO ESPECIFICO. Pero como dicha expresión se presta a confusiones, se hace necesario explicarla. Para que se cometa delito es menester que haya conocimiento DE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO que acompañan a la acción prevista como ilícita y que con ese conocimiento se realicen. Eso es lo que se denomina por los comentadores DOLO GENERICO, con poca propiedad, puesto que al llenarse aquellas circunstancias el acto queda ESPECIFICADO dentro de las clasificaciones que trae el Código Penal. Más clara y precisa es la idea que traen algunos tratadistas acerca del DOLO ESPECIFICO diciendo que es la concurrencia de determinada circunstancia o elemento especial, agregado al fin dolcso general del acto para que cierto delito se configure. Tal es el "a sabiendas" que se requiere en el uso de documentos falsos y en la circulación de moneda falsa; el actuar los funcionarios contra derecho "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", que es indispensable en el prevaricato y, en el rapto, el arrebatar, sustraer o retener a una mujer" con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella". El propósito últimamente indicado hace que se distinga el rapto del secuestro; la simpatía o animadversión a las partes permite diferenciar el prevaricato del abuso de autoridad o de otros hechos no ilícitos; lo mismo que el conocimiento especial (a sabiendas) de la falsedad, se necesita para que existan las infracciones primeramente aludidas. En definitiva, como lo advierte Manzini, el dolo específico sirve solamente de criterio diferenciador para distinguir un título de reato de otro parecido o de un hecho diferente.

El Código Penal no exige para que la detención arbitraria exista, un dolo específico, verbi-gracia, que proceda el funcionario o empleado público contra la ley a sabiendas de ello o por simpatía o animadversión a las partes. La libertad individual es una de las más preciosas garantías de los ciudadanos (artículo 23 de la Constitución) y por eso la ley ha señalado de manera taxativa los casos precisos y determinados en que pueden ser privados de ella y los funcionarios no pueden alegar desconocimiento de esos preceptos o aplicarlos extensivamente, sin incurrir en arbitrariedad. En otras contingencias en que la ley se presta a interpretaciones diversas sí es necesaria la existencia de la condición o condiciones que constituyen el llamado dolo específico; pero no sucede igual cosa en la detención arbitraria, por las razones apuntadas; por tanto, basta que el funcionario o empleado público prive de su libertad a una persona, fuera de las ocasiones en que la ley lo manda o permite, para que haya de presumirse que tuvo la intención criminosa de cometerlo.

4.—Por el mero hecho de ser llamado un ciudadano a rendir declaración indagatoria no se le puede detener, ni rindiéndola está detenido propiamente, a no ser que haya motivo distinto para ello.

5.—En el desarrollo inicial del proceso hay tres momentos o etapas: la comparecencia o captura del sindicado, su indagatoria, y su detención si fuere el caso. Capturado un individuo por haber sido hallado en flagrante delito, o porque en virtud de antecedentes y circunstancias procesales debe ser considerado como autor o partícipe de una infracción penal y no ha comparecido voluntariamente ante las autoridades, debe recibírsele indagatoria "dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que se hubiere verificado la captura" (artículo 346, C. de P. P.). Pero eso no quiere decir que el funcionario pueda mantener al culpable todo ese tiempo sin practicar la diligencia, sino solamente cuando dificultades o conveniencias poderosas de la investigación lo obliguen a no llevarla a término inmediatamente. De otra suerte, se incurrirá en delito.

6.—No es exacto que la incomunicación pueda durar un tiempo indefinido, ni tampoco el máximo de setenta y dos horas, salvo casos excepcionales en que sean varios los sindicados que han comparecido a la práctica de la diligencia de indagatoria o que lo complicado del negocio exija emplear ese tiempo máximo. Los términos fijados por los artículos 346, 361 y 386 del C. de P. P. son muy claros y precisos y, lo que es más, el último artículo establece pena de multa o de destitución del empleo para el funcionario que se exceda de ellos (inciso

segundo). Habiendo acudido el inculpado a rendir declaración indagatoria o capturado en su caso, y terminada la diligencia, entonces sí y siempre que se encuentren reunidos los requisitos del artículo 379 del Código Procesal, ya es el caso de detenerlo. Y tan cuidadosa es la ley de que se respete la libertad de los ciudadanos, que fija un nuevo término de doce horas siguientes a la captura para que se dé la orden de detención al alcaide o jefe del respectivo establecimiento carcelario. (Artículo 387).

7.—La presunción de buena fe en el modo de proceder los jueces al aplicar las disposiciones legales no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles para no violar derechos ajenos al aplicarlos.

8.—En el caso del proceso no hubo abuso de autoridad porque el hecho que se ha considerado está previsto en el código respectivo como detención arbitraria y no puede aceptarse que esté configurado también como abuso de autoridad, porque el uno excluye el otro. (Artículo 171, C. P.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintisiete de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada).

VISTOS:

Debe revisar esta Sala la providencia del Tribunal Superior de Bogotá, de 21 de agosto del año pasado, por la cual resolvió lo siguiente: **Abrir causa criminal** contra el doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano, por el delito de detención arbitraria, cometido en la persona del doctor Laureano Gómez, cuando aquél desempeñaba el cargo de Juez Cuarto del Circuito Penal en esta misma ciudad; librar orden de detención preventiva contra el mencionado Juez y el correspondiente embargo de bienes; y sobreseer definitivamente en favor del mismo por los delitos de prevaricato y de abuso de autoridad.

LA APELACION. El auto de proceder y la orden de detención se dictaron dentro de la misma providencia y contra ella concedió el Tribunal la apelación en los dos efectos en que la ley la otorga: en el suspensivo para el enjuiciamiento y en el devolutivo para la detención. Y aunque ya se estudió este aspecto del negocio, se resume lo que se dijo anteriormente, tanto por su importancia como por el estrecho nexo que guarda con la decisión que ahora ha de tomar la Corte, no sin advertir que uno de los Magistrados salvó su voto en este particular.

Se dijo entonces que contra una providencia no puede concederse simultáneamente la apelación en los dos efectos —el suspensivo y el devolutivo— porque no solamente son diferentes, sino completamente opuestos: el devolutivo no suspende la jurisdicción del juez del conocimiento ni la ejecución de la sentencia o auto apelado (artículo 499 del código de procedimiento civil), mientras que el suspensivo, como su mismo nombre lo indica, suspende la jurisdicción y, naturalmente, la ejecución de la sentencia o auto apelado (artículos 147, ordinal 1º y 501 ibídem).

Se alegó que el auto de detención es por naturaleza de cumplimiento inmediato y que puede ser apelado tan sólo en el efecto devolutivo (artículo 187 del C. de P. P.). Pero se contestó que eso sucede así cuando la detención se decreta en el auto correspondiente, que es el indicado por el artículo 383 del código de procedimiento penal; mas no cuando hace parte de otra providencia apelable y apelada en el efecto suspensivo. De suerte que el auto de detención hay que dictarlo desde que exista la prueba indispensable, pero en forma que alcance sus resultados propios sin un obstáculo procesal como el apuntado.

Se alegó también que ya existían los fundamentos necesarios para detener al sindicado, como lo demostraba el hecho de que se hubiera proferido ya auto de enjuiciamiento contra él. Pero eso hubiera sido prejuzgar sobre la cuestión de fondo que precisamente va a ser objeto de esta providencia.

En consecuencia, la apelación debe entenderse concedida en el efecto suspensivo para las dos resoluciones de que se viene hablando.

LA CONSULTA. No ordenó el Tribunal la consulta del sobreseimiento definitivo que decretó en favor del sindicado por los delitos de prevaricato y de abuso de autoridad. Por consiguiente, han de resolverse dos cuestiones previas al respecto: si los sobreseimientos definitivos son consultables

y si la Corte tiene jurisdicción para resolver una consulta no ordenada por el inferior.

Los sobresimientos definitivos deben ser consultados, porque así lo indican los artículos 189, 410, 430 y 153 del código de procedimiento penal. Pues si en unos casos se ordena consultar el sobreseimiento definitivo, no hay razón para que en otros no se proceda en la misma forma; y si otras providencias sujetas a consulta tienen contenido y finalidad análogos al sobreseimiento definitivo, debe estar éste sometido a las mismas condiciones y recursos. Mucho más, en las Actas de la Comisión redactora del nuevo código procesal penal se dejó expresa constancia de que todo auto de sobreseimiento definitivo se consulta y eso se dijo como argumento para concluír que había razón igual o mayor para ordenar la consulta de las sentencias absolutorias. Con esta doctrina, contenida en los fallos de 18 de septiembre del año antepasado y de 15 de octubre último con amplia explicación, rectificó la Corte lo que había propugnado anteriormente.

El segundo punto también está decidido por la Sala en el sentido de que en "todos los casos en que la consulta es forzosa, se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de primera instancia". (Casación de 21 de julio de 1943, G. J. números 1998-99, página 667). Y eso es así, porque lo que le da jurisdicción al superior no es la orden del inferior, sino el mandato de la ley, que por motivos de orden público quiere que se consulten algunas providencias, sin sujetar este recurso al querer de las partes, como en las apelaciones, con el fin de que existan forzosamente dos instancias en la mayoría de los procesos.

De esta suerte, la Corte debe estudiar también el sobreseimiento definitivo a que se hizo alusión.

RELACION SUCINTA DE LOS HECHOS. Los hechos que dieron origen a la formación de este proceso consistieron, en resumen, en que habiendo sido llamado el doctor Laureano Gómez a rendir indagatoria en el sumario que contra los directores del periódico "El Siglo", de esta ciudad, se adelantaba por los delitos de calumnia e injuria y, no habiendo querido contestar el interrogatorio, fue privado de su libertad por el funcionario instructor nombrado, doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano, en una de las divisiones de la Policía Nacional, desde el 9 de febrero del año antepasado, por la tarde, hasta el día siguiente, también por la tarde. Por este motivo dicho funcionario fue denunciado por el apoderado del doctor Gómez, ante el Tribunal Superior de Bogotá.

HECHOS PROBADOS. De los autos aparecen como demostrados los siguientes hechos:

1º En el mes de febrero de 1944, el doctor Alberto Lleras Camargo, entonces Ministro de Gobierno, presentó querella contra los directores del diario denominado "El Siglo", de esta ciudad, doctores Laureano Gómez y José de la Vega, por los delitos de calumnia e injuria, de la cual le correspondió conocer al Juez Cuarto del Circuito Penal de Bogotá, doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano (f. 57 del C. 1).

2º El 7 de febrero del mismo año abrió el Juez citado la investigación ordenando, entre otras cosas, recibirle indagatoria a los directores del periódico ya nombrado, doctores Gómez y de la Vega (f. 75 vuelto, ibídem).

3º El 9 del mismo mes citó el Juez Caicedo Lozano al doctor Laureano Gómez a su despacho para que rindiera la indagatoria (f. 13 v. ibídem), orden que acató concurriendo a la práctica de la diligencia.

4º Comenzada esa práctica, no quiso el doctor Gómez nombrar el apoderado que debe asistir a todo ciudadano en dicho acto, por lo cual el Juez, a pesar de la protesta de aquél, le designó de oficio al doctor Jesús Estrada Monsalve, quien después de manifestarse renuente, aceptó por fin el cargo.

5º Dice así la diligencia en lo pertinente:

"El señor Juez preguntó personalmente al indagado, así: Diga su nombre y apellido, su edad, vecindad, el lugar de su nacimiento y el lugar de su residencia actual, su estado civil, su profesión, oficio o modo de vivir, sus antecedentes personales o los de su familia, en qué establecimientos ha trabajado, en qué planteles ha hecho estudios; con qué personas mantiene o cultiva relaciones, si ha sido procesado con anterioridad, caso afirmativo por qué delito o delitos, ante qué juzgado o autoridad, si se le impuso alguna pena y si la cumplió o no. Diga además el indagado qué grado de ilustración tiene y si conoce el motivo por el cual se le llama a rendir indagatoria sin la exigencia del juramento y asistido por un apoderado? — CONTESTO: "Ante todo debo preguntar al señor Juez si en esto que tiene entre manos va a proceder de acuerdo con la justicia, con su conciencia y con la constitución y las leyes. En este caso no debo contestar una sola palabra porque entonces lo que sucederá de acuerdo con el régimen vigente

en la administración de justicia actualmente en el país, es que le arrebatarán los papeles, lo calumniarán y luego lo destituirán y yo contribuyo (sic) directa ni indirectamente a que se verifique esa infamia. Si en acatamiento a lo que rige en el país el señor Juez no puede obedecer a su conciencia, ni servir a la justicia, ni respetar la constitución ni las leyes, sino que tiene que ir a tomar orientaciones para sus actos extrañas a la dignidad y a la independencia del poder judicial, tampoco puedo decir una sola palabra, porque no colaboro en esa farsa". El señor Juez rechaza enfáticamente la sugerencia del indagatoriado contra la índole y rectitud del poder judicial de Colombia y en atención a que el recinto del Juzgado no se puede convertir en campo de polémicas entre los procesados y el Juez, le ruega al doctor Gómez que conteste la pregunta en la forma que se le ha leído y le hace saber obedeciendo también un mandato de la ley, que su negativa a dar las respuestas del caso en esta diligencia, antes de impedir la prosecución del proceso, podrá privarle de algunos medios de defensa. El doctor Gómez contesta: "No tengo más que decir". **Preguntado personalmente por el señor Juez:** "Repitiéndole la última parte de la pregunta primera de este interrogatorio le ruego se sirva decirme si conoce el motivo por el cual se le ha llamado a rendir indagatoria sin exigirle juramento y asistido por un apoderado". **Contestó:** "Me remito a la pregunta que atrás tuve el honor de hacer al señor Juez, que plantea un dilema, cualquiera de cuyos términos no me permite agregar una sola palabra". Como el Juez se da cuenta de que el doctor Laureano Gómez procesado en estas diligencias, no quiere dar respuesta a ninguna de las preguntas que habrán de formulársele, **suspende la presente diligencia para continuarla** en día y hora y día (sic) oportunos y le manifiesta al Dr. Gómez que **mientras esto suceda y durante el tiempo que fuere legal, si no hubiere mérito para una detención preventiva, quedará a órdenes del Juzgado en una División de Policía**" (fls. 12 y 13 del cuaderno 1 y subraya la Sala).

El resto del acta, en lo pertinente, se transcribirá más adelante.

6º Como consecuencia de la orden impartida por el Juez, éste dirigió al Comandante de la Primera División de la Policía Nacional la nota número 52, de la misma fecha de 9 de febrero, en que le dice:

"Atentamente solicito de usted se sirva mantener en esa División por cuenta de este Juzgado, hasta nueva orden, al doctor Laureano Gómez, sindicado por delitos de calumnia e injuria, con calidad de incomunicado".

7º El doctor Laureano Gómez permaneció detenido en esa División desde el miércoles 9 de febrero de 1944, a las 4 y 55 minutos de la tarde, hasta el día siguiente a las 6 y 15 minutos de la tarde (fls. 7 vuelto y 73 vuelto del c. 1).

8º La incomunicación no se cumplió por parte del mismo Juez, pues les concedió permiso a varios particulares para que visitaran al detenido, entre ellos al apoderado doctor Estrada Monsalve y a los doctores José Antonio Montalvo y Silvio Villegas (fls. 14 v., 16, 34, 37 v., etc.).

9º La diligencia de indagatoria no se continuó ni durante el tiempo en que estuvo privado de su libertad el doctor Gómez, ni después (f. 34).

10º Antes de terminarse la diligencia de indagatoria del doctor Gómez, el señor Juez ordenó la citación urgente de los doctores Juan Castro Monsalvo y Pablo Salah Villamizar, a fin de que comparecieran ese mismo día a rendir declaración en la querella promovida por el doctor Lleras Camrago, como así lo hicieron (fls. 32 y 33).

11º El 10 de febrero, o sea, al día siguiente, el Juez dictó auto de detención preventiva contra el doctor Laureano Gómez, en el expresado negocio, la cual no se llevó a efecto por no haber sido éste suspendido del cargo que desempeñaba de Miembro de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores.

12º Contra el doctor José de la Vega, sindicado también de calumnia e injuria, se abstuvo el Juez de decretar la detención, porque no habiendo sido llamado a rendir indagatoria, no había tenido oportunidad de manifestar sus descargos o de explicar su actuación delante del funcionario (fl. 72 vuelto).

13º En auto de 10 de febrero ordenó el señor Juez la libertad del doctor Gómez, diciendo:

"En vista de que no ha sido decretada la suspensión del cargo de Miembro de la Comisión Asesora de Relaciones Exteriores que ejerce en la actualidad el doctor Laureano Gómez y que el auto de detención está legalmente subordinado a dicha suspensión, siendo además innecesaria la incomunicación en que en la actualidad se halla el doctor Gómez, se ordena oficiar al señor Comandante de la División de la Policía en donde se halla el Dr. Gómez a fin de que el mencionado doctor Gómez sea puesto en libertad. Tan pronto como sea decretada la suspensión se dará cumplimiento a lo que ordena el auto de detención de esta misma fecha".

14º En el oficio en que el señor Juez comunicó al Comandante de la División la orden de libertad del doctor Gómez, se dice:

"Como los fines legales que perseguía el Juzgado al poner al doctor Laureano Gómez a órdenes de este Despacho y en sus dependencias ya han cumplido su misión preventiva de acuerdo con las disposiciones procesales, este Despacho en auto de fecha de hoy ha resuelto ordenar que el doctor Laureano Gómez sea puesto inmediatamente en libertad".

15º La misma tarde en que fue detenido el doctor Gómez, su apoderado en la indagatoria, doctor Jesús Estrada Monsalve, formuló denuncia criminal ante el Presidente del Tribunal Superior de Bogotá contra el Juez Caicedo Lozano, por haber ordenado ilegalmente la privación de la libertad del doctor Gómez. El 16 de febrero amplió la denuncia en el sentido de acusarlo también por el delito de prevaricato.

Estos son los hechos principales del proceso. Pasa en seguida la Corte a examinar si se cometieron los delitos por que fue acusado el funcionario doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano.

El delito de detención arbitraria.—El código penal sanciona por delito de detención arbitraria al funcionario o empleado público que, abusando de sus funciones prive a alguno de su libertad, o prolongue indebidamente la detención de una persona, o al encargado de la dirección de una penitenciaría, cárcel o establecimiento similar que la reciba como presa o detenida sin orden de autoridad competente, o que no cumpla o retarde la orden de liberación (artículos 295, 296 y 297 del código penal).

Son tres, por tanto, **los elementos objetivos** de este delito:

1º **Que el agente o autor del hecho sea un funcionario o empleado público,** pues si lo ejecuta un particular, entonces cometerá un secuestro o un delito contra la autonomía personal, pero no una detención arbitraria. En realidad, la detención arbitraria no es sino un abuso de la autoridad de que están investidos los funcionarios o empleados públicos; pero el código colombiano lo ha clasificado aparte sancionándolo con penas más severas, dada la gravedad de esta infracción.

2º **Que se prive a alguno de su libertad.** Con lo cual se indica el objeto específico de la tutela jurídica, que es el de garantizar la libertad personal, que está consagrada en la Constitución en el artículo 23, como uno de los derechos o garantías sociales.

Las palabras de la ley indican que no es necesario para la perpetración del ilícito que la privación de la libertad se lleve a cabo en lugares destinados especialmente al efecto, ni por medio de determinadas formas de procedimiento, ni durante un tiempo también determinado, porque sea cual fuere el lugar, la forma o el tiempo, el hecho esencial prohibido, o sea, la privación ilegítima de la libertad de los ciudadanos, se realiza.

3º **Que el hecho se ejecute con abuso de las funciones o indebidamente,** vale decir, cuando la ley no autoriza u ordena aquella privación de la libertad individual, sino que depende únicamente del capricho del funcionario.

Como se dijo en la Comisión redactora del código penal, "el funcionario que detiene a una persona sin permiso legal, sea o no de prevención, comete un abuso. Ni en materia preventiva, ni en materia de policía, se puede dejar la libertad humana al arbitrio de los funcionarios. El criterio de defensa social no puede actuar fuera del orden jurídico, y ya se sabe que la única forma para el funcionario es la ley y el que obra fuera de la ley está faltando a sus deberes de funcionario".

La ley autoriza u ordena la privación de la libertad en forma de **captura** o en forma de **detención:** la primera es el acto material de aprehender a una persona para llevarla ante las autoridades en los casos previstos por la ley; la segunda es la orden de reducir a prisión a un sindicado, dictada por el funcionario respectivo y cumplida materialmente.

La captura de un sindicado puede y debe cumplirse:

a) Como consecuencia de un fallo condenatorio a pena privativa de la libertad (artículo 637 del c. de p. p.);

b) Como consecuencia del auto de detención, en los casos de los artículos 379 y 387 del código de procedimiento penal;

c) Cuando se sorprende **in flagranti** al autor de un delito (artículos 379 y 384 del c. de p. p.);

d) Cuando la autoridad ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (artículo 384 ibidem); y

e) Si el sindicado, requerido por el funcionario, no comparece a rendir indagatoria, cuando por virtud de antecedentes y circunstancias consignados en el proceso se le considera como autor o partícipe de una infracción (artículo 346 ibidem).

La detención se dicta y se realiza como pena o como medida preventiva;

Como **pena,** cuando se ha dictado sentencia que conlleve como sanción el ser privado de la libertad en cualquiera de las formas contempladas en el código penal; y

Como **medida preventiva,** en los casos y con los requisitos señalados por el artículo 379 del citado código de procedimiento.

El **elemento subjetivo** de la detención arbitraria consiste en la intención o propósito de privar de su libertad a una persona sabiendo el funcionario o empleado público que su acto es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, que viola los derechos ajenos.

Se ha dicho que nuestro código no exige para la existencia de esta infracción el **dolo específico.** Pero como dicha expresión se presta a confusiones, se hace necesario explicarla.

Para que se cometa delito es menester que haya conocimiento **de todas las circunstancias de hecho** que acompañan a la acción prevista como ilícita y que con ese conocimiento se realicen. Eso es lo que se denomina por los comentadores **dolo genérico,** con poca propiedad, puesto que al llenarse aquellas circunstancias, el acto queda **especificado** dentro de las clasificaciones que trae el código penal.

Más clara y precisa es la idea que traen algunos tratadistas acerca del **dolo específico,** diciendo que es la concurrencia de determinada circunstancia o elemento especial, agregado a la finalidad dolosa general del acto, para que cierto delito se configure. Tal es el "a sabiendas" que se requiere en el uso de documentos falsos y en la circulación de moneda falsa; el actuar los funcionarios contra derecho "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", que es indispensable en el prevaricato; y, en el rapto, el arrebatar, sustraer o retener a una mujer "con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella". El propósito últimamente indicado hace que se distinga el rapto del secuestro; la simpatía o animadversión a las partes, permite diferenciar el prevaricato del abuso de autoridad o de otros hechos no ilícitos; lo mismo que el conocimiento especial (a sabiendas) de la falsedad, se necesita para que existan las infracciones primeramente aludidas. En definitiva, como lo advierte Manzini, el dolo específico sirve solamente de criterio diferenciador para distinguir un título de reato de otro parecido o de un hecho indiferente.

El código penal no exige para que la detención arbitraria exista, un dolo específico, verbigracia, que proceda el funcionario o empleado público contra la ley a sabiendas de ello o por simpatía o animadversión a las partes. La libertad individual es una de las más preciosas garantías de los ciudadanos (artículo 23 de la constitución) y por eso la ley ha señalado de manera taxativa los casos precisos y determinados en que pueden ser privados de ella y los funcionarios no pueden alegar desconocimiento de esos preceptos o aplicarlos extensivamente, sin incurrir en arbitrariedad. En otras contingencias en que la ley se presta a interpretaciones diversas, sí es necesaria la existencia de la condición o condiciones que constituyen el llamado dolo específico; pero no sucede igual cosa en la detención arbitraria, —por las razones apuntadas—: por tanto, basta que el funcionario o empleado público prive de su libertad a una persona, fuera de las ocasiones en que la ley lo manda o permite, para que haya de presumirse que tuvo la intención criminosa de cometerlo.

El caso concreto.—Concretando al proceso lo que teóricamente acaba de estudiarse, conviene, para mayor claridad y orden, analizar por separado los elementos constitutivos de la infracción.

Existencia en el proceso de los elementos objetivos

1º Está probado que el doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano era Juez Cuarto del Circuito Penal de Bogotá en la época en que ocurrieron los hechos que dieron origen a la formación de este proceso (fls. 5, 8 v., 9 y 9 v.). Era, pues, funcionario público.

2º Está acreditado igualmente que el Juez en mención mantuvo privado de su libertad al doctor Laureano Gómez, en la Primera División de la Policía Nacional, por un tiempo mayor de veinticuatro horas, como ya se dejó anotado anteriormente.

Ni el lugar, ni la forma, ni el tiempo significan nada en contrario del hecho esencial de haber sido privado de su libertad este ciudadano en circunstancias no autorizadas por la ley. Como prueba de ello basta anotar, por lo pronto, que en el auto de 10 de febrero de 1944 y en la nota al Comandante de la Primera División de la Policía Nacional —que tenía bajo su custodia al doctor Gómez— se ordena que éste sea puesto "EN LIBERTAD" y no se pone en libertad sino al que carece de ella.

3º El doctor Caicedo Lozano procedió ilegalmente o contra derecho al ordenar esa privación de la libertad, porque ningún precepto legal permitía proceder de esa manera.

En efecto, contra el doctor Laureano Gómez no se había dictado sentencia condenatoria, a pena privativa de la libertad, ni auto de detención, ni

se negó a concurrir a la diligencia de indagatoria, ni había sido sorprendido en el mismo momento y lugar en que perpetraba un delito, ni la autoridad había solicitado públicamente su captura.

Ahora bien, por el mero hecho de ser llamado un ciudadano a rendir declaración indagatoria no se le puede detener, ni rindiéndola está detenido propiamente, a no ser que haya motivo distinto para ello. Y es que, según nuestra legislación (artículos 25 de la Constitución, 192 del código penal y 225 a 228 del código de procedimiento penal), nadie está obligado a acusarse o declarar contra sí mismo o sus allegados, porque eso pugna con el interés biológico y psicológico que lleva a la defensa primordial de la personalidad. Exigir la acusación propia como base de investigación, sería regresar a los tiempos en que los procesos no consultaban principio científico alguno y regían en ellos los criterios más absurdos e inhumanos (forma inquisitoria del proceso penal).

Por otra parte, la indagatoria no es una diligencia esencial de los juicios criminales en ninguna de sus etapas, como claramente se colige de lo dispuesto en el artículo 365 del código de procedimiento penal.

El caso del doctor Laureano Gómez estaba previsto en el artículo 354 del código citado, que dice:

"Si el procesado **rehusare contestar,** o se fingiere loco, sordo o mudo, y esta simulación pudiere comprobarse en cualquier forma, el funcionario **se limitará** a poner de presente al procesado que su actitud en vez de impedir la prosecución del proceso, lo podrá privar de algunos medios de defensa". (Subraya la Sala).

Así procedió inicialmente el Juez acusado, pero luego resolvió **suspender** la diligencia y privar de su libertad al doctor Gómez, medida esta última que, se repite, no tiene fundamento legal alguno. No sólo porque la diligencia no se suspendió, como luego se dirá, sino porque si el Juez sabía con certidumbre —como lo afirma— que "el doctor Laureano Gómez, procesado en estas diligencias, no quiere dar respuesta a ninguna de las preguntas que habrán de formulársele" (fls. 12 vuelto y 39 vuelto), habría querido obtener esas respuestas por coacción. Y nuestro estatuto procedimental dice que "ES ABSOLUTAMENTE PROHIBIDO, no sólo el empleo de promesas, COACCION o amenazas para obtener que el procesado declare la verdad, sino también toda pregunta capciosa sugestiva..." (Artículo 351).

Pero con el fin de mejor precisar los conceptos en este punto, conviene definir que en el desarrollo inicial del proceso hay tres momentos o etapas: la comparecencia o captura del sindicado, su indagatoria, y su detención si fuere el caso.

Capturado un individuo por haber sido hallado en flagrante delito, o porque en virtud de antecedentes y circunstancias procesales debe ser considerado como autor o partícipe de una infracción penal y no ha comparecido voluntariamente ante las autoridades, debe recibírsele indagatoria "dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que se hubiere verificado la captura" (artículo 346 del c. de p. p.). Pero eso no quiere decir que el funcionario pueda mantener al culpable todo ese tiempo sin practicar la diligencia, sino solamente cuando dificultades o conveniencias poderosas de la investigación lo obliguen a no llevarla a término inmediatamente. De otra suerte, se incurrirá en delito.

Mas se alega que por facultad contenida en los preceptos de los artículos 361 y 386 del estatuto procesal penal, los ciudadanos llamados a rendir indagatoria pueden ser mantenidos en incomunicación por tiempo indefinido o, por lo menos, hasta por setenta y dos horas.

Dice el primer artículo:

"Si fueren varios los procesados se tomarán sus indagatorias una en pos de otra, sin permitirles que se comuniquen entre sí hasta la terminación de todas ellas".

Y el 386:

"Los capturados serán privados de comunicación hasta que se les reciba su primera indagatoria. Pero esta incomunicación no podrá durar, **en ningún caso y por ningún motivo,** más de setenta y dos horas contadas desde aquella en que se hubiere hecho la captura". (Subraya la Sala).

No es, pues, exacto que la incomunicación pueda durar un tiempo indefinido, como en alguna parte del proceso se afirma (f. 90), ni tampoco el máximo de setenta y dos horas, salvo casos excepcionales en que sean varios los sindicados que han comparecido a la práctica de la diligencia (de indagatoria), o que lo complicado del negocio exija emplear hasta ese tiempo máximo. Los términos fijados por los aludidos preceptos (artículos 346, 361 y 386 del c. de p. p.) son muy claros y precisos y, lo que es más, el último artículo establece pena de multa o de destitución del empleo para el funcionario que se exceda de ellos (inciso segundo).

Habiendo acudido el inculpado a rendir declaración indagatoria o, capturado en su caso, y terminada la diligencia, entonces sí y siempre que

se encuentren reunidos los requisitos del artículo 379 del tantas veces citado código procesal, ya es el caso de detenerlo. Y tan cuidadosa es la ley de que se respete la libertad de los ciudadanos, que fija un nuevo término en doce horas siguientes a la captura para que se dé la orden de detención al alcaide o jefe del respectivo establecimiento carcelario (artículo 387).

Aquí cabe observar, en primer lugar, que el doctor Gómez no hubo de ser capturado porque voluntariamente concurrió a rendir su indagatoria a la hora que se le había señalado.

Sobre el particular dice la Procuraduría:

"Se sostiene que el Juez doctor Caicedo Lozano procedió correctamente al decretar la detención del doctor Gómez, porque de acuerdo con el artículo 386 del código de procedimiento penal, "los capturados serán privados de comunicación hasta que se les reciba su primera indagatoria". De ahí se saca el principio general de que a todo procesado hay que capturarlo antes de recibirle su primera indagatoria.

"Nada más erróneo que esa interpretación. "Los capturados de que habla ese artículo no son todos los procesados, sino aquellos que hayan sido aprehendidos en los casos que la misma ley señala y que ya se dejaron puntualizados; fuera de esas hipótesis, ni la necesidad de la investigación, ni la ley, permiten capturar para recibir indagatoria.

"Si la necesidad de recibir la indagatoria implicara siempre captura, entonces el artículo 386 se hubiera redactado así: "Los procesados serán privados de comunicación hasta que se les reciba su primera indagatoria"; pero precisamente el precepto no empleó tal término, sino el de "capturados", que ya se sabe qué alcance tiene y en qué circunstancias se consuma la aprehensión.

"Pero la cuestión queda esclarecida con soberana evidencia si se lee el artículo 364 del código, que dice:

"Si el sindicado estuviere fuera del Municipio en que se practican las diligencias y no existiere la prueba necesaria para detenerlo, el funcionario de instrucción formará un interrogatorio acerca de los puntos en que deba ser aquél examinado y librará exhorto o despacho a fin de que el Juez de la residencia del sindicado reciba la indagatoria de éste, y proceda a su captura si de la indagatoria resultare mérito legal para detenerlo".

"Luego aquí tenemos que el procesado rinde indagatoria sin captura previa, en el caso de que no haya mérito para detenerlo, ni hay tampoco captura si la diligencia no suministra prueba de responsabilidad. Sería un verdadero contrasentido que la ley exigiera captura para los procesados que residen en el mismo lugar donde se levanta la investigación y la excluyera para los sindicados que se encuentran en Municipio distinto, pues establecería así una irritante desigualdad jurídica respecto del sujeto pasivo de la acción penal, y tamaño desacierto e injusticia no puede admitirse.

"Todavía más: el artículo 346 del código de procedimiento estatuye que la diligencia de indagatoria se llevará a efecto dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que se hubiere verificado **la captura** o **comparecencia** del procesado. Es decir, que unas veces el sindicado concurre a rendir indagatoria hallándose en libertad, y otras veces comparece capturado. Cuándo sucede lo uno y cuándo lo otro? La ley lo especifica minuciosamente, como ya quedó explicado".

En segundo lugar, debe tenerse en cuenta que no habiendo querido contestar el doctor Gómez, la diligencia no quedó suspendida, como se dijo en el acta correspondiente, sino que se había terminado en su totalidad, porque no se ve qué propósito podía perseguir el funcionario al interrogar nuevamente a un sindicado que no quería contestar y que no habría de contestar a sus preguntas.

"El caso de la suspensión de la diligencia de indagatoria —comenta el Tribunal— puede presentarse, pero no es el que contempla este proceso. Tal sucedería, cuando un procesado contesta el interrogatorio del funcionario de instrucción, pero siendo muy numerosas las preguntas y habiéndose agotado el tiempo disponible para evacuar la diligencia, haya necesidad de suspenderla para continuarla posteriormente, hasta su terminación. Pero el caso de la indagatoria del doctor Gómez, es absolutamente distinto. Allí no podía haber suspensión de la diligencia, carecía de objeto su continuación desde que el procesado se había negado definitivamente a contestar el interrogatorio" (f. 118).

Afirma el doctor Caicedo Lozano (fls. 16, 41 y 39) que es uso corriente de los funcionarios de instrucción mantener detenidos a los sindicados hasta por el término de setenta y dos horas y que "en la misma situación del doctor Gómez hay en la actualidad y no en las divisiones de Policía, no menos de quinientos ciudadanos en ejercicio".

Pero a ello basta con observar que la costumbre sólo constituye derecho cuando es general y uniforme, está de acuerdo con la moral cristiana

y, sobre todo, no existe legislación positiva. Pero cuando existe ley expresa sobre el caso que se controvierte, no puede admitirse "en ningún caso" su fuerza contra la ley ni puede "alegarse el desuso para su inobservancia, ni práctica alguna, por inveterada y general que sea" (artículos 8 del c. c. y 13 de la ley 153 de 1887).

Se alega también que el funcionario procedió dentro de las formalidades de la ley, porque los acusados por calumnia e injuria eran dos, el doctor Gómez y el doctor José de la Vega y que, por tanto, debía recibirles indagatoria sin que pudieran comunicarse (artículo 361 del c. de p. p.). Pero se olvida que el mismo funcionario asegura que "la ausencia del doctor de la Vega se debe **a que no ha sido citado aún por el despacho**" (f. 72 vuelto). Por consiguiente, ni tenía en su despacho a dos culpables a quienes debiera recibirles indagatoria "una en pos de otra" sin permitirles que se comunicaran entre sí hasta la terminación de todas ellas", ni la finalidad del citado artículo tenía aplicación en este caso, puesto que no había habido revelación ninguna de parte del doctor Gómez sobre la cual pudiera advertir después al doctor de la Vega, para perjudicar o entorpecer la investigación.

Se arguye, en fin, que el doctor Caicedo Lozano dictó auto de detención contra el doctor Gómez dentro del término que le fue posible y que, por tanto, apenas cumplió con lo previsto en las disposiciones procedimentales al respecto. Pero se olvida que el funcionario no dio por terminada la diligencia, sino que manifestó querer continuarla y él sabía que el sindicado gozaba de inmunidad y no podía ser detenido, como se deduce del citado auto y de los oficios dirigidos al Presidente de la República y al Ministro de Relaciones Exteriores pidiéndoles la suspensión del cargo que el doctor Gómez desempeñaba en la Comisión Asesora de dicho Ministerio. (f. 73 y vuelto). Además, el ilícito no se cometió con el auto de detención dictado por el Juez, sino con la llamada "medida precautelativa" que privó de su libertad al doctor Gómez el día anterior. Cuando se profirió el auto últimamente aludido ya se había consumado el delito de detención arbitraria, objeto de este proceso.

Existencia en el proceso del elemento subjetivo

La consciencia de que el acto es ilícito y dañoso para los demás, es condición esencial para la existencia del delito, salvo que se compruebe que ha ocurrido un caso de justificación o excusa.

El acusado ha propuesto a todo lo largo del proceso la tesis de haber procedido de buena fe, por interpretación errónea de las disposiciones sobre detención e indagatoria, y en la ley se encuentra asidero a ella, supuesto que no hay lugar a responsabilidad cuando el hecho se comete "con plena buena fe determinada por ignorancia invencible o por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia". (Artículo 23, ord. 2º del c. p.). Y es que si es humano el errar, forzoso es admitir que los jueces y magistrados al interpretar los preceptos legales, pueden incurrir en equivocaciones, en que debe presumirse su buena fe, a menos de prueba en contrario.

Pero, como ya se ha dicho, esa presunción no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretacines contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles, para no violar derechos ajenos al apoderados.

Tal acontece, se repite ahora, en tratándose de los preceptos sobre captura y detención de los sindicados en el procedimiento penal: que por estar determinados en forma precisa los casos en que puede privarse de su libertad a los ciudadanos, no puede argüirse error esencial de hecho o de derecho para disculparse de la responsabilidad, salvo eventos excepcionales y mediante plena prueba. La intención se conoce por los resultados o manifestaciones exteriores en los ilícitos de finalidad directa o claramente perjuidiciales, que tienen "in re ipsa" la demostración del propósito delictivo por el que el acto fue determinado.

Otra cosa sucede, como también se expresó antes, en las acciones de finalidad o de contenido equívoco o ambiguo, que se prestan a error, en las cuales es menester probar que el propósito querido por el actor fue doloso.

Aunque haya qùe volver a dar razones antes expresadas, conviene destacar algunas que demuestran el propósito doloso que tuvo el doctor Caicedo Lozano al proceder como procedió en los hechos en averiguación:

a) En primer término, el apoderado del doctor Gómez en la indagatoria, le advirtió por tres veces (al doctor Caicedo Lozano) que al privar de su libertad al indagatoriado, cometía un delito. La diligencia, después de lo transcrito al principio de este proveído, dice así:

"El doctor Estrada Monsalve pide que se le cite la disposición legal que lo autoriza para detener

a un ciudadano por el hecho de haberse negado a dar respuestas a las preguntas que se le hacen, a lo cual tiene perfecto derecho. El señor Juez le manifiesta que tampoco hay urgencia de citarle la disposición legal pertinente y que asume con su actuación la total responsabilidad del hecho. El doctor Estrada Monsalve agrega: que deja explícita constancia de que el señor Juez se niega a citar la disposición legal en que funda la orden de detención contra el doctor Gómez, que el doctor Estrada Monsalve estima como un caso típico **bien de abuso de autoridad, bien de detención arbitraria,** por lo cual le solicita al propio señor Juez se sirva ordenar se saque copia de esta diligencia y copia de la respectiva orden de detención y pedir se investiguen los hechos delictuosos en que el señor Juez haya podido incurrir. El señor Juez le ruega al señor Secretario compulsar inmediatamente las copias solicitadas y le aclara al doctor Estrada Monsalve que **son elementales las disposiciones legales que facultan al Juez para detener provisionalmente y por setenta y dos horas a los sindicados antes de rendir su indagatoria.** El doctor Estrada Monsalve observa que está de malas el señor Juez al parangonar este caso con el del sujeto que no ha rendido la primera indagatoria: **este es el caso, totalmente diverso, del ciudadano que se ha negado a contestar, lo cual en jamás de los jamases autoriza la detención del sindicado,** por lo cual el señor Juez no pudo ni podrá citar nunca la disposición legal en que pretende fundar su orden delictuosa y de detención contra el doctor Gómez" (f. 13 y subraya la Sala).

b) No sólo eso, sino que la diligencia de indagatoria no se continuó ni pensaba el funcionario continuarla, como ya dijo anteriormente, y como éste lo declara en varias oportunidades.

c) Pero es más, dice el doctor Caicedo Lozano en su indagatoria que ordenó mantener incomunicado al doctor Gómez "pues la disposición procedimental que me daba facultad para proceder en esa forma, dice precisamente que los sindicados deben quedar incomunicados" (f. 39 v.). Y, sin embargo, la incomunicación no se cumplió, contra el propósito perseguido con el acto de la privación de la libertad.

d) Por otra parte, el señor Juez no tenía que impedir que los acusados se comunicaran entre sí, por lo ya consignado en aparte anterior. Si tan celoso en este punto se mostraba, nada más fácil que haber hecho comparecer al doctor de la Vega para recibirle la correspondiente declaración instructiva.

e) Por último, el doctor Caicedo Lozano sabía el hecho —público notorio— de que el doctor Gómez era empleado público y que por esa calidad no podía privarlo de su libertad, como consta claramente del proceso.

No puede, pues, darse por probada esa "PLENA BUENA FE" determinada por error esencial de hecho o de derecho, no provenientes de negligencia", de que habla el código penal, en el presente caso.

"En tratándose de delitos como el de detención arbitraria —advierte el Tribunal— el elemento intencional del reato se presume... sobre la base de la capacidad funcional del empleado que delinque. Y esta capacidad funcional del doctor Caicedo Lozano se encuentra demostrada plenamente en el proceso, no sólo por tratarse de un abogado titulado, sino porque hay que suponer que dada su calidad de Juez de Circuito en lo penal, es una persona conocedora de la legislación y en especial de la que rige la materia procedimental penal. Si la ley no admite como causal eximente de responsabilidad, tratándose de personas particulares, la ignorancia de la ley, sería absurdo que tratándose de funcionarios públicos del orden judicial se admitiera el principio contrario".

Ya con estas razones puede concluírse que el tantas veces nombrado doctor Caicedo Lozano cometió un delito de detención arbitraria y que es responsable penalmente de ese ilícito.

La providencia apelada debe confirmarse, por tanto, por este aspecto, pues están reunidos los requisitos exigidos por el artículo 429 del código de procedimiento penal para llamar a juicio.

Los delitos de abuso de autoridad y de prevaricato.—Expuesto lo anterior, debe averiguarse ahora si el acusado incurrió en los delitos de abuso de autoridad o de prevaricato.

No hubo abuso de autoridad, porque el hecho que aquí se considera está previsto en el código respectivo como detención arbitraria y no puede aceptarse que esté configurado también como abuso de autoridad, porque el uno excluye el otro. (Artículo 171 del c. p.).

Ni hubo prevaricato —al menos no puede darse por probado— porque no hay en el proceso demostración de que el acusado privó de su libertad al doctor Gómez "por represalia política", como lo dijo el denunciante.

De esta suerte, el sobreseimiento definitivo por los delitos en mención, que trae la providencia en estudio, habrá de confirmarse.

Vigencia de las leyes de prensa.—El Tribunal considera que por estar en vigencia las anteriores leyes de prensa, según las cuales no había detención preventiva por delitos de calumnia e injuria cometidos por medio de la prensa, la detención del doctor Laureano Gómez resulta arbitraria o ilegal.

El Tribunal hace largas consideraciones para demostrar su tesis de la vigencia de los antiguos estatutos, contra la otra tesis de su derogación tácita por el código penal, que según la Comisión redactora del mismo, no quiso "dejar nada por fuera". Todo esto, naturalmente, antes de la vigencia de la ley 29 de 1944 y del decreto 1900 del mismo año, que prohiben decretar la detención preventiva por los delitos de calumnia e injuria (artículo 25 de la ley citada).

Pero los argumentos del Tribunal no sirven para reafirmar la responsabilidad del doctor Caicedo Lozano, porque no puede deducirse delito sino de la violación de mandatos claros y precisos de la ley, y no de interpretaciones doctrinarias más o menos aceptables. Esto fuera de que (ya se dijo antes) el delito no se cometió por haber dictado dicho funcionario el auto de detención, sino por haber privado de su libertad al tantas veces mentado doctor Gómez con el pretexto de continuar la recepción de su indagatoria.

La detención del doctor Caicedo Lozano y el embargo de bienes.—Como la detención arbitraria, probada aquí en la forma que se deja expuesta, tiene pena de prisión, debía ordenarse la detención preventiva del doctor Caicedo Lozano (artículos 295 del c. p. y 379 del c. de p. p.).

El embargo de bienes es una consecuencia de la detención al tenor del artículo 128 del código de procedimiento penal.

RESOLUCION:

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el veintiuno de agosto último, de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

En ningún caso la indagatoria equivale al auto de detención, ni quien la rinde ha de estar forzosamente detenido. Eso lo indican claramente algunos artículos del Código de Procedimiento, como el 13, el 365, el 348, 31, 351, el 354, etc. Puede suceder, claro está, que una persona llamada a rendir indagatoria haya sido capturada, por no haber comparecido voluntariamente con ese objeto. El capturado sufre una restricción en el ejercicio de su libertad mientras es conducido ante las autoridades, pero no es por considerársele "detenido" en virtud de los elementos procesales que permitieron llamarlo a rendir su indagatoria, sino porque el funcionario debe ser obedecido a fin de llenar los objetivos de la instrucción y, consiguientemente, de la defensa social que se le ha encomendado. Y esto lo confirma el artículo 384 del mismo Código. Y no se puede detener a una persona sin las pruebas de que habla el artículo 384 del Código de Procedimiento Penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, trece de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

V I S T O S :

El doctor JESUS IGNACIO CAICEDO LOZANO pide que se reponga la providencia de 27 de febrero del año en curso, por medio de la cual confirmó esta Sala el enjuiciamiento dictado contra él por el Tribunal Superior de Bogotá, por el delito de detención arbitraria. En subsidio pide que se revoque la orden de detención que contiene el citado auto de proceder, o que se cambie la denominación jurídica del delito por la de abuso de autoridad.

La Corte estudiará en seguida las tesis que plantea el recurrente como base de sus peticiones, siguiendo el orden que mejor consulte la claridad y la lógica.

La primera tesis, aunque no enunciada expresamente, es la de que no hubo delito, supuesto que el peticionario procedió en uso de la facultad legal contenida en "las disposiciones consignadas en los artículos 346, 361 y 386 del código de procedimiento penal", como lo hacen ver "el estudio elemental de las mencionadas disposiciones" y "la observación de la práctica seguida por todos los jueces de instrucción y por la Prefectura Judicial".

Argumenta así:

a) "No he entendido — dice — si la Honorable Corte estima que el delito se cometió por ausencia de facultad legal para la detención precautelativa del doctor Gómez, o porque habiendo ésta, no podía aplicarse en atención a que el sindicado tenía la calidad de empleado público".

b) Si es el juez quien debe apreciar cuándo hay circunstancias que obliguen al aplazamiento de la indagatoria del acusado, en el caso en estudio hubo esas circunstancias al negarse a permitir que la diligencia hubiera llegado a cumplida culminación. Y si no continuó la diligencia, ello se debió a que ya existían elementos suficientes para dictar el auto de detención que se profirió y al enorme trastorno político y agitación social producidos, que hicieron pensar al Presidente de la República que debía declararse turbado el orden público.

c) El término de setenta y dos horas que concede el artículo 386 para recibir la indagatoria "puede aplicarse tanto a los capturados como a los sindicados que por cualquiera otra circunstancia hayan comparecido a la diligencia, o más correctamente, al despacho del juez". No puede admitirse, pues, la diferencia entre CAPTURADO Y COMPARECIENTE.

d) La afirmación de que "el mero hecho de la indagatoria no puede dar lugar a la detención" no es exacta, puesto que ella es "un hecho trascendental del proceso" para el cual "es necesario un denuncio juramentado en contra del indagado o algunas circunstancias consignadas en el proceso y que lo acusen".

Se considera:

El caso en estudio es de una gran sencillez y confrontándolo con los preceptos legales que le son aplicables, no se presenta duda sobre el fallo que corresponde. Para la cuestión presentada en este aparte, basta con saber la diferencia que existe entre la captura, la indagatoria y la detención, como ya se hizo en la providencia recurrida: la primera tiene por ob-

jeto obtener la comparecencia del acusado para llenar los fines de la instrucción del proceso; la segunda, que el mismo acusado confiese el delito o mencione los hechos que constituyen su defensa; la tercera es la providencia de la autoridad que consulta la presencia del inculpado y su sanción, fuera de otros fines secundarios.

Es claro que el funcionario hace una sindicación, por lo menos indirecta, a la persona a quien cita a indagatoria, puesto que según el texto de la ley tal declaración no ha de recibirse sino a quien por virtud de "antecedentes o circunstancias consignados en el proceso, o por haber sido cogido in flagranti delito, considere el funcionario como autor de la infracción penal o pertícipe en ella". Pero en ningún caso la indagatoria equivale al auto de detención, como parece darlo a entender el recurrente, ni quien la rinde ha de estar forzosamente detenido. Eso lo indican claramente algunas disposiciones del código de procedimiento, tales como la que establece que la indagatoria no es diligencia esencial en los juicios criminales (artículo 365); la que niega la obligación de acusarse a sí mismo (artículo 13); la que prohibe recibir esa declaración bajo juramento (artículo 348) o empleando promesas, coacción o amenazas para obtener que el procesado declare la verdad (artículo 351); la que estatuye que ni aun en el caso de fingirse éste loco, sordo o mudo, pueda el funcionario hacer nada distinto a prevenirlo de que su actitud no impide la prosecusión del juicio (artículo 354); y, en fin, las que regulan la manera de practicar esta diligencia y de dictar aquél auto de detención. El acusado está en el acto de rendir su indagatoria, completamente "libre de prisión o apremio", como se dice generalmente en las actas que contienen la mentada diligencia.

Puede suceder, claro está, que una persona llamada a rendir indagatoria, haya sido capturada, por no haber comparecido voluntariamente con ese objeto. El capturado sufre una restricción en el ejercicio de su libertad mientras es conducido ante las autoridades, pero no es por considerársele "detenido" en virtud de los elementos procesales que permitieron llamarlo a rendir su indagatoria, sino porque el funcionario debe ser obedecido a fin de llenar los objetivos de la instrucción y, consiguientemente, de la defensa social que se le ha encomendado. Y esto lo confirma el artículo 384 de la obra citada al establecer que el delincuente cogido in flagranti debe ser entregado a la autoridad competente "a fin de que ella decida **si debe ordenar su detención**". De suerte que el delincuente cogido in flagranti tampoco está "detenido", en el sentido estricto del vocablo, por el hecho de su captura.

Es más, puede suceder, que el indagatoriado esté "detenido" por haberse dictado ya el auto correspondiente. No será esto lo que ocurra de ordinario, puesto que el orden indica que primero se alleguen las pruebas conducentes a ese fin, luégo se pregunte al procesado sobre esas pruebas y en suma se proceda a la detención a que pueda haber lugar. Pero, de todos modos, es necesario que antes se haya proferido dicho auto de detención, que no se cumple nunca de hecho por la práctica de la diligencia de indagatoria, como se repite, parece indicarlo el peticionario en sus escritos.

Por eso estatuye el artículo 383 del código de procedimiento que "a nadie se podrá detener provisionalmente sino en virtud de un auto del funcionario instructor" en que se exprese cuál es el hecho, las pruebas que lo acrediten, su calificación legal, la pena que establece la ley y las pruebas que obran contra el sindicado.

Por tanto, no es que el funcionario careciera de facultad legal para dictar el auto de detención contra el doctor Laureano Gómez. Ese no es el problema en estudio, ni ese es el cargo que se le deduce en el proceso, sino el de haber procedido en forma no autorizada por la ley, esto es, privando de su libertad a un sujeto que había comparecido voluntariamente a su despacho, con el único pretexto de continuar luégo la indagatoria, sin estar en las especiales circunstancias previstas en los artículos 361 y 386 del código de procedimiento y sin haber proferido antes el correspondiente auto de detención. Porque aun admitiendo que aquella diligencia apenas estuviera en suspenso, el indagatoriado no tenía por qué sufrir las consecuencias de un auto que ni siquiera se había empezado ni se había pensado en dictar en ese momento.

Respecto del plazo de horas señalado en las disposiciones de los artículos 364 (veinticuatro horas) y 386 (setenta y dos horas), insiste la Corte en sostener las dos tesis de la providencia recurrida: la primera, que ninguno de esos términos o plazos puede emplearse totalmente, sino cuando sea indispensable; y la segunda, que el plazo máximo de setenta y dos horas no puede emplearse sino respecto de **capturados**, cuando sean varios y haya necesidad de impedir su comunicación.

Como razón de la primera puede darse la de que no puede presumirse que la ley quiera la privación de la libertad de los ciudadanos, ni por breve tiempo, sin razones suficientes.

Sobre que esos términos o plazos sólo pueden usarse en tratándose de "capturados" y no de simples "comparecientes", resulta casi superfluó insistir, ya que con meridiana claridad se expusieron en la pro-

videncia recurrida las razones que abonan la tesis de la Sala.

No existe, pues, argumento válido para sostener que el procedimiento adoptado por el funcionario de instrucción fue legal en este caso, porque el único que no se ha comentado, especialmente el del "enorme trastorno político y la agitación social" producidos por haber sido privado de su libertad el doctor Gómez, fueron posteriores al acto arbitrario que se comenta, como se indicó en el auto recurrido.

Pero la razón fundamental del peticionario para pedir reposición de la anterior providencia, consiste en sostener que procedió de buena fe al privar de su libertad al doctor Laureano Gómez.

Argumenta:

a) Que en la misma diligencia de indagatoria le citó al doctor Estrada Monsalve, apoderado del doctor Laureano Gómez en la indagatoria, algunas de las disposiciones legales que, en su sentir, respaldaban su proceder.

C) Que esa misma tarde, al darse cuenta de la enorme agitación que había producido la llamada "detención" del mencionado doctor Gómez, dio un comunicado para la prensa en el cual expuso con claridad la situación, citando razones de orden legal y ofreciendo la seguridad de no abrigar sentimiento de animadversión en contra del mentado doctor Gómez.

c) Que la práctica de los jueces de instrucción y de la Prefectura Judicial lo hicieron interpretar la ley quizás equivocadamente, pero no de manera dolosa, porque "el error común — dice — no será **de derecho**", pero en todo caso excusa de delito.

d) Que no tenía conocimiento "del cargo público que desempeñaba el doctor Gómez" y que hacía nugatorio el auto de detención; y

e) Que el haber dado permiso a algunas personas para visitar al doctor Gómez en la División de la Policía donde se hallaba, en especial al doctor José Antonio Montalvo, constituyeron salvedades o permisos excepcionales que no llevan a sostener la idea de que no lo mantuvo incomunicado.

Se considera:

Según lo expuesto, parece que el recurrente cree que los hechos aducidos para **confirmar o reforzar** la prueba de su intención dolosa, son o constituyen toda la prueba de esa intención. Y eso no es así. La Corte partió de otra base, que es la de la presunción del dolo deducida del hecho realizado. Lo cual se explica mejor en la siguiente forma.

La intención, el propósito con que obra una persona, no puede conocerse en sí, porque lo meramente psíquico no es perceptible por medio de los sentidos. La intención generalmente se conoce por los resultados de la acción que, como efectos naturales o lógicos acreditan la causa volitiva que los produjo. Eso es lo que significa la frase conocida en derecho penal de que el "dolo se presume en los delitos". A toda persona hay que suponerla inocente mientras no se demuestre lo contrario; pero cuando alguien ejecuta un hecho ilícito prohibido por la ley, hay que suponer que obró sabiéndolo, a menos de acreditarse una causa de justificación o excusa, como la ignorancia, el error, la violencia, etc.

No quiso entrar la Corte a hacer distingos y disquisiciones sobre el error de hecho y el de derecho, o sobre el error material e intelectual, sino que concretándose al caso en estudio, adujo la doctrina de los autores y la jurisprudencia que creyó aplicable, diciendo que la presunción de buena fe en los funcionarios no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones legales o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues entonces no cabe invocar el error sino en EVENTOS EXCEPCIONALES Y MEDIANTE PLENA PRUEBA.

Y agregó que los casos de captura y detención están determinados en forma tan precisa en el código de procedimiento, que de ordinario no podrá argüirse error de hecho o de derecho, porque no se prestan a interpretaciones diversas o dudas de ninguna especie. Así, la Sala citó todos o casi todos los casos en que se puede detener y aquellos en que solamente se puede capturar a los ciudadanos y explicó la relación entre la captura, la indagatoria y la detención, sin más que seguir el texto de los preceptos correspondientes. Y como razón fundamental de aquella doctrina dijo que si el conocimiento de la ley se exige a todo el mundo, mal puede aceptarse que un abogado, ni menos un juez al ejecutar actos propios de su ministerio, no sepa o se equivoque en punto tan trascendental. y elemental como el de la privación de la libertad de los ciudadanos, de suerte que en estos casos debe exigirse mayor rigor en esa "PLENA BUENA FE" que en materia de error o de ignorancia reclama el código penal.

Es que en estos eventos, a la posibilidad humana de incurrir en error, hay que oponer la obligación que los funcionarios tienen de poseer los conocimientos necesarios para desempeñar sus cargos sin equivocarse y menos en tratándose no de doctrina sino de poner en práctica preceptos claros de la ley.

Esta tesis no es de ahora, pues la Corte, en fallos de 28 de junio de 1898 y de 18 de febrero de 1900 (G. J., tomo XV, páginas 42 y 384), había dicho: "Los errores en que pueden incurrir las autoridades no son

punibles, sino cuando van en contra de dispósición clara, expresa y terminante de la ley".

Pues bien, los hechos invocados por el recurrente no prueban esa plena buena fe, contra la presunción de dolo que se deduce del quebranto de disposiciones legales expresas, que no ofrecían lugar a duda o a interpretación. Así, contra el hecho de haberle citado al representante del doctor Laureano Gómez en la indagatoria las disposiciones que, en su concepto, autorizaban su proceder, está el de haberle advertido él mismo, repetidamente, que cometía un delito. Y el de la práctica de todos los funcionarios de instrucción y de la Prefectura Judicial, puede argüirse — dándola por probada — que no sería ella una costumbre, sino un vicio delictuoso que no puede excusar la conducta de aquéllos, puesto que a nadie se le puede admitir que alegue como justificación de sus acciones las propias faltas o las ajenas.

Alega el doctor Caicedo Lozano que la orden de detención que contiene el auto de proceder debe revocarse, porque no pudiéndose "decir en la calificación del negocio cuál ha sido el artículo especial violado o transgredido por los hechos que se imputan como delictuosos", no podría afirmarse que la pena correspondiente sería de prisión y no de simple arresto. Y como entre los artículos del capítulo que trata de la detención arbitraria, uno trae aquella pena de prisión y otro la de arresto, no puede decretarse detención preventiva en este caso, por no poder señalarse cuál de esos artículos es el quebrantado.

Se considera:

Es verdad que el código de procedimiento penal no permite indicar, en la parte resolutiva del enjuiciamiento la especie a que pertenezca el delito ni el artículo que se considere aplicable (artículo 431, ordinal 4º); pero, al mismo tiempo, ordena que en la parte motiva se haga la calificación genérica del hecho, "con las circunstancias conocidas **que lo especifiquen"** (ibidem, ordinal 3º). De suerte que en la parte motiva sí ha de señalarse el hecho con todas sus circunstancias.

Claramente se indicó en esta parte de la providencia recurrida, que se trataba del caso de un funcionario público que abusando de sus funciones había privado de su libertad a un ciudadano, y no del de haber prolongado indebidamente la detención de una persona.

Por último, dice el recurrente que su infracción, de darse por probada, no sería la de detención arbitraria, sino la de abuso de autoridad.

El argumento esencial en esta parte consiste en afirmar que la privación de la libertad del doctor Gómez tuvo un origen jurídico, puesto que se procedió a ella previa denuncia criminal con juramento, sobre un hecho ilícito penado con prisión (calumnia e injuria) y existía la prueba completa de haber sido realizado por el doctor Gómez. El auto de detención contra este doctor fúe legal y no se llevó a efecto por la única circunstancia de haber sido derogadas las disposiciones que consagraban la detención preventiva en los delitos de prensa.

Se considera:

La Sala considera redundante repetir las razones expuestas en la providencia de 27 de febrero, en la cual se hizo un análisis minucioso de los elementos del delito de detención arbitraria, para llegar a la conclusión de que ese era el imputable al sindicado, y de las pruebas que obraban contra él.

Pudiera agregarse ahora solamente que el señor Juez Caicedo Lozano no manifestó, cuando practicaba la diligencia de indagatoria de que tanto se ha hablado, que la suspendía para dictar el auto de detención, ni que pensaba dictarlo, ni en ese momento tenía allegadas las pruebas (al menos todas) que en su sentir daban base para dicha providencia. La **suspendió** para continuarla luégo, teniendo en cuenta que el código de procedimiento lo autorizaba para privar de su libertad a un indagatoriado, en todo caso, hasta por setenta y dos horas. Y eso lo ha repetido a través de todo el expediente.

Tal proceder, no autorizado así por la ley, es lo que el Tribunal y la Corte han considerado como detención arbitraria, y bien sabido es que para que el abuso de autoridad se admita, es indispensable que el hecho no esté previsto especialmente como delito en otro precepto del código sustantivo (artículo 171), tal como aquí ocurre.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO REPONE la providencia recurrida de que se ha venido hablando. Se aclara, sí, que el auto del Tribunal Superior de Bogotá que fue objeto de la apelación, no lleva fecha de veintiuno de agosto del año pasado, como equivocadamente se dijo en el auto anterior de esta Sala, sino la de veintiuno de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada. — Francisco Bruno. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

EL PRINCIPIO DE LA "REFORMATIO IN PEJUS" EN EL DERECHO PROCESAL PENAL

I. — La aplicación del principio de la REFORMATIO IN PEJUS en materia penal se funda en dos principios básicos: el de la autonomía del proceso penal y el de la extensión del poder dispositivo del Juez Penal.

II. — Según estos principios las normas del proceso civil no son aplicables al proceso penal por causa del carácter y fines de los dos procesos: carácter privado y fin estrictamente jurídico en el civil, y carácter público y fin ético-jurídico en el penal.

III. — La limitación del artículo 494 del estatuto procesal civil, según la cual la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, es inaplicable al proceso penal.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, primero de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno).

VISTOS:

Pedro Jiménez, recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga del 29 de noviembre de 1944, que lo condenó — con aplicación de los artículos 33, 252 y 363 del estatuto penal — a la pena de diez y seis años de presidio por los delitos de homicidio en Vincente Noriega e incendio intentado en bienes del mismo, cometidos en concurso material, el día veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en la hacienda llamada "La Esterlina", situada en el corregimiento de "Galápagos", del municipio de Rionegro, Departamento de Santander.

Formulada la demanda por el mismo procesado Jiménez, el Procurador Delegado en lo Penal se abstuvo de contestarla y, en cambio, solicitó — con fundamento en el artículo 40 de la Constitución Nacional — se declarara desierto el recurso, por cuanto la demanda fue presentada después del día en que comenzó la vigencia de aquella norma, que prohibe litigar en causa propia si no se es abogado inscrito.

La Corte, no sin manifestar de nuevo la consideración que esta reiterada tesis de la Procuraduría le merece, se cree obligada a estudiar la demanda, ya que — como en seguida se aclara — Jiménez la formuló en época en que la norma prohibitiva no se había aún sancionado.

Jiménez, en efecto, presentó dos demandas, por él mismo firmadas, idénticas en sus fundamentos como en la petición final, de las cuales la primera fue recibida el día 15 de febrero del año pasado, víspera del día en que la norma constitucional comenzó a regir y antes de que — para fines de admisibilidad del recurso — se hubiera ordenado la fijación en lista, y la segunda el 17 de abril, esto es, dos meses después de sancionada la norma, aunque dentro del término del traslado.

La Corte, contrariamente al Procurador Delegado — quien funda su solicitud en la extemporaneidad de la segunda demanda presentada el 17 de abril del año pasado — concreta su estudio a la recibida aquí el día 15 de febrero del mismo año, es decir, la víspera del día en que fue sancionada la nueva Constitución, ya que, presentada — como se ha dicho — antes del traslado, se incurriría en un rigorismo exagerado si fuera rechazada porque se presentó anticipadamente, dando así al artículo 565 una interpretación restrictiva no conforme con su contenido jurídico ni con su finalidad, norma aquélla que sanciona al recurrente que no formuló demanda alguna — omisión ésta equivalente al abandono del recurso — o al que la formuló ya vencido el término legal.

Explicados en esta forma los motivos que se tienen para separarse del concepto del Procurador Delegado, la Corte analiza la demanda, no sin antes resumir los orígenes y modalidades de los delitos y los actos procesales que antecedieron a la sentencia recurrida.

II. — Los delitos y el proceso

La discrepancia relativa al valor de las mejoras que Vicente Noriega — arrendatario o aparcero — había hecho en tierras de la hacienda "La Esterlina" de propiedad de Bonifacio Lizarazo, administrada por su yerno Pedro Jiménez, y la posición inconciliable que asumieron uno y otro, fue la causa de que Noriega recurriera al Sindicato o Liga de que hacia parte o amenazara con la constitución de otro en "La Esterlina" que le protegieran sus derechos, co-

mo también la del sentimiento que contra él se creara en el ánimo de Jiménez y los Lizarazos y que indujo al primero a proyectar e intentar — en asocio de su peón de confianza Domingo Vega — el incendio del rancho de Noriega y a ultimarlo en las circunstancias de indefensión que en seguida se mencionan.

En la noche del veintisiete de junio de mil novecientos cuarenta, Jiménez y Vega se dirigieron, luégo de haber preparado los elementos necesarios—trapo, gasolina, escopeta, revólver — al rancho de Noriega, sobre cuyo techo Vega, mandado por Jiménez, arrojó la pelota de trapo empapada en gasolina, mientras éste, oculto en un arbusto, vigilaba el cumplimiento de la orden; la inclinación del techo pajizo favoreció la caída de la pelota sin que hiciera el estrago previsto, pero en cambio — inquieto por el extraño rumor que produjo la caída acompañado de una llamarada — Noriega salió al corredor de su rancho donde, víctima de disparos de revólver y escopeta hechos desde el arbusto donde Jiménez esperaba, cayó muerto en el acto.

Perfeccionada la investigación y llamados a juicio — por los delitos de homicidio e incendio — Pedro Jiménez y Domingo Vega, la Sala anota las siguientes actuaciones:

a) Los cuestionarios propuestos al jurado, relativos a Jiménez, sobre el hecho material de la muerte de Noriega, el propósito y la asechanza, que fueron contestados afirmativamente y también sobre la premeditación acompañada de motivos innobles o bajos, que lo fue negativamente;

b) El cuestionario, relativo a Jiménez, sobre la instigación a Domingo Vega para que incendiara la casa de Noriega, resuelto afirmativamente;

c) Los cuestionarios, relativos a Vega, sobre la cooperación en la muerte de Noriega, el propósito, la premeditación y la asechanza, todos contestados negativamente;

d) El relativo a Vega sobre la tentativa de incendio de la habitación de Noriega, contestada afirmativamente, pero con la adición de que ejecutó el hecho, "instigado por Pedro Jiménez";

e) La sentencia del Juez Segundo Superior de Bucaramanga, del 14 de junio de 1944, por la cual — con aplicación de los artículos 17, 19, 31, 252 y 363 del estatuto penal — condenó a Jiménez a diez y seis años de presidio, y a Vega — con aplicación de los artículos 17, 19 y 252 del mismo estatuto — a la de dos años de la misma pena, y

f) La sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del veintinueve de noviembre de 1944, por la cual confirmó la del Juzgado Segundo Superior.

II. — La demanda de casación

El recurrente — fundado en el numeral 2º del artículo 567 del estatuto procesal impugna la sentencia, por cuanto el reconocimiento del cadáver, practicado por dos personas inexpertas en la ciencia médica, no tiene el valor de plena prueba del homicidio — cuando más la de lesiones personales — de modo que — concluye — falta uno de los elementos constitutivos del delito, y como consecuencia, el veredicto es — en ese aspecto — contrario a la evidencia de los hechos.

Jiménez, en la impugnación de la sentencia, ha incurrido en dos errores: el primero, en cuanto a la prueba del delito, y el segundo, en cuanto a la causal invocada.

Reafirmada, en las varias oportunidades en que a la Corte se ha planteado el problema, la doctrina de que el dictamen médico-legal no siempre constituye el único y exclusivo sistema de prueba del delito de homicidio cuando otros, a falta de ese, pueden sustituírlo, en seguida se examina el punto relativo a la causal y a la doctrina invocadas.

La Corte, es evidente, en la época inicial de la vigencia del nuevo estatuto procesal, aceptó — aunque con restricciones cada vez mayores — la aplicación de la segunda causal de casación con la anómala consecuencia de la declaración de notoria injusticia del veredicto, y fue ésta la doctrina — precisamente— que se acogió en la sentencia de 17 de marzo de 1943 y que hoy, para fundar su demanda, invoca el recurrente. Mas, posteriormente, después de examen a fondo en relación con el contenido jurídico del recurso y mediante el método de interpretación sistemática, la Corte hubo de revisar tal doctrina, desde la sentencia del 3 de noviembre de 1944 ("Gaceta Judicial, Tomo LVII, números 2010 a 2014, página 742), fundada en razones de oportuna referencia en este fallo.

El carácter y naturaleza de la casación y el carácter y naturaleza de los juicios en que ha intervenido el jurado excluyen la aplicación de la segunda causal a tales juicios, ya que lo contrario conduciría al ejercicio de dos funciones que no competen a la Corte: primera, la declaración de que el veredicto es contrario de la evidencia de los hechos, hoy privativa de los falladores de instancia (artículos 537 y 554, C. P. P.), y segunda, la restauración de una causal excluída del nuevo estatuto, es decir, claramente derogada.

No puede, en consecuencia, prosperar el recurso fundado en la mencionada causal, como tampoco en las referidas al interponerlo ante el Tribunal, ya que estas últimas no fueron fundadas ni siquiera mencionadas en la demanda ante la Corte.

No quiere la Corte dejar de hacer una ligera referencia a la tesis del Tribunal, según la cual — al analizar la pena impuesta por el incendio — afirma que "no puede variar este punto de vista, aunque encontrara baja la sanción señalada, porque la apelación fue interpuesta por el procesado mismo y se entiende en favor suyo y no en contra", ya que se trata — precisamente — de la institución jurídica de la **"reformatio in pejus"** en materia penal, adoptada por la Corte en las sentencias de 6 de diciembre de 1944 (Casación de Celestino García contra la del Tribunal de Santa Rosa) y del 11 de julio de 1945 (Casación de Luis Sánchez contra la del Tribunal de Manizales).

La extensión del poder de los Jueces o Magistrados Penales **ad quem**, o haciendo uso de otra expresión, la facultad que la doctrina les ha reconocido para examinar en su integridad las providencias recurridas por cualquiera de las partes, aun el procesado o su defensor o apoderado, se funda en el principio de la autonomía del proceso penal en frente del proceso civil, principio derivado de su objeto esencial que es — precisamente — la definición concreta, en la sentencia, de la relación jurídica de derecho penal que, al ejecutarse el delito, se crea entre el Estado y el delincuente y que es, también y por lo tanto, relación de derecho público, que da a la acción penal el carácter de pública y, en general, rige e informa todas las actividades del proceso penal.

Del principio de autonomía de que se ha hablado, se deduce otro de no menor importancia — el poder dispositivo de las partes y del Juez — y que diferencia fundamentalmente los procesos civil y penal; así, si en el primero, el de las partes excluye el del juez, en el segundo, contrariamente, el del Juez es mucho más extenso que el de las partes, en virtud de los fines del proceso, estrictamente jurídico el civil, y ético-jurídico el penal. El poder autonómo del Juez es, en veces, tan amplio que la omisión de las partes relativa a los recursos contra determinadas providencias — como las sentencias y los autos de sobreseimiento definitivo — viene a llenarse con ese grado de jurisdicción llamado "consulta" y que da al Juez o Magistrado **ad quem** la potestad plena para el examen total del auto o la sentencia que las partes no impugnaron.

Considerada la cuestión desde el punto de las formas fundamentales del proceso, la facultad del examen total es propia de la forma inquisitoria y su prohibición, de la forma acusatoria, lo que lleva a la conclusión de que en las legislaciones que, como la nuéstra, han adoptado la forma mixta (inquisitoria en la instrucción y acusatoria en el juicio), la potestad de examen total, trátese de impugnaciones presentadas por el procesado o su defensor o apoderado, trátese de las presentadas por las otras partes, no está sujeta a restricciones de ninguna especie. Esto significa que, sea cual fuere el punto de vista, la limitación del artículo 494 del Código de Procedimiento Civil es inaplicable al proceso penal.

Queda así reafirmada nuevamente y en esta oportunidad, la doctrina de la obligada aplicabilidad de la institución de la **"reformatio in pejus"** en los procesos penales.

En consecuencia, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y en desacuerdo con el Procurador Delegado en lo Penal que solicitó se declarara desierto este recurso, resuelve no **invalidar** la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, del 29 de noviembre de 1944, por la cual PEDRO JIMENEZ fue condenado a la pena de diez y seis años de presidio por los delitos de homicidio e incendio intentado en la persona y bienes, respectivamente, de Vicente Noriega.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello, Secretario.

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL — CERTEZA MORAL

El sobreseimiento temporal se funda en razones de orden legal. En los casos de falta de comprobación plena del cuerpo del delito y ausencia o falta de pruebas suficientes para llamar a juicio, es pertinente, legal y jurídico el sobreseimiento de que trata el artículo 436 del Código de Procedimiento Penal.

Una cosa es la certeza moral, o sea el conocimiento claro y seguro, la creencia en su grado máximo de perfección, aquel estado de espíritu que se caracteriza por la adhesión firme y sin dudas hacia un objeto o hecho determinado, que produce la convicción judicial para afirmar que un sujeto es el autor de un delito, y otra cosa muy distinta es el recelo o sospecha originada por el temor y la desconfianza de conjeturas formadas y deducidas por la discrepancia de la prueba, por conceptos encontrados y opuestos, sacados de lo afirmado por unos y de lo sostenido por otros. En estos casos, y cuando ello ocurre dentro de la investigación judicial, es pertinente el auto de sobreseimiento temporal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

En providencia de octubre cuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro, la Corte sobreseyó temporalmente en favor del doctor ADOLFO ROMERO B., ex-Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, por los cargos que denunció el señor Daniel Rengifo.

La Sala consignó su pensamiento en los puntos que a continuación se transcriben:

"1º — El siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, el denunciante, en escrito dirigido al Jefe del Ministerio Público, le imputó al doctor Adolfo Romero B., Magistrado entonces y desde el veintiséis de octubre de mil novecientos cuarenta del Tribunal Superior de Buga, según se ha comprobado con el Decreto de nombramiento, acta de posesión y certificación respecto del ejercicio de ese cargo judicial, haber intervenido activamente en las elecciones que para Concejeros Municipales se llevaron a cabo el cinco de octubre anterior;

"2º — Esa participación en debate político la hizo consistir el denunciante en lo siguiente: distribución de papeletas de votación; cambio de las que llevaban algunas personas por otras que el doctor Romero B. tenía en considerable cantidad o que correspondían a la lista que él representaba como candidato, y excitaciones a los votantes para que consignaran la expresión de su voluntad en sentido favorable a sus aspiraciones políticas;

"3º — Los testigos que el denunciante citó para comprobar sus cargos y que, en efecto, aseguraron que el doctor Adolfo Romero B., no obstante su investidura judicial, había estado repartiendo "papeletas" el día de las elecciones, son éstos: Tulio Enrique Rengifo, Carlos R. Posada, Luis A. Quintero, Jorge Soto, Jorge Ayala Moreno, Antonio J. Ramírez, Joaquín Ospina Garrido, Hernando Bonilla Mejía y Cristóbal González. De ellos sólo dos (T. E. Rengiro y H. Bonilla) refieren, además, que el doctor Romero le cambió a un campesino la "papeleta" que tenía por otra de distinta tendencia política;

"4º — Después de que fue indagatoriado el doctor Adolfo Romero B., quien negó haber tomado la parte que se le atribuye en las elecciones, se recibieron, a petición de su apoderado, varios testimonios, con el fin de desmentir las afirmaciones del señor Rengifo y de los declarantes que éste adujo. Aquellos son: José María Marmolejo, Marco Tulio Ruiz Gallo, Luis Quevedo, Lucas Torres, Américo Abadía y Luis Felipe Jaramillo. Todos dicen que estuvieron en diversas horas del cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y uno en compañía del doctor Adolfo Romero y que no lo vieron en ningún momento solicitando favores del electorado, ni presionándolo con el objeto de conseguir sus votos, ni haciendo demostraciones especiales de interés porque triunfara la "corriente política" a que era adicto, ni dedicado, en fin, a la tarea de distribuír votos;

"5º — Declararon también los señores Gerardo Calderón y Camilo Arango; Calderón para referir que el testigo Hernando Bonilla Mejía es enemigo del doctor Adolfo Romero, y Arango para relatar el asunto que fue erradamente interpretado por Tulio

Enrique Rengifo cuando aludía al "cambio de la papeleta a un campesino". Dijo Arango que se le tomó por tal debió ser por este hecho: un individuo le pasó al doctor Romero una lista de candidatos para que consignara su voto por ella, y el doctor Romero, luégo de observarla, la devolvió al sujeto diciéndole que no le interesaba, que sus candidatos eran otros;

"6º — Finalmente, se trajeron al sumario constancias de que Tulio Enrique Rengifo, Daniel Rengifo, Luis A. Quintero, Antonio J. Ramírez, Carlos Rómulo Quesada y Jorge E. Soto, han estado detenidos y algunos de ellos han sido condenados por diversas infracciones.

Considerando:

a) — Opina el señor Procurador Delegado en lo Penal que debe sobreseerse definitivamente en favor del doctor Adolfo Romero "por los cargos investigados en este negocio". Funda su concepto en estas reflexiones:

"Como acaba de verse por la relación de las probanzas, resulta que hay dos grupos enfrentados de testigos: uno que sostiene la intervención política del Magistrado doctor Romero, y otro que la niega.

"La cuestión, por lo tanto, se reduce a saber cuál de esos dos grupos es más digno de crédito, y planteada así la cuestión, la Procuraduría no vacila en aceptar como testimonios de mayor credibilidad, en general, los de descargo, pues entre ellos se encuentran abogados y jueces, un ingeniero, un médico, un farmaceuta y varias personas de cuya seriedad no hay motivo para dudar. En cambio, entre los testigos de cargo, se encuentran algunos cuya conducta es sospechosa y manifiestamente reprobable.

"En efecto, el denunciante aparece que fue detenido en la cárcel de Buga, por el delito de heridas y excarcelado mediante caución: el hermano, o sea, el señor Tulio Enrique Rengifo Moncayo, también aparece como detenido por orden del Juzgado Penal del Circuito, por el delito de falsedad en documentos, y excarcelado mediante caución; Carlos R. Quesada fue condenado por delitos de fraude á las rentas y de robo; Jorge Soto detenido por el delito de robo, como también por el delito de hurto y por otro delito de robo, y condenado por ultrajes; y Antonio J. Ramírez por los delitos de fuga de presos y heridas.

"De otro lado, los cargos en sí mismos adolecen del grave defecto de no ser lo suficientemente concretos, pues en ningún momento se precisó el hecho del cambio de una papeleta por otra, con el señalamiento de la persona que sufriera ese engaño.

"Por lo que respecta a la repartición de papeletas, tampoco se citó con nombre propio la persona a quien hubiera hecho esa consigna (sic) el doctor Romero. Y por último, lo relativo al intento de ir al jurado electoral para realizar fraude, no pasa de ser una afirmación carente por completo de apoyo probatorio. Si se considera además que en este asunto va envuelta una tendencia de índole crudamente política, es preciso concluír que el apasionamiento tan exagerado y poco elegante que suele imperar en algunas regiones del país, no permite un acopio de probanzas que no estén contaminadas con ese malhadado morbo, y, apresurados testigos que suelen ser militantes enardecidos de las luchas banderizas, y por lo tanto, no testigos clásicos (sic)".

La Corte sobreseyó temporalmente, porque no encontró suficientemente clara la situación jurídica del sindicado, que le permitiera hacer una declaración plena de inocencia o de inculpabilidad.

El sobreseimiento temporal se funda en razones de orden legal. La Sala tenía motivos suficientes que la inducían a pensar que el delito imputado pudo cometerse, pero faltando la comprobación plena del cuerpo del delito no podía dictar auto de llamamiento a juicio. Las pruebas recibidas dentro de la investigación sumaria no descartaban absolutamente la hipótesis de que el delito no se hubiera cometido, pero eran insuficientes para radicar la imputabilidad de los cargos en el sindicado. En estos casos, — falta de comprobación plena del cuerpo del delito y ausencia o falta de pruebas suficientes para llamar a juicio, — es pertinente, legal y jurídico el sobreseimiento de que trata el artículo 436 del Código de Procedimiento Penal.

La Corte no afirmó que tuviera la certeza moral de que el doctor Romero B. fuera responsable del delito imputado por Rengifo; únicamente dijo que tenía graves recelos o sospechas de que la conducta del sindicado no correspondía a la indispensable pulcritud que le imponía su alta investidura judicial. Una cosa es la certeza moral, o sea el conocimiento claro y seguro, la creencia en su grado máximo de perfección, aquel estado de espíritu que se caracteriza por la adhesión firme y sin dudas hacia un objeto o hecho determinado, que produce la convicción judicial para afirmar que un sujeto es el autor de un delito, y otra cosa muy distinta es el recelo o sospecha originada por el temor y la desconfianza de conjeturas formadas y deducidas por la discrepancia de la prueba, por conceptos encontrados y opuestos, sacados de lo afirmado por unos y de lo sostenido por otros. En estos casos, y cuando ello ocurre dentro de la investigación judicial, es pertinente el auto de sobreseimiento temporal.

La duda surgida del antagonismo existente en los grupos de declarantes, dio fundamento para dictar la providencia comentada. Pero esa contradicción, rivalidad y oposición en las pruebas, ha desaparecido con la práctica de nuevos elementos de convicción recibidos dentro de la ampliación del sumario, y la Sala pudo formarse un criterio claro sobre la conducta del sindicado.

Efectivamente: los testimonios de Jorge Soto, Carlos Ramírez Quesada y Antonio Ramírez, que eran las pruebas en las cuales existía la duda, están suficientemente aclaradas en los puntos esenciales de su exposición. La intervención del sindicado por medio de preguntas referentes a la imputación, despeja su conducta frente al debate electoral del cinco de octubre de mil novecientos cuarenta y uno. Los testigos al ser interrogados niegan unos los cargos y otros no recuerdan casi nada de lo dicho en sus primeras declaraciones, o eluden la respuesta. Así, pues, el fundamento de la duda desaparece para dar campo a un sobreseimiento definitivo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Adolfo Romero B., por los cargos imputados en el denuncio de fecha siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, presentado por Daniel Rengifo M.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R. Srio.

EL RECURSO DE HECHO Y REQUISITOS QUE DEBEN CUMPLIRSE PARA CONCEDERLO

1. El artículo 516 del Código Judicial determina los requisitos esenciales que deben tenerse en cuenta para la admisión de un recurso de hecho y los enuncia así:

a) — Que la apelación sea procedente, conforme a la ley; en este caso, que contra ella pueda interponerse recurso de casación, al tenor de lo dispuesto por los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal;

b) — Que la apelación o recurso se haya interpuesto en tiempo, es decir, para las sentencias de que hablan los artículos anteriormente citados, dentro de los quince días siguientes al de su notificación;

c) — Que en tiempo se haya pedido reposición del auto por el cual se niega la concesión de la apelación o del recurso de casación; y

d) — Que la petición sobre admisión del recurso de hecho se lleve a efecto en los términos del artículo 514.

La omisión de cualquiera de estas formalidades hace inadmisible el recurso.

2. La Corte, al interpretar el artículo 40 de la Constitución Nacional, correspondiente al 71 del Acto Legislativo número 1º de 1945, se anticipó al concepto del legislador, consignado en la disposición del artículo 2º de la ley 69 de 1945. Antes de expedirse la mencionada ley, la Sala sostuvo en varias providencias que el recurso de casación podía interponerse por el procesado o procesados a quienes la ley concede este derecho, pensamiento que informa en la actualidad el contenido del artículo 2º de la citada ley, al disponer que en desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, y entre éstos se halla, naturalmente, el de casación.

Una cosa es interponer el recurso de casación ante el tribunal de instancia (artículos 556 y 560 del Código de Procedimiento Penal), y otra muy distinta la facultad que tienen las partes para alegar sobre la admisibilidad del mismo (artículo 563, ibidem). Lo primero puede ejecutarse por el procesado; lo segundo debe hacerse por medio de abogado inscrito, cuando el recurrente no reúne esta condición.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

En memoriales de octubre 26 y noviembre 30 de mil novecientos cuarenta y cinco, Misael Hernández Arévalo, con base en lo dispuesto por el artículo 562 del Código de Procedimiento Penal, pide que la Corte — Sala de Casación Penal — le otorge el recurso de casación.

La Ley de Procedimiento Criminal dispone que la interposición y tramitación del recurso de hecho se hará de conformidad con las disposiciones que informan el Capítulo V, Título XV del Código Judicial.

El recurso de hecho se ha establecido en beneficio de la parte agraviada, cuando el juzgador de instancia le ha negado el recurso de apelación.

Los requisitos que deben cumplirse ante el juez que deniega el recurso, están determinados por el artículo 513 del Código Judicial. En esta etapa preparatoria, el interesado debe pedir reposición del auto que deniega la apelación; en subsidio, copia de la providencia apelada; del escrito en que se interpone la apelación; del auto que la deniega, y de las respectivas notificaciones. Estos elementos sirven para formar el criterio del superior en orden a la denegación o concesión del recurso.

Cumplidas estas exigencias, la parte interesada debe sujetarse a los términos fijados por la ley, sobre interposición del recurso. El artículo 514 del Código Judicial dice que tanto las copias como el escrito en que se funde el derecho para que se conceda la apelación, deben presentarse ante el superior en el término de tres días, más las distancias.

El artículo 516 del Código Judicial determina los requisitos esenciales que deben tenerse en cuenta para la admisión de un recurso de hecho y los enuncia así:

a) — Que la apelación sea procedente, conforme a la ley; en este caso, que contra ella pueda interponerse recurso de casación, al tenor de lo dispuesto

por los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal;

b) — Que la apelación o recurso se haya interpuesto en tiempo, es decir, para las sentencias de que hablan los artículos anteriormente citados, dentro de los quince días siguientes al de su notificación;

b) — Que en tiempo se haya pedido reposición del auto por el cual se niega la concesión de la apelación o del recurso de casación; y

d) — Que la petición sobre admisión del recurso de hecho se lleve a efecto en los términos del artículo 514.

La omisión de cualquiera de estas formalidades hace inadmisible el recurso.

Examinadas las diligencias presentadas como fundamento del recurso de hecho, se observa:

Están cumplidos los requisitos del artículo 516, en sus numerales a) y b), conforme a la separación hecha por la Corte. El recurso de casación se interpuso contra la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del distrito judicial de Tunja, en causa cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Primero Superior, y el ejercicio de ese derecho se hizo en la oportunidad debida, o sea, dentro de los quince días siguientes a la notificación de la sentencia que condenó a Misael Hernández Arévalo a la pena principal de diez y siete años de presidio, por un delito de homicidio calificado (asesinato). Pero no están satisfechas las condiciones precedentes de la enumeración, en los puntos c) y d). En efecto: contra el auto que denegó la apelación no se interpuso recurso de reposición, y el de hecho no se introdujo en el término establecido por el artículo 514 del Código Judicial, razones que dan base suficiente para negar el recurso, como así lo ha hecho la Corte. (Auto de 4 de diciembre de 1944).

El Tribunal en la providencia que niega el recurso, aduce como razón la siguiente:

"Al notificarse al defensor la citada sentencia, guardó silencio y durante el término a que se refiere el artículo 556 del Código de Procedimiento Penal, solamente el sentenciado interpuso el recurso. En armonía con lo preceptuado en el artículo 71 del Acto Legislativo número 1º de 1945, cuya observancia recomienda la Honorable Corte Suprema de Justicia en reciente circular, se NIEGA el recurso interpuesto por el sentenciado Hernández Arévalo, por no haberlo hecho el defensor en su calidad de abogado inscrito".

La Corte, al interpretar el artículo 40 de la Constitución Nacional, correspondiente al 71 del Acto Legislativo número 1º de 1945, se anticipó al concepto del legislador, consignado en la disposición del artículo 2º de la ley 69 de 1945. Antes de expedirse la mencionada ley, la Sala sostuvo en varias providencias que el recurso de casación podía interponerse por el procesado o procesados a quienes la ley concede este derecho, pensamiento que informa en la actualidad el contenido del artículo 2º de la citada ley, al disponer que en el desarrollo de la acción penal pueden los procesados sin necesidad de apoderado interponer recursos, y entre éstos se halla, naturalmente, el de casación.

Pero ni la Corte — Sala de Casación Penal — ni su Presidente por medio de la circular a que alude el fallador, interpretaron la disposición constitucional en el sentido de que el recurso de casación sólo podía ser interpuesto por abogado inscrito ante la Corte. En sus afirmaciones, el Tribunal confunde los términos: una cosa es interponer el recurso de casación ante el Tribunal de instancia (artículos 556 y 560 del Código de Procedimiento Penal), y otra muy distinta la facultad que tienen las partes para alegar sobre la admisibilidad del mismo (artículo 563, ibidem). Lo primero puede ejecutarse por el procesado; lo segundo debe hacerse por medio de abogado inscrito cuando el recurrente no reúne esta condición.

Por las consideraciones expuestas, distintas a aquellas que tuvo en cuenta el Tribunal, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara INADMISIBLE EL RECURSO DE HECHO presentado por Misael Hernández Arévalo contra el auto del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja que niega el recurso de casación contra la sentencia de mayo cinco de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual se condena al peticionario a la pena principal de diez y siete años de presidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvanse estas diligencias al Tribunal de origen.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jardán Jiménez.—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

EL PROPOSITO CRIMINAL COMO ELEMENTO DEL HOMICIDIO INTENCIONAL—COMPUTACION DE CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

Dice el artículo 362 del Código Penal:
"El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

El elemento propósito de que habla esta disposición, en orden a la supresión de una vida, es lo que constituye en nuestro estatuto penal el factor intencional o doloso, que lleva a catalogar el hecho cometido como un homicidio simplemente intencional, propósito que debe estar plenamente demostrado en la investigación, ya que él genera el dolo específico del delito, que lo diferencia de un homicidio preterintencional o de un homicidio culposo.

El propósito criminal que informa el contenido del artículo 362, no es el que queda en el dominio de la conciencia psíquica de su autor, sino aquel que se traduce en la realización de actos externos. El factor intencional, salvo casos excepcionales, no puede ser conocido mientras no se traduce en actos externos, pues sólo mediante estas manifestaciones se puede desentrañar la intención que anima al actor, ya que la obra del hombre en sus diversos aspectos, tiene una relación directa con su modo de pensar y querer en la ejecución de un hecho determinado.

La intención o propósito es el camino que la voluntad puede seguir hacia un fin determinado, que dentro del campo penal entraña un daño para la sociedad. En estos casos, existe una correspondencia absoluta entre el propósito — factor intencional — y los actos de la voluntad, que traducida en hechos punibles que atentan contra la seguridad, la vida y la integridad personal, genera un delito de homicidio.

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

(Magistrado ponente: doctor Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, por sentencia de diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, confirmó la proferida por el Juzgado Segundo Superior, que condenó a Ciro Acosta o Luis Enrique Jaimes a la pena principal de ocho años de presidio, como responsable de la muerte de Rafael Sánchez.

Contra este fallo se interpuso recurso de casación y como fundamento de la demanda se invocan las causales contempladas en los numerales 1º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. Corrido el traslado al señor Procurador General de la Nación y cumplidas las formalidades legales, se procede al estudio de la presente demanda.

Antecedentes

El 21 de mayo de 1943, en la hacienda denominada "La Virginia", Abraham García, Luis Enrique Jaimes o Ciro Acosta, Rafael García, Francisco Zambrano, Telmo y Pedro Julio Zambrano, se ocupaban en labores del campo bajo la inmediata vigilancia de Rafael Sánchez. A la una o dos la tarde los trabajadores se encaminaron a un sitio determinado y se dedicaron a ingerir guarapo. Cuando estaban reunidos, Ciro Acosta o Luis Enrique Jaimes, aprovechando un descuido del trabajador Rafael García le quitó un cuchillo que éste portaba y se lo guardó. García le hizo el consiguiente reclamo e insistió en que se le devolviera el arma, pues estaba en antecedentes por la manifestación que le hizo Jaimes de un resentimiento que tenía con Rafael Sánchez. Inútiles fueron las súplicas de García para conseguir la devolución, hasta llegó a manifestarle que si pensaba hacer uso de esa arma era preferible que lo matara a él. Momentos después Sánchez ordenó a los trabajadores regresar a sus labores, a lo cual respondió Jaimes que "plantaba", mientras los demás obedecían la orden. Habían transcurrido algunos instantes, cuando Jaimes, haciendo uso del cuchillo que había arrebatado a su compañero, le propinó a Sánchez una puñalada en el brazo izquierdo, que posteriormente le ocasionó la muerte.

El Juzgado sometió a la consideración de los jueces de conciencia un solo cuestionario, en el cual se les formula la pregunta si Luis E. Jaimes o Ciro Acosta es responsable de haber ocasionado intencionalmente la muerte de Rafael Sánchez, pregunta que fue resuelta afirmativamente sin adición alguna. El Juzgado, con base en este veredicto dictó el correspondiente fallo, que fue confirmado por el Tribunal, y es ésta la sentencia contra la cual se ha interpuesto recurso de casación.

Se invoca como causales de casación las comprendidas en los numerales 1º y 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley penal, por haberse aplicado las disposiciones de los artículos 362 y 37 del Código Penal, en lugar de los artículos 365, ibidem, y 554 del Código de Procedimiento Penal.

Funda esta causal en la circunstancia de que el Tribunal interpretó mal el concepto médico legal en relación a las causas que determinaron la muerte de Sánchez, interpretación que lo llevó a calificar el hecho bajo la denominación de un homicidio simplemente intencional; pues, de acuerdo con el concepto pericial, el homicidio encaja en la denominación del artículo 365 de la obra citada, o sea, la de un homicidio preterintencional o ultraintencional.

Afirma el recurrente que el Tribunal violó la ley penal en su artículo 37, numeral 3º, al computarle como circunstancia de mayor peligrosidad el haber obrado por motivos innobles o fútiles, sin estar debidamente comprobados.

Se considera

Dice el artículo 362 del Código Penal: "El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

El elemento propósito de que habla esta disposición, en orden a la supresión de una vida, es lo que constituye en nuestro estatuto penal el factor intencional o doloso, que lleva a catalogar el hecho cometido como un homicidio simplemente intencional, propósito que debe estar plenamente demostrado en la investigación, ya que él genera el dolo específico del delito, que lo diferencia de un homicidio preterintencional o de un homicidio culposo.

El propósito criminal que informa el contenido del artículo 362, no es el que queda en el dominio de la conciencia psíquica de su autor, sino aquel que se traduce en la realización de actos externos. El factor intencional, salvo casos excepcionales, no puede ser conocido mientras no se traduce en actos externos, pues sólo mediante estas manifestaciones se puede desentrañar la intención que anima al actor, ya que la obra del hombre en sus diversos aspectos, tiene una relación directa con su modo de pensar y querer en la ejecución de un hecho determinado.

La intención o propósito es el camino que la voluntad puede seguir hacia un fin determinado, que dentro del campo penal entraña un daño para la sociedad. En estos casos, existe una correspondencia absoluta entre el propósito — factor intencional — y los actos de la voluntad, que traducida en hechos punibles que atentan contra la seguridad, la vida y la integridad personal, generan un delito de homicidio.

El recurrente expresa que el hecho realizado es el de un homicidio preterintencional, porque su intención o propósito no fue el de causar la muerte de Sánchez, sino el de lesionarlo, y que el resultado superó a su intención. Esta afirmación carece de fundamento, porque la intención o propósito, según se deduce de las pruebas del proceso, no fue la de lesionarlo, sino precisamente la de suprimir la vida de Sánchez, pues al encontrar a éste en estado preagónico, Jaimes no se hubiera expresado en la forma como lo hizo, diciendo que "si no estaba muerto lo acabaría de matar".

En el auto de proceder se calificó el delito como un homicidio intencional, y a este resultado se llegó previo análisis no sólo de la prueba testimonial, sino de la pericial, proveniente de los médico- legistas cuando afirman que la hemorragia que se produjo a consecuencia de la herida fue la causa de la muerte de Sánchez. La responsabilidad de Jaimes no puede catalogarse en la escala de un homicidio preterintencional, deducida del supuesto de que al herido no se le practicaron intervenciones médicas, "hasta el punto de que la víctima falleció a causa del abandono en que se lo dejó".

La hemorragia — en este caso — es una consecuencia inherente al hecho de la lesión; ella no puede considerarse como un factor independiente del acto inicial, sino como parte integrante del mismo. Las condiciones en que se realizó el hecho, el sitio donde debía verificarse la asistencia médica y las consecuencias subsiguientes, son circunstancias que forman un solo conjunto emanadas de un hecho original, el de la lesión. La falta de atenciones médicas, la carencia de cuidados oportunos y aún la im-

posibilidad de suministrarlos, no son factores que interrumpan la relación de efecto y causa; estas circunstancias son siempre comunes a esta clase de delitos que llevan en cada caso concreto a la calificación de un acto simplemente intencional. Así lo expresan Carrara e Irureta Goyena.

"..... Jaimes — dice la Procuraduría — causó a Sánchez una herida gravísima en el brazo izquierdo, a nivel de la flexura del codo, lesión que alcanzó una profundidad de ocho centímetros y que seccionó la arteria y la vena humerales, produciendo una gran hemorragia, origen de la muerte. Y como el suceso se realizó en un campo, donde no era posible prodigarle al ofendido los cuidados médicos indispensables para contenerle el desangre y evitarle la muerte, estas dificultades debieron ser previstas por el agresor como factores determinantes de un seguro desenlace fatal, y entonces ese abandono no puede tenerse como un hecho extraño o independiente de la conducta antisocial del procesado capaz de desnaturalizar el homicidio de propósito y convertirlo en un caso de dolo indirecto u homicidio ultraintencional. Lesiones de tanta gravedad, como la recibida por Sánchez en un lugar despoblado y sin recursos médicos, tienen que culminar en homicidio; la muerte sobreviene como consecuencia directa y necesaria de las heridas: aquí el accidente geográfico y la falta de socorro para la víctima no pueden constituír una patente de impunidad para el delincuente".

El Tribunal no violó la ley penal al sancionar el hecho mediante la disposición del artículo 362 del Código Penal, con prescindencia del 365, pues en los juicios en que interviene el jurado, la base inmediata de la sentencia es el veredicto. Como los jueces de conciencia afirmaron que el hecho era un homicidio simplemente intencional, el juez de derecho no podía apartarse del veredicto, y al sancionar el homicidio con la disposición primeramente citada, aplicó correctamente la ley, porque si el veredicto responde a la evidencia de los hechos que se hallan comprobados en el proceso, la sentencia se pronuncia de acuerdo con él.

La imposición de una pena distinta, como sería la del homicidio preterintencional, que no fue reconocido por el jurado, llevaría a la violación de la norma procedimental del artículo 567 y esto no puede hacerlo el juez de derecho mientras el veredicto no sea declarado contrario a la evidencia de los hechos. Pero la declaratoria de ser el veredicto contrario a la evidencia de los hechos, no ha sido consagrada por el nuevo Código de Procedimiento Penal como causal de casación, pues ello es propio de las instancias del juicio.

Por este motivo, no prospera la causal invocada.

Dice el recurrente que el Tribunal violó la ley penal por indebida aplicación, al computarle como circunstancia de mayor peligrosidad la del artículo 37, numeral 3º, del Código Penal, o sea el haber obrado por motivos innobles o fútiles.

Si bien es verdad que de la relación de los hechos y de las declaraciones de Abraham García, Francisco Zambrano, Rafael García y Pedro Julio Zambrano no se deducen con claridad los móviles que influyeron en Jaimes para ultimar a Sánchez, ello no quiere decir que el artículo 37 del Código Penal, que dio base para aumentar la pena en seis meses de presidio, esté mal aplicado y que, por tal razón, la sentencia pudiera casarse, pues la carencia de móviles es peor que la manifestación de futileza de los mismos.

Los testigos presenciales están de acuerdo en afirmar que no existió provocación de parte de la víctima, que Jaimes a pesar de las reiteradas amonestaciones de García para que le entregara el arma, no lo consiguió, pues en el momento del ataque la víctima fue sorprendida dificultándosele la defensa; que una vez herido y cuando Sánchez estaba caído, el procesado le quitó la peinilla, manifestando a los concurrentes "que si querían ahí lo acababa de matar". Estas expresiones y las modalidades que rodearon la ejecución del hecho, inciden en la circunstancia de mayor peligrosidad determinada por el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal, circunstancia que no fue considerada por el Tribunal y que la Corte, en casación, debe valorarla.

Para obtener la invalidación de un fallo, por errónea interpretación o por indebida aplicación del artículo 37 del Código Penal, debe demostrarse no solamente que al procesado se le computó indebidamente una o alguna de las circunstancias de mayor peligrosidad, sino que, en cada caso concreto, no le es computable ninguna de las previstas en los numerales de la disposición citada.

Si al estudiar la demanda de casación la Corte encuentra que el Tribunal dejó de computar una circunstancia de mayor peligrosidad, distinta de aquella que se consideró en el respectivo fallo, la sentencia no puede invalidarse por este aspecto, aunque el recurrente demuestre que la circunstancia de mayor peligrosidad está mal computada, si por otra parte se llega a la conclusión de que existen otra u otras circunstancias de mayor peligrosidad comprendidas en los numerales del artículo 37 y que el Tribunal omitió considerar al hacer el estudio.

Al referirse a este punto, dice el Agente del Ministerio Público:

".....hay que reconocer que Jaimes atacó a Sánchez con cobardía y deslealtad y movido quizá por un

espíritu rencoroso (el enojo de que habla García) de tal suerte que la víctima fue sorprendida con innegable ventaja de parte del agresor, privándola de todo medio de defensa. Y fuera de ello, Jaimes demuestra un temperamento impulsivo muy peligroso y, una insensibilidad moral manifiesta, desde luego que hallándose en el suelo ya gravemente herido, aquél preguntó a sus compañeros si deseaban que lo acabara de matar. Esto quiere decir que Jaimes no siente la menor repugnancia ante los sufrimientos de la víctima ni ante la idea de la acción homicida. Y así las cosas, las modalidades referentes a la indefensión de la víctima y a la insensibilidad moral del delincuente, brotan en este caso con soberana fuerza procesal y como índices de mayor peligrosidad, según el numeral 6º del artículo 37 del Código Penal. Por consiguiente, no era aplicable el mínimo de la sanción, sino una cantidad más alta, acorde con la personalidad del acusado. Los seis meses de aumento que se le impusieron son justos y responden a la defensa social".

Por este motivo, no prospera la causal alegada.

Causal séptima

"Haberse dictado la sentencia sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Como fundamento de esta causal expresa el recurrente: "Los señores Magistrados pronunciaron su fallo confirmatorio de su inmediato inferior, con base en veredicto evidentemente contradictorio".

A la consideración de los jueces de conciencia se sometió un solo cuestionario redactado así: "El acusado Ciro Acosta es responsable — SI o NO — de haber dado muerte intencionalmente a Rafael Sánchez por medio de la herida que le infirió, descrita en la diligencia de autopsia visible a los folios 11 y v., hecho éste que ocurrió el veintiuno de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, en el sitio de la **"Virginia"**, de la jurisdicción municipal de San Vicente?"

A esta pregunta respondió afirmativamente el jurado con un "SI" sin explicación o adición alguna que exigiere de parte de los jueces de derecho interpretación del veredicto.

El veredicto emitido por el jurado no es contradictorio, porque contradictorio es lo que implica a la vez afirmación y negación, o sea aquel estado de cosas que no puede subsistir simultáneamente como positivo y negativo, porque se destruyen entre sí, ya que no es posible afirmar y negar al mismo tiempo una misma situación en relación con determinado hecho.

El "SI" afirmativo de la responsabilidad de Jaimes como autor del homicidio, no se contradice con ninguna adición o explicación del veredicto, ni con respuesta alguna de otro cuestionario que no fue propuesto. No existiendo respuestas excluyentes de la responsabilidad ni modificaciones como explicación del veredicto afirmativo, mal se puede concluir que la sentencia se pronunció sobre un veredicto contradictorio, porque no existe.

"La contradicción — anota la Procuraduría — debe existir en las contestaciones excluyentes y opuestas que contengan los veredictos sobre determinado hecho, mas no entre el mismo veredicto y las pruebas del proceso, porque ya esto es un tema distinto que incide en el problema de la injusticia notoria".

Por estos motivos, no prospera la causal alegada.

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 Prócurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA LA SENTENCIA del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, fechada el diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, que condenó a Ciro Acosta o Luis E. Jaimes a la pena principal de ocho años y seis meses de presidio, como responsable de la muerte de Rafael Sánchez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

RECURSO DE HECHO EN MATERIA PENAL

I. — El recurso de hecho en materia penal está regulado por las normas del recurso en materia civil.

III. — La apelación contra la sentencia de segundo grado, que interpone un procesado debe entenderse casación ya que — por ignorancia — no está obligado a emplear las palabras técnicas de la ley.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno).

VISTOS:

JOSE TOMAS OSPINO, sentenciado por el Tribunal Superior de Bucaramanga — según lo afirma — a la pena de cinco años de presidio por homicidio en Carmen Otero, dirigió desde la cárcel de aquel Distrito a esta Sala de la Corte dos memoriales — en los cuales interpone el recurso de hecho y formula demanda de casación— aquí recibidos el 27 de abril y el 30 de junio del año pasado, suscritos por él mismo, y sin otra constancia de su autenticidad que el sello del director de la cárcel sobre dos iniciales ilegibles.

No obstante que estas omisiones — la falta de apoderado inscrito y la inobservancia de la presentación de los escritos ante un juez — habría justificado su devolución, consideró la Corte, con un criterio de amplitud, que era conveniente cerciorarse de la veracidad de la afirmación de Ospino relativa al rechazo del recurso de casación, que aseveró haber interpuesto oportunamente, para así adquirir un elemento de decisión que — como en otras oportunidades — pudiera orientar en su concesión o negativa.

Obtenida la información del Tribunal Superior de Bucaramanga, la Corte decide en esta providencia la solicitud de Ospino, sobre la base de los siguientes datos:

a) El 23 de marzo del año pasado dictó el mencionado Tribunal Superior la sentencia condenatoria;

b) El 10 de abril del mismo año, Ospino interpuso **recurso de apelación — en vez de casación** — contra aquella sentencia;

c) El 20 de los mismos mes y año, el Tribunal Superior negó el mencionado recurso y declaró la ejecutoria del fallo; y

d) El 25 Ospino recurrió de hecho ante esta Sala de la Corte.

El recurrente Ospino — o mejor el abogado que redactó los memoriales — no tuvo en cuenta las normas especiales que regulan y disciplinan el recurso mencionado (artículos 193 y 562, C. P. P., y 513 y 514, C. P. C.), y se limitó, en el primer memorial, a manifestar que recurría de hecho y a solicitar, en consecuencia, se casara la sentencia; y en el segundo, a formular — con base en los numerales 1º, 2º y 7º del artículo 567 del estatuto procesal — la demanda respectiva; no pidió, pues, reposición del auto por el cual le fue negado el recurso ni copia de las providencias y documentos afirmativos de su derecho, ni procedió en la forma que ordena el artículo 514 del estatuto procesal civil; la Corte, por lo tanto, no puede considerar una solicitud que no le fue presentada con los requisitos que prescribe la ley, pues si ella está informada de la oportunidad con que Ospino interpuso el recurso, ello se debe, no al recurrente, sino a la iniciativa oficiosa, aunque extemporánea, de la Sala, que presumía — como se comprobó — una interpretación, por demás rigurosa, de la ley por parte del Tribunal.

Ospino, en efecto, interpuso **apelación y no casación**, contra la sentencia de segundo grado, motivo que — según el contenido del telegrama del Presidente del Tribunal — debió haber fundado la negativa del recurso; pero la equivocación en que — por ignorancia — incurrió Ospino, al interponer **apelación**, en vez de **casación**, no podía interpretarse con el excesivo rigor con que el Tribunal de Bucaramanga, análogamente a otros Tribunales, la interpretó, en detrimento de uno de los intereses fundamentales del proceso penal, que es el del procesado.

Reafirmada la doctrina anterior, la Corte Suprema — Sala de Casación Penal — administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley declara que no es admisible el recurso de hecho que José Tomás Ospino interpuso contra el auto que negó la casación de la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que lo condenó — con

aplicación de los artículos 352 y 366 del estatuto penal — a la pena de cinco años de presidio, por el delito de homicidio ultraintencional en la persona de Carmen Otero, cometido en Puerto Wilches, en la mañana del siete de junio de mil novecientos cuarenta y tres.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R. Secretario.

DETENCION PROVISIONAL DEL SINDICADO

1.—Establecido el primer requisito para la detención del sindicado, que es el de la penalidad de la infracción investigada —presidio o prisión— puéde decretarse la detención en relación con cualquiera de las condiciones del segundo elemento, a saber: con una declaración de testigo, o con un indicio grave, o si el funcionario que decretare la detención hubiere visto el acto constitutivo de la participación en la infracción. En cuanto a la forma del auto de detención, que establece el artículo 383, sus elementos 1º y 2º se explican teniendo en cuenta que no sería posible detener por un hecho que no ha cometido porque, evidentemente, caería por sustracción de materia la imputación del proceso. Mas estas condiciones no implican que estén probados los elementos constitutivos de la infracción que dan base a la estructura del cuerpo del delito, circunstancia ésta que sí es indispensable para dictar el auto de proceder; y es prudente esta medida del legislador ya que de necesitarse la prueba del cuerpo del delito para detener, la demora en la demostración de tal elemento haría ineficaz el objeto de asegurar en detención provisional al sindicado para garantizar la ejecución de las sanciones penales.

2.—Siendo la detención provisional del sindicado una garantía de seguridad social, es natural que el legislador no hubiera querido hacer definitivamente grave la situación de un detenido, máxime cuando es incierto el desenlace del proceso. Por tanto, creyó prudente establecer las siguientes causales de terminación y suspensión: 1º Termina sustancial y definitivamente la detención provisional: a) por la revocación del auto de detención cuando no se han llenado los elementos indispensables que den fundamento para dictarlo, o cuando esos elementos se han modificado; b) por un sobreseimiento definitivo ejecutoriado; y c) por sentencia absolutoria. Entonces se produce la libertad absoluta. 2º Termina formalmente la detención provisional: a) para los delitos excarcelables y cuando el detenido quiera solicitarlo, según lo dispone el artículo 393; b) para los delitos no excarcelables, cuando se operen los fenómenos: 1º, del artículo 394 (artículo 23 de la ley 4ª de 1943); 2º, del artículo 410; 3º, del artículo 411; y 4º, del artículo 418. Entonces se produce la libertad provisional, condicionada, sometida a una caución.

3.—A la luz de los artículos 394 (Ley 4ª de 1943, artículo 23), 410, 411 y 418 se puede decir: terminará la detención provisional y quedará libre el sindicado sin sometimiento a ninguna condición, esto es, como si no hubiese estado detenido, cuando no se hubieren llenado los requisitos exigidos para dictar el auto de detención o cuando posteriormente desaparezcan tales elementos, o cuando se sobresée o absuelve al sindicado. Esta terminación de la detención provisional es la que se ha llamado terminación sustancial o definitiva, que produce igualmente una libertad absoluta. Terminará formalmente la detención provisional —salvo las excepciones legales establecidas para los delitos no excarcelables— cuando el sindicado lo solicite y siempre que asegure con caución suficiente su comparecencia al juicio y a la ejecución de la sentencia. Hay otras causales de excarcelación, las cuales sólo pueden operar cuando se produzcan los fenómenos taxativamente enumerados en los artículos 394, 410, 411 y 418 del Código de Procedimiento Penal. En estos casos la libertad es provisional, formal, sometida a una condición que se pudiera llamar resolutoria, y garantizada por medio de una caución. Esa terminación de la libertad provisional es la que se ha llamado terminación formal.

4.—Son dos los objetivos del auto de detención: uno inmediato, el de la aprehensión física del sindicado, y otro mediato, el de que éste garantice, sufriendo la encarcelación o por medio de caución, su comparecencia al juicio y su sometimiento a la pena.

5.—Es lógico que primero se produzca el auto de detención y luego el de proceder. Para evitar la dificultad que surgiría de la acumulación de un auto de detención y de proceder en una misma providencia, puesto que la apelación de aquel se concede en el efecto devolutivo y la de éste en el suspensivo, es conveniente, interpretando la intención técnica del Código, dictar por separado el auto de detención y el auto de proceder. Generalmente, al dictarse el auto de proceder —para realizar la comparecencia efectiva del sindicado al juicio— los jueces revocan la libertad provisional cuando se ha concedido. Pero es necesario no confundir el efecto jurídico de esta revocación con el del auto de detención. El revocar la libertad provisional no es dictar auto de detención, aunque esa medida implique volver a tener físicamente aprehendido al inculpado. La condición SUB JUDICE del mismo no ha cambiado, pues tan detenido estaba antes como después de la revocación. Lo que allí pasa es que el Juez estima cumplida una condición suspensiva que ocasiona la transformación formal de la detención en una detención sutancial, sin que se altere la situación jurídica del encausado ni se rompa la estructura del auto de detención.

6.—Los autos del proceso causan ejecutoria en cuanto precluye la posibilidad de impugnarlos.

7.—El auto de detención conserva su naturaleza de interlocutorio —como la tiene, verbigracia, un sobreseimiento definitivo— pero sus efectos sustanciales no se asemejan. Ese auto genera una situación jurídica que ata coactivamente al sindicado para toda la litis penal hasta que ésta se desenlace en su favor o sea transformada, por medio de una sentencia condenatoria, en una sanción. Esa detención subsiste a través del proceso y tiene un carácter SUI GENERIS que al nacer le imprime al auto interlocutorio que la crea una índole procedimental diferente a las otras providencias de su género. Tal auto causa —a diferencia de los otros autos del proceso— una ejecutoria formal, con el objeto de que por su calidad de provisional, al interponerse contra él los recursos, éstos no se soliciten caprichosamente y ocasionen una anarquía procedimental.

8.—En cualquier estado del proceso puede solicitarse la libertad absoluta y definitiva, lo cual implica la revocación y extinción del auto de detención.

9.—Para los delitos excarcelables se puede solicitar la libertad provisional al tenor del artículo 383 del C. de P. P. Para los delitos no excarcelables se puede solicitar sólo en los casos de los artículos 394, 410, 411 y 418. En ambas circunstancias la libertad será caucionada y no altera por ningún aspecto el auto de detención.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

NOTA—La presente providencia se publica sin nombres propios por formar parte de un sumario.

Vistos:

El 23 de julio de 1943 se presentó ante el Tribunal Superior el señor N. N. con el objeto de denunciar —por varios hechos que él estimaba delictuosos— al doctor X. X., en su carácter de Juez del Circuito.

El 14 de agosto del mismo año, el señor Magistrado a quien le fue repartido el negocio, comisionó al señor Juez de Instrucción Criminal para que iniciara la investigación correspondiente, la cual se abrió por el Juez comisionado por medio del auto cabeza de proceso de fecha agosto 20 de 1943.

El 2 de septiembre del citado año se dio orden de captura en contra del sindicado, quien fue detenido provisionalmente según el auto de fecha siete de septiembre, en el cual se le imputaron los cargos de Peculado, Falsedad en Documentos Públicos, Detención Arbitraria, Concusión y Prevaricato. El señor apoderado del detenido, en fecha dos de octubre solicitó la revocatoria del auto de detención, solicitud que fue resuelta por auto del Tribunal, de fecha veintinueve de noviembre en el cual se revocó la detención en cuanto a los delitos de concusión y prevaricato, dejándolo en firme respecto de los demás ilícitos imputados.

Este auto del Tribunal fue notificado al sindicado y a su defensor en los días dieciséis y diecisiete de diciembre del nombrado año, respectivamente. El dieciocho del mismo mes el acusado presentó un memorial en el que expresó lo siguiente: "Hablando en mi calidad de detenido, vengo por medio del presente a interponer el recurso de apelación del auto que niega la revoca-

toria del auto de detención contra mí, para ante la H. Corte Suprema de Justicia".

El recurso de apelación interpuesto por el sindicado sólo fue concedido cuatro meses después en auto de fecha doce de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, providencia que fue firmada por el Magistrado sustanciador.

Llegado el negocio a la Corte y en traslado al señor Procurador, éste se dio cuenta de que la providencia en que se concedía la apelación había sido firmada por un solo magistrado, debiendo ser firmada por toda la Sala. Por tanto, la Corte solicitó del Tribunal se enmendara la irregularidad anotada, la que se subsanó por medio del auto de fecha octubre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cuatro, signado por todos los miembros de la Sala de Decisión.

Devuelto el negocio a la Corte, se dio traslado al señor Procurador para que emitiera su concepto, en el cual consideró dos temas fundamentales: primero, estudió la apelación concedida afirmando que la Corte es incompetente para conocer del auto recurrido; y, segundo, solicitó la revocatoria de la providencia recurrida en cuanto negó lo pedido por el sindicado, en el caso de que la Corte no se inhibiera para conocer del asunto.

La Sala considera:

Es necesario transcribir algunos apartes del concepto del señor Procurador, con el objeto de decidir sobre la competencia de la Corte en el presente negocio.

Dice al respecto el señor Procurador:

"Ahora bien: la providencia dictada por el Juzgado fue recurrida en reposición o revocatoria por el señor apoderado del sindicado, como puede verse a los folios 41 y 73 de la copia y así aparece de la certificación del folio 16 del cuaderno de la Corte, pero contra dicha providencia no se interpuso subsidiariamente recurso de apelación. Por tanto, no habiendo sido apelada, es indudable que al negarse su revocatoria, quedaba de por sí en firme y como providencia ejecutoriada, contra la cual ya no cabía recurso de apelación alguno.

"Sin embargo, se ha apelado del auto de negativa de revocatoria que, como se dijo ya, no resolvió ningún punto nuevo, y que por lo mismo no era apelable, pues este recurso de alzada solamente procede contra las providencias que se dicten en primer término conforme lo dispone el artículo 492 del Código Judicial, aplicable en este caso de acuerdo con lo que establece el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

"En tal virtud, este Despacho estima que la apelación concedida por el Tribunal, es improcedente. Pero para el evento de que la H. Corte no lo estime así, la Procuraduría pasa a emitir opinión sobre el fondo de la providencia recurrida".

En la primera oración del texto transcrito, el señor Procurador afirma que por el hecho de no haberse interpuesto, por el defensor, el recurso de apelación subsidiariamente del de reposición o revocatoria, al ser denegado éste, quedaba la providencia recurrida en firme y como auto ejecutoriado contra el cual ya no cabía recurso de apelación alguno.

Esta afirmación del señor Procurador plantea varios problemas que merecen la atención de la Sala, por lo cual es necesario hacer las consideraciones que a continuación se expresan.

Dice el artículo 379 del C. de P. P.:

"Cuando la infracción por que se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión, el procesado será detenido, si resultare contra él por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito, o un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiera visto en el acto que constituye su participación en la infracción".

¿Cuál es el objeto jurídico y las características de la detención?

El artículo 382 lo dice:

"La detención provisional no tiene carácter penal alguno, y no podrán imponerse a los detenidos medidas distintas de las autorizadas en los reglamentos carcelarios".

El legislador quiso primordialmente —con esta disposición— precaver la ulterior acción de la justicia; esta es, evitar el ocultamiento del posible culpable, para asegurar la aplicación de la justicia por los medios coactivos de la pena. Para conseguir este efecto y teniendo igualmente en cuenta los derechos del individuo, determinó expresamente que para la detención del sindicado se requerían los dos siguientes elementos:

1º Que la infracción porque se proceda tenga señalada pena de presidio o de prisión; y

2º a) Que resulte contra el procesado por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, aunque no se haya todavía escrito; ó b) un indicio grave de que es responsable penalmente, como autor o partícipe de la infracción que se investiga; ó c) si el fun-

cionario que decretare la detención lo hubiere visto en el acto que constituye su participación en la infracción.

De modo que establecido el primer requisito necesario, el de la penalidad de la infracción investigada —presidio o prisión— la detención puede decretarse en relación con cualquiera de las condiciones del segundo elemento, a saber: con una declaración de testigo, o con un indicio grave, o si el funcionario que decretare la detención lo hubiere visto.

El primer requisito anotado —el de la infracción castigada con presidio o prisión— se explica por el hecho de que el legislador consideró que sólo en esos casos de especial gravedad, el sindicado tiene interés en eludir la sanción de la justicia.

El segundo requisito —con sus tres condiciones que pueden obrar separadamente— se explica por la urgencia de conseguir la aprehensión del sindicado, la cual no podría realizarse o se haría imposible su verificación si se determinaran condiciones más laboriosas y complejas, como por ejemplo, la de la plena prueba del cuerpo del delito, circunstancia que implicaría largo lapso en el cual el sindicado podría noticiarse de la investigación y burlar los efectos del proceso.

Ahora bien, respecto de la forma del auto de detención el artículo 383 dice:

"A nadie se podrá detener provisionalmente sino en virtud de un auto del funcionario instructor en que se exprese: 1º El hecho que se investiga en el proceso; 2º Los elementos probatorios allegados sobre la existencia de ese hecho; 3º Su calificación legal y la pena que la ley establece para él, y 4º Los elementos probatorios allegados al proceso en contra de la persona cuya detención se ordena".

Los elementos 1º y 2º se explican teniendo en cuenta que no sería posible detener a ninguna persona por un hecho que no ha cometido, porque evidentemente, caería por sustracción de materia la imputación del proceso. Mas estas condiciones no implican que estén probados los elementos constitutivos de la infracción que dan base a la estructura del cuerpo del delito, circunstancia ésta que sí es indispensable para dictar el auto de proceder; y es prudente esta medida del legislador ya que de necesitarse la prueba del cuerpo del delito para detener, la demora en la demostración de tal elemento haría ineficaz el objeto de asegurar en detención provisional al sindicado para garantizar la ejecución de las sanciones penales.

Estudiados, pues, los requisitos y formalidades del auto de detención, es necesario averiguar, cuáles son sus efectos dentro del proceso.

Dice el artículo 393 del C. de P. P.:

"Salvo las excepciones legales, si la infracción por que se procede tuviere señalada pena de presidio o de prisión, el funcionario de instrucción o el juez suspenderá la detención provisional que esté sufriendo el procesado, cuando éste lo solicitare y siempre que asegure con caución suficiente su comparecencia al juicio y a la ejecución de la sentencia. El procesado quedará obligado a presentarse ante el funcionario de instrucción o el juez todas las veces que fuere llamado directamente o por conducto del fiador".

Siendo la detención provisional del sindicado una garantía de seguridad social, es natural que el legislador no hubiera querido hacer definitivamente gravosa la situación de un detenido, máxime cuando es incierto el desenlace del proceso. Por tanto, creyó prudente establecer las siguientes causales de terminación y suspensión.

1º Termina sustancial y definitivamente la detención provisional: a) por la revocatoria del auto de detención cuando no se han llenado los elementos indispensables que den fundamento para dictarlo o cuando esos elementos se han modificado; b) por un sobreseimiento definitivo ejecutoriado; y c) por sentencia absolutoria. Entonces se produce la libertad absoluta.

2º Termina formalmente la detención provisional: a) para los delitos excarcelables y cuando el detenido quiera solicitarlo, según lo dispone el artículo 393; b) aún para los delitos no excarcelables, cuando se operen los fenómenos: 1º, del artículo 394 (artículo 23 de la ley 4ª de 1943); 2º, del artículo 410; 3º, del artículo 411; y 4º, del artículo 418. Entonces se produce la libertad provisional, condicionada, sometida a una caución.

Dice el artículo 394-Ley 4ª de 1943, artículo 23:

"Se pondrá en libertad al procesado mediante caución cuando, vencido el término de ciento ochenta (180) días, contados desde aquel en que esté detenido, no se hubiere dictado auto de proceder, aunque el delito porque se proceda sea de los que no admiten excarcelación.

"Los Agentes del Ministerio Público que intervengan en el respectivo proceso, lo mismo que el Superior Jerárquico, están en la obligación, bajo pena de pérdida del empleo, de ordenar que se saque copia de lo conducente para averiguar las

demoras injustificadas en que se haya incurrido por no calificar el mérito del sumario dentro de los ciento ochenta (180) días de que trata el inciso anterior.

Dice el artículo 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".

Dice el artículo 411:

"Si antes de calificarse el sumario o de fallarse la causa hubiere sufrido el procesado en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena privativa de la libertad, por el delito de que se le acusa, habida consideración a la calificación que debería darse a la delincuencia, será también puesto en libertad mediante caución".

Dice el artículo 418:

"Si pasados treinta días desde la iniciación del sumario no apareciere en él la comprobación requerida por la ley para dictar auto de proceder, el juez o funcionario de instrucción decretará la libertad provisional del detenido o detenidos, en los términos establecidos por la ley, aunque el delito sea de los excluídos de este beneficio, el cual se cancelará al obtener aquella comprobación, si se tratare de delitos que no admiten excarcelación.

"El término de treinta días se ampliará hasta sesenta cuando se investigaren delitos conexos, o cuando sean dos o más los sindicados".

A la luz de estos textos y ampliando lo anteriormente expuesto podemos decir: terminará la detención provisional y quedará libre el sindicado sin sometimiento a ninguna condición, esto es, como si no hubiese estado detenido, cuando no se hubieren llenado los requisitos exigidos para dictar el auto de detención o cuando posteriormente desaparezcan tales elementos, o cuando se sobresée o se absuelve al acusado. Esta terminación de la detención provisional es la que se ha llamado terminación sustancial o definitiva, que produce igualmente una libertad absoluta.

Terminará formalmente la detención provisional —salvo las excepciones legales establecidas para los delitos no excarcelables— cuando el sindicado lo solicite y siempre que asegure con caución suficiente su comparecencia al juicio y a la ejecución de la sentencia. Siendo el objeto de la detención garantizar el sometimiento efectivo del procesado a la realización de la pena, a la justicia le basta con que por cualquier otro medio se asegure su presencia el día de recibir la sanción. Ahora bien, considerando la gravedad del ilícito investigado, el Legislador quiso negar ese beneficio de la libertad provisional al acusado; más estimando que aún en esos casos de especial gravedad no podía hacerse demasiado perjudicial el rigor de la ley, estableció otras causales de excarcelación, las cuales sólo pueden operar cuando se produzcan los fenómenos taxativamente enumerados en los artículos 394, 410, 411 y 418 del Código de Procedimiento Penal. En estos casos la libertad es provisional, formal, sometida a una condición que se pudiera llamar resolutoria, y garantizada por medio de una caución. Esa terminación de la libertad provisional es la que se ha llamado terminación formal.

Considerados los objetivos del auto de detención, pueden destacarse dos: uno inmediato, el de la aprehensión física del sindicado y, otro mediato, el de que éste garantice, sufriendo la encarcelación o por medio de caución, su comparecencia al juicio y su sometimiento a la pena.

Para que nazca el auto de detención son necesarios los requisitos que ya se estudiaron en el artículo 379. Y como son menos rigurosos y complejos que los necesitados para dictar el auto de proceder, es lógico que en una correcta actuación procesal, aquél se produzca primero que éste. En tal forma que, para cumplir metódica y técnicamente las disposiciones procedimentales del Código, es necesario, cuando se trata de un delito sancionado con presidio o prisión, detener —como primera medida— al sindicado, aunque posteriormente, dadas sus condiciones de dignidad, responsabilidad o mínima peligrosidad, se le otorgue inmediatamente la libertad provisional. Después de producirse este fenómeno jurídico de la detención, el pronunciamiento del auto de proceder no altera la condición **sub judice** del procesado, puesto que llenados los objetivos mediato e inmediato de la detención, el juicio penal ya tiene una base, un sostén firme para asegurar la presencia del acusado y, por ende, el objetivo de justicia que busca el Estado al ejercitar la acción penal.

Por este aspecto no sólo es conveniente, sino técnico y jurídico, el separar la detención del auto de enjuiciamiento, decretando primero aquella y profiriendo éste después. Y ésta diferencia se hace mucho más necesaria si se considera la situación que se plantea al interponerse los recursos contra las aludidas providencias.

En efecto, dice el Código que el auto de detención —auto interlocutorio por la importancia de su contenido— es susceptible del recurso de reposición y también del de apelación, la cual se concede en el efecto devolutivo. Y por mandato expreso de la misma obra (artículo 187) el auto de proceder es apelable en el efecto suspensivo. En esta situación, surge la pregunta: ¿Cómo conciliar técnicamente dos efectos que inciden sobre un mismo auto, si éste contiene el llamamiento a juicio y la detención del sindicado? Es posible que para solucionar este problema se trate de disociar las dos determinaciones como pertenecientes a providencias distintas. Pero bajo todo aspecto esta acumulación es inaconsejable para la claridad y ordenamiento metódico que debe ostentar el curso de un proceso. De modo que es conveniente, interpretando la intención técnica del Código, dictar por separado el auto de detención y el auto de proceder.

Generalmente, al dictarse el auto de proceder —para realizar la comparecencia efectiva del sindicado a juicio— los jueces revocan la libertad provisional cuando se ha concedido. Pero es necesario no confundir el efecto jurídico de esta revocatoria con el efecto jurídico del auto de detención. El revocar la libertad provisional no es dictar auto de detención, aunque esa medida implique volver a tener físicamente aprehendido al inculpado. La condición **sub judice** del mismo no ha cambiado, pues tan "detenido" estaba antes como después de la revocatoria. Lo que allí pasa es que el Juez estima cumplida una condición suspensiva que ocasiona la transformación formal de la detención formal en una detención sustancial, sin que se altere la situación jurídica del encausado ni se rompa la estructura del auto de detención.

Examinado el aspecto general de las normas que rigen la detención provisional y las clases de libertad que, al derogarse o suspenderse aquélla, se producen, es el caso de estudiar, por el aspecto procedimental y formal, qué sucede con el auto que ordenó la detención, cuando llegan a operarse algunos de los fenómenos analizados.

Es evidente que todo acto procesal del Juez, esto es, todo acto de decisión tiene dos aspectos: uno formal y otro material o sustancial.

En el auto de detención el aspecto formal está determinado por los requisitos exigidos por el artículo 383 del Código de Procedimiento Penal.

Por el aspecto sustancial, el auto de detención tiene un efecto provisional pero latente a través del proceso, esto es, siendo su objeto el garantizar el sometimiento efectivo del procesado a la pena, a la justicia le basta con que por cualquier otro medio se asegure su presencia el día de recibir la sanción y, por tanto, en casos especiales concede la libertad provisional caucionada.

Por este aspecto el efecto sustancial jurídico del auto de detención es inminente, subsiste a través del proceso aunque físicamente el procesado no esté encarcelado. Más cuando las bases jurídicas, los requisitos esenciales que sustentaron ese auto dejan de existir, ¿qué fenómenos se operan? Sencillamente el de una anulación de sus efectos, el de una consunción de su ejecutoria jurídica, el de una resolución de su existencia. ¿Mas qué fenómenos convergirían sobre su aspecto formal? Es decir, al desintegrarse el estado jurídico de la detención por la falta de uno de sus requisitos, y por tanto, al concederse la libertad, ¿esta decisión tiene alguna influencia sobre el aspecto formal del auto que decretó la detención, altera su forma externa?

Para poder contestar tal interrogante es preciso analizar antes los efectos jurídicos formales de los actos de decisión del proceso.

Se ha dicho por los autores que los autos del juicio en general, civil y penal, causan ejecutoria y son leyes del proceso.

Sin embargo, sobre este tema se ha logrado esclarecer que causan ejecutoria en cuanto por mandato de la ley y para la estabilidad del proceso se les rodea de una defensa constituída por la expiración del término dentro del cual se puede impugnarlos por medio de los recursos, expiración que recibe el nombre de preclusión. Esto es, se opera el fenómeno de la preclusión cuando pasa el término o lapso estatuído por la ley para interponer los recursos impugnatorios de la providencia de que se trata. De tal manera que un auto o sentencia se considera ejecutoriado cuando precluye para él la posibilidad de ser recurrido.

Pero, establecida esta calidad del acto procesal de decisión, no puede calificársela de ley del proceso. Si ley fuera, aunque tal providencia encerrara un error grave y lesivo de los derechos del procesado o de la justicia, no podría prosperar contra ella la posibilidad de la nulidad.

En tal forma, es preciso dejar establecido que los autos del proceso causan ejecutoria, en cuanto precluye la posibilidad de impugnarlos.

¿Mas qué sucede respecto de los autos del sumario y en especial del auto de detención?

Por el sentido técnico que tiene —se ha dicho— la actuación procesal dentro de la etapa del sumario, ninguno de los autos de trámite que la componen causa ejecutoria. Esto significa que el Juez investigador puede en cualquier momento reponer sus decisiones, según el giro que vaya tomando la instrucción del sumario, cuyo sentido de información debe ser ampliamente basado en una fácil movilidad procedimental.

Este sentido y objeto primordial de la investigación sumaria no se lograría, o se vería seriamente entrabada su obtención, si en la etapa investigativa la actuación del funcionario instructor estuviese sometida a un rígido patrón de términos y ejecutorias cuyo no cumplimiento entrañara la nulidad procedimental. Si así fuera, pobre y rudimentaria sería la acción penal que se desarrollara por tan estrecho cauce, por el cual la administración de justicia nunca llegaría a resolver concretamente las violaciones de la ley.

Con esta intención, el Legislador dejó a la capacidad y probidad de los jueces instructores la dirección del sumario, el cual, como investigación de un hecho que no se conoce, debe ir contemplando las contingencias que las pruebas y sucesos, a veces contradictorios, van marcando a la investigación.

La rígida estructura del procedimiento, la estableció la ley para la etapa del juicio, dentro de la cual, el juez **a quo**, ya en presencia de una completa información sumaria, sí puede acoplar y ordenar los elementos allegados y sujetar sus actos a una determinada situación procesal delimitada y concretada expresamente por el Código.

Ahora bien, ¿qué efectos producen los recursos establecidos por el legislador con relación a los autos dictados en el sumario? Es preciso convenir que el elemento formal de los actos de decisión es idéntico dentro del sumario como dentro del juicio; las providencias —en general— pueden tomar la forma de autos de sustanciación, autos interlocutorios y sentencias. Pero si es verdad que el elemento formal de un auto de sustanciación o interlocutorio, es el mismo para el sumario y para el juicio, es necesario comprobar que sus efectos jurídicos o elementos sustanciales son diferentes.

En otros términos, un auto de sustanciación, como el que ordena un traslado o fija en lista un negocio, conserva su naturaleza de simple trámite, ya se dicte en el sumario como en el juicio; su preclusión se rige por el lapso estatuído en el Código.

Pero no sucede lo mismo con el auto de detención que tanto se ha mencionado. Este auto conserva su naturaleza de interlocutorio —como la tiene **verbi gratia** un sobreseimiento definitivo— pero sus efectos sustanciales no se asemejan. ¿Por qué? Porque a diferencia de los otros autos interlocutorios que tienen un contenido limitado y causan su efecto jurídico dentro de etapas reducidas a su objetivo y alinderadas por los otros autos, el auto de detención genera una situación jurídica que se extiende a través del proceso, rebasando los períodos de sumario y juicio, e introduciéndose y explayándose bajó todas las otras providencias de la actuación procesal, conservando la independencia de su finalidad. En otros términos, genera una situación jurídica que ata coactivamente al sindicado para toda la litis penal hasta que ésta se desenlace en su favor o sea transformada, por medio de una sentencia condenatoria, en una sanción. Esta condición jurídica es un carril fundamental del proceso penal, porque sin la seguridad de la presencia del inculpado para responder al juicio y sobrellevar la pena sería ingenua e inoficiosa la administración de la justicia. Esa detención es provisional pero latente a través del proceso; y por ese carácter de provisional —no con respecto a la aprehensión física del inculpado que como se ha visto puede terminar por varias causas— sino por su objetivo precautelativo, por su móvil mediato, tiene un carácter **sui generis** que al nacer le imprime al auto interlocutorio que la crea una índole procedimental diferente a las otras providencias de su género.

Ante esta condición jurídica de la detención —por su latencia, por su subsistencia a través de todo el trámite procedimental— no pueden obrar los recursos impugnatorios establecidos en el Código con la misma rigurosidad o de la misma manera que respecto de los otros autos. En efecto se ha visto que cualquier acto procesal de decisión causa una preclusión que lo defiende, la cual va engarzando el trámite sistemático del proceso. También se ha analizado cómo el contenido sustancial del auto de detención puede derrumbarse en cualquier momento del proceso. Ahora, bien mirado por tal aspecto el problema, ¿esa característica de ser provisional y latente su efecto, autorizaría a decir que contra tal auto pueden interponerse caprichosamente y en cualquier momento los recursos impugnatorios establecidos por el Código?

Si se aceptara tal conclusión se ofendería el equilibrio y la técnica del trámite procesal.

En efecto, el carácter provisional de la detención no implica que las normas que rigen los recursos —cuando a ella se aplican— adquieran ese mismo distintivo. Esto es, que para tal auto los recursos obren independientemente de los lapsos estatuídos para interponerlos. Si así fuera, la anarquía del proceso se establecería prominentemente, respecto de una de sus bases fundamentales, cual es la de la presencia del inculpado en el juicio y sus consecuencias. Si a raíz del auto de detención se pudieran hacer todos los días peticiones tendientes a impugnarlo, se establecería una cadena de solicitudes que necesitarían la atención del juez mediante otros tantos autos contra los cuales, a su vez, se interpondrían los mismos recursos, trayendo como efecto una serie sin fin de trámites que perjudicarían el predicado de la economía procesal.

Mirado en esta forma el aspecto jurídico del auto de detención, es necesario convenir en que hay un sello, una nota característica que reviste tal auto, para darle siquiera una solidez aparente. De aquí surge la tesis de que este auto causa —a diferencia de los otros del proceso— solamente una ejecutoria formal.

El auto de detención se puede impugnar en cualquier estado del proceso por el aspecto sustancial, esto es, cuando se argumenta que se dictó sin estar presentes los elementos requeridos por el artículo 379 —que ya se ha estudiado—, o porque algunos de esos fundamentos han desaparecido. Entonces cae por su base la estructura del auto y procede esencialmente la revocatoria de tal providencia. Por este aspecto, el auto de detención no causa una ejecutoria sustancial, ya que en cualquier momento del proceso puede ser revocado, sino una mera ejecutoria formal, esto es, que respecto de los recursos que deben interponerse, éstos se extinguen mientras no se ataque el fondo mismo del auto en cuestión.

No pasa lo mismo, cuando se invoca la libertad provisional, esto es, cuando se quiere que el auto de detención termine formalmente. Para cualquiera de los casos estudiados con anterioridad —artículos 394, 410, 411 y 418— el auto de detención queda invulnerable, sus efectos jurídicos se prolongan y sólo aparentemente hay una contradicción entre la libertad del sindicado y su condición **sub judice.** Por tanto, en este aspecto, no se ataca la entidad misma del auto de detención sino que se invoca una excepción a su regla, una causal de excusa para sus efectos inmediatos —la aprehensión física del sindicado —lo cual no significa que sus efectos mediatos se alteren —comparecencia al juicio y a la pena— porque la caución exigida para otorgar la libertad provisional es garantía suficiente para que la justicia quede satisfecha.

En tal forma considerado el problema, se deduce que para los efectos de ordenar la interposición de los recursos impugnatorios del auto de detención, éste causa una ejecutoria formal, la cual debe respetarse según los trámites del Código como si se tratara de la ejecutoria sustancial que causan los otros autos del proceso.

De tal manera que interpuesto el recurso de reposición o de apelación, tales solicitudes deben sustanciarse y transmitirse como si se tratara de cualquier otra providencia, ateniéndose a los lapsos establecidos para cada recurso y, decididos éstos, el Juez considerará de nuevo una solicitud de extinción sustancial de la detención sólo cuando se alleguen pruebas y elementos nuevos que no se hayan estudiado anteriormente.

Veamos cómo, según lo establece el Código, los autos de sustanciación son reponibles y no apelables y el recurso de reposición se interpone y tramita según lo dispuesto por los artículos 487 a 489 del C. de P. C. De tal manera que si no se interpone contra ellos el recurso de reposición dentro de los tres días siguientes al en que son notificados, quedan ejecutoriados según lo dispone el artículo 196 del C. de P. P., que dice:

"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".

Sin embargo, es preciso recalcar que dentro del sumario los autos de sustanciación no causan ejecutoria ninguna y, por tanto, no necesitan notificarse, por lo cual se apremia su ejecución con la orden: cúmplase.

Contra los autos interlocutorios igualmente es oponible el recurso de reposición que se ha citado y además el de apelación ante el superior, en los efectos suspensivo y devolutivo, el cual puede interponerse de palabra en el momento de la notificación o por escrito dentro de los tres días siguientes. Para estos autos también reza la disposición anotada del artículo 196.

Ahora bien, según la tesis de la ejecutoria formal del auto de detención que se ha expuesto, los recursos antedichos deben interponerse al tenor de los trámites establecidos por la ley. Decididas, la reposición y la apelación de aquél, pre-

cluye formalmente la posibilidad de atacarlo. Sólo por un suceso nuevo que altere fundamentalmente la estructura jurídica de tal providencia puede solicitarse su revocatoria, no como un recurso ordinario que se interpone bajo la fórmula del: "Yo apelo" o "Yo pido reposición", sino como una petición fundamental con argumentos basados sobre un estudio jurídico y concienzudo de las pruebas que dieron pie para dictar el auto de detención. En otros términos, para que se surta un recurso de reposición o de apelación —interpuesto dentro del término legal— sólo es necesario expresar tal deseo con las escuetas fórmulas de "Pido reposición" o "Apelo", sin que sea obligatorio fundamentar tal petición o presentar libelo para sustentarla. En cambio, para que pueda atenderse —por parte del Juez— una nueva solicitud de revocatoria del auto de detención—cuando ha pasado el término legal para interponer los recursos ordinarios—es necesario que esta solicitud se base sobre el análisis de las pruebas y se sustente por medio de un técnico alegato jurídico.

Aún se puede aclarar este tema, con las siguientes consideraciones:

Notificado el auto de detención, principia a correr el término preclusivo de tres días para interponer el recurso de reposición o el de apelación. Decididos éstos, se cierra el ciclo procedimental de ese auto y entonces queda ejecutoriado formalmente. Ahora bien, para que pueda impugnarse de nuevo el auto de detención —con el objeto de obtener la libertad absoluta— es necesaria una solicitud en la que se expongan los argumentos comprobados de que el auto no llenaba los requisitos exigidos para detener o que tales elementos han cambiado. Esta solicitud no es un recurso —porque los recursos se agotaron en el anterior ciclo preclusivo— y ahora se trata de una nueva petición. Esta petición que es indudablemente una solicitud **sui generis** se podría llamar **acto de postulación,** a la manera del procedimiento civil.

Efectivamente, en el Derecho Procesal General caben distinguirse los actos de postulación, como "aquellos que tienen por fin conseguir una resolución judicial de determinado contenido mediante influjos psíquicos ejercidos sobre el Juez".

Estos actos deben tener dos requisitos indispensables:

a) Ser admisibles, esto es, si el Juez ha de pasar a estudiar su contenido porque llenan los requisitos de forma y provienen de quien tiene derecho; y

b) Estar debidamente fundados, esto es, que por su contenido sean apropiados para conseguir su finalidad.

Como se ve, estos requisitos son los mismos que se han estudiado y los cuales debe tener la petición **sui generis** impugnatoria del auto de detención.

Esa solicitud —acto de postulación— debe ser admisible, esto es, llenar los requisitos de forma, cuales son: terminología respetuosa para el Juez y claridad en la ordenación de los argumentos, y que provenga del sindicado o de su apoderado. No podría ser admisible si —por ejemplo— en tal solicitud se dijera simplemente: "Pido revocatoria del auto de detención" o "Apelo de esa providencia", porque, como se ha dicho, no se trata de un recurso sino de una nueva solicitud.

Esta demanda debe ser fundada, esto es, contener todas las argumentaciones de hecho y de derecho que se ocurran, debidamente comprobadas —y que no se hayan esgrimido y por lo mismo resuelto anteriormente—, las cuales hagan posible la obtención de su finalidad.

Por tales motivos es pertinente darle a la solicitud impugnatoria del auto de detención que tanto se ha mencionado —cuando se hace fuera de un término preclusivo, esto es, no como recurso— el nombre de acto de postulación.

Ahora bien, con la providencia que recaiga sobre este acto de postulación se abre un nuevo ciclo dentro del cual cabe interponer de nuevo los recursos impugnatorios, cerrado el cual, esta nueva providencia queda ejecutoriada formalmente. Así, pues, sobre cada acto de postulación de la libertad incondicional recae una decisión del Juez y esta abre un nuevo ciclo preclusivo, el cual —interpuestos y decididos los recursos o no interpuestos—, causa una ejecutoria formal. De este tenor, cada decisión del Juez sobre una solicitud impugnatoria del auto de detención es respetada por los recursos, ordenándose de esta manera el equilibrio sistemático del proceso.

Resumiendo las tesis expuestas, se tiene:

a) Ningún auto del sumario causa ejecutoria; los autos del juicio sí.

b) El auto de detención causa una ejecutoria formal, con el objeto de que por su calidad de provisional, al interponerse contra él los recursos, éstos no se soliciten caprichosamente y ocasionen una anarquía procedimental.

c) En cualquier momento del proceso puede solicitarse la libertad absoluta y definitiva, lo

cual implica la revocatoria y extinción del auto de detención.

d) Para los delitos excarcelables se puede solicitar la libertad provisional al tenor del artículo 383 del C. de P. P. Para los delitos no excarcelables se puede solicitar sólo en los casos de los artículos 394, 410, 411 y 418. En ambas circunstancias la libertad será caucionada y no altera por ningún aspecto el auto de detención.

Aplicando las tesis expuestas al caso del sumario materia de estudio, cabe observar lo siguiente:

El auto de detención proferido en contra del sindicado lleva fecha 7 de septiembre de 1943. El 9 del mismo mes se notificó al sindicado, día desde el cual principia a contarse el término preclusivo de tres días para interponer los recursos de reposición y apelación.

Veinticinco días después, el apoderado solicitó la revocatoria del auto de detención —y por ende la libertad absoluta del sindicado—. Según las tesis expuestas de la ejecutoria formal del auto de detención, ésta estaba cumplida. Sin embargo fue procedente la petición del señor apoderado, pues, como se ha visto, la libertad absoluta puede solicitarse en cualquier tiempo del proceso cuando se ataquen los fundamentos del auto de detención. No hubiera sido procedente la petición del apoderado si en lugar de solicitar la libertad absoluta del sindicado atacando con nuevas pruebas y serios argumentos el auto de detención —como en efecto lo hizo— se hubiera limitado a decir: "Pido reposición del auto de fecha 7 de septiembre" o "Apelo". ¿Por qué? Porque la ejecutoria formal del proveído en mención ya se había consumado.

El Tribunal Superior —Juez **a quo** del nombrado negocio— resolvió en primera instancia conceder la libertad absoluta al sindicado y por tanto revocar el auto de detención en cuanto a los delitos de concusión y prevaricato, dejándolo en firme en cuanto se refiere a los restantes ilícitos. Este proveído, de fecha 29 de noviembre, fue notificado al sindicado el 17 de diciembre de 1943. Desde esa fecha principia a correr el término preclusivo de tres días para interponer contra tal auto los recursos ordinarios. El día 18 de diciembre —dentro del término legal— el sindicado presentó un memorial en el que expresó lo siguiente: "Hablando en mi calidad de detenido, vengo por medio del presente a interponer el recurso de apelación del auto que niega la revocatoria del auto de detención contra mí, para ante la H. Corte Suprema".

El señor Procurador argumenta respecto de esta apelación que no es procedente, pues debía haberse interpuesto como subsidiaria de la reposición. Sobre este tema cabe observar que el auto denegatorio de la revocatoria de la detención era una providencia nueva que contestaba una solicitud aparte e independiente de la reposición que se hubiera podido interponer simplemente usando la fórmula "Pido reposición o en subsidio apelo", antes de dejar pasar los tres días siguientes al de la notificación que se hizo al sindicado del auto de detención, esto es, antes de que se ejecutoriara formalmente tal proveído. Lo que vale decir que en el presente negocio, el auto de detención de fecha 7 de septiembre de 1943, quedó sin el amparo de los recursos impugnatorios; es decir, se dejó ejecutoriar formalmente tal providencia sin que se interpusiera contra ella ningún recurso. Solamente varios días después el apoderado del inculpado resolvió, en virtud de nuevas pruebas y nuevo estudio, solicitar la libertad absoluta de su poderdante, para lo cual era necesario pedir la revocatoria de la providencia aludida.

Como se vio, el auto mencionado de fecha 7 de septiembre — notificado al procesado el 9 del mismo mes — cumplió su ejecutoria formal el 12 de septiembre. El 2 de octubre se solicitó la libertad incondicional del sindicado y sobre esta petición recayó una providencia nueva que resolvió puntos nuevos, la cual principió a cumplir su ejecutoria formal el día 1º de diciembre, fecha en que fue notificada al sindicado. Dentro de los tres días siguientes el inculpado interpuso recurso de apelación, así como hubiera podido interponer el de reposición, recurso que es procedente y así lo consideró el Tribunal.

Por todas las razones estudiadas se advierte que la tesis expuesta por el señor Procurador, enunciada al principio de esta providencia, carece de fundamento, por lo cual la Corte sí es competente para conocer en segunda instancia de la apelación interpuesta por el sindicado contra el auto que denegó la revocatoria del de detención proferido en su contra.

Establecida la competencia de la Corte para estudiar el recurso aludido, la Sala entra a analizar el auto materia de la impugnación.

El señor N. N. denunció al doctor X. X. por varios hechos delictuosos que el Tribunal Superior —al considerar la revocatoria del auto de detención del señor Juez de Instrucción Crimi-

nal, solicitada por el apoderado del sindicado— puntualizó así:

"**Primero:** Que al adelantar la investigación a que dio origen la tragedia, donde se cometieron los delitos de homicidio, lesiones personales, robo e incendio, en una requisa ordenada dentro de esa averiguación, practicada por la Policía al mando de dicho Juez, decomisaron a una familia una suma de dinero que la señora Z. tenía guardada, por ser los dueños de la casa sus padres. El cuestionado dinero fue entregado al Juez, según algunas afirmaciones sin que se contara, apareciendo más tarde la suma de cien pesos, en circunstancias que la propietaria y sus familiares dicen ascendía a dos mil quinientos pesos.

"**Segundo:** Que igualmente se capturaron (sic) dos revólveres, el uno de marca y dueños desconocidos y el otro marca "Smith, Wesson", armas que fueron entregadas al Juez por los Agentes de la Policía y que tampoco aparecen por parte alguna ni en el sumario como elementos del mismo. Estos revólveres se decomisaron en lugar distinto a aquel donde se encontró el dinero.

"**Tercero:** Que en los momentos en que una señora, familiar de algunos de los indicados detenidos por razón de las diligencias que instruía el Juez, al entregar a aquellos la suma de ciento cincuenta pesos para que atendieran sus gastos personales en la cabecera del Circuito donde iban a ser remitidos, el Juez les quitó tal dinero, no se sabe con qué propósito, sin que hasta el momento se sepa el destino que se le dio".

Bien examinadas las pruebas que se lograron allegar hasta la solicitud que causa este trámite ante la Corte, no aparece seriamente fundamentada la simple afirmación del Cabo de la Policía Nacional, quien aseveró haberle entregado al Juez sindicado dos revólveres decomisados a los encarcelados con motivo de la investigación. Sobre este hecho no se ha logrado conseguir ninguna otra afirmación o indicio que permita estructurar sobre tal manifestación la posible comisión de un ilícito.

Lo mismo sucede con la imputación hecha por la mujer Z. de que el Juez inculpado le arrebató la suma de ciento cincuenta pesos cuando los entregaba a sus familiares detenidos, con el fin de que compraran las vituallas necesarias durante su encarcelación. Este cargo sólo se ha esbozado dentro del negocio aludido, con referencias muy vagas que tampoco permiten llevar al ánimo del juzgador la impresión de que se hubiere cometido una infracción.

No sucede igualmente, con el cargo primeramente puntualizado por el Tribunal, respecto de la apropiación indebida por parte del Juez del excedente que flutúa entre ciento y dos mil quinientos pesos, que le fueron decomisados a la señora A., dinero de propiedad de Z., su hermana.

Los elementos que configuran el cargo puntualizado se basan sobre las pruebas siguientes:

Dice en su declaración el señor cabo de la Policía Nacional, que, enviado por el Juez con el fin de efectuar una requisa en las casas adyacentes al lugar donde se verificaron los ilícitos que aquél investigaba "...entré a una casa en donde había una matanza de cerdo y le dije a la señora que me diera permiso para practicar una requisa en su casa, e inmediatamente ella empezó a abrirme los baúles y entre un baúl encontré un papel que tenía el nombre de B., un cuadernillo de papel con su firma en la pasta, y en vista de eso procedí a hacer en esta casa una requisa minuciosa, ya que se decía que la casa y tienda de B. había sido robada. Primeramente encontré unos frascos de medicina, después unos cortes de dril y al preguntarle a la señora de donde había sacado eso, me "dijo haberlos comprado. Otra señora que estaba allí, en ese momento, trató como de sacar una almohada y llevársela, y yo le prohibí que sacara la almohada, y empecé a requisar la cama sobre la cual estaba la almohada, y al tocar ésta, sonaron unas monedas; entonces le dije a la señora que me abriera esa almohada y la abrió y entonces saqué de ella un paquete de papel de envolver, que tenía un montón de monedas, y después una cajeta de jabón de Reuter, la cual estaba rota en uno de sus costados y se veía que contenía billetes. Le pregunté a la señora que de quién era esa plata y me dijo que era una plata que ella tenía guardada. Como yo había encontrado allí la firma de B..... y otros artículos que se presumía que no eran de ellas, yo me imaginé también que esa plata pudiera ser robada e inmediatamente cogí y llamé dos Agentes de Policía y ordené que detuvieran a las dos señoras y las llevaran, junto con el saco en que iban las mercancías y las medicinas, a donde el señor Juez. Yo me llevé la cajeta con los billetes, y el paquete con las monedas, y fuí y se las entregué al Juez junto con las mercancías, en presencia del Inspector de Policía, a quien me encontré en el camino cuando llevaba la plata y me acompañó hasta donde estaba el Juez, en una casa en la que se acreditó una pieza para oficina. Al entregar la plata al Juez le comuniqué que las mu-

jeres, a quienes había decomisado, estaban detenidas. El Juez me recibió la plata, sin haberla contado ni yo ni él, y me ordenó que siguiera la requisa, y entonces yo me fuí a continuar la requisa, y terminada ésta, no habiendo más nada que hacer me retiré con los Agentes al Cuartel de Policía y luego regresé al Juzgado y cuando iba para allá me encontré a las dos mujeres a quienes les había decomisado la plata, que ya venían en libertad; les pregunté quién las había puesto en libertad y me dijeron que las había soltado el Juez. Fuí y le pregunté al Juez y me dijo que sí, que él las había soltado, que después venía la investigación y agregó: "Se ha contado la plata, y resultaron cien pesos". Yo no conté esa plata por la rapidez con que tenía que hacer las requisas. Después me trasladé por orden del Juez a Maguncia con los detenidos y no he vuelto a ver más con el Juez. Yo le entregué la plata al Juez delante de su Secretario, del Inspector de Policía, y el Alcalde también estaba allí, pero no sé si se haya dado cuenta, porque estaba en otra pieza, pero creo que se haya dado cuenta".

Posteriormente las mujeres a quienes se decomisó el dinero aludido se presentaron ante el Juzgado a reclamar la suma de dos mil quinientos pesos, como cantidad existente en la caja sustraída. En sus declaraciones las señoras afirman que momentos antes de ser requisado el dinero lo contaron frente a dos individuos que compraban carne, declaraciones que no constan en el proceso. Z explica la posesión del dinero como perteneciente a su esposo muerto en los sucesos trágicos de esos días.

Surge, pues, la posibilidad del ilícito en la desaparición del excedente de dinero comprendido entre la cantidad de cien pesos que afirma el sindicado encontró en la caja decomisada y la afirmación de las poseedoras de que tal suma se elevaba al total de dos mil quinientos pesos.

Véase cómo nace el primer indicio de la infracción en este asunto. El cabo quien efectuó la requisa dice:

"**Preguntado!** ¿Usted se dio cuenta si los billetes eran de a cinco pesos, de diez, o en general de qué valor eran? **Contestó:** Había billetes de diez y de veinte pesos, de a cinco, o de a peso, o de otros valores no recuerdo haber visto. Había un solo paquete entre la caja, pero suelto y en un lado vi un billete de diez pesos, y de otro lado uno de veinte pesos. Las monedas no las vi, me parecieron (sic) que eran de cinco centavos, pues el paquete ni lo abrí, ni lo ví abierto; cuando lo vi por segunda vez estaba amarrado con la misma pita y en la misma forma como yo lo entregué. **Preguntado:** ¿En su concepto usted cree que en la caja mencionada hubiera una suma mayor de dos mil pesos? **Contestó:** Yo me imaginaba que había más de cien pesos, pero no que llegara siquiera hasta mil. **Preguntado:** ¿A usted le expresó el Secretario o alguna persona distinta al Juez, que en los paquetes había más de cien pesos, o usted notó algo malicioso en el Juez o en las personas que lo acompañaban? **Contestó:** No, señor, nadie me dijo que allí hubiera más de cien pesos. Ni noté nada malicioso en el momento, pero sí me extrañó que el Juez hubiera ordenado mi traslado inmediatamente o el mismo día en que hizo requisa siendo así que habíamos convenido en que yo regresaba junto con él. Y yo entendía que debería estar con el Juez acompañándolo en mi carácter de jefe del destacamento de policía que fue para practicar todas las diligencias de requisa y otras".

Posteriormente afirma el declarante: "**Preguntado:** ¿Cuando usted vio la caja, la cantidad de billetes, y se dio cuenta de la denominación de alguno de ellos, se hizo para usted mismo algún cálculo aproximado de la suma que en dicha caja podría haber? **Contestó:** No, doctor. Yo únicamente extrañé cuando me dijo el Juez que solamente había cien pesos, porque creí que hubiera más".

A este cargo, el sindicado X. X. contestó en su indagatoria:

"Como a eso de las once del día, se presentó al Despacho, en donde nos encontrábamos el Alcalde, el Secretario y yo, el Cabo que portaba una suma de dinero, dinero que iba en dos partes, en una pequeña cajeta de dos tapas, y envuelto. Desde luego, tratándose de esa clase de incidentes, ordené la cuenta de la suma en cuestión, resultando cien pesos. Inmediatamente, como el cabo no había dado el informe de la comisión, ordené recibirle la declaración correspondiente, haciéndose constar en la misma acta la entrega que acaba de hacer, diligencia que consta en el sumario".

La diligencia a que hace referencia el sindicado dice lo siguiente:

"...Hoy desde bien temprano el señor Juez me ordenó que hiciera una requisa por el pueblo, la que efectué, encontrando un saco con mercancías y cajeta con billetes y un paquete de níqueles; inmediatamente le entregué lo decomisado al se-

ñor Juez, quien al contar la suma decomisada, en presencia del Alcalde, del Secretario del Juez, y ante mí, resultó la suma de cien pesos, una parte en níqueles y otra en billetes, quedando así cumplidas las órdenes del señor Juez. En este estado el señor Juez dio por terminada la presente declaración".

¿Cómo explica el Cabo la existencia de su firma al pie de la constancia transcrita?

Dice el Cabo: "**Preguntado personalmente por el Juez:** Sírvase decir si usted rindió alguna declaración ante el Juzgado del Circuito Penal, y si recuerda sobre qué versó esa declaración? **Contestó:** Doctor, esa declaración no la rendí yo. En momentos en que yo viajaba con los presos me llamó el Juez X. X. y presentándome un escrito, me dijo que firmara eso, pero yo no creí que fuera declaración sino como especie de una nota o documento que no tuviera valor de declaración. El no me llamó a mí a declarar. El escrito que él me presentó lo leí sin leerlo, pues ni tenía tiempo, pues ya tenía los presos en la calle para salir con ellos cuando él me llamó a que firmara. **Preguntado:** ¿Por qué razón firmó usted lo que dice le fue puesto de presente por el Juez para tal efecto, sin darse cuenta de su contenido? **Contestó:** Ya le dije doctor que porque yo estaba listo para salir, tenía todos los presos en la calle, y porque yo no tenía desconfianza del Juez, no creí que me fuera a hacer una cosa que me perjudicara. El Juez, cuando yo bajaba me dice: "Cabo, Cabo venga firma aquí, que eso era un certificado sobre la plata decomisada", que eso no tenía mayor importancia; y yo firmé sin darme cuenta que era una declaración e inmediatamente salí con dirección a Maguncia. El Juez no me recibió juramento sobre lo que yo firmé. Al teniente fue al único que yo le rendí declaración bajo juramento que él me recibió, relacionado con ese asunto del dinero, que fue la que reconocí aquí en mi anterior declaración ratificándome en ella, declaración en la cual dije lo mismo que le manifesté a usted. **Preguntado:** ¿Por qué razón en la declaración que usted rindió ante el teniente dijo (folio 21): "Después me llamó para contar el dinero, y me dijo que lo que había era cien pesos"? **Contestó:** No, él me llamó fue para decirme que había contado el dinero y que habían era cien pesos. De tal suerte que yo no vi contar ese dinero. **Preguntado:** Diga usted si se dio cuenta de que el doctor X. X. llamara a los testigos, les recibiera juramento y los interrogara personalmente y fueran copiadas de manera textual las respuestas dadas por esos testigos? **Contestó:** Delante de mí no vi que le recibiera declaración en esa forma ni en ninguna otra a testigos. Yo lo único que vi fue que él dictó un auto de detención contra los detenidos para remitirlos, y los detenidos reclamaban de que se les hubiera dictado ese auto sin recibírseles declaración. **Preguntado:** ¿Usted recuerda a qué personas después de detenidas les fue concedida la libertad en ese mismo lugar? **Contestó:** Allí fueron detenidas las dos mujeres a quienes se les decomisó la plata, y las soltaron casi a la hora de estar detenidas. Y dos señores que capturé en la noche, cuyos nombres no recuerdo y que uno de ellos era amigo del Secretario del Juez, fueron puestos (sic) en libertad al día siguiente. **Preguntado:** —¿Usted recuerda si la constancia que dice le fue presentada por el Juez para su firma, sobre el dinero decomisado, fue firmada también por el señor Alcalde? **Contestó:** No, señor, lo firmé solo, y el Juez me dijo que eso lo debíamos firmar él, el Secretario y yo. Pero cuando yo firmé no ví la firma de nadie más y no sé si los demás firmarían después".

Como se ve de las declaraciones expuestas surge una contradicción que es necesario aclarar. O el Cabo afirma una mentira y efectivamente signó la constancia aludida y entonces sobre él recae la sospecha de la posible falta de dinero, o es falsa el acta transcrita y por tanto surge con más vehemencia el indicio incriminativo en contra del sindicado, de que él sustrajo el excedente de cien pesos hasta una cantidad desconocida o hasta la de dos mil quinientos pesos, según lo afirman las declarantes A. y Z.

Viene a dar verosimilitud y concresión a esta última hipótesis el hecho de que el señor Alcalde haya negado su presencia en el momento de la entrega del dinero del Cabo al Juez sindicado, tildando, por tanto, de falsa el acta que así lo afirma. Véase qué dice el señor Alcalde:

"**Preguntado:** ¿Usted recuerda si el Cabo de la Policía Nacional, fue con usted al corregimiento y si usted o el Juez le dio orden a él de que requisara las casas de los vecinos de ese corregimiento? **Contestó:** Sí fue el Cabo con nosotros, y el doctor le ordenó que hiciera una requisa general en todas las casas, porque había tenido conocimiento de que en algunas de esas casas había mercancía robada del almacén de B. El Cabo me informó que había encontrado dinero, medicinas, telas y otras cosas, pero no me dijo en qué casa determinada, ni en poder de quién. Yo le dije al

Cabo que de todo eso le diera cuenta al Juez, que yo no tenía qué ver con esas diligencias. **Preguntado:** ¿Usted se dio cuenta si el Cabo entregó al Juez los dineros, mercancías, medicinas, y demás objetos decomisados durante esas requisas? **Contestó:** Me dí cuenta que le entregó las mercancías, pero los dineros no. El mismo Cabo me informó que los había entregado al Juez. **Preguntado:** ¿Usted se dio cuenta de si el Juez contó el dinero entregado por el Cabo? **Contestó:** No me he dado cuenta porque en presencia mía no lo hizo. **Preguntado:** ¿El Juez le dijo a usted algo relacionado con ese dinero? **Contestó:** El doctor me entregó a mí una suma de dinero, o un paquete, diciéndome que contenía cien pesos, que se los guardara yo en mi maleta porque la de él no tenía llaves".

¿Qué valor y qué significado tienen estas declaraciones que de ameritarles serios motivos de credibilidad, comprobarían la comisión de hechos delictuosos?

Sobre este tema, el Tribunal hace un detenido y completo estudio que merece la atención de la Sala. Dice el Tribunal:

"Vistas las presentes transcripciones tenemos lo siguiente: El acta de entrega reza que el Cabo presenció la contada del dinero decomisado; que el Alcalde hizo acto de presencia en esos momentos y para tales efectos.

"En oposición al contenido de esa diligencia figuran la declaración rendida por el Cabo antes de que el Juez M. adelantara la averiguación ordenada por el Tribunal; las declaraciones que rindió dentro del presente negocio y mediante las cuales desvirtúa y niega rotundamente lo que en ella consta. Ya se ha comentado por qué la Sala acepta como sincero el dicho del Cabo. Pero si esto no fuera bastante, se nos ofrece el testimonio del Alcalde, persona honorable, de probada seriedad, quien se encuentra desvinculado en absoluto de las incidencias del proceso, ajeno a los intereses del Cabo y ajeno a los intereses del Juez X. X. Su declaración, que niega sin preámbulos lo aseverado por el Juez en la diligencia de entrega del dinero nos demuestra lo viciada de falsedad que se encuentra el acta que se invoca en favor de la causa del sindicado. La propia indagatoria del doctor X. X. nos da pie para pensar en que los hechos sucedieron como los narra el Cabo y no como lo hace él. En su declaración de inquirir nos habló de la urgencia de la requisa del poblado, que según él no permitía dilaciones de ningún género y por ello ni siquiera distrajo el tiempo en providenciar allanamientos. Si la requisa aludida no permitía, por su premura, que se dictaran autos que la decretaran, con mayores razones no daba lugar a que en su curso se procediera a recibir declaraciones de la índole y extensión de la que se cumplió con el Cabo de la Policía Nacional. Hay que admitir, pues, por vía de consecuencia que el señor Alcalde no estaba presente; que el Cabo entregó el dinero al Juez y que éste no lo contó en esos mismos momentos.

"El apoderado refutó los cargos del Cabo alegando que su intento con ello es el de rehuír la responsabilidad que pudiera caberle en el conflicto y evitar su complicación en el proceso de la gravedad del presente. Aun cuando podamos incurrir en el pecado de redundancia por haberlo dicho ya, repetimos que talvez la Sala compartiría esta idea si el Cabo, como se dijo antes, no hubiera declarado ante el Alcalde, con un mes de anticipación a la iniciación de este negocio, sosteniendo estrictamente cuanto ha narrado después.

"Estas afirmaciones del Cabo no son planteadas en el curso de esta investigación para decir que obrara sobre él el influjo del temor que le ocasionara el verse inmiscuído en el asunto, como lo anota el apoderado; sus asertos vienen siendo los mismos, desde cuando estuvo en el Corregimiento hasta su última declaración en esta ciudad y en todas las oportunidades su dicho se ha calcado en el hecho de que no se contó el dinero en su presencia.

"En su testimonio, rendido ante el Alcalde, el Cabo declara que le hizo la entrega de los paquetes contentivos de los billetes y monedas, al Juez, en presencia solamente del Secretario y del Inspector de Policía; que al entregarle lo encontrado e informarles que las señoras estaban detenidas, sin que se procediera a contar la suma, el Juez le ordenó que continuara inmediatamente su tarea, lo cual atendió. Este testimonio fue producido un mes antes de que el investigador M. se trasladara a adelantar el proceso contemplado. A estas circunstancias podemos agregar la de que las mismas condiciones de urgencia en que se efectuaba la requisa, y de las cuales nos ha hablado el Juez, se concilian con lo expuesto por el testigo al aseverar que el funcionario le impartió la orden de seguir la labor principiada sin demora ninguna para evitar la ocultación de los objetos robados.

"Igualmente alega el apoderado que el acta de la declaración del Cabo constituye por sí plena

prueba y no puede desestimarse hasta tanto no se demuestre lo contrario. Esta tesis, aun cuando expuesta por una positiva autoridad en materia penal, como lo es el memorialista, no la compartimos. Si la declaración del Cabo fuera redargüida de falsa por una tercera persona y el deponente persistiera en garantizar su exactitud, entonces sí sería imperioso que el tachante probara lo contrario, ya que resultaría desquiciador para la administración de justicia que los elementos de convicción se desecharan por el simple capricho o por la interesada objeción de la persona perjudicada con ellos; pero cuando el mismo declarante se empeña en afirmar que cuanto reza la pieza es falso; cuando su texto es rectificado por el deponente en persona mediante testimonios posteriores dando explicaciones de cómo recogió su firma para autorizarlo, a sabiendas de que corre los riesgos y consecuencias de un posible perjurio, ¿podrá reclamarse validez legal de prueba irrebatible para el acta tachada? De ningún modo. Nuestro régimen de pruebas y nuestra organización jurídica establecen el privilegio alegado por el apoderado sólo para las manifestaciones contenidas en escritura pública, pasadas con el lleno de todas las solemnidades previstas. Mas en manera alguna para cuestiones tan delicadas como el testimonio en el campo penal, para el cual la ley quiere un máximum de seguridad y garantías de que lo que en él se expresa es del todo cierto, seguridad y garantías que permitan al juzgador formar juicio sin dudas ni incertidumbres. No tendría razón de ser, ni llenaría finalidad alguna, la crítica del testimonio, tan esmeradamente establecida por nuestro derecho procesal, si el acta de una declaración una vez levantada gozara de los favores de irrebatibilidad y contra ella no pudiera argumentarse para contradecirla máxime si quien la destruye es su propio exponente.

"Como índice de los procedimientos irregulares llevados a cabo por el Juez X. X., quizá no sea innecesario apuntar que él, dentro de la investigación, trajo la suma decomisada a la cabecera del circuito por considerar que pertenecía a dineros robados y que formaba parte del proceso. Siendo así lógico es pensar, por una especie de presunción, que las personas a quienes se les encontró eran las autoras del delito, o cómplices, o auxiliares, o encubridores. ¿Entonces qué medidas debían adoptarse contra esas personas? Sabidas son y no hace falta ser perito en materia penal para conocerlas. Pues bien, el Juez X. X. no sólo se abstuvo de providenciar para esclarecer el origen, propiedad, etc., etc., de esa suma sino que soltó a las dos mujeres a quienes se les quitó, arrestadas por la policía y no les recibió ni declaración siquiera antes de libertarlas. De lo sucedido se desprende este dilema: o el dinero era robado, porque así apareciera de autos, y en ese caso era legal su pretensión y debía recibírseles indagatoria, o declaración jurada según el caso, a las personas que lo tenían y decretar las detenciones consiguientes; o no era robado y en tal caso no había por qué retener el dinero ni dictar medida alguna, dejando los aludidos cien pesos en poder de sus propietarios. Tuvo que suceder lo del segundo término, el dinero no era robado, ni nada daba lugar a pensarlo y el Juez, como era su deber, puso en libertad a las propietarias recibiéndoles o no declaración. Pero no obstante esto, se trae consigo el dinero para que formara parte del proceso. Es decir, mientras absuelve a las dueñas del dinero de responsabilidad por considerar que nada las vincula a la comisión del delito de robo, la suma continúa siendo materia del delito para los efectos de traerla a la cabecera del Circuito y agregarla al informativo.

"Pero no finalizan aquí las incidencias de los cien pesos. El doctor X. X. llega a la cabecera con ellos incompletos porque, según él se salieron del paquete unos catorce pesos. Durante su estadía en Maguncia se le presenta otra salida; va en comisión el Juez a..... y en lugar de depositar la suma cuestionada en una entidad bancaria, o en la Recaudación de Hacienda Nacional, sale también con él. El veintiocho de julio, fecha en que regresó entregó a su sucesor, el despacho del Juzgado. Ya éste la estaba recibiendo en asocio del Personero Municipal, del Alcalde y de testigos, porque a pesar de los distintos telegramas que envió al doctor X. X. para que viniera a entregarle la oficina, ni noticia de su paradero daba el reemplazado. Se entrega, pues, la oficina ese día por el Juez X. X. y su secretario, y con ella todos los enseres, expedientes, efectos y útiles de la oficina, pero no se entregan los cien pesos; éstos continúan en poder del ex-Juez, no obstante formar parte de un proceso. Desde el día veintiocho de julio el doctor X. X. cesó en sus funciones, de suerte que tenía indebidamente la aludida suma en su poder. El día treinta del mismo mes, dos días después, al abandonar la ciudad hace un depósito en el Banco a favor del Juzgado Superior, por cuenta del Juzgado Segundo Penal del Circuito y desde la

lancha en que salía remite a su sucesor el comprobante.

"Este solo hecho es constitutivo del delito de peculado. Pero si esto no fuera suficiente, el concurso de circunstancias progresan y suman mayores cifras los indicios vehementes que denuncian responsabilidad, cuando al proceso se aporta la carta que el sindicado dirige desde esta ciudad al señor W., carta en la cual le solicita al destinatario que rinda una declaración falsa en su favor y le busque otro amigo que lo haga en igual forma. Para mejor ilustración transcribimos el texto de dicho documento, dice así:

"Septiembre 22 de 1943.—Señor W. — ..... Estimado W.: La vida mía está llena de desgracias. Estoy detenido por culpa de los desgraciados presos. N. N. presentó denuncia contra mí por todos los delitos del Código Penal. Yo fui quien me robé los dos mil quinientos pesos de Z., yo le arrebaté ciento cincuenta pesos, yo recibí dinero de ti, de....., de....., de....., de....., de...., para ponerlos en libertad. También recibí letra de cambio de los....., que fueron puestos en libertad. Rodríguez me dio cuatro mil pesos por haber puesto en libertad a....., Yo les ofrecí en venta a los.... el sumario, yo puse presa a ....., yo, en fin, toda una serie de infamias dicen esos desgraciados. El Cabo dice que él no dio su declaración ni me entregó el dinero contado, los cien pesos; el ex-Alcalde dice que no presenció esto. Malditos miserables, canallas todos. Han querido todos los primeros vengarse conmigo, pues yo no podía ponerlos en libertad sin traicionar mi conciencia de Juez y los otros evitarse contratiempos, escurriendo el bulto a la responsabilidad que pudieran tener en el dinero, si esto es verdad. Necesito una declaración tuya, que me ayude a salvar y tienes que dármela como amigo sincero que debes contribuir a demostrar mi inocencia: sobre dinero que tú, ... y ..... . dirás la verdad cómo los puse en libertad:..... porque todos me dijeron que había evitado; nadie me dio dinero. Que tú estabas en el patio de la casa cuando llegó el Cabo con el dinero, en la tarde, como a las dos; que viste cuándo lo contamos, o mejor que oíste, que no más fueron cien pesos; que después oíste la declaración que rindió el Cabo sobre la captura de los presos, sobre las requisas y sobre la entrega de los cien pesos, que tú viste cuando todo esto al Alcalde. Búscame otro amigo que me pueda servir para esto, eso sí un buen conservador de Rabón. Dí que cuando tú regresaste a... con los presos, el Cabo llevaba dos revólveres y le oyó decir que uno se le había perdido en el viaje de regreso. Habla con..... nuevamente, que..... negó todo, o de no estuviera en la cárcel, que no se meta a decir mentiras que me dio dinero de él o de ninguno, ni letras, ni que lo obligué, ni él me ofreció nada por libertad de ninguno, porque lo ponen preso. Convéncelo. Que no sea mi enemigo. Escríbele una carta recomendándome a..... Si puedes mandarme prestados unos cincuenta pesos, que estoy más limpio que una patena, se los giras a mi hermano..... Tan pronto salga iré nuevamente a ésa a trabajar. No me dejes metido, pues confío en tu aprecio personal y en tu sinceridad. Mándame algo de dinero, te lo suplico. Afectísimo. Hazlo por.....—X. X."

"Si bien es cierto que esta carta no conforma plena prueba por no haberle reconocido como suya el sindicado en la indagatoria que para los efectos se produjo, también lo es que el artículo 252 del Código de Procedimiento Penal concede al funcionario la facultad de apreciarla de acuerdo con las normas de la crítica, si su autenticidad ha sido probada o no en el proceso. Al hacerlo esta Sala no pretende desentrañar del mencionado documento una prueba completa, pues se imposibilita por mandato expreso de las normas que rigen la materia, ya que fue negada la paternidad de ella. Pero por múltiples razones esa pieza no puede rehusarse ni hecharse (sic) a un lado, desde luego que asociada a otros materiales del expediente complementa elementos de convicción muy útiles al juzgador y deja la certeza de que su autor es el sindicado...

"Principiaremos por apuntar los motivos que inducen a admitir que la cuestionada carta es procedente del Dr. X. X.

"Primero. Por la reserva del sumario, el contenido de éste es ignorado por todos, menos por el sindicado, su representante y el funcionario instructor. Sólo las personas anotadas se encuentran enteradas de los pormenores del proceso, de su curso y de la situación jurídica que en él se va labrando a los comprometidos. En el caso contemplado no hay parte civil, de suerte que no pueden recaer sospechas acerca de que los perjudicados o denunciantes se hubieran dado a la tarea de falsificar firmas escribendo cartas con un conocimiento absoluto de lo que cada deponente dice en sus declaraciones y de lo que dicen también los sujetos a quienes se les llamó a rendir indagatoria, con el fin de mejorar su causa y perjudicar al doctor X. X. Circunscritas las posi-

bilidades a las personas indicadas, forzosamente es necesario excluír al instructor y al apoderado.

"Segundo. Aun cuando no le es dable al Tribunal la tarea de perito, conviene sentar, por ser protuberante e inconfundible, que las firmas del doctor X. X. que aparecen en los escritos y demás diligencias del proceso, son idénticas a las de la carta; que el tipo de máquina y color de la escritura es el mismo, y que las relaciones que hace en el cuerpo de ella tocan con cuestiones verídicas del informativo.

"Tercero. Que lo que se pide en esa carta tiende a beneficiar exclusivamente al sindicado, siendo lógico pensar que nada más que él puede empeñarse en trabajos de esa índole.

"Dicho lo anterior entramos a comentar el contenido del documento. De autos aparece, por haberlo dicho algún declarante, que entre el Juez X. X. y el doctor..... hubo entendimiento o conversaciones para la libertad de algún patrocinado del segundo mediante pago de una suma, y que dicho doctor y el señor..... eran los mediadores que gestionaban entre sindicados y juez. Llamado a rendir indagatoria el doctor negó todo, haciendo graves sugerencias contra el Juez X. X. en relación con los hechos que se le imputan. Como está pendiente la indagatoria de....., surge la solicitud de la carta, pidiéndole que niegue todo e informándole que el doctor lo hizo así porque de lo contrario estaría en la cárcel, que haga él igual cosa porque si no lo ponen preso. Luego le pide al destinatario de la carta que convenza a.....:

"Esta relación estrecha, esta concordancia entre los datos que suministra la carta, el fin de sus pedimentos, y la realidad sumarial, son un indicio de la ocurrencia de los hechos en esclarecimiento.

"En el capítulo que trata de los testimonios falsos se pide que diga el destinatario de ella que se encontraba en el patio de la casa donde funciona la oficina del juzgado y que oyó cuando se contó el dinero y resultaron cien pesos y que oyó la declaración del Cabo.

"Esta prueba no necesita de comentarios. Descubierta la falsedad del acta de entrega del dinero, por virtud de haberse hecho constar en ella que estaba presente el Alcalde y luego desmentir éste en forma terminante tal aseveración y haber explicado el Cabo que su firma se recogió valiéndose de artificios y mañas del juez, el sindicado desenvuelve un afán de demostrar que lo que el acta reza es cierto. Pero en vez de pedirle al Tribunal que reciba la declaración del Inspector de Policía, quien estaba en el Juzgado con el Cabo cuando éste entregó el paquete contentivo del dinero, para que diga si es o no cierto el hecho de su verificación, acusa o revela una ausencia total de sentido moral. Tales métodos son reprobables y no se explica que una persona que haya desempeñado la delicada y alta misión de administrar justicia recurra a ellos. Ese aparte de la carta en que se ilustra a los presuntos perjuros de lo que deben decir, es un indicio grave que coadyuva a sostener la falsedad de la mentada constancia de entrega del dinero".

Minucioso y razonado es ese análisis de las declaraciones y de los hechos que efectúa el Tribunal, en los apartes transcritos. Tan sólo se permite la Sala, glosar este pormenorizado estudio con los siguientes argumentos: a) Mientras no se haya efectuado el examen grafológico conducente no puede dársele a la carta aludida el valor de plena prueba. b) Mientras no se haya comprobado claramente la preexistencia del dinero que se dice perdido, tampoco se halla delimitado el monto de la suma extraviada ni la materialidad de la infracción. b) Por la impresión que tiene la Sala, de la claridad con que analizó el Tribunal las pruebas existentes, se desecha la hipótesis sustentada por el señor apoderado del sindicado ante la Corte, quien en su memorial que obra en el cuaderno principal, afirma que todas las declaraciones y los hechos imputados a su poderdante son una patraña minuciosamente estudiada para hundir al Juez X. X. en el abismo de la infamia. Y no puede aceptarse tal argumento, porque ni la solvencia moral de los declarantes (cabo y alcalde), quienes ofrecen serios motivos de credibilidad, ni la escasa mentalidad de los humildes campesinos que aseveran tales cargos, son circunstancias que pueden dar base a la urdimbre de una serie de hechos lógicamente encadenados y que llevan, a través de todo el informativo, la impresión de una completa verosimilitud.

Sin embargo, teniendo en cuenta, los elementos indispensables que requiere el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal, para detener —los cuales se han estudiado suficientemente—, las pruebas hasta ahora aducidas sí son suficientes para detener provisionalmente al sindicado, mientras el perfeccionamiento del sumario no deshaga o, por el contrario, afirme las imputaciones hechas.

Ahora bien, ¿hacia qué infracciones tienden los actos imputados al Juez X. X.? El Tribunal y el Juez comisionado en sus autos confirmatorios de la detención, dicen que los ilícitos cometidos por el sindicado son los de Peculado y Falsedad. Estas afirmaciones las comparte la Sala por las siguientes razones:

La Corte, en auto de veintiuno de agosto del novecientos cuarenta y cuatro y tratándose de un caso semejante al que se estudia, respondió —al argumento de que el Juez que había sustraído una suma de dinero decomisado en una ronda, no era administrador ni el dinero que se hallaba en el Juzgado constituía un caudal público, en la siguiente forma:

"Acerca de este particular replica el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"...El señor apoderado del sindicado, en escrito del 26 del año en curso, sostiene que no hay peculado porque el dinero de que se trata no es un caudal, en el sentido técnico y científico de la palabra, que entrà a un Juzgado, porque él es fortuna, hacienda, tesoro propio del dinero que se mueve y figura en Tesorerías, Colecturías, Recaudaciones y Administraciones de Hacienda Pública. Ni tampoco el dinero que se deposita en un Juzgado sea éste cuerpo del delito, como lo es en este caso, o cuando se constituye con caución prendaria. Pero no es efecto ni caudal que administre el Juez, porque la administración supone atribuciones de uso y goce, que no tiene el Juez. Simplemente el Juzgado "es un tenedor, nunca administra el dinero, pues su papel es de custodia".

"Se ha transcrito en sus prdpios términos y en su exacta redacción el anterior párrafo, tratando de no desfigurar su sentido, para poder hacer referencia a él con mayor exactitud.

"Es cierto que el artículo 151 del Código Penal dice que se comete el delito de peculado cuando el funcionario público hace uso indebido de los caudales u otros objetos que por razón de sus funciones está encargado de **recaudar** o **administrar.** Aparentemente no contempla esta disposición sino dos aspectos: el de la administración y el de la recaudación, entendido éste en su sentido vulgar. Pero en el Diccionario de la Lengua Española, el término tiene un significado mucho más vasto del que se le da comúnmente. "Recaudar.—Cobrar o percibir caudales o efectos.—Asegurar, poner o tener en custodia.—3—Ant. Recabar, primera acep".

"De manera que el acto de recaudar implica el de tener o poner en custodia alguna cosa.

"Desentrañando el origen del artículo 151 del Código, se ve claramente que los propósitos de la Comisión que elaboró el proyecto fueron exactamente los de incluir dentro del concepto de peculado el uso indebido de caudales u objetos que el funcionario público tenga bajo su administración, custodia o **guarda.** El artículo, originariamente decía: "Al funcionario público que en cualquier forma haga uso indebido de los caudales u otros objetos públicos que por razón de sus funciones esté encargado de recaudar, guardar o administrar, se impone de un mes a un año de prisión, siempre que las sumas o efectos se reintegren antes de que se inicie la investigación criminal correspondiente.

"Después de las objeciones hechas por el doctor Escallón, se suprimió la palabra **públicos** "para que al funcionario que haga uso indebido de caudales u otros objetos, que pueden ser de propiedad privada, se imponga la sanción correspondiente".

"Tan explícita fue la Comisión en este sentido, que inclusive cambió el nombre de esta clase de infracciones llamadas "Delitos contra la Hacienda Pública" en el Código Penal de 1890, porque con este título "se restringe demasiado el concepto de los delitos que tratan de estudiarse, pues quedarían muchos sin ser contemplados como, por ejemplo, el delito cometido por un Juez que dispone del dinero correspondiente a un remate, delito que no puede decirse que sea contra la hacienda pública, porque èsos dineros no corresponden al Fisco, y que tampoco puede encajarse con propiedad dentro del abuso de confianza porque se trata de un delito especial". Y la supresión de la palabra **públicos** propuesta por el doctor Escallón tuvo como principal finalidad la de que en esa forma se cobijara el caso contemplado del Juez que dispone del dinero que esté bajo su cuidado como consecuencia de un remate.

"En una y en otra forma, como consta en las Actas números 115 y 154, se dejó establecido, como lo pidió el doctor Escallón el hecho de que no se trata solamente del uso indebido de valores o dineros sino de toda clase de objetos que estén bajo el cuidado del funcionario". En esta forma se quiso asimilar, para efectos penales, al depositario como a un funcionario del Estado porque en el ejercicio de su cargo tiene una función que es pública, cual "es la de responder por los objetos que le entrega la autoridad). Y si esto se dice del simple depositario, ¿qué no podrá afirmarse del individuo que por razón de las atribuciones de em-

pleado, ha llegado a reunir los deberes que la ley impone a aquél?

"En definitiva, el artículo que aprobó la Comisión quedó tal como se ha transcrito antes, incluyendo las palabras "recaudar, guardar o administrar". Presume la Procuraduría que en la discusión legislativa del Código, o en su posterior revisión hecha por la Academia de la Lengua, se quitó la palabra "guardar" del texto del artículo para que éste no pecara de redundante, pues ya se había visto que, según la acepción gramatical que reconoce el diccionario, en la expresión "recaudar" está incluído el cobro, percepción, aseguramiento y custodia de los objetos.

"Conclusión de lo anterior, es la de que el funcionario público que esté encargado de la guarda o custodia de valores y objetos, comete delito de peculado en el caso de que haga uso indebido de tales objetos o valores aunque éstos no sean de la hacienda pública (Nación, Departamento o Municipio) sino que pertenezcan a particulares. Basta el solo hecho de que tales elementos, estén en su poder por razón de sus funciones, para que su apropiación o uso indebido por el mismo funcionario, constituya delito de peculado y no una simple infracción contra la propiedad particular (abuso de confianza).

"La Procuraduría en concepto de 24 de junio de 1937, había dicho que el hecho criminoso surge en este caso no por el ataque a la propiedad, sino principalmente por la traición que se hace a la confianza pública, depositada en el designado para la custodia de esa propiedad.

"Desde luego, las discusiones de la Comisión redactora del proyecto de Código Penal se orientaban por el concepto moderno que hoy se tiene sobre el delito. Lo que interesa ahora no es tanto la procedencia de los objetos, ni el titular de los derechos constituídos sobre ellos, pues bien puede ser ese titular, el Estado o los particulares. Lo esencial es que tales objetos estén bajo la guarda del empleado y que le hayan sido confiados por el hecho de ser funcionario público, para que el uso indebido de ellos constituya delito de peculado.

"4º Quizá el origen histórico de la infracción y el desprendimiento etimológico del vocablo "peculado" sea lo que más influye para que se presente como impropio —por lo menos a primera vista— deducirle a un funcionario que usurpa los fondos que hacen parte de los asuntos en que como Juez interviene, el cargo de peculado. Porque algunos creen que peculado viene de "pecus" (ganado, hacienda), y que ella significó desde un principio el hurto de los bienes del Estado, entre los que figuraba en primer término el ganado; otros, que peculado deriva de la voz latina "peculium", equivalente a caudal; y en fin, hay quienes sostienen que se llamó peculado el delito de malversación de fondos públicos, porque las multas que se imponían a los infractores debían consistir en ganados (pecus). Pero esta tradición, que el Código anterior mantuvo en lo conceptual y no en lo nominal, fue recogida a la inversa por la nueva ley 95 de 1938. En el Código de 1890 figuraba este hecho con el título genérico de "Delitos contra la Hacienda Pública", en el que se agrupaban diversas figuras delictuosas de grado muy distinto (extravío, usurpación, malversación, mala administración), desde luego que no es lo mismo incautarse o apropiarse (usurpación) que invertir mal (malversación), o dar lugar por negligencia a la pérdida de los bienes (extravío). Mas estos bienes debían de ser de propiedad de la nación o de los Departamentos, o de los Municipios. Hoy el delito figura dentro de otros que afectan la administración pública, cosa que debe perderse de vista para resolver los efectos de la tesis que el señor Procurador sostiene y que prohijará la Sala, puesto que en un caso como el que ahora se examina es precisamente la administración pública la que se afecta primordialmente. Y la Comisión que elaboró el Código Penal quiso darle una extensión suficiente a los casos a que podía referirse el delito de peculado cuando suprimió no a la ligera, sino deliberadamente las palabras **públicos** al referirse a los caudales o efectos, con el fin de que el funcionario que haga uso de objetos de propiedad privada pueda ser igualmente responsable de peculado. Y aún llegó la Comisión a concretar su pensamiento dando como ejemplo el caso de un Juez que se apropió de dinero producto de un remate.

"De otro lado, **administrar** no equivale necesaria y únicamente a manejar o emplear o a invertir en transacciones para las cuales se esté facultado; también significa **cuidar.** Y esto es lo que hace el Juez con los elementos que llegan a su despacho. Los valores en efectivo que cursan como dependientes de una determinada acción judicial, son parte del juicio, que están bajo la custodia del Juez, como el juicio mismo sometido a su dirección y, aún puede decirse, a su administración, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución.

"Si se prescindiera de tener como peculado la apropiación que un Juez haga de los efectos que

está en la obligación de custodiar para ser entregados oportunamente a quien exhiba el título que lo acredite como dueño habría entonces que llamar abuso de confianza a esa infracción. Con esta advertencia: que mientras que en el abuso de confianza es condición esencialísima que el infractor haya recibido lo que es materia del delito para ser entregado o devuelto en una época determinada o que se determine de ciertos requisitos, por su cumplimiento, en el peculado puede el delincuente no haber recibido, de la manera material como se entiende éste acto. Finalmente, el cometido por un Juez en uso de sus funciones resultaría un abuso de confianza comun y corriente. Es decir, que mientras el tutor, o el curador, o el albacea que en beneficio suyo se adueñe de lo que se le ha confiado por un título no traslaticio de dominio incurre en un delito agravado de abuso de confianza, el Juez que haga lo mismo quedaría equiparado al simple particular. La sola enunciación de esa tesis la rechaza la mente por inconcebible, y valen para ellos las razones que antes se han dado y que ha expuesto con claridad la Procuraduría General de la Nación".

Basta con las nociones expuestas, para que la Sala se reafirme en la doctrina aludida, y confirme la aseveración del Tribunal de que el ilícito que se imputa al sindicado X. X., es el de peculado.

Respecto a la infracción de Falsedad es necesario convenir, que si se tiene como indisoluble la declaración de los señores Cabo y Alcalde, ésta es una prueba que merece toda credibilidad, y, por lo tanto, es indicativa de que en el acta atrás transcrita se afirmó un hecho mentiroso, circunstancia prevista en el artículo 231 del Código Penal, que dice:

"Incurrirá en presidio de tres a diez años el funcionario o empleado público que abusando de sus funciones y en relación con escrituras o documentos públicos:

"...2º Haga aparecer que intervino en un acto una persona que no ha concurrido a él...

"3º Atribuya a personas que no han intervenido en un acto, declaraciones o manifestaciones diferentes a los que hubieran hecho".

El señor Procurador manifiesta su concepto de que las pruebas estudiadas hasta ahora no son suficientes para establecer la existencia de los delitos imputados al sindicado sin la consiguiente responsabilidad de éste. Sin embargo, la Sala advierte que esta afirmación, basada sobre una observación un tanto superficial del negocio aludido, no armoniza con el estudio que de tales pruebas se ha hecho. Además, es bien diferente el problema que se contempla de si sobre tales probanzas se puede estructurar la detención provisional del sindicado, del problema de la responsabilidad del mismo. Bien sabido es que la detención requiere estos elementos primordiales: que el delito tenga pena de presidio o prisión y que contra el proceso resultare por lo menos una declaración de testigo que ofrezca serios motivos de credibilidad, o un indicio grave de responsabilidad. Tales elementos, se han establecido plenamente en el caso presente, circunstancia que permite a la Sala reafirmar su concepto de no revocar la detención decretada por el Tribunal.

Ahora bien, respecto de la responsabilidad a que alude el señor Procurador, es necesario recordar que en el sumario no entra a discernirse tal concepto, el cual es atinente al período del juicio, lapso dentro del cual, con base en la imputabilidad concretada en el auto de proceder, se debate este aspecto jurídico del proceso penal.

El Tribunal Superior decretó igualmente la detención provisional del sindicado por el delito de detención arbitraria.

Mas sobre este problema bien cabe observar que es insuficiente la apreciación del Juez **a quo** para fundamentar tal determinación, ya que, si bien, el hecho imputado, al primer golpe de vista parece una infracción, pronto deja esta ilícita apariencia y se explica por los siguientes motivos:

Fue capturado H. el 10 de julio de 1943, y remitido a la cárcel de... donde fue libertado el 16 del mismo mes, después de rendir su indagatoria. La orden de captura la dio el Juez X. X. en vista de los graves indicios de su participación en los hechos investigados por él. Ahora bien, el Tribunal conceptúa que por no aparecer el nombre en el auto de detención ésta fue arbitraria.

Pero si se observa atentamente tal providencia dictada por el Juez X. X. en contra de los sindicados por los delitos del corregimiento, se ve que en la parte motiva aparece la siguiente observación: "Sobre los responsables de la muerte de Fulano, por declaraciones aún no escritas (artículo 279 C. J. P.) aparecen como tales los señores H..."

El hecho de que en la parte resolutiva no se haya incluído el nombre del mencionado señor, no implica para el Juez el cargo de un ilícito, sobre todo si se tiene en cuenta que debido a su impericia en los trajines de la intrucción de un sumario cometió una serie de irregularidades que impresionan desagradablemente como índices de una

completa ignorancia de los trámites de un proceso, pero que no pueden dar pie para levantar la seria imputación de que se trata. Por tanto, la Sala desecha la detención provisional decretada por éste delito en contra del Juez X. X.

Del estudio hecho por la Sala, en este proceso, se deduce una franca anarquía en la investigación efectuada por el Juez X. X. de los hechos delictuosos cometidos en el Corregimiento.

El adelantamiento del sumario y su desenlace darán definitivamente claridad y orden a la maraña de hechos e imputaciones que oscurecen el objetivo de este negocio, el cual por todos los aspectos deja en el ánimo una impresión moral desfavorable para el sindicado.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, oído el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el auto de fecha nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y tres proferido por el Tribunal Superior en cuanto denegó la revocatoria del auto de detención dictado en contra de X. X. por los delitos de peculado y falsedad —cometidos en su carácter de Juez Penal del Circuito y lo revoca en cuanto se refiere al delito de detención arbitraria.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

CUANDO SE REPUTA EXISTENTE EL DELITO DE PREVARICATO COMETIDO POR UN FUNCIONARIO

El delito de prevaricato cometido por un funcionario o empleado público se reputa existente, cuando las pruebas del proceso traen la demostración de los elementos objetivos y subjetivos del mismo. La intención dolosa, caracterizada por elemento A SABIENDAS, y los móviles determinantes de simpatía o animadversión de que trata el artículo 168 del Código Penal, deben demostrarse plenamente, pues estos requisitos los exige la ley como indispensables para configurar el delito expresado. La sola presentación de la sentencia, resolución o dictamen, no es suficiente para hacer la afirmación de que se ha cometido un delito de esta naturaleza. Lo esencial, es la demostración del factor intencional, o sea el dolo específico, integrado por el elemento A SABIENDAS, y los móviles determinantes de simpatía o animadversión hacia las partes litigantes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

Consulta el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga la providencia de noviembre seis de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual se sobresee definitivamente en favor del doctor Teófilo Noriega Rueda, ex-Juez Segundo Civil del Circuito, sindicado por la comisión de un delito de PREVARICATO.

El dos de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, el Juzgado Municipal de Bucaramanga, con fundamento en la demanda presentada por Víctor F. Paillié, libró mandamiento de pago por la vía ejecutiva contra Leopoldo Ogliastri, por la cantidad de ciento cincuenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 157.50). En el juicio ejecutivo, el demandante propuso excepciones, que fueron falladas desfavorablemente por el Juzgado Municipal. Contra esta providencia se interpuso recurso de apelación, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito, entidad que revocó la sentencia apelada, ordenó cesar el juicio y condenó en costas al demandante.

En memorial de noviembre 22 de 1943, el denunciante afirma que el fallo es injusto, contrario a la ley, que constituye un manifiesto delito, y, agrega: "la parte delictuosa consiste en haberme condenado en costas sin yo ser apelante y estando de manera clara y manifiesta fuera de la disposición legal que autoriza al juez para tal condenación".

Con el acuerdo de nombramiento y la correspondente acta de posesión, se acreditó el carácter de empleado público, que como Juez Segundo Civil del Circuito tenía el doctor Teófilo Noriega Rueda. También se halla comprobada la circunstancia de haber desempeñado el cargo de Juez en la fecha en que se realizaron los hechos por los cuales se le denuncia.

Paillié manifiesta que la sentencia es injusta y contraria a la ley, porque lo condenó en costas sin ser él la parte apelante. Aunque no es pertinente el estudio jurídico de la sentencia dictada en el incidente de excepciones propuesto en el juicio ejecutivo, cabe observar que, probablemente, la condena proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito, se dictó con fundamento en lo previsto por el artículo 1026 del Código Judicial, que obliga al juez, cuando procedan las excepciones, a decretar la cesación del juicio, ordenar el desembargo de los bienes y condenar en costas al ejecutante.

Pero el denunciante no hace la imputación concreta de que el juez pronunció la condena en costas **a sabiendas** de que el fallo era contrario a la ley, o expresa o manifiestamente injusto, o que lo dictó por simpatía hacia el ejecutado, Ogliastri o por animadversión hacia el denunciante Paillié, factores que podría estructurar el ilícito investigado.

El delito de prevaricato cometido por un funcionario o empleado público se reputa existente cuando las pruebas del proceso traen la demostración de los elementos objetivos y subjetivos del mismo. La intención dolosa, caracterizada por el elemento a **sabiendas,** y los móviles determinantes de simpatía o animadversión de que trata el artículo 168 del Código Penal, deben demostrarse plenamente, pues estos requisitos los exige la ley como indispensables para configurar el delito expresado. La sola presentación de la sentencia, resolución o dictamen, no

es suficiente para hacer la afirmación de que se ha cometido un delito de esta naturaleza. Lo esencial, es la demostración del factor intencional, o sea, el dolo específico, integrado por el elemento **a sabiendas**, y los móviles determinantes de simpatía o animadversión de que el artículo 168 del Código Penal, deben demostrarse plenamente, pues estos requisitos los exige la ley como indispensables para configurar el delito expresado. La sola presentación de la sentencia, resolución o dictamen, no es suficiente para hacer la afirmación de que se ha cometido un delito de esta naturaleza. Lo esencial, es la demostración del factor intencional, o sea, el dolo específico, integrado por el elemento **a sabiendas**, y los móviles determinantes de simpatía o animadversión hacia las partes litigantes.

El proceder del doctor Noriega Rueda al dictar el fallo de segunda instancia, no constituye violación alguna de la ley penal. La condena en costas, pronunciada en contra del ejecutante, se hizo con aplicación de los respectivos preceptos del Código Judicial, y la interpretación acertada o errónea de esta ley, no es problema que deba resolver la justicia penal. En todo caso, el juez "procedió honestamente al proferir la sentencia que dio origen a la denuncia, y si acaso se equivocó, cúlpese de ello a la falibilidad humana".

Tampoco existe base suficiente para afirmar que el juez Noriega Rueda cometió un delito de abuso de autoridad, porque no hay prueba que respalde este cargo.

Por las consideraciones expuestas, 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 de la Procuraduría, CONFIRMA el fallo consultado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez Anzola. — Ricardo Jordán Jiménez.— Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

"INTERES EN EL PROCESO" COMO CAUSAL DE RECUSACION, SEGUN EL NUMERAL 1º DEL ARTICULO 73 DEL C. DE P. P.

El INTERES de que habla el artículo 73, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, no es aquel INTERES abstracto o de orden simplemente legal, que busca la recta, eficaz e imparcial administración de justicia, sino el INTERES personal deducido de las consecuencias del juicio, cuyos resultados, directos o indirectos, pueden favorecer o perjudicar al Juez o Magistrado en su patrimonio económico individual, o en el de alguna de las personas ligadas a ellos por vínculos de consanguinidad o afinidad de que habla la ley.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, cuatro de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El doctor Elberto Téllez Camacho, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, se declara impedido para conocer del proceso seguido contra José María Durán G. — por un delito de hurto — por ser hermano legítimo del señor Melesio Téllez, Personero Municipal de Vélez. Invoca como causal de impedimento la contemplada en el artículo 73, numeral 1º, del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Tener el Juez, el Magistrado o algún pariente suyo dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, interés en el proceso".

Los Magistrados que componen la Sala respectiva no aceptaron el impedimento y, por este motivo, enviaron el negocio a la Corte para que resuelva lo que sea legal.

El impedimento manifestado por el Magistrado doctor Téllez Camacho no es aceptable, porque el interés de que habla la disposición citada y en la cual se apoya la excusa, no es aquel interés abstracto o de orden simplemente legal, que busca la recta, eficaz e imparcial administración de justicia, sino el interés personal deducido de las consecuencias del juicio, cuyos resultados, directos o indirectos, pueden favorecerlo o perjudicarlo en su patrimonio económico individual, o en el de alguna de las personas ligadas a él por los vínculos de consanguinidad o afinidad de que habla la ley.

"Cuando un funcionario — ha dicho la Corte — emite concepto o tiene que intervenir en negocios de su incumbencia, apenas cumple con un deber y ha de suponerse que lo guía el propósito de velar por el bien social confiado a su atención y que ese propósito se opone precisamente a cualquiera mira particular o personal, que es la que la ley comprende con el vocablo de "interés" y que cobija aun a los allegados o relacionados del que lo tiene".

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 EXISTE el impedimento manifestado por el doctor Elberto Téllez Camacho para conocer del negocio que se adelanta contra José María Durán G., sindicado por un delito de hurto. En consecuencia, debe continuar conociendo de dicho asunto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Srio.

PAPEL DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LA DEMOSTRACION DE LOS FACTORES MATERIALES Y SUBJETIVOS DEL DELITO.—PRESENTACION DE LOS HECHOS EN RELACION CON LA CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

El artículo 404 del Código Penal, en sus numerales 1º a 4º, contempla circunstancias especiales de agravación, distintas a las comunes o generales de que habla el artículo 403. Así, pues, cuando el delito se comete en concurrencia de una o varias de las circunstancias previstas en la primera disposición, la sanción penal se rige por ésta, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400.

Según el texto del numeral 3º del artículo 404, el delito se agrava cuando se comete en un lugar habitado, mediante violencia ejercida sobre las defensas o resistencias destinadas a proteger la propiedad de las cosas, violencia que puede efectuarse con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana, o también con el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar. La frase INSTRUMENTO SIMILAR empleada por el legislador, puede comprender cualquier objeto que se utilice para ejercer sobre la cerradura un efecto mecánico semejante o análogo al que realiza la llave.

Dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito. Establecida la existencia del cuerpo del delito en su aspecto material, y en presencia de uno o varios indicios comprobados, por vía de inferencia derivada de la naturaleza de las cosas, se llega al conocimiento de otro factor desconocido, cual es el de la responsabilidad del autor.

En la valoración de la prueba indiciaria, el Tribunal goza de libertad y amplitud necesarias para fijar su criterio frente a la prueba recogida, y la Corte no podría variar tal apreciación, sino mediante la comprobación de errores manifiestamente notorios, que estén en desacuerdo con la evidencia de los hechos demostrados.

Si se acusa una sentencia del Tribunal, con base en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe puntualizar los hechos a los cuales el fallador les atribuye un valor que no tienen o les niega el que en realidad tenían; o demostrar aquellos que no se los valoró en la sentencia, a pesar de estar acreditados en el proceso, o determinar la contradicción deducida de los mismos, siempre y cuando esos hechos sean pruebas de convicción para determinar los elementos constitutivos del delito o sirvan para probar circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad.

La simple enumeración de las circunstancias — que se dice — perjudiciales del fallo, producidas por mala interpretación o errónea apreciación de los hechos en relación con el problema debatido, no es motivo suficiente para que prospere la causal, cuando por otra parte no se han cumplido, respecto de la demanda, las condiciones impuestas por el artículo 531 del Código Judicial.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

Pedro Antonio Ayala Hernández interpuso recurso de casación contra la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que lo condenó a la pena principal de siete años de presidio, por un delito de robo.

Hechos

El 13 de agosto de 1942, los esposos Morgenstern, residentes en la ciudad de Cali, recibieron para el servicio de su casa a una mujer de nombre Leonor. Como ésta desempeñara a satisfacción de sus patrones los oficios domésticos correspondientes, le tomaron

confianza como para dejarla sola en la casa. El día 20 del mes y año citado, los esposos Morgesntern salieron a trabajar en su almacén, pero cuando regresaron, como a las siete de la noche, "encontraron que la casa había sido prácticamente saqueada y que en ella no se hallaba la fámula Leonor". Zeida Morgenstern denunció el hecho ante la Inspección Segunda de Policía de Cali; especificó los objetos sustraídos y estimó su valor en la cantidad de ochocientos noventa pesos ($ 890.00) m. c.

El veintiuno de agosto, cuando Leonor o Hilda del Carmen Vanegas y Pedro Antonio Ayala Hernández viajaban en él tren que conduce de Palmira a la ciudad de Armenia, fueron detenidos por algunos agentes de la policía nacional. Al requisar una de las maletas de Ayala, se encontró un par de zapatos de propiedad de uno de los esposos Morgenstern, y posteriormente, en el equipaje remesado por Ayala con destino a Bogotá, se encontraron casi todos los objetos robados en la casa donde la sirvienta Leonor prestaba sus servicios.

Comprobados los elementose tanto objetivos como subjetivos del delito, el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Cali, llamó a responder en juicio a Pedro Antonio Ayala Hernández y a Hilda del Carmen Vanegas, por la comisión de un delito de robo, providencia que fue apelada y, posteriormente, confirmada por el Tribunal.

En la tramitación de la causa, los sindicados no adujeron prueba alguna para desvirtuar los cargos imputados en el auto de proceder, y el Juzgado dictó sentencia, por la cual condena a Ayala Hernández e Hilda del Carmen Vanegas a la pena principal de siete años de presidio para el primero, y de tres para la segunda. De esta providencia apelaron los procesados, y el Tribunal, en sentencia de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, la confirmó; y contra esta sentencia, Pedro Antonio Ayala Hernández interpuso recurso de casación.

Demanda

Se invoca como causales de casación, las previstas en los numerales 1º y 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal. El estudio de ellas se hará en el mismo orden que indica la demanda.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Dice el recurrente que el Tribunal violó la ley penal en su artículo 404, por errónea interpretación y por indebida aplicación. La sanción establecida por la disposición citada sólo es pertinente para casos en los cuales el hecho reviste las características de un robo calificado o agravado, como el delito cometido no lleva en sí esas modalidades sino las de un robo común, la pena debía ser otra, es decir, la del artículo 402 de la obra citada.

Estima que el fallador interpretó erróneamente el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal, al condenar a Ayala como autor de un delito de robo, sin estar legalmente producida la prueba plena de la infracción y la de que él fuera responsable, y que, como consecuencia de esto, se le aplicaron disposiciones que no le eran pertinentes.

Se considera:

El demandante acepta que el hecho consumado en la residencia de los esposos Morgenstern es un delito de robo, pero niega que éste se hubiera realizado en las condiciones del artículo 404, para efecto de la sanción. La violencia, elemento que configura el delito de robo y lo diferencia del hurto, está plenamente demostrada, y la circunstancia modificadora del mismo, que hace cambiar la sanción con otra de mayor intensidad, está comprobada con la diligencia de inpección ocular, que dice:

"..... examinada una de las puertas interiores que da entrada a una recámara se encontró la huella de haberse introducido en ella una barreta para forzar la armella que la aseguraba por dentro, habiéndose encontrado dañado el recibidor de dicha armella y conceptuamos que para abrir esta puerta se empleó fuerza y violencia".

El artículo 404 del Código Penal, en sus numerales 1º a 4º, contempla circunstancias especiales de agravación, distintas a las comunes o generales de que habla el artículo 403. Así, pues, cuando el delito se comete en concurrencia de una o varias de las circunstancias previstas en la primera disposición, la sanción penal se rige por ésta, con prescindencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400.

Según el texto del numeral 3º del artículo 404, el delito se agrava cuando se comete en un lugar habitado, mediante violencia ejercida sobre las defensas o resistencias destinadas a proteger la propiedad de las cosas, violencia que puede efectuarse con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana, o también con el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas o cualquier otro instrumento similar. La frase **instrumento similar** empleada por el legislador, puede comprender cualquier obje-

to que se utilice para ejercer sobre la cerradura un efecto mecánico semejante o análogo al que realiza la llave.

Los procesados, para apoderarse de los objetos, violentaron una de las puertas interiores de la casa, violencia que llevaron a efecto por medio de una barreta que forzó la armella que aseguraba la puerta. Esta barreta de que habla el concepto pericial fue el instrumento análogo o similar a la llave, que sirvió a los autores para ejercer sobre la cerradura el efecto mecánico de hacer girar la puerta y dar acceso al lugar donde se guardaban los objetos que fueron sustraídos.

La diligencia de inspección ocular acredita plenamente esa circunstancia, y como el delito se realizó en un lugar habitado, la sanción impuesta por el Tribunal es lógica; pues, no se trata de un robo perpetrado en las condiciones comunes o generales de un delito de esta naturaleza, sino de un caso especial de agravación contemplado en el artículo 404, numeral 3º, del Código Penal.

El motivo alegado como fundamento de la causal primera no prospera.

El demandante acusa la sentencia por violación del artículo 302 del Código de Procedimiento Penal, pues en su concepto se condena a Ayala por un delito en el cual no está plenamente probada la infracción ni su responsabilidad.

En cuanto a la materialidad de la infracción —en este caso, los objetos robados — nadie puede ponerlo en duda. Unos fueron encontrados en la valija que llevaba consigo Ayala Hernández el día en que fue capturado; los otros, en los sacos de viaje que fueron remesados por el procesado con destino a la ciudad de Bogotá. La procedencia de tales objetos y la circunstancia de encontrarlos en poder del sindicado no fueron explicadas por éste en las instancias del juicio, porque guardó silencio, fingió absoluta ignorancia de lo ocurrido, aunque confesó a última hora que esos hechos se realizaron por insinuaciones de Pedro Antonio Zuleta Gómez.

El Tribunal, en el auto de proceder, consideró a Pedro Antonio Ayala Hernández "como un partícipe necesario del delito, es decir, con una participación exactamente igual, en la medida de la penalidad, a la del consumador de la infracción", porque a ello lo condujo el examen de la prueba recibida en el proceso.

Es verdad que no aparece en la investigación la prueba directa que acuse al procesado como autor de la infracción, pero también es evidente que existe la prueba indiciaria, producida por hechos o circunscunstancias que se entrelazan y combinan entre sí y llevan al ánimo del juzgador la convicción de responsabilidad.

Dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito. Establecida la existencia del cuerpo del delito en su aspecto material, y en presencia de uno o varios indicios comprobados, por vía de inferencia derivada de la naturaleza de las cosas, se llega al conocimiento de otro factor desconocido, cual es el de la responsabilidad del autor.

Así, pues, la posesión de los objetos robados, por parte de Ayala, sin la explicación satisfactoria de esta circunstancia; los antecedentes judiciales, que revelan que el procesado no es un delincuente ocasional sino un habitual de infracciones contra la propiedad, unido todo esto a la confesión indirecta que hace del hecho, son pruebas que llevan a determinar su responsabilidad en la forma como lo hizo el fallador de instancia.

En la valoración de la prueba indiciaria, el Tribunal goza de libertad y amplitud necesarias para fijar su criterio frente a la prueba recogida, y la Corte no podría variar tal apreciación, sino mediante la comprobación de errores manifestamente notorios, que estén en desacuerdo con la evidencia de los hechos demostrados. Sólo así es dable casar la sentencia, con base en la causal segunda.

En el considerando segundo del auto de proceder, el Juzgado especifica los indicios plenamente probados, de los cuales se infiere la participación de Ayala en el delito investigado. Estos indicios, en número mayor de nueve, son más que suficientes para demostrar la imputabilidad, y como la prueba de responsabilidad resultante de ellos, no fue contradicha o desvirtuada en el curso del juicio, sino más bien respaldada por la confesión indirecta que hace el procesado, el juzgador, frente a este nuevo elemento de convicción la valoró como prueba plena, completa y legal para deducir responsabilidad.

En estas condiciones, la responsabilidad de Ayala en la forma fijada por el Tribunal, como partícipe necesario del delito, está suficientemente clara, y al condenarlo, no lo hizo sin prueba pertinente para ello, sino previo cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

Por estas consideraciones, no prospera la causal invocada.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el recurrente que, por haber interpretado o apreciado los hechos, el Tribunal lo considera como

autor del ilícito y lo condena a siete años de presidio, cuando en realidad le correspondían tres; que se le sanciona con la disposición del artículo 404, cuando la pertinente era la del artículo 402 del Código Penal, y que la pena se le impone sin tener en cuenta la cuantía del robo, que fue estimada pericialmente en la cantidad de seiscientos pesos ($. 600), motivo por el cual no existe la debida proporcionalidad.

Si se acusa la sentencia de un Tribunal, con base en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe puntualizar los hechos a los cuales el fallador les atribuye un valor que no tienen o les niega el que en realidad tenían; o demostrar aquellos que no se los valoró en la sentencia, a pesar de estar acreditados en el proceso, o determinar la contradicción deducida de los mismos, siempre y cuando esos hechos sean pruebas de convicción para determinar los elementos constitutivos del delito o sirvan para probar circunstancias eximentes o modificadoras de la responsabilidad.

La simple enumeración de las circunstancias—que se dice — perjudiciales del fallo, producidas por mala interpretación o errónea apreciación de los hechos en relación con el problema debatido, no es motivo suficiente para que prospere la causal, cuando por otra parte no se han cumplido, respecto de la demanda, las condiciones impuestas por el artículo 531 del Código Judicial.

El cargo que hace el recurrente, parece referirse a la valoración de la prueba indiciaria, para deducir de ella la responsabilidad, pero esto carece de fundamento, porque el Tribunal, al apreciar esa prueba, fue muy lógico. En los delitos de robo es muy difícil encontrar una prueba testimonial directa que determine la responsabilidad de su autor, pues esta clase de ilícitos, por su naturaleza, se realizan a espaldas de todo espectador y sin testigos presenciales. En tal evento, el juzgador busca, no en la prueba directa, sino en la indiciaria, los elementos necesarios para deducir responsabilidades. Estos indicios, debidamente comprobados en el proceso, unidos a la confesión del inculpado y a sus antecedentes antisociales, llevaron al Tribunal a la afirmación rotunda de que Pedro Antonio Ayala Hernández era responsable, en calidad de copartícipe necesario, en la ejecución de los hechos.

"En cuanto a las pruebas, — dice la Procuraduría, — por ser éstas indiciales, su aplicación necesita de lógica puesto que ellas permiten una elasticidad para la apreciación de los hechos. En el presente caso la misma concatenación de éstos, desde la entrada de la Vanegas a la casa del señor Morgenstern como sirvienta hasta su segunda fuga, desde la remesa por el procesado Ayala de los objetos robados hasta su último escrito de casación (pasando por su confesión en la última indagatoria por él mismo pedida), lleva directamente el convencimiento sobre la materialidad del delito y la responsabilidad de sus autores. Del proceso surge nítidamente la preparación ponderada del delito con la consecución de la confianza de la presunta víctima por intermedio de la criada, con la ejecución del robo en el momento propicio (ausencia de la casa del señor Morgenstern y su señora, únicos habitantes de ella) y con la huída hacia la capital, portando el botín sustraído".

Así, pues, la causal segunda no está probada y no prospera.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto de la Procuraduría, NO INVALIDA EL FALLO de veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, pronunciado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, que condenó a Pedro Antonio Ayala Hernández a la pena principal de siete años de presidio, por el delito de robo.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada. — Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.



LIMITACIONES A LA CAPACIDADSUBJETIVA EN CONCRETO

I.—La capacidad subjetiva en concreto, o sea la competencia para conocer de un determinado proceso criminal, está limitada por motivos de incompatibilidad, motivos de abstención y motivos de recusación.

II.—El consejo u opinión a que se refiere el numeral 4º del artículo 73 del estatuto procesal penal, comprende, además de los emitidos en virtud de ejercicio profesional, aquellos que, como el auto de proceder, presuponen y requieren el proceso analítico de la responsabilidad y del delito y por lo tanto un concepto sobre la relación jurídica que se define en la sentencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Magistrado doctor Sarasty M., a quien para su tramitación y ponencia le fue adjudicado el negocio relativo al recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto que condenó a Alfonso y Nicanor Fuentes, Israel, Antonio y Manuel Mesías Obando y Luis Morán, a cuatro años de presidio, por los delitos de lesiones y homicidio, se declaró impedido, con fundamento en el numeral 4º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal, para continuar interviniendo en dicho negocio, ya que —como Magistrado del Tribunal de Pasto— no sólo dirigió el procedimiento de segundo grado contra el auto de proceder, sino que, además, fue el Magistrado Ponente en la mencionada providencia.

El problema, nuevamente aquí expuesto, de que el auto de proceder constituye o puede constituír la opinión que —según la invocada norma— origina y funda el impedimento de quien lo ha suscrito para conocer del recurso sometido a la Corte, no ha sido aún resuelto de modo uniforme, no tanto por su aparente complejidad cuanto por la discrepancia o analogía, variablemente sostenidas, que se ha creído hallar entre el contenido jurídico del auto de proceder por una parte, y el de la sentencia de casación por la otra.

La referencia a la doctrina y a la norma positiva, eficientemente contribuye a dilucidar la cuestión.

La competencia para dirigir el procedimiento de un determinado negocio jurídico y decidirlo en derecho, o sea lo que algunos expositores de la escuela italiana denominan "capacidad subjetiva en concreto", puede convertirse en incapacidad si entre el Juez o Magistrado de una parte, y el proceso o las personas que en él intervienen o intervinieron de la otra, se han formado o existen determinadas relaciones que, por su carácter, pueden influír en las decisiones, en detrimento del deber de tutelar la función jurisdiccional y libertarla de la sospecha de que aquellas relaciones pueden en apariencia revestirla.

La doctrina y la ley, en atención a aquel deber, han creado tres motivos que quitan al Juez la capacidad: motivos de incompatibilidad, motivos de abstención y motivos de recusación, y que algunas legislaciones, como la italiana, los incorporaron, sin modificar la clasificación, en su estatuto procesal, y otras, como la colombiana, los redujeron a una dual denominación: impedimentos, si son manifestados por el Juez, o recusaciones si presentados o propuestos por las partes.

La incompatibilidad se concreta en el principio de que quien, como Juez, fiscal, defensor, testigo, ha intervenido en una faz o instancia del proceso, no puede intervenir —en virtud de la sencia misma del proceso y de la esencia de la función jurisdiccional— en las fases o instancias posteriores del mismo, ni tampoco aquel cuyo pariente— dentro del grado que fija la ley— actuó en instancias anteriores.

Este motivo, que la ley colombiana —numeral 7º del artículo 73— limita, además de las relaciones de parentesco, al hecho de "haber dictado la sentencia de cuya revisión se trata", se halla más ampliamente regulado en la italiana.

"El Juez que ha pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia en un proceso —prescribe el artículo 61— no puede participar en el juicio

en los grados ulteriores del mismo ni participar en el juicio posterior a la nulidad o a la revisión. No puede participar en el juicio el Juez que ha pronunciado o concurrido a pronunciar sentencia de remisión a juicio".

No diferencia el estatuto italiano los motivos de abstención y de recusación. "Cuando existe un motivo de recusación —dice el artículo 63, análogamente al artículo 72 del colombiano—aunque no aún propuesto, el Juez a quien tal motivo se refiere tiene la obligación, si lo conoce, de declararlo". Pero confiere al Juez la facultad discrecional —que falta en el colombiano— de abstenerse por motivos no determinados entre los de recusación. "De igual modo —dice el mismo artículo— cuando existen graves razones de conveniencia para abstenerse no enumeradas por la ley entre los motivos de recusación, el Juez debe declararlas".

El estatuto mencionado, cuya dirección doctrinaria en mucha parte siguió el colombiano, tiene —como se ha visto— dos normas que previenen el problema aquí surgido: primera, la que erige en motivo de incompatibilidad, y por consiguiente de abstención, el haber dictado la providencia que remitió o envió a juicio al procesado (**"sentenza istruttoria di rinvio a gindizio"**) y que equivale, en el fondo al auto de proceder; y segunda, la que impone al Juez la obligación de declarar las graves razones de conveniencia para abstenerse de concurrir al juicio.

Conviene transcribir el comentario de un expositor a las normas transcritas, ya que él ilustra el estudio del problema aquí planteado:

"El primer inciso, que mira al caso de la instrucción formal (sumario, aclara la Corte), sanciona la incompatibilidad solamente cuando el juez único (juez de instrucción) o colegial (los componentes de la sección instructoria) hayan respectivamente pronunciado o concurrido a pronunciar la sentencia de remisión a juicio. El Código abrogado establecía, en cambio, la incompatibilidad aun en el caso de que el Juez hubiera realizado actos de instrucción sin pronunciar sentencia de remisión a juicio, y la establecía también en relación con el juez que, en la instrucción sumaria, hubiera cumplido alguno de los actos especificados en el artículo 271. El criterio seguido es jurídico y lógicamente más exacto, ya que, **cuando el Juez no ha emitido ningún juicio sobre la suficiencia de las pruebas o sobre la subsistencia de los elementos de un delito** —subraya la Corte— no puede reconocerse aquella sospecha de prevención o de opinión ya formada que justifica la prohibición de participar en el juicio. Quien allega un acto instructivo realiza obra objetiva de buscar la prueba en interés de la verdad; **quien, en cambio aprecia los resultados de la instrucción** —subraya la Corte— **manifiesta un juicio.** El Código de 1913, además, excluía la incompatibilidad para los jueces que hubieran realizado, por delegación, actos de instrucción". "El Magistrado tiene la obligación —añade el comentador del Código italiano— de declarar la existencia, no sólo de un motivo de recusación, sino de cualquier grave razón de conveniencia para abstenerse; la obligación, sustituída a la facultad a que se referían los dos proyectos, se dirige a elevar cada vez más el prestigio del juzgador alejando todo motivo de sospecha".

La legislación italiana estatuye —en resumen— que el concepto u opinión que caracterizan los motivos de incompatibilidad, son —principalmente— los emitidos en ejercicio de la función jurisdiccional o del Ministerio Público, y de recusación los emitidos fuera de ese ejercicio, ya que de abstención pueden serlo éstos o aquéllos, indistintamente, a los que —aunque no enumerados en la ley—el Juez o Magistrados consideren como "graves razones de conveniencia".

El análisis de la norma positiva colombiana lleva —como aquí se explica— a una conclusión análoga.

Circunscrito el numeral 7º del artículo 73—que es el que determina los motivos de incompatibilidad en los Jueces o Magistrados—al motivo que constituye el hecho de "haber dictado la providencia de cuya revisión se trata", "la opinión sobre el asunto materia del proceso", que el numeral 4º enuncia como motivo de recusación, no puede limitarse a la opinión emitida fuera de la función jurisdiccional; debe también comprender los actos jurisdiccionales cuya validez presupone una deducción, un juicio, un razonamiento, esto es, una opinión o un concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que esos actos —según su objeto y contenido— integran y componen.

Típico de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, y cuya forma y contenido determina el artículo 431 del estatuto procesal penal. Esta calificación —como la norma referente lo prescribe— implica un especial proceso de análisis y de síntesis de los elementos y

modalidades del delito y de los elementos y modalidades de la responsabilidad, deducidos de las pruebas, y que en la mayoría de las veces y no obstante las garantías y oportunidades que el juicio público ofrece al procesado, viene a constituír,, sin adición ni modificación algunas, la parte fundamental de la sentencia recurrida. Esta realidad procesal e histórica explica por qué "la opinión sobre el asunto materia del proceso", erigida en motivo de recusación, puede también ser emitida en actos jurisdiccionales que preceden a la sentencia o son distintos a ella, como entre otros, el que califica el sumario o el que ordena —por causa de contradicción entre el veredicto y los hechos— se convoque a nuevo jurado, y en los cuales el análiss y el juicio, esto es, la opinión sobre la materia del proceso, son base de la decisión. La misma realidad procesal e histórica explica y justifica la posición del funcionario que, después de haber dictado o concurrido a dictar una de aquellas providencias en la primera faz o instancia del proceso, se abstiene de intervenir en la instancia o faz ulterior de revisión.

Esta doctrina tiene su mayor confirmación en la institución jurídica del grado o de la instancia, fundada —precisamente— en el principio de que el examen del acto impugnado mediante un recurso debe atribuírse por la ley a órganos integrados por personas distintas y de jerarquía superior a aquellas que, individual o corporativamente, aprobaron y suscribieron la decisión en el grado o instancia primitiva; y en este orden de ideas, si tal doctrina —concretada a providencias como el auto de proceder o de convocatoria a nuevo jurado— es aplicable a funcionarios de segundo grado, con mayor razón a los Magistrados de la Corte, quienes despues de haber intervenido en las instancias anteriores del proceso, deban dirigir el procedimiento y redactar el proyecto de decisión del recurso; y con igual razón si se trata de determinadas causales —como la segunda, tercera, quinta y séptima, preferentemente— en cuyo examen interfiere o puede interferir, por analogía, el juicio ya emitido en decisiones precedentes, ya que la naturaleza de la casación lleva a analizar y apreciar actuaciones del proceso que si, insignificantes en apariencia, pueden constituír el fundamento del recurso.

Tratándose, finalmente, como se trata, de un motivo de abstención sólo apreciable por el Magistrado a quien afecta, y no incluído entre los de recusación del artículo 73, la interpretación aquí dada a la parte final del numeral 4º de aquel artículo en relación con los juicios emitidos en actos jurisdiccionales, como el auto de proceder y otros, no implica necesariamente la sanción de nulidad en caso de que ni se manifieste ni se alegue el motivo de abstención referido.

Expuesto lo anterior, se procede a resolver el problema aquí suscitado.

El Magistrado doctor Sarasty, en su carácter de miembro del Tribunal Superior de Pasto, dirigió el procedimiento y redactó las ponencias en los recursos contra las siguientes providencias del Juez 2º Superior de Pasto:

a) Auto de proceder (14 de julio de 1939);

b) Auto que negó la inclusión de cuestionarios propuestos por la defensa (27 de septiembre de 1940);

c) Auto que negó la solicitud de nulidad de algunos testimonios (21 de noviembre de 1939), y

d) Auto que negó la excarcelación de los procesados (20 de abril de 1940).

El estudio de estas providencias funda la convicción de que el doctor Sarasty, como Magistrado del Tribunal de Pasto, realizó en ellas serios análisis jurídicos y, consiguientemente, dedujo conclusiones de mayor significado que una simple opinión, y de tanto mayor valor cuanto que la calificación específica del delito por el mencionado Magistrado hecha en el auto de proceder constituye la tesis central de la sentencia, que hoy se impugna ante la Corte; la manifestación que ha hecho, por lo tanto, es fundada.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelve:

a) Declarar que es legal el motivo aducido por el Magistrado doctor Sarasty M. para abstenerse de intervenir en la decisión de este recurso;

b) Adjudicar este negocio al Magistrado que le sigue en turno, y

c) Fijar, para la elección del Conjuez que ha de reemplazarlo, la hora de las diez de la mañana del día siguiente a aquel en que quede ejecutoriada esta providencia.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno — Jorge E. Gutiérrez Anzola. Agustín Gómez Prada—Ricardo Jordán Jiménez. Julio E. Argüello R., Secretario.

EL JURADO ES SOBERANO PARA AFIRMAR O NEGAR CIRCUNSTANCIAS MODIFICADORAS DE LA RESPONSABILIDAD — INTERPRETACION DEL ART. 29 DE LA LEY 4ª DE 1943, SOBRE REDACCION DE CUESTIONARIOS

La parte inmodificable del auto de proceder, ya se trate de juicios en los cuales interviene el Jurado o de aquellos en los que no interviene, es la que determina el género del delito, con la denominación jurídica que le da el Código Penal dentro del respectivo Título o Capítulo, según el caso. Si la parte motiva del auto de llamamiento a juicio fuera inmodificable, se crearía una doble situación: de inferioridad para la defensa de los intereses sociales, y de prevalencia para los del procesado. Si las pruebas que el Ministerio Público aduce en la causa, no tuvieran la virtud de modificar las circunstancias que influyen directamente en la imposición de la sanción, su intervención en el juicio carecería de objeto y el derecho sería una cosa abstracta y sin aplicación real.

La ley 4ª de 1943, en su artículo 29, consagra expresamente el derecho que tienen los jueces de conciencia, no sólo para negar las circunstancias expresadas en el respectivo cuestionario, sino también para hacer el reconocimiento de otra u otras que no fueron planteadas en él. Así, pues, el Jurado es soberano para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ora se hallen contenidas en el auto de proceder, o bien se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio. En todo caso, el veredicto debe ser el reflejo exacto de los hechos comprobados y evidenciados en el proceso.

Otro tanto sucede respecto de los cuestionarios que el Juzgado puede formular, de conformidad con el artículo 28 de la citada ley. Si los cuestionarios se redactan ciñéndose estrictamente a los cargos contenidos en el auto de proceder, se interpreta legalmente la disposición legal, y en este caso, el juzgador de derecho no podría formular cuestionarios, incluyendo circunstancias modificadoras de la responsabilidad que no se hubieren probado dentro del juicio. Si ellos se redactan a base de simples probabilidades, se interpreta la disposición con un criterio extensivo, creando en esta forma a los miembros del Jurado problemas de difícil solución, y en la mayoría de los casos, sus veredictos pecarían contra la evidencia de los hechos acreditados en el proceso.

La interpretación lógico-jurídica de la norma citada es la de que los cuestionarios deben formularse, no sólo de acuerdo con los cargos imputados en el auto de proceder, sino también, de conformidad con aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se demuestren en el curso del juicio. En esta forma, se establece un equilibrio perfecto entre dos derechos: el de la defensa social, por una parte, y el del procesado, por la otra; y la posible arbitrariedad judicial en la redacción de los cuestionarios, se evita o limita por el auto de proceder y por las pruebas del juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintisiete de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En sentencia de veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales confirmó el fallo proferido por el Juzgado 1º Superio del mismo Distrito, que condena a Alfonso García González a la pena principal de treinta y dos meses de presidio, por el delito de homicidio, cometido en la persona de Juan Zapata Ríos.

Antecedentes

El 11 de agosto de 1942, Bernardo y Samuel Valencia, Alfonso y Gilberto García, libaban copas y se divertían en la cantina de Luis Rivera,

situada en uno de los barrios de tolerancia de la ciudad de Santa Rosa de Cabal. En dicho establecimiento se encontraban Luis Arcila y Agustín Valencia, acompañados de dos mujeres. Cuando tocaron una pieza, Gilberto García le pidió permiso a Luis Arcila para bailar con una de las mujeres, y una vez cumplido tal deseo, pasó a dejarla en compañía de éste. Minutos después, Gilberto quiso bailar por segunda vez, pero se opuso Agustín Valencia, expresando que la mujer tenía que bailar con él. Este incidente no tuvo consecuencias graves, debido a la intervención de Arcila, quien dijo que entre amigos no pasaría nada. Entonces intervino Juan Zapata, diciendo que "lo que era con Agustín era con él".

Ante la actitud asumida por Zapata, Gilberto García y sus compañeros pasaron a la cantina de Carlota Arias, donde permanecieron un cuarto de hora, aproximadamente. Al abandonar el establecimiento y después de caminar media cuadra, se encontraron con Juan Zapata y Arturo Galvis Henao. Gilberto reclamó a Zapata sobre el incidente ocurrido en la cantina de Luis Rivera, circunstancia ésta que originó cierto altercado, que aprovechó Alfonso García para asestarle a Zapata una puñalada en el costado izquierdo, a consecuencia de la cual murió el 14 de octubre de 1942.

El 12 de febrero de 1943, el Juzgado 1º Superior calificó el mérito del sumario y llamó a responder en juicio a Alfonso García, por el delito de homicidio. El 10 de agosto de 1944 se verificó la audiencia, y el Juzgado sometió a la consideración del Jurado una sola pregunta, que fue contestada afirmativamente por los jueces de conciencia, con la adición de que más adelante se hablará. Teniendo como base el veredicto, se dictó la providencia que, apelada, fue confirmada por el Tribunal, y contra esta sentencia se interpuso recurso de casación.

Demanda

El apoderado de García invoca como causales de casación las contenidas en los numerales 3º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, causales que a continuación se estudian.

Causal primera

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder o estar ella en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Dice el recurrente que la sentencia dictada por el Tribunal viola el precepto del artículo 384 del Código Penal, en relación con el 28 de la misma obra, por estas razones:

En el auto de proceder, el Juzgado imputó a Alfonso García un delito de homicidio cometido en riña suscitada de un modo imprevisto. El cuestionario se formuló teniendo en cuenta esta circunstancia, y los miembros del Jurado respondieron afirmativamente la pregunta, añadiendo otra circunstancia modificadora de la responsabilidad, la prevista por el artículo 28 del Código Penal sobre el estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación.

Como el Tribunal, al dictar el fallo, prescindió de valorar la modalidad de la riña imprevista, la sentencia no está en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder. Y como el Jurado, al responder el cuestionario, no descartó la circunstancia de la riña imprevista, antes bien, la afirmó, la sentencia, que desconoce este hecho, está en desacuerdo con el veredicto del Jurado.

Se considera:

El artículo 431 del Código de Procedimiento Penal dice que el auto de proceder debe constar de una parte motiva y de otra resolutiva. La primera contiene el resumen histórico del hecho investigado, y si la verdad material, deducida de las pruebas del proceso, no tiene otra explicación lógica o natural que el acto del hombre como violación de la ley penal, debe hacerse esa calificación, imputando al procesado el hecho con las circunstancias conocidas que lo especifiquen. La segunda será la consecuencia lógica de las premisas formuladas en la motiva, en orden a determinar, concretar y precisar el cargo dentro del género del delito. En esta parte resolutiva se circunscribe la imputación y se cataloga el hecho dentro de la escala penal correspondiente, sin especificarlo o tipicarlo como figura especial; es decir, la conclusión del auto de proceder tiene el enunciado general de la denominación jurídica del delito, determinado por el respectivo Título o Capítulo del Código Penal, pero nunca la determinación específica del ilícito.

La finalidad del auto de proceder se satisface, mediante la concreción de cargos que el poder público, por conducto de la rama jurisdiccional y a nombre de la sociedad, imputa al procesado. El objeto de la investigación culmina en esta etapa procesal con la comprobación del elemento ma-

terial de la infracción y con la demostración de la imputabilidad del hombre como autor del hecho investigado. Fijada la posición del procesado frente a la ley, empieza el juicio, etapa procesal donde se controvierten todas las pruebas aducidas por las partes, bien sea para justificar los cargos del auto de proceder, ya también para reforzarlos o determinar otras condiciones que no fueron previstas en él.

La parte inmodificable del auto de proceder, ya se trate de juicios en los cuales interviene el Jurado o de aquellos en los que no interviene, es la que determina el género del delito, con la denominación jurídica que le dá el Código Penal dentro del respectivo Título o Capítulo, según el caso. Si la parte motiva del auto de llamamiento a juicio fuera inmodificable, se crearía una doble situación: de inferioridad para la defensa de los intereses sociales, y de prevalencia para los del procesado. Si las pruebas que el Ministerio Público aduce en la causa, no tuvieran la virtud de modificar las circunstancias que influyen directamente en la imposición de la sanción, su intervención en el juicio carecería de objeto y el derecho sería una cosa abstracta y sin aplicación real.

En el auto de proceder dictado contra Alfonso García, se aplicaron los principios que se dejan expuestos; y en la parte motiva de dicha providencia, el Juzgado afirmó que el homicidio se consumó en riña suscitada de modo imprevisto, modalidad ésta que fue contemplada en el respectivo cuestionario.

Al Jurado se le interrogó si el acusado García González era responsable de "haber dado muerte con propósito de matar, a Juan Zapata Ríos por medio de lesión que le ocasionó con arma cortante y punzante y en riña que se suscitó de modo imprevisto..." La respuesta fue afirmativa, así:

"SI, PERO en estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación".

Como se ve, el cuestionario se redactó de conformidad con los cargos establecidos en el auto de proceder, que imputó a García la comisión de un homicidio intencional, ejecutado en riña imprevista, y a los jueces de conciencia se les interrogó sobre estos puntos, circunscribiendo así el debate a los hechos y circunstancias específicas conocidas dentro del género del homicidio.

Al responder el Jurado, "SI", afirmó la responsabilidad de García como autor de un homicidio intencional, pero rechazó la modalidad de la riña imprevista, como modificadora de la responsabilidad; para sustituírla por el reconocimiento de un estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación. La primera circunstancia modificadora de la responsabilidad fue rechazada por el Jurado, probablemente porque en su ánimo obraron dos factores: la falta de consistencia o solidez de la prueba testimonial para establecer la riña imprevista, y las alegaciones orales del defensor en la diligencia de audiencia, que afirmó que el caso sometido a la consideración de los jueces de conciencia era el de una legítima defensa y no el estado jurídico de una riña imprevista.

La afirmación del estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, tiene su fundamento en la prueba procesal, y como los miembros del Jurado, en la valoración de los elementos probatorios, no se guían por las normas del sistema de la tarifa legal de pruebas, sino por el criterio de conciencia, informado en el principio de convicción, de verdad sabida y buena fe guardada, bien pudo suceder que aquel íntimo convencimiento sobre el estado de ira e intenso dolor, lo dedujeran de las pruebas del proceso, de las alegaciones de la defensa o de los testimonios de Graciela Patiño, Gilberto García y otros.

Tanto el Juzgado como el Tribunal acogieron el veredicto del Jurado, y la sentencia se pronunció con fundamento inmediato en él. El "SI" de la respuesta se refiere a la aceptación y comprobación del hecho como un homicidio intencional, pero de esto no se colige que el Jurado aceptará como probada la circunstancia de la riña imprevista. Si el veredicto estuviera integrado únicamente por el adverbio "SI", afirmativo de la pregunta del cuestionario, indudablemente que esa respuesta comprendería el reconocimiento de que el hecho se cometió en riña imprevista, y en tal caso, la sentencia sería casable, por estar en desacuerdo con el veredicto de los jueces de conciencia.

El Jurado negó la modalidad de la riña imprevista, para acoger otra circunstancia modificadora de la responsabilidad, la contemplada en el artículo 28 del Código Penal, o sea, aquella de que el hecho se consumó en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Las dos circunstancias podrían coexistir en la ejecución de un delito, y el reconocimiento de ellas puede hacerlo el Jurado, pero en el caso que se analiza, el veredicto, por la forma en que se halla redactado, excluye la primera y acepta la segunda.

"...los Jurados —dice la Procuraduría— expresaron "SI", pero en estado", etc.; o sea que la conjunción adversativa "pero" modificó el cuestiona-

rio en la modalidad delictiva allí consignada para reemplazarla por otra de distinto alcance y significación. Para que pudiera aceptarse lo que afirma el recurrente en casación, habría sido necesario que el Jurado hubiese contestado en esta forma: "SI", y además en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación".

La conjunción adversativa "PERO", que sigue al adverbio afirmativo "SI" del veredicto, denota oposición o diferencia de dos conceptos que se contraponen entre sí, haciendo imposible el reconocimiento de ambos al mismo tiempo; es decir, el estado de ira o intenso dolor, excluye la circunstancia de la riña imprevista.

Pero se puede argüir que el Jurado no tiene facultad legal para desconocer una circunstancia y declarar otra. A esto se responde:

La ley 4ª de 1943, en su artículo 29, consagra expresamente el derecho que tienen los jueces de conciencia, no sólo para negar las circunstancias expresadas en el respectivo cuestionario, sino también para hacer el reconocimiento de otra u otras que no fueron planteadas en él. Así, pues, el Jurado es soberano para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ora se hallen contenidas en el auto de proceder, o bien se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio. En todo caso, el veredicto debe ser el reflejo exacto de los hechos comprobados y evidenciados en el proceso.

Otro tanto sucede respecto de los cuestionarios que el Juzgado puede formular, de conformidad con el artículo 28 de la citada ley. Pero esta disposición ha sido mal interpretada, ya porque se le ha dado un alcance demasiado extensivo, que puede llevar a la arbitrariedad judicial, ya también porque su interpretación restrictiva, deducida del contenido literal del precepto, aminora los derechos de la defensa.

Si los cuestionarios se redactan ciñéndose estrictamente a los cargos contenidos en el auto de proceder, se interpreta literalmente la disposición legal, y en este caso, el juzgador de derecho no podría formular cuestionarios, incluyendo circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se hubieren probado dentro del juicio. Si ellos se redactan a base de simples probabilidades, se interpreta la disposición con un criterio extensivo, creando en esta forma a los miembros del Jurado problemas de difícil solución, y en la mayoría de los casos, sus veredictos pecarían contra la evidencia de los hechos acreditados en el proceso.

La interpretación lógico-jurídica de la norma citada es la de que los cuestionarios deben formularse, no sólo de acuerdo con los cargos imputados en el auto de proceder, sino también de conformidad con aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se demuestren en el curso del juicio. En esta forma, se establece un equilibrio perfecto entre dos derechos: el de la defensa social, por una parte, y el del procesado por la otra; y la posible arbitrariedad judicial en la redacción de los cuestionarios, se evita o limita por el auto de proceder y por las pruebas del juicio.

Lo inmodificable, lo que no se puede cambiar sin violar la ley, como antes se expresó, es el género del delito, circunscrito en la parte resolutiva del auto de proceder por la denominación jurídica que le da el Código Penal en el Título o Capítulo correspondiente, y esto es lo que constituye, precisamente, la base esencial de la demanda en el juicio penal.

Por estos motivos, la causal invocada no prospera.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Sostiene el demandante que hubo mala aplicación de la ley, porque la sentencia, al desconocer la modalidad de la riña, —afirmada, según él, por el Jurado— viola el artículo 384 del Código Penal. Si el fallo estuviera de acuerdo con la ley, —dice el recurrente— la pena sería de cuatro años por el homicidio intencional, modificado por la riña; y por el estado de ira o intenso dolor, se deduce la tercera parte, o sea, diez y seis meses de presidio, en lugar de treinta y dos que contempla la sentencia.

En el estudio de la causal anterior, se dejó establecido que el veredicto afirmó únicamente el homicidio intencional, consumado por García, y que la circunstancia de la riña fue negada por los jueces de conciencia, para acoger la modalidad del estado de ira o intenso dolor. En tal virtud, la sentencia no es violatoria de la disposición invocada por el demandante.

El motivo alegado como causal de casación, no prospera.

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 de su colaborador, NO INVALIDA el fallo de veintitrés de octubre de mil novecientos cuarenta y cuatro, proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales, que condenó a Alfonso García González a la pena principal de treinta y dos meses de presidio, por el delito de homicidio, cometido en la persona de Juan Zapata Ríos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

ESTIMACION DE LA PRUEBA

La intervención de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba que parte de los Tribunales.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, marzo veintiocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola).

VISTOS:

Isidro Casallas, por mediación de su abogado doctor Joaquín Olarte Rueda, interpuso recurso de casación contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, de fecha trece de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, que condenó al recurrente a la pena de treinta meses de presidio y multa de mil seiscientos veintidós pesos ($ 1.622).

Las causales invocadas para sustentar el recurso son la primera y la segunda del artículo 567 del C. de P. P.

Causal primera

Ser la sentencia violatoria de la ley penal por indebida aplicación de la misma.

Alega el demandante que la sentencia es violatoria da la ley penal por no haberse atendido en su exactitud legal los artículos 34 y 39 del Código Penal. Dice la demanda que la delincuencia de Casallas se calificó en grado medio y no en grado mínimo como debiera serlo, pues la prueba sobre los malos antecedentes del condenado no existe virtualmente. Además hablando en nombre del señor Rafael Silva, quien no ha recurrido en casación, el señor apoderado de Casallas afirma que a dicho señor no se le computó una reincidencia, lo cual implica violación del artículo 34 del Código Penal.

Se considera:

El prontuario que se refiere a los antecedentes del señor Isidro Casallas Peñuela, contiene una enumeración de las diversas actividades delictuosas de que estuvo sindicado y en el mismo documento hay constancia (folio 53) de que Casallas fue condenado a cumplir pena de reclusión por el lapso de cuatro meses el día siete de septiembre de mil novecientos treinta y tres y por el delito de hurto. Si bien es cierto que según los datos del mencionado prontuario llevado en el Gabinete Central de Identificación de la Policía Nacional no existe más dato sobre condenaciones recaídas contra Casallas distinto del anterior, se ve muy claramente por las diversas y numerosas sindicaciones por varios delitos de que ha sido objeto Casallas, una persistente tendencia al mismo que no lo califica como un ciudadano que delinque por pura ocasión. No se puede afirmar que por no existir la copia de la sentencia condenatoria de Casallas de mil novecientos treinta y tres, no tenga validez alguna el dato pronturial de que antes se hizo mención. El documento expresado es por sí suficiente por su carácter de público para acreditar la veracidad de aquella condenación porque es sabido que el Gabinete de Identificación de la Policía registra cuidadosamente las actividades delictuosas de todos los ciudadanos colombianos, y además, al tenor de lo dispuesto por los artículos 251 del C. de P. P., y 632 del C. J., la constancia de que se viene hablando es suficiente.

Respecto a la reincidencia de Rafael Silva que según el demandante no fue computada por el sentenciador, dice con entera razón el señor Procurador Delegado en lo Penal:

"En lo que se refiere a la segunda disposición (alude al artículo 34 del C. P.) la Procuraduría observa que el recurrente carece de personería para atacar la situación jurídica de los Silvas, pues él únicamente representa ante la Corte al procesado Casallas, y no más. Solamente el Ministerio Público o la parte civil podrían llenar aquí la aspiración que pretende el demandante".

El cargo que se formula con respecto a esta situación no subsiste por manera alguna porque el Tribunal sentenciador sí tuvo en cuenta la reincidencia de Silva al aplicarle la pena. Basta transcribir la parte correspondiente de la sentencia de segunda instancia que dice así:

"Respecto a Rafael Silva, atendiendo a que anteriormente fue condenado y obra la copia de la sentencia dictada contra él al folio 87, debe considerarse que es reincidente, de acuerdo con el artículo 34 de la misma obra. Tal circunstancia no puede tenerse a la vez como de mayor peligrosidad, porque esto no es jurídico; y como se trata de un sujeto ignorante, y pobre, etc., se le aplicará el mínimo y se le hará el aumento relativo a la reincidencia".

Las razones aducidas para sustentar la causal primera no tienen ninguna validez, por consiguiente, no prospera.

Causal segunda. — Mala interpretación de los hechos.

Afirma el demandante que el Tribunal sentenciador se equivocó en la apreciación de los hechos, pues éstos no ocurrieron de la manera como los interpreta el Tribunal sino en la forma relacionada por el agente de policía señor Gómez, declaración ésta que aparece en pugna con las de los testigos, las cuales no corresponden a la realidad. En esta forma, la situación de Isidro Casallas sería muy diversa a la planteada en la sentencia y la consecuencia natural, la de declararlo inocente de los hechos.

La Corte ha revisado las indagatorias de los procesados y los careos practicados entre ellos. También ha examinado cuidadosamente las declaraciones de María Ortiz Echavarría, Dámaso Romero, Fernando Garzón y Manuel Echavarría y ha encontrado que todas ellas están generalmente de acuerdo con lo dicho por el agente señor Gómez, no se aprecia diferencia sustancial alguna y por lo consiguiente la interpretación de la prueba llevada a término por el Tribunal no peca de defecto que pueda tenerse en consideración para desvirtuar las consecuencias que se producen de esa apreciación. La única diferencia que existe entre las declaraciones que antes se mencionaron, comparándolas con la del agente Gómez, consiste en la afirmación hecha por el segundo de que con anterioridad al suceso, vio salir de la tienda donde se originó la discusión, cuatro hombres y dos mujeres. Pero esta diferencia no modifica la sustancia de los testimonios de que se ha hablado por cuanto, hay constancia en el proceso de que en la tienda de Echavarría no solamente se encontraban los sujetos que fueron protagonistas del delito sino que había más personas allí que se encontraban como ajenas a los sucesos. Tanto el propietario de la tienda como el testigo Fernando Garzón, afirman que, los señores Julio Corredor e Ignacio Niño salieron de la fonda con posterioridad a Casallas y a Trujillo y con anterioridad a los señores Silvas,

Además, la intervención de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto, y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba que parte de los Tribunales.

El señor apoderado del demandante formula una serie da interrogantes que sólo deben tomarse como suposiciones que no tienen arraigo alguno en las restantes pruebas. Sobre este particular, dice así el señor Procurador:

"Al formular las preguntas que hace el señor abogado recurrente, parte indudablemente de simples suposiciones que no tienen respaldo en los autos, y aun de hechos que sucedieron de diferentes maneras, tal como el de la presencia de Trujillo Moreno, de quien el mismo Casallas dice que se había despedido, y Trujillo Moreno igualmente lo afirma. Igual cosa se puede afirmar con respecto a Vicente Moreno, pues por ninguna parte de la investigación aparece que este individuo hubiera estado en el lugar de los hechos o en sus vecindades. La circunstancia de que hubiera sido capturado acostado y vestido no tiene importancia como indicio ya que es bien sabido que aquí las gentes del pueblo duermen ordinariamente con las mismas ropas que llevan durante el día.

"No existe, pues, incertidumbre alguna en el hecho de que la riña ocurrió exclusivamente entre Casallas y los Silvas, sin intervención de otra persona. Esto lo viene a corroborar, quizás inadvertidamente el mismo demandante cuando acepta las aseveraciones de los testigos que atrás se dejan relacionadas. (Folio 17 de este cuaderno".

De todo lo expuesto hasta aquí, resulta que la apreciación de la prueba en los términos en que fue hecha por el Honorable Tribunal es ajustada a la verdad procesal y no hay otra manera de comprenderla. No puede, por consiguiente, la Corte, variar en forma alguna por este aspecto las consecuencias que se deducen de la prueba lo cual la lleva a desechar la segunda causal propuesta en la demanda.

Por las consideraciones que anteceden, 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 trece de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por la cual se condenó a cumplir treinta meses de prisión al señor Isidro Casallas.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno. — Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez A. — Ricardo Jordán Jiménez. — Domingo Sarasty M. — Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

TRANSPORTE BENEVOLO: RESPONSABILIDAD AQUILIANA

La complejidad de la época moderna ha abierto campo, paralelamente, a inquietantes problemas en el terreno jurídico.

La vida de relación coloca frente a situaciones sugestivamente llamativas en el campo del derecho. Tales son las generadas por la prestación de un servicio gracioso, por la dispensa de una atención, o un acto de deferencia o mera cortesía, en el transporte. Tal vínculo social, esa "relación mundana", no se ha perfilado con toda nitidez en la doctrina y en la jurisprudencia. En semejantes condiciones el transporte sale de la categoría de los actos a título oneroso para entrar en la de los actos benévolos, y "es solamente entonces — dice Josserand — cuando se presenta con toda su dificultad y en toda su incertidumbre, el problema de la fuente, de la naturaleza y de la extensión de la responsabilidad del transportador".

Resulta inoperante invocar una responsabilidad contractual en el caso de un transporte benevolo, que sólo crea una situación potestativa, ya que el conductor complaciente no pretende contraer vínculo jurídico alguno, sino realizar una atención o una mera cortesía.

Por el contrario, la acción de responsabilidad por el ilícito que causa a otro un daño, sí tiene cabida en este orden de relaciones gratuitas. Por tanto su estudio debe subordinarse a la concurrencia de las tres exigencias que han de cumplirse para que prospere la acción.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Gerales. — Bogotá, febrero once de mil novientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna).

En el siniestro denominado del Caquetá, perdió la vida, entre otros, Jorge E. Aranza.

El avión militar Ford, número 644, piloteado por el mayor Alvaro Almeida Ch., alzó vuelo, en una de sus jornadas ordinarias, del Puerto de Leticia con rumbo a la base aérea de Tres Esquinas, el día 27 de agosto de 1941.

El viaje se inició normalmente, pero al aproximarse el avión al corregimiento de La Pedrera, Intendencia Nacional del Amazonas, comenzaron a advertirse fallas en los motores, los que fueron apagándose, primeramente el derecho, y luégo el izquierdo, lo que obligó al copiloto a acelerar el motor central y a dar un viraje sobre el ala izquierda para buscar el río Caquetá. Tales maniobras no tuvieron la culminación ambicionada, y en el forzado viaje, el ala de la aeronave chocó contra un árbol, motivo por el cual "el avión giró sobre el plano izquierdo hasta invertirse la máquina, y en esta colocación y con un ángulo de 75 grados, chocó contra tierra sobre el motor central" (fs. 52 v., c. de prueb. ante la Corte).

Como causa del accidente se apuntó, principalmente, la falta de gasolina.

El tributo a la muerte fue cuantioso, pues como supervivientes sólo quedaron el mecánico ayudante, señor Jorge Velásquez, y el marinero, señor Teófilo Figueroa, dentro de la tripulación, y el corneta señor Luis Cárdenas, dentro de los pasajeros.

Con base en la narración que antecede, el doctor Marco Naranjo López, en su carácter de cesionario, y también como apoderado de la señora María Ester Castillo de Aranza, cónyuge supérstite, promovió demanda ordinaria contra la Nación, para que se condenara a ésta a pagar los perjuicios "causados a María Ester Castillo de Aranza, o, subsidiariamente, a Jorge E. Aranza", o bien a la sociedad conyugal Castillo-Aranza.

Como fundamento legal se invocaron los Títulos 21 y 34 de los Libros Primero y Cuarto del Código Civil, y el Título 18 del Código de Organización Judicial.

Tramitado el negocio conforme a las ritualidades propias de la primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, con fecha 11 de diciembre de 1942, declaró a la Nación civilmente res-

ponsable de los perjuicios causados a la señora María Ester Castillo de Aranza "por la muerte de su esposo señor Jorge E. Aranza, acaecida en accidente de aviación, ocurrido el día veintisiete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno en la selva del sur de la República, jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, y de la Intendencia del Amazonas".

Asímismo dispuso que los perjuicios se liquidaran en la oportunidad señalada en el artículo 553 del C. J., y que se pagaran al doctor Naranjo López y a la demandante, de acuerdo con la proporción indicada en el fallo.

Contra esta providencia no se interpuso apelación, pero como de ella surgen obligaciones a cargo de una entidad de derecho público, procede el conocimiento de esta Superioridad, en vía de consulta, de conformidad con el artículo 508 del Código Judicial.

Agotadas las formalidades de esta segunda instancia, la Sala entra a hacer el estudio que le incumbe, previas las consideraciones que seguidamente se exponen.

Ejercítase una acción proveniente de una culpa extracontractual, que se circunscribe a la responsabilidad por el hecho de las cosas, o sea del avión, en el alegato de esta instancia (fs. 23, C. número 1 ante la Corte). Mas en el libelo principal, pauta obligada del juicio, se enuncia como mal funcionamiento "de un servicio oficial de transportes aéreos en el Sur de la República, lo cual se debe a culpa imputable a la Nación, o a culpa o hecho de sus representantes o de sus dependientes o de personas autorizadas por la misma entidad, culpa o hechos realizados por causa o con ocasión de la prestación del servicio público mencionado y que de ninguna manera puede imputarse a don Jorge E. Aranza" (hecho noveno de la demanda).

Se estudiarán el transporte benévolo, la responsabilidad contractual y la aquiliana, y los perjuicios.

Transporte benévolo

La complejidad de la época moderna ha abierto campo, paralelamente, e inquietantes problemas en el terreno jurídico.

La vida de relación nos coloca frente a situaciones sugestivamente llamativas en el campo del derecho. Tales son las generadas por la prestación de un servicio gracioso, por la dispensa de una atención, o un acto de deferencia o mera cortesía, en el transporte. Tal vínculo social, esa "relación mundana", no se ha perfilado con toda nitidez en la doctrina y en la jurisprudencia. En semejantes condiciones, el transporte sale de la categoría de los actos a título oneroso para entrar en la de los actos benévolos, y "es solamente entonces — dice Josserand — cuando se presenta con toda su dificultad y en toda su incertidumbre, el problema de la fuente, de la naturaleza y de la extensión de la responsabilidad del transportador". (Repertorio Dalloz).

Diversas corrientes de opinión surgen respecto de esta clase de condiciones. Unos entienden que se trata de un contrato de transporte; otros piensan que existe un contrato innominado; otros sitúan la responsabilidad en tal evento, en la zona de la culpa aquiliana.

A la luz de los principios que informan nuestras instituciones jurídicas, la tesis contractualista no encuentra un asidero firme. Los partidarios de ella hablan de "Contrato reconocido, por el que alguno se obliga, no importa el motivo, sin contraprestación, a transportar, a favor de otro", atemperando la responsabilidad a causa de la relación de benevolencia que dicho transporte conlleva.

Un contrato es un acuerdo de voluntades para crear efectos jurídicos. Tal finalidad es imperativa para delinearlo, ya que no cualquier acuerdo de voluntades lo constituye.

El Código de Comercio define el transporte como "un contrato en virtud del cual uno se obliga, por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, lagos o ríos navegables, pasajeros o mercaderías ajenas, y entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas". Idéntico principio consagra el artículo 2.070 del Código Civil. Ambos Códigos dan base para relievar las siguientes notas características: es un contrato bilateral, principal, consensual, oneroso conmutativo y que genera obligaciones entre dos partes, en virtud del consentimiento y mediante un flete o precio.

En el transporte gratuito, caracterizado por el móvil desinteresado que anima al conductor y originado por "la relación mundana", por la mera cortesía del que lo realiza, no se reúnen los requisitos anotados, por lo cual se aparte de la clasificación antedicha.

La sola confrontación de estas ideas releva a la Sala de ahondar en su estudio.

Responsabilidad aquiliana

Como antes se dijo, resulta inoperante invocar una responsabilidad contractual en el caso de un transporte benévolo, que sólo crea una situación potestativa, ya que el conductor complaciente no pretende contraer vínculo jurídico alguno, sino realizar una atención o una mera cortesía.

Por el contrario, la acción de responsabilidad por el ilícito que causa a otro un daño, sí tiene cabida

en este orden de relaciones gratuitas. Por lo tanto, su estudio debe subordinarse a la concurrencia de las tres exigencias que han de cumplirse para que prospere la acción: un daño sufrido por el demandante, una culpa imputable al demandado, y una relación de causalidad entre estos dos extremos.

Anota la Procuraduría:

"No se trata de un problema de responsabilidad contractual, sino de uno de responsabilidad extracontractual. Es preciso dilucidar previamente la cuestión ya que el Honorable Tribunal incurre en una lamentable confusión, hasta el punto de que leyendo la sentencia no se sabe con certeza a cuál de los dos problemas se refiere".

Verdaderamente, en la sentencia referida se involucra las dos nociones de responsabilidad y conforme al análisis que allí se hace del contrato, con las consiguientes obligaciones de seguridad para el viajero, parece que aquella entidad judicial colocara la cuestión dentro del terreno contractual.

Daño

Dentro de los elementos axiológicos constitutivos de la responsabilidad por culpa aquiliana, es indispensable la existencia del perjuicio causado. Tal perjuicio consiste, en el caso de autos "nada menos que en la muerte del señor Aranza producida como consecuencia de la caída del avión". Para su constatación se trajo copia del acta de defunción, extendida en el corregimiento de La Pedrera, Intendencia Nacional del Amazonas el día 31 de agosto de 1941 (fs. 13 y 19, c. prueb. ante Tribunal). Semejante documento, en presencia del certificado del Ministerio de Gobierno — Departamento de Justicia — en el que se expresa que el corregidor de La Pedrera, no obstante la inveterada costumbre por él practicada de llevar el registro del estado civil, carece de autorización para ello, no reviste la fuerza requerida por la ley. Pero, por otra parte, como no se trata de acreditar el estado civil sino de constatar el hecho de la muerte, no es necesario acudir a una prueba específica, y por tanto los demás medios encaminados a ese fin, son suficiente probanza. Los señores doctor José María Quintana Pereira (fs. 11 v., prueb. ante Tribunal) y Carlos Julio Forero (fs. 17, ibidem) deponen contestes sobre la muerte de Jorge E. Aranza, en la época y circunstancias referidas, y sobre los perjuicios que por tal motivo se causaron a la señora María Castillo de Aranza. También corroboran el hecho de la muerte las declaraciones del doctor Alberto Roldán R. (fs. 7, c. prueb. ante la Corte) y de los señores José Miguel de Paz (fs. 11, ibidem), Gregorio Burgos (fs. 15, ibidem).

Responsabilidad de las entidades de derecho público.

Las entidades de derecho público son responsables civilmente por actos imputables a sus agentes. Es ésta una doctrina ya aceptada y analizada por nuestra jurisprudencia, de una manera muy completa, a propósito de los sucesos del campo de Marte.

Conforme a lo dicho, la responsabilidad del Estado existe por actos de sus agentes.

Según algunos expositores, el acto debe estar dentro de las funciones o sea de las tareas encomendadas al dependiente. Para otros basta que dicho acto haya sido con ocasión del aparente ejercicio de tales funciones, es decir, cuando la función haya sido la causa ocasional del daño, y entre la función y el perjuicio exista una relación lógica.

No es una tesis meramente académica la que aquí se dilucida.

Si se le da aplicación a la teoría del ejercicio de funciones, es evidente que el transporte benévolo realizado en un avión militar, cuya misión no es transportar a cualquier clase de personas, está fuera de las tareas encomendadas al aviador.

Si se da primacía a la segunda teoría, la responsabilidad extracontractual procede.

En cuanto al **onus probandi,** nada es más equitativo que tomar en consideración la intención altruista de quien favorece al amigo o acude en auxilio de una persona que se encuentra en circunstancias apremiantes. Una solución rigurosa en estos casos sería exorbitante.

De aquí se sigue que quien viaja por mera complacencia del transportador, que no está cobrando el precio del pasaje, tendrá derecho a la indemnización, al ocurrir un accidente, cuando demuestre que ha habido culpa por parte del transportador. Sería el **summun jus** aplicar, en estas condiciones, una presunción de culpabilidad con el rigorismo tradicional.

Precisa ahora estudiar el carácter en que viajaba el señor Aranza.

Al respecto la Procuraduría advierte cómo no se escapó al actor esta cuestión cuando en los hechos de la demanda expresó que el señor Aranza "en el momento del siniestro viajaba en cumplimiento de las obligaciones inherentes a su cargo" (hecho cuarto del libelo. Tal circunstancia se trató de acreditar con las declaraciones de Arturo Villarreal (fs. 33, c. de prueb. ante la Corte) y el General Efraín Rojas (fs. 35, ibidem). Empero estos testimonios no son convincentes, pues el primero de los deponentes dice que supo lo que declara por informaciones de algunas personas que vieron al mayor Almeida y a Aranza comprando algunos elementos para la base

aérea de Tres Esquinas. El General Rojas asevera, al referirse al punto que se cuestiona, que por lo que oyó decir en el Ministerio y por informe del personal de la base de Tres Esquinas, Aranza "iba hacia Leticia con el objeto de hacer algunas compras que le había ordenado efectuar el capitán Almeida". Los mismos declarantes afirman que Aranza, por razón de su empleo, tenía que viajar de un lugar a otro por asunto del servicio.

En contraposición, aparece el informe de la Dirección General de Aviación, con fecha 10 de agosto de 1943, en el que se expresa cómo "no es cierto que el contador Jorge Aranza, por razón de su cargo tuviera que hacer viajes con frecuencia a diferentes lugares con el objeto de pagar el personal, toda vez que el mencionado contador lo era únicamente de la base aérea de Tres Esquinas, y los pagos del personal de dicha base se efectuaban en la misma" (fs. 13 v., prueb. actor ante Corte)).

El Director General de Aviación, Teniente Coronel Ernesto Buenaventura, certificó que Aranza viajaba como pasajero y era transportado gratuitamente (c. principal).

En estas condiciones observa la Procuraduría:

"La aviación militar es desde luego un servicio público toda vez que es una organización de funcionarios que prestan al público un servicio regular, en ejercicio del poder y la competencia de la administración, contribuyendo a la policía de la ciudad; pero es un servicio que tiene una finalidad específica cual es la de cooperar, con las otras armas de que se compone el ejército, a la defensa nacional y a la seguridad colectiva. De manera que cuando quiera que un determinado funcionario la hace servir a otros fines distintos de éstos, está comprometiendo su personal responsabilidad, desnaturalizando el servicio, y si el particular en cuyo favor se hace ese desvío de finalidades lo acepta, debe saber que la Nación no puede responder de lo que le suceda" (fs. 12, c. 1, ante la Corte).

En esta parte de la alegación transcrita se da a entender que una extralimitación en las funciones del dependiente, no compromete al empleador o patrón.

Si la tesis rígida, que exige que los hechos se hayan realizado precisamente en el ejercicio de funciones, fuera la más aceptable, el señor Procurador estaría en lo cierto; pero como se opta por una doctrina de más amplitud, como atrás se expresó, tal argumentación se desvanece.

En el accidente de que se está tratando, la extralimitación que podría, quizá, atribuírse al aviador y el hecho perjudicial, tienen una relación causal suficiente para acarrear una responsabilidad.

Con acierto dice el expositor Raúl J. Cornejo:

"Demás está decir que cuando hablamos de "ocasión" nos referimos también al abuso del dependiente en el desempeño de sus tareas, ya que la mayoría de las veces el daño se produce debido precisamente a esta circunstancia".

En accidente automoviliario ocurrido en la carretera Ibagué-Armenia y en el cual perdió la vida la señorita Carmen Emma Góngora, la Corte, en sentencia de 12 de abril de 1937, no halló responsabilidad; pero había una razón muy fundamental y era que existía la prueba de que a la empresa de los autocamiones Saurer, de propiedad de la Nación, le estaba prohibido, expresamente, aceptar pasajeros, circunstancia de que tuvo conocimiento oportuno la señorita Góngora.

Si se estimara que el señor Aranza era conducido en el avión, no como simple particular sino como empleado civil oficial, que viajaba en el ejercicio de sus funciones, la responsabilidad se impondría, sin duda alguna. Y para demostrar este aserto, bastaría recordar que en el mismo accidente del avión 644, sucumbieron el señor José Miguel Vargas Posada y Carlos Julio Morales, de quienes se dijo que viajaban en desempeño de las obligaciones de su cargo. Y las sentencias de la Corte que estudiaron estos casos declararon la responsabilidad civil de la Nación.

En el cuaderno de pruebas ante la Corte, existen documentos que demuestran que una de las causas del accidente había sido la falta de gasolina.

Cuando se resolvió sobre la responsabilidad de la Nación por la muerte del señor José Miguel Vargas, antes citado, dijo la sentencia:

"El accidente se produjo, pues, debido a la falta de gasolina, lo que acusa una imprevisión manifiesta del personal de aviación que tenía a su cargo el manejo del avión y su aprovisionamiento. Este solo motivo, en concepto de la Sala....., sería bastante para deducir la culpa....."

La cita transcrita tiene su precisa aplicación en el presente juicio. Además de esto, "hay culpa cuando el agente no previó los efectos nocivos de su acto habiendo podido preverlos....."

Perjuicios

Nada hay que objetar sobre la condenación a dos mil pesos ($ 2.000.00) por perjuicios morales subjetivos, pues esa suma es la equitativa.

Con relación a los perjuicios materiales que se avaluarán por peritos en el incidente, dijo la sentencia de primer grado:

"Con relación al valor de los perjuicios en esta instancia no se produjo prueba pericial, y tan sólo

se trajeron piezas tendientes a guiar el criterio para hacer esta apreciación, como son la partida de bautizo del difunto de la cual se desprende que nació el 14 de noviembre de 1888; de la partida de defunción aparece que sufrió (sic) el 27 de agosto de 1941, es decir, que murió de cincuenta años, nueve meses, diez y seis días; que en 1937 cuando entró al servicio del Ministerio de Guerra, no adolecía de enfermedad infecto-contagiosa alguna. Que el (sic) la época en que murió enviaba ochenta pesos mensuales a la esposa, lo cual está comprobado con los telegramas en que le anunciaba envío de estas sumas todos los meses. Estos telegramas han obrado en autos sin ser tachados de falsos y, aunados con la certificación del Contralor General de la República, quien es el funcionario encargado del ramo de estadística nacional, en que se afirmaba que de acuerdo con las tablas de mortalidad colombiana, la vida probable de una persona de regular salud en Colombia, de cincuenta y tres años de edad, es de diez y seis años ocho meses, más o menos....." Para hacer el avalúo de los perjuicios materiales, los peritos deben tener en cuenta, a más de los documentos que se han pensionado (sic), las declaraciones de los señores José María Quintana y Carlos Julio Forero, de las cuales se desprende que el señor Aranza era una persona vigorosa, de buena salud, de inteligencia sobresaliente, de muy buena voluntad para el trabajo, de buena preparación profesional, de buenas costumbres, que vivía en armonía con su esposa, sosteniéndola económicamente y por completo".

Se deben apreciar por los peritos como bases, fuera de las anteriores transcritas:

La cantidad con que Aranza atendía a las necesidades de su cónyuge, lo que él ganaba mensualmente, su vida probable a partir de la fecha de su muerte, la vida probable de la demandante, para subordinar los perjuicios periódicos a la supervivencia menor, los gastos personales del señor Aranza. En todo caso se tendrá presente la tabla del ingeniero Egidio Garuffa, y las tablas de mortalidad de las Compañías de Seguros.

En mérito de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada, con la reforma de que se tendrán en cuenta, para el avalúo de los perjuicios materiales, las bases del Tribunal, que ya se transcribieron, y las que en esta sentencia de segundo grado se señalan.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado. — Aníbal Cardoso Gaitán. — Víctor Cock. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pinienta, Secretario.

OPOSICION A UNA PROPUESTA SOBRE EXPLORACION DE PETROLEOS

1. — Si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos es manifiesto que los referidos propietarios en la comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido. Esa comprobación de la copropiedad, en tratándose de bienes raíces, operada a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, ha de consistir en la prueba de adquisición por escritura pública, o por documento auténtico de adjudicación de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo. Habría de resultar de tales documentos si la propiedad del bien existe hoy en común, así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad. Por otra parte, sólo en caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal comunidad organizada desde luego mediante el nombramiento de un administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890.

2. — Si no se halla legalmente comprobada la existencia de un administrador de la comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo. El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación, ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio. Si no hay administrador de la comunidad es natural admitir desde luego que el interés propio del comunero mismo le da legítima personería para la defensa del bien común. (Artículo 22, L. 95 de 1890). Especialmente en casos de la naturaleza del actual si se comprueba que efectivamente el llamado comunero es en realidad un copropietario privado del yacimiento, es ello suficiente para que deba darse por eficaz en su integridad la oposición presentada, ya que no se explica, por regla general, el que una persona particular pueda tener una cuota parte en el dominio del bien respectivo y el que al propio tiempo pueda rechazarse la oposición presentada como si se tratara de un bien del Estado, ordenando la celebración en tal virtud del correspondiente contrato de concesión con el Gobierno Nacional. Con razón el artículo 285 del Código de Minas, en materia que si acaso no fuere directamente aplicable es al menos afín a la estudiada en el caso de autos, estatuye lo que ese artículo reza.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, febrero trece de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock).

Con fecha 16 de noviembre de 1941, la Compañía denominada "Contratistas de Petróleos, S. A.", sociedad colombiana domiciliada en Bogotá, formuló ante el Ministerio de Minas y Petróleos propuesta de contrato para la exploración y explotación del petróleo que pudiera encontrarse en un globo de terreno situado en el municipio de Sitio Nuevo, en el Departamento del Magdalena, con extensión superficiaria de 29.750 hectáreas y cuyos linderos fueron determinados así:

"El punto de partida 1 de la alinderación lo constituye un mojón de concreto con forma de una pirámide truncada cuya base superior es un cuadrado de 0.20 cms. por lado y la inferior otro cuadrado de 0.40 cms. por lado, con una altura total de un metro, que se halla enterrado hasta la mitad. Dicho punto de partida está colocado a treinta y cinco metros (35 mts.) de la orilla oriental del río Magdalena y a una distancia de tres mil setecientos setenta y cinco metros con diez centímetros (3.775.10 mts.) con rumbo sur ochenta y ocho grados cincuenta y tres minutos cuarenta y dos segundos este (88º53'42" E) del mojón astronómico colocado en el Hotel del Prado y cuyas coordenadas geográficas son:

Latitud: 11º 00' 11.43" N.

Longitud: 4h 59m 11.72s N Gwch.

1) — Del punto de partida I se continúa por la banda oriental del río Magdalena aguas abajo hasta dar a un punto II situado sobre la misma orilla. La línea recta que une los puntos I y II, tiene un rumbo Norte cuarenta y cuatro grados cincuenta minutos Oeste (N 44º 50' W) y una longitud de diez mil trescientos cincuenta metros (10.350 mts.)

"2) — Del punto II se continúa en línea recta a dar a un punto III situado sobre la orilla del mar. Este alineamiento tiene un rumbo de Norte sesenta y cuatro grados cuarenta minutos Este (N 64º 40' E) y una longitud de cinco mil trescientos treinta metros (5.330 mts.)

"3) — Del punto III se continúa por la orilla del mar hacia el Oriente hasta dar a un punto IV situado sobre la misma orilla. La línea recta que une los puntos III y IV tiene un rumbo Sur setenta grados treinta minutos Este (S 70º 30' E) y una longitud de treinta mil quinientos cuarenta metros (30.540 mts.)

"4) — Del punto IV se sigue en línea recta con rumbo Sur veintiséis grados cero minutos Oeste (S 26º 00' W) por una distancia de cuatro mil novecientos cincuenta metros (4.950 mts.) hasta dar al punto V.

"5) — Del punto V se sigue en línea recta rumbo Sur treinta y dos grados veinte minutos Oeste (S 32º 20' W) por una distancia de doce mil seiscientos diez metros (12.610 mts.) a dar al punto VI situado en la Ciénaga de Pajaral.

"6) — Del punto VI se continúa en línea recta con rumbo Sur cincuenta y cuatro grados treinta minutos Oeste (S 54º 30' W) por una distancia de catorce mil doscientos quince metros (14.215 mts.) hasta dar al punto VII que se halla situado sobre la orilla oriental del río Magdalena en las inmediaciones de Sitionuevo.

"7) — Del punto VII se continúa por la orilla oriental del río Magdalena aguas abajo hasta dar al punto I de partida. La línea recta que une los puntos VII y I tiene un rumbo de Norte trece grados cuarenta minutos Oeste (N 13º 40' W) y una longitud de veinticuatro mil seiscientos treinta y cinco metros (24.635 mts.)

"Todos los rumbos descritos se refieren al meridiano astronómico o verdadero".

Vino la propuesta referida acompañada de la documentación técnica pertinente y de la relacionada con la existencia y representación de la Compañía proponente; y, habiendo sido sustanciado el asunto en el sentido de solicitar el concepto del Servicio Técnico del Ministerio, esta dependencia oficial hizo algunas observaciones a la propuesta presentada, observaciones que originaron el memorial de la Compañía, de fecha 14 de enero de 1942, que obra en autos, y en el cual se lee lo siguiente:

"1) — De los estudios realizados por el Servicio Técnico aparece que la línea recta que une el punto astronómico colocado en el Hotel del Prado de Barranquilla y el mojón de concreto que sirve de punto I de partida de la alinderación del lote solicitado en contrato, tiene una longitud de 3.775.10 metros y que el rumbo que une este punto con aquél es de S 88º 53' 42" E, pero que en el croquis que se acompañó es de N 89º 00 W lo que indica un cambio de denominación del rumbo. Además, se pone de presente que se fijaron para el mojón astronómico las coordenadas de N 100.000 y E 100.000 con las que se observa un error en las deducidas para el punto I no sólo por el cambio de la denominación del rumbo sino por el cálculo de las coordenadas parciales.

"Evidentemente la observación del Ministerio es fundada y el error de cálculo cometido debe rectificarse así:

"Punto de partida I

"En este sitio se colocó un mojón de concreto que dista ——3.775.10 metros con rumbo S 88º 53' 42" E del mojón o estación astronómica de El Prado. Las coordenadas del nuevo mojón con relación al del Hotel del Prado son N 99.927.2—E. 103.774.4.

"Asignando el mojón astronómico las coordenadas siguientes: ——N 100.000 — E 100.000. La diferencia entre 88º 53' 42" y 89º leída con el transportador en el croquis es debida al carácter de croquis del documento y el rumbo que debe tenerse en cuenta es el primero de los nombrados".

Llevado de nuevo el asunto al estudio del Servicio Técnico, su ingeniero director hubo de concluír en su nuevo informe, así:

"En resumen, conceptúo que la documentación técnica de la propuesta número 115, hecha por la Sociedad denominada "Contratistas de Petróleos, S. A.", se ajusta a las disposiciones reglamentarias sobre la materia, con la anotación de que el área del lote solicitado es de cuarenta y nueve mil ochocientas doce (49.812) hectáreas".

Previo el estudio del caso hecho luégo por el Servicio Legal del Ministerio, este despacho dictó la Resolución de quince de junio de mil novecientos cuarenta y dos, la cual en su parte dispositiva expresa:

"Primero: Admítese la propuesta de exploración con taladro y explotación de petróleos de propiedad nacional número 115, presentada el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, aclarada el catorce de enero de mil novecientos cuarenta y dos, por el señor Luis Orjuela Hidalgo, geren-

e primer suplente de la Compañía denominada Contratistas de Petróleos" Sociedad anónima de nacionalidad colombiana, constituída por escritura ublica número 3.798 de 23 de octubre de 1941, otorada en la Notaría Cuarta de Bogotá, propuesta esa eferente a un globo de terreno que, según el infor-ne rendido por el Servicio Técnico de este Ministeio con fecha 20 de enero del año en curso, sobre una xtensión superficiaria de cuarenta y nueve mil ochoientas doce (49.812) hectáreas, ubicadas en jurisdición de Sitionuevo, en el Departamento del Magdaena y cuyos linderos generales son (aquí ellos).

"Segundo: De conformidad con los artículos 5º de a ley 160 de 1936, y 72 del Decreto Ejecutivo número 1.270 de 1931 y para los efectos allí previstos, publíquese un extracto de esta propuesta en el Diario Oficial, líbrense los carteles y comunicaciones del caso y cúmplanse los demás requisitos establecidos en las disposiciones citadas.

"Tercero: Dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta Resolución, el proponente deberá presentar al Ministerio, con leyendas en castellano, una nueva copia del plano que presentó con leyendas en inglés.

"Cuarto: Por estimar el Ministerio que con relación a la costa colombiana del Atlántico existen razones iguales a las que determinaron el establecimiento de la reserva nacional para la costa del Pacífico, desde ahora se dispone que el contrato que llegare a celebrarse con la Compañía CONTRATISTAS DE PETROLEOS, S. A., con base en esta propuesta, quedará sometido a la aprobación que le imparta el Congreso Nacional.

"Cópiese, publíquese, y notifíquese.
"El Ministro,

Néstor Pineda".

Una vez cumplidas en el Ministerio las publicaciones y demás requisitos de que habla el punto **Segundo** transcrito de la Resolución ministerial; dentro de la oportunidad de rigor, hubo de ser formulada oposición a la celebración del contrato propuesto según memorial presentado ante la Gobernación del Departamento del Magdalena el día 1º de octubre de 1942 y que lleva las firmas de los señores Angel M. Palma y Guillermo Acosta.

El contenido de dicho memorial es del siguiente tenor literal:

Señor Ministro de Minas y Petróleos.
Bogotá.

"Los suscritos, Guillermo Acosta, mayor, con cédula de ciudadanía número 1044751, y Angel M. Palma, mayor, con cédula de ciudadanía número 1412405, ambos de este vecindario, obrando el primero como comunero en las tierras de "Pestagua" y "Salamanca", según los títulos respectivos que a esta solicitud acompañamos; y el segundo en su condición de administrador de la comunidad misma, de conformidad con la escritura pública número 908 que igualmente se acompaña a este escrito, como fundamento de la oposición que aquí formulamos, a nombre de la Comunidad Pestagua y Salamanca, exponemos a usted los hechos siguientes:

"Primero: Ha llegado a nuestro conocimiento el aviso que, con fecha 19 de junio próximo pasado, ha dado al público ese Ministerio, aviso que es del tenor siguiente: — Aviso — Ministerio de Minas y Petróleos. — Secretaría General. — Bogotá, junio diez y nueve de mil novecientos cuarenta y dos. — El Ministerio de Minas y Petróleos, en cumplimiento de lo dispuesto por los artículos 5º de la ley 160 de 1936, y 72 del Decreto 1270 de 1931, avisa que por Resolución fechada el 15 de los corrientes aceptó la propuesta de contrato para la exploración con taladro y explotación de petróleos de propiedad nacional presentada el diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, y aclarada el catorce de enero de mil novceientos cuarenta y dos por el señor Luis Orjuela Hidalgo en su carácter de gerente primer suplente de la Compañía denominada Contratistas de Petróleos, S. A., Sociedad anónima de nacionalidad colombiana, propuesta ésta registrada en el libro respectivo bajo el número 115 y referente a un globo de terreno con una extensión de cuarenta y nueve mil ochocientas doce (49.812) hectareas, ubicado en el municipio de Sitionuevo, en el Departamento del Magdalena, y cuyos linderos generales son (aquí ellos)..... Todos los rumbos descritos se refieren al rumbo astronómico o verdadero. Es término hábil para hacer oposiciones el de sesenta días (60) de que tratan las disposiciones antes citadas. Las oposiciones pueden formularse por escrito directamente al Ministerio de Minas y Petróleos o por conducto de la Gobernación del respectivo Departamento. El Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos (firmado), **Carlos Gustavo Arrieta.**

"Segundo: Dentro de los linderos especificados en el aviso anterior, se encuentran las tierras de "Pestagua" y "Salamanca" que se distinguen por los linderos siguientes: PESTAGUA. Las tierras de Pestagua lindan con el hato de Culantral desde la boca del caño grande en la ciénaga de Cuatro Bocas, que hoy dicen que es el que nombran Clarín comenzando desde dicha boca por el rumbo sudoeste cuarto al Oeste cinco grados oeste y variando muchas

veces el rumbo según su mensura hasta salir dicho caño grande a la Ciénaga de Palenque donde termina dicho Caño Grande, en cuya distancia de boca a boca, es decir, de la boca de la Ciénaga de Cuatro Bocas a la de la Ciénaga de Palenque se miden cuatro mil cuatrocientas cuarenta varas castellanas, siendo los terrenos de Culantral los que quedan al lado o más próximos a la Nevada o sea el Este y los de Pestagua y los que quedan y terminan a la margen del río Magdalena o sea el Oeste de la expresada línea divisoria entre el hato de Culantral y Pestagua. También tiene otra línea que divide dichas tierras de Pestagua con el Hato de Culantral desde la boca del caño Grande a la Ciénaga de Palenque, y desde dicho punto por el rumbo Este cuarta al Suroeste en una sola línea sin variar de rumbo se miden nueve mil noventa varas que terminan en los Cangrejales y atolladeros de las Ciénagas de Pajaral, perteneciendo a Culantral la parte que queda del lado del Norte de esta línea divisoria y Pestagua la que queda del lado del Sur de dicha línea.

Las tierras de Pestagua lindan con los condueños de los terrenos de Carmona y los del Remolino que fueron del señor Miguel Téllez Camacho desde la orilla del río Magdalena en la boca del Caño de Rompedero de la parte arriba de dicho caño por el rumbo Este Noreste se miden mil setecientas setenta y cinco varas castellanas que terminan en la loma que hay entre la ciénaga de los caimanes y el caño de Carmona (hoy le dicen de San Antonio) y desde este punto mudando el rumbo al Este cuarta al Nordeste se miden tres mil setecientas varas que terminan en la punta de Pivijay rendondo, y continuando el mismo rumbo se miden tres mil trescientas varas que terminan donde hubo una palma, concluyendo en este punto la línea divisoria con Carmona con este lado. Conteniendo toda esta línea inclusive las doscientas varas que lindan de las tierras de Remolino que fueron del finado Téllez Camacho, ocho mil setecientas setenta y cinco varas castellanas. También tiene otra línea que divide dichas tierras de Pestagua en los terrenos de Pestagua, Carmona y los de Salitral, pertenecientes estos últimos a los vecinos de Sitionuevo; cuya línea comienza en el mismo punto donde termina la anterior, y por el rumbo Sur cuarta al Suroeste se miden ocho mil novecientas sesenta varas castellanas que terminan en el punto nombrado "Palma de Regalo", desde cuyo punto sigue la línea por el mismo rumbo, pero lindando con la tierra de Salitral y se miden desde él hasta el camino de tierra nueva tres mil quinientas varas castellanas conteniendo toda esta segunda línea dos mil cuatrocientas setenta varas castellanas correspondiendo a Pestagua la parte que al lado de las ciénagas de Pajaral sea el Este de esta línea y a Carmona y Salitral parte que corre para el río Magdalena o sea el Oeste de esta línea. El resto de todos los demás terrenos pertenecientes a Pestagua todos sus límites arcifinios por ser la mayor parte islas, circundadas unas por el mar y ciénagas como las de Salamanca otras por el río de la Magdalena como las de Jo (hoy le dicen Comas) la de playas blancas (hoy dicen del Chorro), otras por el río, ciénagas y ca como la de Pestagua, y finalmente el terreno San Andrés por la parte Este, es arcifinio por termi sus límites en las ciénagas de Pajaral. — SA MANCA: — Esta tierra, adyacente a la de P tagua, se distingue hoy yor las colindancias pasamos a expresar: por el Norte, con el mar C be; por el Sur, con las ciénagas de la "Redon "Caño Hondo" y otra perteneciente a las tierras Pestagua y Salamanca, por el Este barra vieja por medio, con el municipio de Pueblo Viejo; y el Oeste con las mismas tierras de Pestagua y ciénaga de Cuatro Bocas y Ciénaga Grande de S ta Marta.

"Tercero: Las tierras descritas en el punto an rior pertenecen a la Comunidad de Pestagua y Sa manca según las razones que pasamos a expres 'Existe la Cédula Real, dada en el Buen Retiro el Rey de España el primero de mayo de mil se cientos cincuenta y tres de la cual se desprende derecho de dominio sobre los terrenos de Salaman Pestagua y la Isla de Jones. En ese documento se relata la manera como por solicitudes, dilig cias, avalúos y composiciones legales, la Corona España se desprendió de aquellos terrenos, al o gar títulos de dominio sobre ellos en beneficio de p ticulares. Según el relato pormenorizado del mis documento real, la primera solicitud hecha en sentido, se remonta al año de 1717, fecha en la don Antonio de Araújo, pidió se le hiciera mer pagando los derechos respectivos, de la Isla de lamanca, que eran tierras baldías y tenían como caballerías. La posesión de aquel terreno desp de pagados los derechos a la Hacienda Real se cedió en 1718 por el señor Gobernador de Santa M ta. Sin embargo, anteriormente, en 1710 el expr do señor Araújo y don Juan Esteban de Padilla licitaron merced por ocho caballerías y ocho fan en el terreno o Isla de Pestagua, con anegadizos el río de la Magdalena desde las Cuatro Bocas ta el caño del "Rompedero". La merced fue co dida y mediante el integro de cien pesos, el Go nador expidió el título correspondiente y la pose se obtuvo en julio del mismo año. Padilla, se consta, también allí, cedió su parte a Araújo,

ndo éste con derecho a todo el globo. A sus here-
ros, la viuda doña Agustina de Tejada y don Juan
tonio de Araújo, se les dio el dominio de aquellas
rras mediante la composición del caso y el reinte-
o de ciento cincuenta pesos. Después el mismo
n Juan Antonio de Araújo, adquirió de doña María
nénez de Casablanca, que tenía el título del sitio
Jones, por ciento cincuenta pesos. En esa situa-
ón se ejecutó al señor Cristóbal Araújo, heredero
don Juan Antonio y de la viuda doña Agustina
Tejada y después de los trámites legales, se ven-
eron y se remataron las referidas Islas de "Jones",
alamanca" y "Pestagua", Cuatro Caballerías en
an Blas". Dos caballerías de tierra en el sitio de
uripana" y "Peñuela" y otros diversos bienes, re-
atados como único postor en el remate, por la su-
a de doce mil pesos.

Estando ya en posesión don Andrés de Madariaga,
mo dueño de los terrenos mencionados, compró los
guientes bienes, legalmente adquiridos: A doña
osefa Mozo en 1746, en $ 50. Dos caballerías, seis
negadas y dos almudes. Por composición en el año
e 1739, por la suma de $ 64.14 reales y dos mara-
edíes. Dos caballerías, dos fanegadas y tres almu-
es. Por composición en el año de 1748 por la suma
e $ 35 la Isla de Playa Nueva. A la muerte de don
ndrés de Madariaga, su hijo el doctor Andrés de
Madariaga, fue puesto en posesión de todos los te-
renos de su padre, por el Cabildo de Justicia, me-
iante el integro de $ 150, fuertes. Como ya se dijo,
a Cédula Real fue expedida por el Soberano Espa-
ol en 1753 y en ella se ordena respetar todos los de-
echos adquiridos, según la relación anterior. El Do-
umento real está en copia, pero hay constancia que
sa copia fue concordada y confrontada con el ori-
inal, por el Escribano Público que verificó la proto-
olización, lo cual quiere decir que presta el mismo
nérito del original, mientras no se redarguya de
alsa y por constar en depositaría pública.

"**Cuarto:** Los títulos que acreditan la propiedad
articular que tiene la Comunidad de Pestagua y Sa-
amanca, en los terrenos de los mismos nombres se-
ún lo afirmado en el punto anterior, y por consi-
uiente, en el petróleo que allí pueda existir, son los
guientes: —escritura pública número 45 de 15 de
narzo de 1867, otorgada ante la Notaría Primera de
ste Circuito, debidamente registrada; escritura pú-
lica número 216 otorgada también en la Notaría
rimera de este Circuito el 24 de diciembre de 1853;
scritura pública número 158 otorgada en la Nota-
ía Segunda de este Circuito el 30 de noviembre de
574; y escritura pública número 174 otorgada en la
Notaría Primera del Circuito el 30 de septiembre de
353; y escritura pública número 536 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito el 13 de julio de 1903; escritura pública número 691 otorgada en la misma Notaría Primera del Circuito el 10 de septiembre de 1903; escritura pública número 29 otorgada en la Notaría Primera del Circuito el 12 de enero de 1932; escritura pública número 401 otorgada en la Notaría Primera del Circuito el 3 de julio de 1933; último título éste que acredita que el suscrito Guillermo Acosta es comunero de las tierras de "Pestagua" y "Salamanca".

"**Quinto:** De la anterior titulación se desprende también lo que sigue: El 29 de noviembre del año de 1800, de acuerdo con lo que reza la escritura pública otorgada en la Notaría de Cartagena, don Andrés de Madariaga García de Olano, heredero del primitivo don Andrés, dio en venta los mismos terrenos de Pestagua y Salamanca a don Félix Palas. Después de esto, en armonía con lo que acredita la escritura pública número 216 otorgada en la Notaría Primera de este Circuito, la señora viuda de don Félix Palas, doña Mauricia Donado, por medio de apoderado legítimo, constituído, vendió dichos terrenos a los señores Esteban y Francisco Donado, vecinos que eran del municipio de Soledad. Estos señores vendieron luégo la mitad del derecho que tenían en Pestagua y Salamanca a los señores Esteban y Manuel María Márquez, de conformidad con lo que establece la escritura pública número 174, otorgada en la propia Notaría Primera del Circuito, de 30 de septiembre de 1853. Más tarde, los mentados señores Francisco y Esteban Donado y Esteban y Manuel María Márquez, dividieron el derecho en las tierras en ocho acciones, y vendieron cuatro, respectivamente, a los señores Manuel y José Benito Comas, Daniel Moreno y José Manuel Vargas, según lo comprueba la escritura pública número 158, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, el 30 de noviembre de 1372. De estas ocho acciones, Manuel María Márquez tuvo la que le pertenecía a su legítimo padre doctor Manuel María Márquez y un poco más porque como una de las ocho acciones indicadas, las del doctor Francisco Donado, fue vendida por éste a los siete comuneros restantes los últimos llegaron a adquirir más de una acción. Los otros comuneros son los herederos de José Francisco Insignares y de Alberto R. Osorio, Correa & Heilbron, Diógenes Baca Gómez, Reinaldo Donado, Gustavo Heilbron, herederos de Nicanor de las Salas, herederos de Benjamín Donado, Delia O. viuda de Correa, Angel M. Palma, Héctor y Antonio Ramón Moreno, Pedro Márquez, Melchor Molinares, Miguel Angel Berdugo, herederos de Esteban Márquez, Julio Barriosnuevo y Carmela U. de Donado, quienes representan la comunidad de Pestagua y Salamanca.

Tienen, pues las mentadas tierras de Pestagua y Salamanca, títulos que arrancan de la Corona Española.

"**Sexto:** Demostrado como ha sido que las tierras de Pestagua y Salamanca, pertenecen a la comunidad del mismo nombre, el petróleo que se encuentre es de propiedad de esta misma Comunidad y no de otra persona.

"**Séptimo:** El suscrito, Guillermo Acosta, es comunero en la referida comunidad, y por este hecho sustancial tiene personería para hablar por ella en todo en lo que a esa Comunidad sea favorable, según jurisprudencia permanente de la Honorable Corte de Justicia. En mérito de los hechos que dejamos expuestos, apoyados en el artículo 26 de la Ley 37 de 1931, el mismo artículo 5º de la Ley 160 de 1936, los suscritos, Guillermo Acosta, en su condición de comunero de las referidas tierras de **Pestagua y Salamanca**, y Angel M. Palma, en su carácter de administrador de la Comunidad, personero de ella, según el artículo 22 de la Ley 95 de 1890, por medio de este escrito, formulamos oposición, dentro del término correspondiente de sesenta días, a la propuesta de contrato para la exploración con taladro y explotación de petróleo de propiedad nacional, a que hace relación el aviso copiado en el punto primero de este escrito, hecha a ese despacho por el señor Luis Orjuela Hidalgo, en su carácter de gerente primer suplente de la Compañía denominada Contratista de Petróleos, S. A., sociedad anónima de nacionalidad colombiana, propuesta aceptada el día quince de junio de este año, apoyados en el hecho evidente de que el petróleo que se encuentre en las referidas tierras de Pestagua y Salamanca, delimitadas en el punto segundo, de este escrito, tierras que quedan comprendidas dentro de las delimitadas en el mentado aviso, no pertenecen a la Nación, sino a la Comunidad de Pestagua y Salamanca, como lo demostramos con todos los títulos citados en este memorial, que acompañamos y con el certificado de tradición expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga (Departamento del Magdalena) que abarca un período de más de treinta años.

"Solicitamos que se le dé a esta petición el trámite indicado en la parte final del precitado artículo 5º de la Ley 160 de 1936, y presentamos al señor Ministro esta oposición por conducto de la Gobernación del Departamento del Magdalena, por estar situados dichos terrenos en ese Departamento, como lo manda la Ley".

Acompañaron en efecto los autores de la oposición los documentos enunciados bajo el punto **Cuarto** del memorial que se acaba de copiar, así como el certificado de que habla la parte final de la misma transcripción precedente.

En providencia de fecha 5 de noviembre de 1942, dispuso el Ministerio que la oposición presentada pasara al **Servicio Técnico** para la realización del informe correspondiente. Y en tal virtud el señor Director de dicha dependencia ministerial hubo de rendir, con fecha 19 de febrero de 1943, el informe solicitado en el cual llega a la conclusión de que los opositores no presentaron los documentos emanados del Estado que mencionan en su memorial de oposición y que los que acompañan se refieren a traspasos de dominio entre particulares.

Además, que en el segundo punto del memorial de oposición se encuentran unos linderos de las tierras de **Pestagua** y **Salamanca** que adolecen de imprecisiones en varios de sus datos; que no se sabe de qué títulos han sido tomados; y que varios de los puntos que allí figuran no se encuentran en la propuesta. Expresa finalmente "que no es posible, por falta de mejores datos, fijar la relación que pueda haber entre el terreno reclamado como privado en cuanto al petróleo y el lote de la propuesta".

Pasada luégo la oposición al estudio del **Servicio Legal** del Ministerio, solicitó aquella oficina de la de Servicio Técnico, fuera dado el siguiente informe adicional o explicativo:

"1º — Si los linderos y demás datos que figuran en los documentos presentados por el opositor determinen claramente el objeto de la oposición, y

"2º — Si con base en esa determinación queda establecido que dicho inmueble se encuentra afectado total o parcialmente por el lote de la propuesta".

Después de una contestación inicial dada por el señor Director del Servicio Técnico con fecha 14 de julio de 1943 y de una ulterior de fecha 15 de septiembre del mismo año, fue rendido un informe del Servicio Legal del Ministerio, informe así concebido: "Ministerio de Minas y Petróleos. —Servicio Legal.—

Bogotá, veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres.

'Señor Ministro de Minas y Petróleos.

"En S. D.

"Tengo el gusto de rendir el informe relacionado con la oposición formulada a la propuesta de contrato número 115 por los señores Guillermo Acosta y Angel M. Palma, en su carácter de comunero el primero y administrador el segundo de la Comunidad de "Pestagua" y "Salamanca":

"a) — La oposición alega expresamente propiedad privada sobre el petróleo subyacente en terrenos que según los opositores quedan afectados por la propuesta de contrato;

"b) — Tanto la existencia de la comunidad como a personería de los opositores quedan afectados por la propuesta de contrato;

"c) — La oposición fue presentada en tiempo oportuno, es decir, dentro de los sesenta días de que trata el artículo 5º de la Ley 160 de 1936;

"d) — Los opositores no han presentado el título originario del Estado ni tampoco los documentos públicos de origen oficial, emanados de autoridad competente, que acrediten propiedad particular sobre los terrenos objeto de oposición. Unicamente acompañaron escrituras públicas que hacen fe de que los terrenos en ellas mencionados fueron objeto de transmisiones de dominio entre particulares con anterioridad a la fecha de la reserva del subsuelo nacional. El Ministerio ha sostenido ininterrumpidamente que tales hechos jurídicos no constituyen — por remota que sea la fecha de su realización — la prueba plena de que el Estado se haya desprendido legalmente de determinados terrenos y de su subsuelo. No siendo bastante, por lo tanto, comprobar esas enajenaciones para suplir la falta del título originario. Esta es también la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia consagrada en varios de sus fallos (sentencia de 25 de octubre de 1940 y de 5 de agosto de 1942, G. J., números 1961, 1962 y 1963; y número 1987).

"No habiendo presentado los opositores ante el Ministerio el título proveniente del Estado a que hacen referencia en su memorial de oposición, el cual consiste, según afirma, en la Real Cédula dada en el Buen Retiro por el Rey de España el 1º de mayo de 1753, no puede adelantarse concepto sobre el valor jurídico del documento, sobre la correspondencia que pueda haber entre las tierras por él otorgadas a particulares y las que son objeto de esta oposición, así como tampoco sobre la extensión, ubicación y linderos de las mismas, puntos éstos que analiza detalladamente el Servicio Técnico del Ministerio.

"Pero como los interesados han dado cumplimiento a lo dispuesto en el Art. 5º de la Ley 160 de 1936, y como, además, según aparece del informe del Servicio Técnico de 15 de septiembre de este año, es posible que los terrenos de que se considera dueña la comunidad queden afectados con la propuesta de contrato, creo que se debe enviar la oposición ante la Honorable Corte para que esta entidad decida si son o nó fundadas las pretensiones de los opositores.

"Del señor Ministro atentamente,

"(Fdo.) **Mario Escobar Mejía,**
"Abogado del Servicio Legal".

Finalmente, hubo de dictar el Ministerio en relación con la oposición de que se ha venido hablando la siguiente Resolución:

"Ministerio de Minas y Petróleos. — Servicio Legal.— Bogotá, ocho de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

"Por resolución fechada el día 15 de junio de mil novecientos cuarenta y dos, este Despacho aceptó la propuesta de contrato para la exploración con taladro y explotación de petróleos de propiedad nacional, presentada el día diez y siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno, y aclarada el catorce de enero de mil novecientos cuarenta y dos, por el señor Luis Orjuela Hidalgo, en su carácter de gerente primer suplente de la Compañía denominada Contratistas de Petróleos, S. A., sociedad anónima de nacionalidad colombiana, propuesta registrada en el Libro respectivo bajo el número 115 y referente a un globo de terreno con una extensión de cuarenta y nueve mil ochocientos doce (49.812) hectáreas, ubicado en jurisdicción del municipio de Sitionuevo, en el Departamento del Magdalena.

"Admitida la propuesta, se hicieron las publicaciones y emplazamientos de que trata la ley. Dentro del término legal formularon oposición a la celebración del contrato los señores Guillermo Acosta y Angel M. Palma en su condición de comunero el primero de ellos, y de administrador el segundo, de la Comunidad de "Pestagua" y "Salamanca".

"En vista de que la oposición fue presentada oportunamente, de que en ella se alega la propiedad privada del petróleo y de que se han traído las pruebas en que los interesados consideran fundamentar sus derechos, es el caso de ordenar su envío a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia para que por esta Corporación se decida sí son o nó fundadas las pretensiones de los opositores.

"En mérito de lo expuesto, el Ministerio de Minas y Petróleos,

Resuelve:

"Pásese este expediente con la citada oposición a la Sala de Negocios Generales de la Honorable Corte Suprema de Justicia para que esta entidad decida si es o nó fundada.

"Notifíquese y cúmplase.

"(Fdo.) **Néstor Pineda,**
"Ministro de Minas y Petróleos".

Se han hecho las transcripciones precedentes con el propósito principal de indicar el aspecto jurídico que presentaba el asunto cuando para efectos del adelantamiento del presente juicio breve y sumario fue enviado el proceso al conocimiento de la Corte.

Iniciada la tramitación ante esta superioridad merced al reparto hecho con fecha 27 de marzo de 1944, han venido interviniendo en el curso del juicio, además del señor Procurador Delegado en lo Civil tanto la parte opositora como la proponente y hubo lugar aquí a la correspondiente apertura a pruebas del proceso referido.

Pidió en tiempo pruebas la parte opositora por el extenso memorial de fecha 25 de mayo de 1944; pruebas que, en general, fueron todas decretadas. No obstante ello, al expediente sólo hubo de allegarse, de manera efectiva, una copia auténtica de la escritura pública número 4 de 16 de abril de 1878, de la Notaría de Sabanalarga, escritura que contiene la permuta celebrada entre Abigaíl H. Juliao de Juliao y Pedro Recio Agramonte en virtud de la cual éste traspasó a aquélla "una finca de caña de azúcar situada en el Estado de Magdalena en los terrenos conocidos con los nombres de Pestagua y Salamanca, la cual adquirió Agramonte por compra que de ella hizo a Eusebio de la Hoz, según escritura pública otorgada a su favor el 4 de noviembre de 1876 ante el Notario de Barranquilla, cuya finca consta de todo el terreno que se encuentra entre las posesiones colindantes que pertenecen a los señores doctor Manuel María Márquez y Esteban Márquez".

No está por demás observar en la presente providencia que en el memorial de pruebas antes mencionado, presentado por la parte opositora, hubo de solicitarse que se hiciera venir al juicio, entre otros, varios documentos de origen colonial que se mencionaban como relacionados con la propiedad privada de las tierras de **Pestagua** y **Salamanca,** pero que, por omisión del peticionario no vinieron efectivamente, según ya se observó, al actual proceso judicial.

Merece, por otra parte, especial mención la circunstancia de que bajo el título II — **Serie** del memorial de pruebas antes indicado, presentado ante la Corte por el opositor, se solicitó la práctica de una inspección ocular, así:

"I — Serie

"Que decretéis una INSPECCION OCULAR con peritos nombrados en la forma legal, para que determinen si dentro del área de la propuesta de la Sociedad "Contratistas de Petróleos, S. A.", aceptada por la Resolución de 15 de junio de 1942, se hallan comprendidos en todo o en parte todos los terrenos comprendidos en la denominación de tierras de "Pestagua" y "Salamanca", en jurisdicción del municipio de Sitionuevo, Departamento del Magdalena, con identificación del área dicha y terrenos mencionados, teniendo en cuenta las alinderaciones de la mencionada propuesta y las de la demanda de oposición, **alinderaciones que se transcribirán.** Y que, igualmente determinen los peritos si los terrenos en relación son los antiguos lotes denominados "San Andrés" — "Rompedero" — "Sequedad" — "Jerez" — "Tierra Nueva" — "Pestagua" — e isla de "Salamanca".

"Para practicar esta diligencia servíos comisionar por medio de despacho con insertos, y con envío del plano geológico principal que presentó la Compañía, y **con facultad de recibir los nombramientos de peritos,** nombrarlos, posesionarlos y reemplazarlos en caso necesario, AL JUEZ DEL CIRCUITO DE CIENAGA, Departamento del Magdalena. Hago esta solicitud de comisión porque la mayor parte de los comuneros son personas que tienen pequeñas parcelas y poca solvencia económica, y tan sólo se trata de una simple identificación".

Aunque la prueba de la inspección ocular fue decretada por la Corte, en auto de 7 de junio de 1944, en realidad de verdad la parte opositora llegó también a ser omisa a este respecto, de manera que no hubo tampoco de llevarse a su ejecución la importante diligencia de la inspección ocular pedida, diligencia que por lo demás hubo de disponer la Corte el que fuera practicada con intervención de expertos o peritos.

Se sigue de lo que se deja relacionado que por lo que mira al aspecto probatorio propiamente dicho la única novedad que la causa contiene y si inicialmente se considera aquél en relación con el momento en que el Ministerio envió el negocio al conocimiento de la Corte, es el de haber venido a los autos la escritura pública antes mencionada, número 4 de 16 de abril de 1878, de la Notaría de Sabanalarga, escritura que, como lo observa el apoderado de la parte proponente del contrato en su alegato presentado ante la Corte con fecha 24 de marzo de 1945, es documento en el cual no aparecen expresados los linderos de las tierras de "Pestagua" y "Salamanca" ni tampoco los de la finca permutada.

Interesa ahora insertar aquí también el siguiente comentario del apoderado de la Sociedad proponente acerca de la escritura referida, es decir, del documento único traído ante la Corte:

"Cabe anotar que en esta escritura no se habla de la Comunidad de Pestagua y Salamanca, y que

la finca a que ella se refiere se considera como de propiedad exclusiva del vendedor lo mismo que las con las cuales colinda.

"Esta escritura pública no modifica las conclusiones a que llegó el Ministerio de Minas y Petróleos al anotar la ausencia del título de propiedad que demuestre que los terrenos, en referencia salieron del patrimonio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873".

Ahora bien: cumple a la Corte estudiar, en primer término, si los opositores tienen en realidad, o han comprobado debidamente en el proceso, que están investidos de la personería sustantiva suficiente para figurar como tales opositores.

A este propósito habrá de examinarse, en primer término, la personería del señor Palma quien figura como administrador de la llamada Comunidad de Pestagua y Salamanca en nombre de la cual hizo él la correspondiente oposición a la celebración del contrato propuesto por la Compañía "Contratistas de Petróleos, S. A."

Cierto es que figura en autos la escritura número 908 de 15 de julio de 1938, otorgada en la Notaría Primera de Barranquilla, en la cual consta que el señor Julio Vargas Méndez declaró elevar a escritura pública el acta de 12 de julio de 1938, acta según la cual algunas de las personas allí mencionadas, por sí y también asumiendo la representación de terceros se presentaron en calidad de copropietarios de las tierras de Pestagua y Salamanca y miembros de la comunidad de ese nombre, y designaron el Presidente y el Director de la Comunidad y la Junta Directiva de la misma, habiendo recaído el nombramiento de Director en la persona del expresado señor Palma.

Para los efectos del artículo 22 de la ley 95 de 1890 se hizo la designación de Director o Administrador por el acta mencionada y en tal virtud el señor Palma presentó la oposición a la cual se viene haciendo referencia.

La Corte considera:

Si la Comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos copropietarios en la Comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido.

Comprobación de la copropiedad que, tratándose de bienes raíces, no ha de consistir, al menos si operada a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, en prueba distinta de la de adquisición por escritura pública, o por documentos auténticos de adjudicación, de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo.

Habría de resultar, en efecto, de tales documentos si la propiedad del bien existe en común así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad.

Por otra parte, sólo en caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal comunidad organizada desde luego mediante el nombramiento de un Administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la Ley 95 de 1890 antes citada.

Se observa por tanto que faltan en autos los documentos auténticos referidos sobre adquisición actual del condominio, por quienes se presentan en calidad de copropietarios, al no estar al menos comprobado según las constancias actuales del proceso que todos los llamados comuneros, que figuran en el acta antes mencionada, lo sean en realidad, en términos de poder designar, directamente o por medio de sus representantes, un Director o Administrador de la Comunidad. Ni consta, en todo caso, la cuota que a cada uno de ellos le pueda caber en el bien común, en términos de estar legalmente capacitados para llegar a constituír la mayoría requerida a efecto de la designación del Administrador con personería suficiente para representar a tal comunidad en juicio (artículo 17 de la Ley 95 de 1890).

Este punto fundamental de la designación del Administrador de la Comunidad está gobernado de manera especial por el mandato del artículo 17 de la citada Ley 95 de 1890, según el cual hay Junta General de la Comunidad cuando concurra un número de comuneros que represente más de la mitad de todos los derechos en el bien común y es esa necesaria Junta General la que puede nombrar al Administrador por mayoría absoluta de votos.

De manera que, como lo observa el apoderado de la Compañía proponente en el alegato final presentado ante la Corte, no puede aceptarse judicialmente que el señor Angel M. Palma sea Administrador de la supuesta Comunidad, con base en la designación que a él se le hizo por personas que no han comprobado a cabalidad que tienen los necesarios derechos proindivisos en las tierras de Pescagua y Salamanca.

Cierto es que, en armonía con el artículo 22 de la Ley 95 de 1890, el Administrador de la Comunidad debe tener un padrón exacto de todos los comuneros; padrón formado como la misma disposición legal lo establece, y que estaría quizás llamado a demostrar, dentro de las actividades mismas de la Comunidad y en relación con el caso actual, si las per-

sonas que se hacen figurar como comuneros en el acta antes mencionada, que trae la escritura número 908 de 15 de julio de 1938, lo son en realidad y la cuota en que cada uno de ellos lo es y para los efectos de la designación del Administrador.

Empero, ni aún por este aspecto queda eliminada la dificultad de que se viene hablando, ya que de la propia acta mencionada resulta que el padrón referido no existe en realidad en poder de la llamada Comunidad de Pestagua y Salamanca, del cual trata este litigio.

De donde lógicamente habrá de seguirse que no hay lugar a reconocer como jurídicamente valedera la oposición presentada por el señor Palma a título de Administrador de la Comunidad referida.

Surge ahora la necesidad de entrar a estudiar en el presente fallo si el señor Guillermo Acosta, también opositor a la celebración del contrato propuesto, está individualmente investido de representación suficiente para hacer valer personalmente su oposición y por cuanto figura en autos, además del correspondiente certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga, copia de las escrituras públicas números 536 de 13 de julio de 1903, 691 de 10 de septiembre de 1903, 29 de 12 de enero de 1932 y 409 de 3 de julio de 1933, otorgadas ante el Notario Primero de Barranquilla. Dice en efecto el certificado referido en relación con tales escrituras públicas que el señor Acosta mencionado es poseedor inscrito de "tres cuartas de acción de una acción de las ocho en que se consideran divididas las tierras de Pestagua y Salamanca".

Parece aceptable que si en debida forma resultara comprobado en el proceso que el señor Acosta es realmente propietario, o al menos poseedor inscrito de una cuota indivisa de las tierras de Pestagua y Salamanca, base precisa de la oposición en estudio, tal calidad lo haría legalmente idóneo para el logro de que fuera aquí considerada, por el aspecto de fondo, la oposición por él formulada en relación con la posible propiedad privada de los yacimientos de hidrocarburos que dentro de tal bien territorial pudieran existir.

Por ello estima la Corte que no es fundado el siguiente razonamiento del personero de la Compañía proponente del contrato de exploración y explotación de petróleos:

"La oposición formulada por Guillermo Acosta a la misma propuesta se refiere únicamente al derecho de propiedad que él pueda tener en las tierras de Pestagua y Salamanca y la acción por él ejercitada no puede favorecer ni perjudicar a las otras personas que crean tener derechos de propiedad sobre las mismas tierras ,si acaso las hubiere. El artículo 22 de la Ley 95 de 1890 es bien claro al respecto, y aquí se presenta la situación siguiente: Habiendo Administrador de la Comunidad a éste le corresponde la representación de la misma, con exclusión de los comuneros, quienes carecen de derecho para representarse mutuamente. No habiendo Administrador, cada comunero solamente representa su derecho".

En la hipótesis que en autos apareciera plenamente demostrado que el señor Acosta posee una cuota parte indivisa en las tierras de Pestagua y Salamanca, y al haberse hecho necesario admitir, por otra parte, el no hallarse comprobado en autos como ya se dijo que el otro opositor, o sea el señor Palma, sea el Administrador de la Comunidad respectiva o que tal comunidad tenga en realidad un legítimo Administrador, sería a juicio de la Corte el caso de reconocer que el comunero Acosta ha estado, no obstante, investido de personería suficiente en este juicio breve y sumario para actuar por sí en calidad de copropietario del bien común.

Y así la sentencia favorable que pudiera ser dictada como consecuencia de su oposición habría de aprovechar no sólo a él individualmente considerado, y por razón de su cuota en la Comunidad, sino también a la comunidad misma.

En efecto: si se parte del supuesto de que no se halla legalmente comprobada la existencia de un Administrador de la Comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo.

El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio.

Si no hay Administrador de la Comunidad es natural admitir desde luego que el interés propio del comunero mismo le da legítima personería para la defensa del bien común (compárese artículo 22, Ley 95 de 1890).

Especialmente en casos de la naturaleza del actual si se comprueba que efectivamente el llamado comunero es en realidad un copropietario privado del yacimiento, es ello suficiente para que deba darse por eficaz en su integridad la oposición presentada, ya que no se explica, por regla general, el que una persona particular pueda tener una cuota parte en el dominio del bien respectivo y el que al propio tiempo pueda rechazarse la oposición presentada como si se tratara de un bien del Estado, ordenando la

celebración en tal virtud del correspondiente contrato de concesión con el Gobierno Nacional.

Con razón el artículo 285 del Código de Minas, en materia, que si acaso no fuere directamente aplicable, es el menos afín a la que aquí se estudia, estatuye así: "Todas las gestiones que cualquier socio (que es en realidad un comunero en la mina) haga para conservar la propiedad y posesión de una mina aprovecha a los demás socios (o comuneros) aunque no haya obrado especialmente en nombre de ellos".

Constituyen títulos inmediatos y propios del señor Guillermo Acosta los siguientes documentos:

a) — Escritura pública número 901 de julio 3 de 1933, otorgada ante el Notario Primero de Barranquilla, de la cual aparece que la señorita Concepción Páez R. dio en venta al mencionado Acosta por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00), entre otros bienes, el siguiente:

"Tres cuartas partes de acción de la acción que tiene en las ocho en que se consideran divididas las tierras conocidas con los nombres Pestagua y Salamanca, en jurisdicción del municipio de Sitionuevo, en el Departamento del Magdalena con todos los derechos que son inherentes a la calidad de accionista o comunera".

b) — Escritura pública número 29 de 12 de enero de 1932, de la misma Notaría de Barranquilla, de la cual aparece que la mencionada señorita Concepción Páez R. adquirió del señor Manuel María Márquez Barros y a título de compra, entre otros bienes. el siguiente:

"Una acción de las ocho en que se consideran divididas las tierras conocidas con los nombres de Pescagua y Salamanca, en jurisdicción de Sitionuevo, en el Departamento del Magdalena, con todos los derechos que son inherentes a la calidad de accionista o comunera".

Se deja expresa constancia en la escritura pública de la cual se viene hablando que el señor Márquez Barros, vendedor, hubo de adquirir el referido bien por adjudicación en el juicio de sucesión del doctor Manuel María Márquez, protocolizado en la misma Notaría de Barranquilla bajo escritura pública número 536 de 13 de julio de 1903 y también por compra a doña Petrona Barros de Márquez, de conformidad con la escritura pública número 691 de 10 de septiembre de 1903 de la expresada Notaría.

c) — Escritura pública (la que se acaba de citar) número 691 de 10 de septiembre de 1903, en la cual consta la venta hecha por doña Petrona Barros de Márquez al señor Manuel María Márquez Barros "de la mitad de una acción y séptima parte de una acción en las tierras conocidas con los nombres de "Pestagua" y "Salamanca" en jurisdicción del distrito de Sitionuevo, en el Departamento del Magdalena, siendo de advertir que una acción equivale a la octava parte del valor de los terrenos mencionados".

Consta además en la escritura pública a la cual se viene haciendo referencia que la vendedora hubo de declarar que el bien vendido le correspondió y le fue a ella adjudicado en el juicio de sucesión de su finado esposo doctor Manuel María Márquez.

d) — Escritura pública número 536 de 13 de julio de 1903, Notaría Primera de Barranquilla, sobre protocolización del juicio mortuorio del señor Manuel María Márquez. Figura en el ejemplar acompañado al proceso únicamente la hijuela de adjudicación al heredero Manuel María Márquez Barros.

Aparece allí que se le adjudicó "la mitad de una acción y séptima parte de otra acción en los terrenos conocidos con los nombres de Pestagua y Salamanca, en jurisdicción del distrito de Sitionuevo en el Departamento del Magdalena, siendo de advertir que cada acción equivale a la octava parte del valor de los terrenos".

Bien habrá de comprenderse por la relación que precede que en estos títulos inmediatos de propiedad del opositor Guillermo Acosta no aparecen los linderos de los terrenos de Pestagua y Salamanca, indicación de linderos que es normalmente la apta para determinar e individualizar el bien raíz respectivo que es objeto de la transmisión sobre dominio, y aunque lo transmitido sea sólo una cuota parte en un bien raíz en comunidad, toda vez que dicha cuota parte tiene también la calidad de un bien inmueble, sujeto como tal, para los efectos de la transmisión del aludido derecho real de dominio, a los requisitos exigidos en relación con aquella clase de bienes; y es ello así tanto por el aspecto del título en sí mismo considerado como por el de la consiguiente tradición del derecho real respectivo por medio del registro (véanse artículos 1857, 2594, 2659 del C. C., y 15 de la Ley 40 de 1932).

Y es que por lo demás esta situación respecto a la ausencia de alinderación general del terreno de "Pestagua" y "Salamanca" aparece también de manifiesto en certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Ciénaga y que en este género de asuntos procede ser presentado a la luz del artículo 5º de la Ley 160 de 1936.

Dice así, en efecto, el certificado mencionado:

"El infrascrito Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Segundo Circuito de Ciénaga,

"Certifica:

"1º — Que no ha sido cancelado por ninguno de los medios establecidos en el artículo 789 del C. C., el registro que aparece en el libro primero (1º), tomo primero (1º), partida número sesenta y dos (62), folios ciento treinta y nueve a ciento cuarenta y uno (139 a 141), de fecha veintiuno (21) de julio de mil novecientos treinta y tres (1933), correspondiente a la escritura pública número cuatrocientos uno (401) de fecha tres (3) del marzo y año citados, pasada por ante el Notario Primero del Circuito de Barranquilla, mediante la cual consta que el señor GUILLERMO ACOSTA, adquiere por compra, y por la suma de cuatro mil pesos ($ 4.000.00) m. c., los siguientes derechos, de la señora Concepción Páez R., a saber: "Tres cuartas partes (3|4) de acción de la acción que tiene en las ocho (8) en que se consideran divididas las tierras conocidas con los nombres de "Pestagua y Salamanca", ubicadas en jurisdicción del municipio de Sitionuevo, con todos los derechos que son inherentes a la calidad de accionistas o comuneros".

b) — El derecho de dominio sobre un globo de terreno o potrero que hoy se conoce con los nombres de "Playón del Chino", "Playón del Cólera" y "La Coquera", perfectamente cercado con madera y alambre de púas, cultivado en su mayor parte, constante hoy de doscientas sesenta y tres (263) hectáreas y dos mil setecientos metros cuadrados (2.700 m2), situado en jurisdicción del municipio de Sitionuevo, dentro de las tierras de "Petasgua y "Salamanca" y comprendido dentro de los siguientes linderos: Norte, con terrenos de herederos de Antonio Márquez y José C. Márquez; al Noroeste, con predio del doctor José Francisco Insignares, teniendo en medio, el llamado "Remolino de las Vacas"; por el Este y el Sureste, con predio del doctor Alberto R. Osorio; Sur, con el mismo predio del doctor Alberto R. Osorio; Suroeste, predio de Miguel A. Berdugo y el predio denominado "La Ladrillera" y con brazuelo del río Magdalena (frente a la isla de Márquez).

2º — Que según consta del libro número uno (1), tomo primero (1º), partida número uno (1), folios dos a cuatro (2 a 4), de fecha trece (13) de enero de mil novecientos treinta y dos (1932), correspondiente dicho registro a la escritura pública número veintinueve (29) de doce (12) del mes y año citados en este numeral, pasada por ante el Notario Primero del Circuito de Barranquilla, la señora Concepción Páez R., tradente del señor Guillermo Acosta, adquiere por compra, y por la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00) o|l., entre otros derechos, el de dominio sobre el globo o potrero descrito en el numeral anterior, y la acción, una (1), de las ocho (8) en que se hallan divididos los terrenos comúnmente denominados "Pestagua y Salamanca"; tres cuartas partes de dicha acción se han referido también en el numeral que antecede.

3º — La señora Concepción Páez R., adquiere los derechos relacionados en el numeral inmediatamente anterior, del señor Manuel María Márquez Barros.

4º — Que según consta del registro que aparece en el Libro número uno (1), tomo segundo (2º), partida número sesenta y nueve (69), folios veinticinco vuelto a veintisiete (25 v. a 27), de fecha primero (1º) de octubre de mil novecientos tres (1903), correspondiente dicho registro a la escritura número seiscientos noventa y uno (691), pasada por ante el Notario Primero de Barranquilla el día diez (10) de septiembre de mil novecientos tres (1903), el señor Manuel María Márquez Barros, adquiere por compra entre otros bienes, de la señora Petrona Barros de Márque, lo siguiente: "A) la mitad de una acción y séptima parte de una acción en las tierras conocidas con el nombre de "Pestagua y Salamanca" en jurisdicción del distrito de Sitionuevo, siendo de advertir que una acción equivale a la octava parte del valor de los terrenos mencionados....." B) la mitad del derecho en el potrero situado a orillas del río Magdalena; del otro que está adentro, denominado "El Cocal"; del otro que se llama "El Cólera" y del otro destinado para terneros; potreros todos situados en los terrenos de Pestagua y Salamanca....." "C) la mitad de la Coquera que está en el potrero llamado "El Cocal" y de la otra que se encuentra separa (sic) en los mismos terrenos de Pestagua y Salamanca. No aparecen linderos.

La otra mitad de dichos bienes, según certificado que tengo a la vista, expedido el día trece (13) de agosto de mil novecientos treinta y seis (1936), por el señor Registrador del Circuito de Santa Marta, fueron adquiridas por el señor Manuel María Márquez Barros, por adjudicación que se le hizo "en juicio de sucesión o causa mortuoria del finado señor Manuel María Márquez, lo que consta inscrito en la citada Registraduría, en el libro de "Causas Mortuorias", de mil novecientos treinta y seis (1936), época en que los registros del distrito de Sitionuevo debían verificarse en el Circuito de Registro de Santa Marta.

Se deja constancia de que la señora Concepción Páez R., adquiere por medio de su apoderado general, señor José Catalino Márquez A., en el contrato de compraventa referido en el ordinal o numeral segundo del presente certificado.

Que el inmueble descrito en el numeral primero se halla libre de embargo, hipoteca, pleito pendiente,

censo, arriendo, anticresis otorgados por escritura pública y condiciones resolutorias de dominio.

Que lo anterior se certifica previo examen de los libros correspondientes de esta oficina.

Dado en Ciénaga, a los treinta (30) días del mes de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos (1942).

(Firmas ilegibles).

Hay dos sellos".

Se hace aquí la necesaria advertencia previa de que resulta en realidad anómalo el que el certificado que se acaba de transcribir aparezca complementado por una constancia a base de otro certificado que, dice el Registrador, tuvo a la vista, expedido por el señor Registrador de Santa Marta, certificado este último que, en todo caso, ha debido traerse también a la presente actuación.

No es el propósito de la Corte entrar a dilucidar en este juicio breve y sumario los efectos que sobre las transmisiones mismas de dominio pueda tener la aludida falta de alinderación de los terrenos de Pestagua y Salamanca, tal como aparece esa falta en los títulos directos e inmediatos que se dejan relacionados y en los cuales el señor Acosta funda su derecho como comunero en el respectivo bien inmueble objeto de la oposición.

Mas ocurre en verdad que la omisión de los linderos en las sucesivas operaciones de enajenación de que se ha venido hablando conduce a la Corte a la necesidad ineludible de pronunciarse acerca de si está o nó comprobado en autos de manera legal y auténtica que el señor Acosta sea realmente comunero en las tierras de Pestagua y Salamanca, es decir de aquellas mismas tierras descritas en el memorial de oposición, y por los linderos en él detallados.

Se vio ya que los títulos antes referidos del señor Acosta carecen en absoluto de alinderación general de las tierras de Pestagua y Salamanca, de donde se sigue que del contenido mismo de tales títulos no resulta, en la forma auténtica de rigor, la imprescindible identidad entre tales tierras objeto preciso de la oposición y lo adquirido por Acosta en una cuota parte.

Ni mencionan siquiera esos títulos la escritura pública, determinándola debidamente, ni en forma alguna, por la cual el antecesor en el dominio doctor Manuel María Márquez hubiera adquirido sus derechos en las tierras de Pestagua y Salamanca, en forma tal que, de manera auténtica y suficiente, resulte en el presente proceso que esos derechos que estuvieran en cabeza del doctor Manuel María Márquez son precisamente los que él declaró, según escritura pública número 158 de 30 de enero de 1874. de la Notaría Segunda de Barranquilla, poseer en las tierras de la Comunidad Pestagua y Salamanca, alinderándolos en ella con los datos reproducidos hoy en el mencionado escrito de oposición, el cual, en su integridad, fue antes transcrito en el presente fallo de la Corte.

De otro lado, según hubo de verse también aquí, el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos no trae información alguna que ligue la titulación que inmediatamente interesa al señor Acosta con la escritura pública número 158 de 1874 que se acaba de mencionar.

Se sigue de todo lo expuesto que el simpre hecho de que en los títulos propios e inmediatos del señor Acosta sean mencionadas las tierras de Pestagua y Salamanca, sin alinderación de ellas, y aun se haga referencia como antecesor en los derechos de comunidad al nombre del doctor Manuel María Márquez quien figura, en la escritura citada del año de 1874, en la cual si se especifican por linderos (los mismos del escrito de oposición) las tierras de Pestagua y Salamanca, no constituyen datos auténticos suficientes para dar por sentado judicialmente en el presente fallo que el señor Acosta dejó plenamente comprobado en el juicio actual ser comunero en las tierras de Pestagua y Salamanca, determinadas en el escrito de oposición, es decir de aquellas de las cuales a su turno se asegura ,como base fundamental de la oposición misma, que han venido a quedar afectadas en calidad de comprendidas dentro de la comarca cubierta por la propuesta de contrato de la Compañía "Contratistas de Petróleos, S. A."

Y sea el caso de observar también a este propósito que la falta del padrón de la comunidad, es defecto que obsta para poder llegar a una mejor solución de la dificultad en beneficio de la representación del señor Acosta como comunero.

De todo lo cual se sigue que la omisión en los títulos propios del mencionado señor Acosta de la alinderación del lote de Pestagua y Salamanca que en ella se menciona; como también la circunstancia concurrente de la omisión de la referencia adecuada en tales títulos a los títulos antecedentes, para poder ligarlos así sin lugar a duda, y mediante la debida concatenación, a la adquisición privada consumada a favor del opositor del petróleo subyacente en el terreno mismo objeto de la oposición y sobre el cual se alega la existencia de la comunidad; el faltar el padrón llamado a revelar el nombre del señor Acosta como genuino comunero en el bien de que se acaba de hablar; y la carencia en general en este proceso de elementos de identificación jurídicamente suficientes para dar por cierto que el mismo señor Acosta es hoy comunero en el preciso bien raíz de Pestagua y Salamanca cuya alinderación figura

en la oposición, bien con respecto al cual se sostiene de un lado que salió del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre 1873, y de otra parte que en su extensión territorial lo afecta la propuesta de contrato de la Compañía "Contratistas de Petróleos, S. A.", son todas éstas razones que, en conjunto, concurren a justificar el que la Sala haya de admitir que no está en autos suficientemente comprobada la personería sustantiva del señor Acosta en calidad de comunero del lote o lotes de Pestagua y Salamanca, es decir de aquellos precisamente cuyo dominio privado por aparecer señalado como de antigua adquisición ha dado pie a la oposición objeto del presente fallo.

Resultando así no suficientemente comprobada en el proceso la personería sustantiva del señor Acosta en calidad de comunero en el bien objeto de la oposición, o sea en las tierras de Pestagua y Salamanca tales como las describe y delimita el memorial de oposición, no sólo sería excusado sino que carecería el Juez de facultades jurisdiccionales para hacerlo, el entrar a debatir, a efecto de decidir, la dos cuestiones fundamentales del litigio en cuanto al fondo, y que la naturaleza misma de él sugiere, cuales son: lo concerniente a la necesaria determinación del terreno objeto de la oposición por el aspecto de que realmente pudiera estar afectado por la propuesta de contrato hecha por la Compañía "Contratistas de Petróleos, S. A."; y, la tocante al efectivo dominio privado sobre los yacimientos petrolíferos existentes en el territorio mismo objeto de la oposición; dominio que, por lo demás, como es bien sabido, ha de ser comprobado en casos como el presente mediante la exhibición de títulos antiguos, y atendida, en todo caso, la legislación vigente sobre petróleos.

De donde se sigue que la deficiencia anotada sobre la comprobación de la personería sustantiva del opositor señor Acosta es también suficiente por lo que a él toca para desatar el presente litigio en el sentido de declarar no fundada la oposición presentada.

En mérito 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, decide que no es fundada la oposición a la propuesta de contrato de la Compañía denominada "Contratistas de Petróleos, S. A.", domiciliada en Bogotá, para explorar y explotar petróleos en terrenos situados en el municipio de Sitionuevo del Departamento del Magdalena, oposición presentada por los señores Angel M. Palma y Guillermo Acosta.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la Gaceta Judicial y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado C.— Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EN EL ACCIDENTE AEREO DE SANTA ANA — SATISFACCION PECUNIARIA POR CONCEPTO DEL PERJUICIO MORAL SUBJETIVO. — PERJUICIO MORAL OBJETIVADO

1.—La satisfacción pecuniaria que se concede por concepto del perjuicio moral subjetivo causado a la víctima del delito o de la culpa carece, indudablemente, de la debida precisión por la dificultad de determinar y avaluar aquél en las mismas condiciones empleadas respecto al perjuicio simplemente material. De ahí que en la práctica judicial se haya hecho uso de diversos sistemas con el objeto de que la estimación se aproxime lo más posible a las consecuencias del daño sufrido, pero es lo cierto que un método susceptible de garantizar en cada caso este ideal de justicia reparatoria está aún lejos de ser alcanzado. Como todos los fenómenos del alma humana el dolor, la pena, la sensación de desamparo y desconcierto que experimenta quien es víctima de un acontecimiento delictuoso o culposo comporta diversos grados, y es variable y cambiante como lo es la individualidad psíquica del hombre. El suceso desgraciado que a un sujeto dado ocasiona un dolor muy intenso que repercute profundamente en el terreno de sus sentimientos hasta el extremo de producirle alteraciones emocionales de consecuencias graves, en otra persona de diferentes condiciones no produciría los mismos trastornos ni en igual grado de intensidad. Aparte de estos factores de índole interna, que pertenecen por completo al dominio de la psicología y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada. La ley ha dejado al prudente arbitrio del juez la fijación de la cifra que en cada caso debe reconocerse. La jurisprudencia de la Corte ha adoptado para esto la aplicación del artículo 95 del Código Penal.

2.—Se ha dicho que el perjuicio moral objetivado se concreta en las repercusiones de carácter económico que experimenta la víctima del daño y que la disminución patrimonial sufrida debe aparecer demostrada suficientemente en el juicio para poder ser reconocida. No es por eso aceptable la tesis de que siempre que existe el daño moral éste se presenta en su doble aspecto —subjetivo y objetivado— y que a ambos debe extenderse el amparo indemnizatorio. Por el contrario —y es esto lo que acusa la realidad social en la cual se desenvuelve la actividad de los jueces— ocurre que si una persona recibe un agravio en sí misma o en su honra el perjuicio moral subjetivo aparece inexorablemente y tiene el carácter de indemnizable; pero si la lesión o la ofensa recibida apenas produce el dolor o la aflicción, sensación de menoscabo en la reputación social, pero no una disminución de la capacidad productiva habitual, entonces no cabe hablar del daño moral objetivado. Por lo cual lo primero que es indispensable comprobar en los casos judiciales en que tales problemas se ventilan es que ha sobrevenido una merma patrimonial, expresada concretamente, y que esa merma tiene su origen en la pena o el dolor que por su intensidad sea capaz de inhibir la voluntad para el trabajo o reducir los rendimientos que el damnificado derivaba de él.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, febrero veinte de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El señor Octavio J. Benavides y su señora Ana María Cifuentes de Benavides, presentaron ante el Tribunal Superior de Bogotá demanda ordinaria con el fin de que se declare al Estado colombiano civilmente responsable del accidente aéreo de Santa Ana ocurrido el 24 de julio de 1938 y, además, para que se le condene al pago de los perjuicios materiales y morales sufridos por ellos con motivo de la muerte de su hijo Jaime Benavides Cifuentes y de las heridas ocasionadas al demandante Benavides por la misma causa.

La cuantía de los perjuicios fue estimada por los demandantes en la suma de **cincuenta mil pesos** ($ 50.000.00) por la muerte del menor Jaime Benavides y en **veinticinco mil** ($ 25.000.000) por las lesiones del señor Octavio Benavides.

El Tribunal de origen puso fin a la primera instancia en sentencia de seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, cuya parte resolutiva contiene los siguientes pronunciamientos:

"1º La Nación o Estado Colombiano es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes Octavio J. Benavides y Ana María Cifuentes de Benavides con motivo de la muerte de su menor hijo Jaime Benavides Cifuentes, fallecido en el Hospital Militar de esta ciudad el veintinueve de julio de mil novecientos treinta y ocho a consecuencia de las quemaduras sufridas el veinticuatro de julio del mismo mes y año en el accidente de aviación ocurrido en el Campo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, en la Revista Militar que allí se llevó a cabo;

2º La Nación o Estado Colombiano es responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante Octavio J. Benavides por las quemaduras y heridas y lesiones consecuenciales sufridas por éste en el accidente de aviación ocurrido en la mañana del día 24 de julio de mil novecientos treinta y ocho en el campo de Santa Ana, Municipio de Usaquén, en la Revista Militar que allí se llevó a cabo.

3º En consecuencia condénase a la Nación a pagar a los demandantes Octavio J. Benavides y Ana María Cifuentes de Benavides la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente a título de reparación del daño moral meramente subjetivo por la muerte de su hijo Jaime Benavides Cifuentes.

4º Condénase a la Nación a pagar al demandante Octavio J. Benavides la cantidad de mil pesos ($ 1.000.00) moneda corriente a título de reparación del daño moral meramente subjetivo por las heridas que sufrió y la que resulte, previa regulación pericial en la forma indicada por el artículo 553 del Código Judicial, a título de indemnización por los perjuicios materiales sufridos por el mismo.

5º Del monto de la indemnización que debe pagarse a los demandantes por la muerte de su hijo Jaime, debe descontarse la cantidad de cuatrocientos cincuenta y nueve pesos, noventa centavos ($ 450.90) que éstos declaran recibida como auxilio decretado por el Honorable Consejo de Estado y del monto de la indemnización correspondiente al demandante Octavio J. Benavides debe descontarse la cantidad que a la fecha de la ejecutoria de este fallo se le haya pagado como auxilio decretado por el mismo Consejo de Estado en providencia de dos de noviembre de mil novecientos cuarenta, recibidas a buena cuenta de la indemnización. Lo resuelto en este numeral, es sin perjuicio de las disposiciones legales sobre la materia.

6º No se hace condenación en costas".

De esta providencia apelaron ambas partes, por lo cual han venido los autos a esta Superioridad en donde se encuentra agotado el trámite de rigor y se procede, en consecuencia, a dictar el fallo correspondiente previas las consideraciones que al respecto se hacen por la Sala.

Antecedentes

El día 24 de julio de 1938 el Gobierno Nacional ordenó la celebración de una revista aérea con motivo del IV Centenario de la fundación de Bogotá. Dicho acto se llevó a cabo en el campo de Santa Ana o de Marte, en el Municipio de Usaquén.

El Gobierno hizo públicas las invitaciones a la revista, lo que dio lugar a la asistencia de gran parte de la ciudadanía que se encontraba entonces en la capital. En los momentos en que se verificaban las maniobras aéreas, uno de los aparatos —el piloteado por el Teniente César Abadía— cayó súbitamente sobre el campo mismo de las operaciones causando grandes daños a algunas de las personas que se hallaban allí.

Este hecho dio lugar a reclamaciones por parte de los damnificados en el siniestro y la Corte, en numerosos fallos, ha estudiado ampliamente lo que hace relación a la responsabilidad del Estado por el accidente y a su obligación de reparar el perjuicio causado a las víctimas. De ahí que considere innecesario repetir los fundamentos de sus

anteriores decisiones y se concrete en el presente caso al examen de las pruebas aducidas para comprobar la existencia del daño y el monto de los perjuicios causados a los demandantes.

Las pruebas

Según lo que consta en autos, el señor Octavio J. Benavides y su hijo, el menor Jaime Benavides Cifuentes, presenciaban las referidas maniobras aéreas, y el primero de ellos sufrió algunas heridas y el segundo —su hijo— pereció a consecuencia de las lesiones que recibió en el siniestro.

El certificado de defunción que aparece a folio 64 del cuaderno número 1, acredita en forma inequívoca que el menor Jaime Benavides Cifuentes falleció el día 29 de julio de 1938 a consecuencia de "quemaduras generalizadas en el cuerpo" ocasionadas en el "accidente de aviación de Santa Ana el día 24 de julio de 1938". En el mismo cuaderno —fol. 58— se halla la copia del acta matrimonial expedida por el señor Cura Párroco de Vélez, en la cual consta que el señor Octavio Benavides contrajo matrimonio con la señorita Ana María Cifuentes el día veintiocho de abril de mil novecientos veintisiete; y, además, que en la misma Parroquia fue bautizado el niño Jaime de Jesús, hijo del anterior matrimonio, nacido el día veinticinco de diciembre de mil novecientos veintinueve.

En esta forma los demandantes han acreditado plenamente su personería para iniciar la acción de perjuicios por la muerte de su hijo.

Del certificado expedido por la Oficina Central de Medicina Legal con fecha catorce de septiembre de mil novecientos treinta y nueve, firmado por el doctor Guillermo Uribe Cualla, se desprende que "el señor Octavio J. Benavides quedó con cicatrices en ambas manos, consecutivas a quemaduras que limitan sus movimientos de flexión en algunos dedos. Además, tuvo una conjuntivitis en el ojo derecho, que ha contribuído a la evolución de una catarata. Estas lesiones constituyen una perturbación funcional, y deben considerarse como una incapacidad parcial permanente".

Comprobados así en forma legal estos hechos fundamentales de la acción, y no habiendo sido ellos objeto de controversias durante el juicio, cabe estudiar en seguida lo concerniente a la naturaleza y cuantía de los perjuicios, únicos puntos a que se contrae el recurso promovido por las partes contra la decisión de primer grado. Para ello, habrá la Sala de tener en cuenta las constancias procesales, las condenaciones proferidas por el Tribunal, y asimismo, las alegaciones del apoderado de los autores y del señor Agente del Ministerio Público ante la Corte.

Los perjuicios

Para proceder ordenadamente, el capítulo de los perjuicios y su monto comprenderá el examen de las siguientes cuestiones:

a) Los perjuicios morales subjetivos reclamados;

b) Los perjuicios materiales sufridos por el demandante Benavides con motivo de sus propias lesiones;

c) Los perjuicios morales objetivados por la misma causa;

d) Los perjuicios materiales demandados por los actores con ocasión de la muerte de su hijo menor Jaime Benavides; y

e) Los perjuicios morales objetivados sufridos por los padres por igual causa.

Perjuicios morales subjetivos

El Tribunal del conocimiento desestimó el dictamen pericial en lo referente a la determinación de los perjuicios morales causados a los esposos Benavides-Cifuentes por la muerte de su hijo. Este perjuicio fue avaluado por los expertos en la suma de quince mil pesos ($ 15.000.00); pero el Tribunal sentenciador redujo esta cantidad a quientos pesos ($ 500.00) para cada uno de los padres del menor, como correspondiente a los de carácter meramente subjetivo.

En esta última instancia el señor apoderado de los demandantes solicita en su alegato que se revoquen los puntos 3º y 4º de aquella sentencia y se ordene que mediante una nueva experticia se haga el justiprecio correspondiente, o subsidiariamente, que se modifique la regulación del perjuicio moral subjetivo hecho por el Tribunal en el sentido de que se ordene fijar el máximum establecido por la ley. Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil se expresa así respecto a la cuestión:

"Es jurisprudencia constante y abundante de esa H. Sala, que cita y acoge el H. Tribunal y acoge también este Despacho, que la regulación del perjuicio moral subjetivo corresponde al juzgador. Se basa esta doctrina principalmente en

la imposibilidad que existe de avaluar directamente esta clase de daño. Cualquier avalúo, cualquier estimación pericial es simple ficción. Sobre el particular no pueden allegarse pruebas, debido a la naturaleza propia del perjuicio demandado y, en consecuencia, es inútil tramitar un nuevo incidente.

Correspondiendo esta regulación por entero al juzgador, me abstengo de aceptar o de impugnar la condena hecha sobre este punto, esperando que esa H. Sala, obrando con el recto criterio que la caracteriza, fije, a su arbitrio y de conformidad con las doctrinas ya sentadas sobre el particular, la indemnización por concepto de perjuicio moral subjetivo".

La satisfacción pecuniaria que se concede por concepto del perjuicio moral subjetivo causado a la víctima del delito o de la culpa, indudablemente que carece de la debida precisión por la dificultad de determinar y avaluar aquél en las mismas condiciones empleadas respecto al perjuicio simplemente material. De ahí que en la práctica judicial se haya hecho uso de diversos sistemas con el objeto de que la estimación se aproxime lo más posible a las consecuencias del daño sufrido, pero es lo cierto que un método susceptible de garantizar en cada caso este ideal de justicia reparatoria está aún muy lejos de ser alcanzado. Como todos los fenómenos del alma humana el dolor, la pena, la sensación de desamparo y desconcierto que experimenta quien es víctima de un acontecimiento delictuoso o culposo comporta diversos grados, y es variable y cambiante como lo es la individualidad psíquica del hombre. El suceso desgraciado que a un sujeto dado ocasiona un dolor muy intenso que repercute profundamente en el terreno de sus sentimientos hasta el extremo de producir alteraciones emocionales de consecuencias graves, en cambio en otra persona de diferentes condiciones no produciría los mismos trastornos ni en igual grado de intensidad. Aparte de estos factores de índole interna, que pertenecen por completo al dóminio de la psicología, y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada.

Por todo ello, y porque la evaluación pericial de expertos lejos de llenar aquel ideal de justicia es fuente de frecuentes abusos, es por lo que la ley positiva colombiana ha conferido al juez la facultad de señalar una cantidad de dinero dada a título de afirmación del derecho del damnificado, dejando a su arbitrio la fijación de la cifra que en cada caso debe reconocérsele dentro del margen establecido en la misma ley. La constante jurisprudencia de la Corte ha adoptado este sistema consagrado en el artículo 95 del C. Penal, y de manera especial ha venido aplicándolo en la solución de las controversias suscitadas con motivo de la responsabilidad del Estado por el lamentable accidente del Campo de Marte o Santa Ana. Por tales razones esta entidad la mantiene, aunque sin dejar de reconocer sus imperfecciones, y no accede a reformar en este punto la providencia del inferior como se indica en la solicitud principal del apoderado de los demandantes. En cuanto a la súplica subsidiaria, la Sala tiene en cuenta como elementos principales para justificarla, el grado de parentesco entre la víctima del siniestro y los reclamantes, las circunstancias trágicas en que pereció el menor, el hecho de ser el mayor de los hijos varones de aquel matrimonio y la pobreza de la familia que demanda. Con base en estos factores y en los antecedentes jurisprudenciales de la Sala en la solución de casos análogos considera procedente la solicitud de reforma de la providencia recurrida y dispone elevar la cuantía señalada por el Tribunal a la cantidad máxima que la ley autoriza, o sea la suma de dos mil ($ 2.000.00) para cada uno de los demandantes.

No ocurre lo mismo respecto a la indemnización reclamada con causa en el daño moral meramente subjetivo sufrido por el demandante señor Octavio J. Benavides. Es claro que las lesiones por él recibidas debieron producirle un dolor, una aflicción que hay que tener presente para la regulación del perjuicio que reclama; pero también es cierto que debe condicionarse la indemnización por esta causa a la gravedad de las quemaduras, a las lesiones orgánicas y funcionales resultantes y a las consecuencias que de ellas se derivan necesariamente para la vida de relación del damnificado. Aparece de los autos que Benavides sufrió heridas en las manos, que quedó con cicatrices en estos órganos y con limitación

de los movimientos de flexión de algunos dedos; y que además tuvo una conjuntivitis en el ojo derecho que ha contribuído al desarrollo de una catarata, lesiones todas que constituyen una perturbación funcional y deben considerarse como una incapacidad parcial permanente. De otro lado, la localización de las heridas, la circunstancia afortunada de que no dejaron deformaciones notorias y la edad de la víctima son factores que la Sala apreciará para la determinación del daño de carácter moral subjetivo que se demanda. Y al efecto considera que un hombre joven sufrirá un detrimento espiritual muy grave con la presencia de deformaciones faciales o con mutilaciones físicas que puedan darle un aspecto repugnante; y aun en la madurez de la vida una desgracia semejante es susceptible de acarrear una pena muy profunda y hasta irreparable y por consiguiente el Juez deberá decretar la cifra más alta permitida por la ley; mas si se trata de una persona avanzada en años y, sobre todo de la ausencia de deformaciones aparentes que lo inhiban en el ejercicio de su actividad social, lógico es suponer que el sufrimiento es menor y el perjuicio moral subjetivo, por lo tanto, se ve disminuído en grande escala. De acuerdo con lo dicho, no hay fundamentos suficientes, pues, para modificar en este extremo la condenación hecha por el Tribunal, la cual se mantendrá aquí, resolviéndose en esta forma el evento subsidiario propuesto sobre el punto 4º de la sentencia objeto del recurso.

Perjuicios materiales del demandante por sus propias lesiones

En el fallo de primer grado se reconoce que el señor Octavio J. Benavides sufrió perjuicios de carácter material como consecuencia del siniestro aéreo de Santa Ana y condena a la Nación a que haga la indemnización correspondiente mediante el procedimiento regulatorio del artículo 553 del Código Judicial.

Sobre el particular nada dicen las alegaciones del recurrente, y por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil —quien expresamente reconoce la existencia del daño material y la obligación de repararlo— advierte en su vista que el damnificado no quedó completamente incapacitado para el trabajo, y que esta circunstancia debe tenerse en cuenta al determinarse el monto de la condenación por tal concepto.

Con las constancias procesales quedó suficientemente acreditado que el señor Benavides derivó un perjuicio patrimonial como consecuencia de su incapacidad actual para trabajar como antes y atender con su esfuerzo sus propias necesidades y las de su familia, pero se desconoce la extensión de aquel perjuicio. Para la época del siniestro —de acuerdo con los datos que el expediente arroja— el señor Benavides era empleado del órgano judicial y devengaba en su cargo una remuneración de ciento treinta ($ 130) pesos mensuales, con la que cumplía con las obligaciones familiares a su cargo correspondientes al sostenimiento de cuatro hijos —incluyendo al desaparecido Jaime— y al de su mujer legítima, la demandante señora Ana María Cifuentes de Benavides.

Por otra parte aparece del certificado expedido por la Oficina Central de Medicina Legal con fecha catorce de septiembre de mil novecientos treinta y nueve a que ya se hizo referencia que el demandante quedó con cicatrices en ambas manos como consecuencia de las quemaduras que recibió en el accidente y con limitación de los movimientos de flexión en algunos dedos; que además, tuvo una conjuntivitis en el ojo derecho, que ha contribuído a la evolución de una catarata; y que estas lesiones constituyen una perturbación funcional, y deben considerarse como una incapacidad parcial permanente.

El dictamen pericial que se encuentra entre las pruebas practicadas en el juicio no es suficiente para señalar concretamente la cuantía del perjuicio, pues aparte de ser muy vago e impreciso adolece del defecto capital de no acomodarse a la realidad de los hechos demostrados, ya que deja inexplicablemente de lado las únicas bases ciertas que pudieran servir de fundamento a una prueba de esta naturaleza, como son el estado de salud que tenía el damnificado antes del accidente, el grado de incapacidad que por causa de éste se produjo y la consiguiente disminución de su renta de trabajo.

Tampoco aparecen del expediente, ni se deducen del dictamen, los gastos de enfermedad ni el tiempo de la incapacidad total en que estuvo el demandante durante el período del tratamiento, datos todos que son indispensables y fundamentales para determinar el monto de la indemnización. Por fuerza de estos motivos se optará, en consonancia con la resolución apelada, a decretar la condenación **in genere** en lo que se refiere a los perjuicios materiales que en la acción se reclaman del Estado. Ya se dijo que de esta forma de regulación no hay observaciones de las partes, por lo que tampoco existe obstáculo ninguno para

confirmar lo resuelto por el Tribunal en este punto.

Como bases para la regulación a que dé origen la decisión que aquí se adopta, deberán tenerse en cuenta las siguientes:

a) Los gastos que sufragó el demandante Benavides para el tratamiento y curación de las lesiones que recibió;

b) El valor de la renta que dejó de percibir durante el tiempo en que estuvo en abosluta incapacidad para trabajar; y

c) La estimación de la incapacidad parcial en que se encuentra el demandante y la regulación correspondiente de lo que deje de percibir por este concepto, de acuerdo con la última renta percibida por él, y durante el término probable de vida que le quede.

Perjuicios morales objetivados causados al demandante por sus propias lesiones

En el capítulo tercero de su alegato de conclusión ante la Corte agrupa el recurrente los fundamentos de su petición de que se complemente o adicione el fallo de primera instancia y se ordene liquidar el perjuicio moral objetivado causado al demandante por las lesiones que se le produjeron y al matrimonio Benavides Cifuentes por la muerte del niño Jaime Benavides Cifuentes, de acuerdo con los trámites establecidos en el artículo 553 del Código Judicial y con las normas que la Sala se sirva trazar al respecto.

Ningún pronunciamiento hizo el Tribunal sentenciador en relación con el daño moral objetivado que los demandantes pretenden haber recibido por el doble concepto expresado, y desde el ángulo de los intereses que defiende en este juicio el señor Agente del Ministerio Público se opone a la reforma impetrada. Pertenecen a su vista de fondo los pasajes que se transcriben como pertinentes en relación con el punto controvertido: "En efecto, el señor Benavides no trabaja hoy con la misma facilidad que antes. Este es un perjuicio que debe indemnizársele. Pero tampoco puede indemnizársele dos veces, una vez como derivado de un perjuicio moral objetivado y otra vez como derivado de un perjuicio material. El perjuicio es uno solo. De manera que está bien que se le pague el valor de ese daño, pero no doblemente". Y agrega adelante: "Ya se ha expresado cuál es el concepto de este Despacho sobre este punto. Es decir, debe indemnizársele al demandante el perjuicio moral objetivado consistente en la disminución de su capacidad para el trabajo sobrevenido a consecuencia de las heridas que se le causaron siempre que esa misma indemnización no se haya decretado ni por el perjuicio moral objetivado sufrido por el mismo demandante con la muerte de su hijo ni por el perjuicio material sufrido por el mismo Benavides a consecuencia de las heridas que sufrió. Es decir, que con estos tres orígenes el demandante Benavides no sufrió sino **un perjuicio.** Por tanto debe indemnizársele un perjuicio, y una sola vez". Se ha dicho que el perjuicio moral objetivado se concreta en las repercusiones de carácter económico que experimenta la víctima del daño, y que la disminución patrimonial sufrida debe aparecer demostrada suficientemente en el juicio para poder ser reconocida. No es por eso aceptable la tesis de que siempre que existe el daño moral éste se presenta en su doble aspecto —subjetivo y objetivado— y que a ambos debe extenderse el amparo indemnizatorio. Por el contrario —y es esto lo que acusa la realidad social en la cual se desenvuelve la actividad de los jueces— ocurre que si una persona recibe un agravio en su persona o en su honra el perjuicio moral subjetivo aparece inexorablemente y tiene el carácter de indemnizable; pero si la lesión o la ofensa recibida apenas produce el dolor o la aflicción, sensación de menoscabo en la reputación social, pero no una disminución de la capacidad productiva habitual, entonces no cabe hablar del daño moral objetivado. Por lo primero, que es indispensable acreditar en los casos judiciales en que tales problemas se ventilan en que ha sobrevenido una merma patrimonial, expresada concretamente, y que esta merma tiene su origen en la pena o el dolor que por su intensidad sea capaz de inhibir la voluntad para el trabajo o reducir los rendimientos que el damnificado derivaba de él.

Trasladando estas consideraciones elementales al presente caso se hace necesario transcribir en su integridad los pasajes del alegato presentado por el distinguido abogado de los recurrentes para deducir, en conclusión, si dentro de los supuestos jurídicos expresados se halla la reclamación formulada contra el Estado por los esposos Benavides Cifuentes.

Dice así el procurador de la parte demandante:

"Daño moral objetivado causado a los padres por la muerte del hijo y al señor Benavides por las lesiones que sufrió.

"25) La muerte del niño Jaime Benavides Cifuentes causó en sus padres un necesario daño

moral, en el cual hay que distinguir primeramente el que refluye en lo económico, en sus fuerzas para el trabajo, habiendo sido más afectado por esta clase de perjuicio el padre de la víctima. A la vez, las lesiones sufridas por el señor Benavides le acarrearon perjuicio moral, en el cual hay que destacar igualmente el **objetivado.** Con respecto a esta clase de daño (el moral objetivado), la sentencia de primera instancia condenó en general a la Nación (puntos 1º y 2º), pero no ordenó que fuese regulado según lo preceptúa el artículo 553 del Código Judicial. De suerte que el recurso tiende a que la H. Corte ordene su regulación en la forma expresada.

26) Por lo demás, el daño moral objetivado tiene sólido fundamento en el proceso, tanto por razón del fallecimiento del niño, como por las heridas del demandante señor Benavides.

27) En principio, basta considerar, acudiendo a la teoría de las presunciones que la H. Corte desarrolla y aplica brillantemente en el fallo de 22 de julio de 1943, que por el hecho de ser progenitores de un individuo, la desaparición de éste causa en aquéllos necesariamente una pena: es el daño moral **subjetivo.** Pero, si esa pena produce la alteración espiritual, psíquica o mental de los padres, alteración que viene a proyectarse en su capacidad de trabajo, entonces el daño moral se habrá **objetivado.** Se habrá transformado en agravio patrimonial. Con respecto a la persona que sufre unas lesiones, natural es que experimente un daño netamente moral; pero si las lesiones con que queda le producen abatimiento, postración, y en consecuencia disminución en su capacidad, habrá un daño moral **objetivado.**

28) La muerte del niño y las heridas del demandante señor Benavides, ocurridas en las circunstancias horrorizantes del accidente, produjeron en los padres del niño y en Benavides personalmente, un estado psíquico de dolor, de terror, de zozobra, de abatimiento, de postración moral, estado que puede ciertamente disminuír algo con el transcurso del tiempo, pero no desaparecer, y que fatalmente tuvo que producir y produjo en ellos una merma en sus fuerzas, en su capacidad para el trabajo, que necesariamente afectó su patrimonio.

29) La prueba testimonial es abundante al respecto. El doctor Francisco Rodríguez Cuervo dice al f. 1º del Cdno. número 5: "Por el trato continuo con su familia y con el señor Benavides, me consta que eran muy buenas sus capacidades y actividad para el trabajo y los negocios, antes del accidente sufrido, así como de su enorme disminución para esa clase de actividades y trabajos, debido a haber quedado casi ciego **y a su pena moral por la pérdida de su hijo Jaime**, pena que lo ha afectado en mi concepto en una forma bastante notoria, **hasta el punto de creer yo, y muchos de sus amigos, que pueda volverse loco".** Y un poco adelante: "Me consta también que tales lesiones le afectaron no sólo **física sino moralmente,** pues habiendo perdido a su hijo Jaime, **sus sentimientos de afección quedaron muy afectados así como también su capacidad mental y su trabajo por la depresión psíquica en que ha quedado".**

El señor Silvestre Sarmiento (f. 13, Cdno. número 5), afirma que "tales lesiones (las sufridas por el señor Benavides), no sólo le afectaron físicamente, **sino también en sus sentimientos de afección al perder a su hijo Jaime,** de grandes esperanzas y el mayor de sus hijos varones; igualmente me consta que a consecuencia de la citada tragedia ha quedado afectada su **capacidad mental y de trabajo por la depresión psíquica sobrevenida con motivo de tales sufrimientos materiales y morales".**

El señor Luis Castañeda, al f. 14 v. Cdno. número 5, dice que puede asegurarse "que al señor secretario del Juzgado 3º Penal del Circuito de Bogotá (señor Benavides), le va a ser imposible encontrar colocación, oficial o privada (así ha pasado, agrega el suscrito), debido a la incapacidad en que se halla a causa de las lesiones sufridas en la tragedia de Santa Ana; la cual le afectó no sólo físicamente **sino también en sus sentimientos de afección por la pérdida de su hijo Jaibe, con lo cual ha quedado disminuída su capacidad mental y de trabajo, por la depresión psíquica consecuencial"**

En términos parecidos declara el testigo José Joaquín Peña: ".. ..El demandante Benavides, dice el testigo señor Nicolás Angulo G .(f. 32 v. C. número 5), atendía a sus campos y a sus negocios, de una manera inteligente y activa con la plenitud de sus facultades, lo cual una vez ocurrida dicha tragedia **no pudo volver a hacerlo, a causa de la incapacidad física y mental que quedó padeciendo y a la postración moral y psíquica en que lo sumió la muerte de su hijito Jaime y sus propias lesiones".** Y más adelante: "...por el conocimiento que de él tengo, el grado de postración a que lo condujo la tragedia expresada, **es tal que no tiene un momento de tranquilidad, de sosiego ni de alegría, ni de claridad mental".**

Para Vicente Bermúdez (f. 35, Cdno. número 5) "en virtud de haberlo visto personalmente hace el espacio de tiempo de año y medio noté en este señor su intranquilidad, su desasosiego, falta de alegría y su estado mental no era el mismo que antes de haber sufrido las lesiones ya referidas". El mismo testigo ya había declarado sobre el estado de postración de Benavides, originado de la muerte de su hijo y de las lesiones personalmente recibidas.

"Es natural —afirma el testigo Francisco Franky— que con motivo de la muerte de su hijito Jaime, el señor Benavides se encuentre en un estado de abatimiento, de postración y depresión psíquica que anula en parte las excelentes cualidades que dicho señor Benavides poseía en épocas anteriores al suceso de Santa Ana". (F. 40 v. Cdno. número 5).

Otro declarante, el señor José A. Fuentes Gómez (f. 41 v., Cdno. número 5), dice así: "Por el mismo conocimiento sé y me consta que el señor Benavides de bastante claridad mental y de capacidad para el trabajo y los negocios antes de la tragedia, **después de ocurrida ésta cambió no sólo por causa de las lesiones por él sufridas, sino también por la muerte de su hijo Jaime,** lo que lo tiene en una **situación de hondo abatimiento, postración y depresión que le tienen anuladas aquellas excelentes cualidades, lo que he podido observar mediante el trato con el señor Benavides después de ocurrido el accidente".**

Otro de los declarantes sobre este importante tópico, Pedro A. Ariza, como puede verse al f. 50, Cdno. número 5, concreta la transformación operada en el demandante así: "Me consta que después de la tragedia se ha obrado un cambio profundo en él, pues de alegre, activo, de clara comprensión que era, vive hoy abatido, triste, debido a la muerte de su querido hijo Jaime, de manera que naturalmente ha sufrido en su persona, reflejándose en su capacidad para el trabajo que se acentúa y aumenta de día en día, pues ya no emprende ningún negocio como antes". De parecida manera, Francisco Franky (f. 51), Vicente Benavides (f. 51 v.) y Nicolás Angulo (f. 52 v.), deponen sobre los efectos de la situación psíquica en que quedaron los demandantes por consecuencia de la muerte del niño y especialmente el señor Benavides, tanto por dicho motivo como por las lesiones que experimentó.

30) Me he referido sólo a unos testimonios. De éstos surge irrefragable la demostración del doble daño moral objetivado. Determinadas circunstancias robustecen esa demostración, tales como la edad de los padres (55 años, la del padre en julio de 1938), pues los efectos de la muerte del niño y de las lesiones habrían sido menos graves, psíquicamente hablando, si hubiesen estado jóvenes; como el hecho de quedar ellos con cuatro hijos, el mayor (mujer), de trece años, el menor de tres años, siendo tres de ellos mujeres y el único varón que queda (Nelson), de diez años, quien tendrá que ser en la ancianidad de sus padres el sostén principal o único de la familia, pero, por desgracia víctima de parálisis infantil, con graves lesiones (fs. 27 y 29, Cdno. Nº 3). Estas circunstancias hacían más grave aún el daño moral que así se objetivaba más fuertemente.

El fallo del Tribunal declaró en los puntos 1º y 2º de la parte resolutiva, la obligación de la Nación de indemnizar a los padres, por la muerte del niño, y al señor Benavides, por las lesiones sufridas, el daño moral, en el cual se comprende tanto el **subjetivo** como el **objetivado**".

Y en alegato posterior encaminado a refutar las tesis de la Procuraduría se expresa en los siguientes términos:

"A pesar de que acepta el alto funcionario **tres orígenes niega que haya más de un perjuicio,** esto es, no obstante que acepta las distintas causas del daño; niega que éste se produzca también en tres ocasiones. Además, no recuerda el señor Procurador que daño moral y daño material, son especies del género **daños y perjuicios** y que uno y otro se dan por un mismo hecho; ni que daño moral subjetivo y objetivado son clases en que se subdivide el daño moral, y por tanto, uno y otro se conjugan en razón de un mismo hecho generador del perjuicio.

En este caso hay daño moral **objetivado,** por las heridas; hay daño moral **objetivado,** por la muerte del niño, y hay daño material, por las heridas causadas al actor. Pero, porque se cubra uno de ellos, no quedan los otros satisfechos, ya que todos son aspectos o renglones de los **daños y perjuicios.**

Para terminar debo agregar que el señor Benavides, quien siguió trabajando por un tiempo después del accidente, con la ayuda de otra persona, debido a la lesión que sufrió en los ojos, **ya no trabaja**; del Juzgado fue despedido faltándole poco tiempo para completar el requerido para su jubilación, y no ha sido posible que oficina o entidad pública le dé ocupación. No hay para qué hablar de las empresas privadas. El estado en que quedó su vista no le puede deparar otra

suerte. De modo que ni siquiera sobre el trabajo posterior al accidente puede el señor Procurador fundar su oposición desconcertante al reconocimiento del daño material que al actor le acarrearon las lesiones".

De todas las razones invocadas resulta evidente para la Sala que —como lo dice la réplica del señor Agente del Ministerio Público— de existir el daño moral objetivado, éste se exteriorizó concretamente en la disminución de la capacidad productiva y en el consiguiente rendimiento que su trabajo proporcionaba al señor Benavides, por lo que habiéndosele reconocido esta índole de perjuicios como imputable al daño material, no es posible un nuevo reconocimiento a título de perjuicio moral con carácter de objetivado. Con esto está dicho que no puede prosperar la tesis de los recurrentes, para quienes por tener el perjuicio su causa en tres clases de daños debe satisfacerse por igual número de veces, con lo cual echan en olvido que lo que se indemniza es el perjuicio, o sea el efecto del daño, y que aquél puede tener causas múltiples sin que esto implique igual número de reparaciones, lo que sería contrario a los principios jurídicos y al imperio de la equidad.

Pero si como lo expresa el apoderado de los actores y lo confirman los testimonios invocados en el juicio, la depresión moral sufrida por Benavides como consecuencia directa de sus propias lesiones y de la muerte de su hijo ha producido el resultado inmediato de que éste se encuentre en imposibilidad de dedicarse a sus habituales ocupaciones, es preciso convenir entonces en que además del perjuicio material resultante de la disminución de sus capacidades productivas —lo que se traduce en una simple merma de su renta de trabajo, según quedó dicho— se hace necesario, además, pronunciar el reconocimiento a que daría lugar la absoluta desaparición de sus actividades de producción con motivo de la pena moral sufrida, o sea indemnizar la pérdida patrimonial entre aquel límite —el de la inhabilidad parcial reconocida como daño material y el de la absoluta como resultante del daño moral objetivado.

Acepta la Corte en este punto el contenido de los testimonios invocados —y a los cuales hacen referencia los alegatos que acaban de mencionarse— en lo que respecta a la existencia en principio del daño moral objetivado sufrido por el demandante Octavio Benavides por el doble motivo que se ha hecho valer, pero sólo la experticia médica deberá determinar si como efecto directo e inmediato del mismo ha perdido en absoluto el demandante su capacidad para trabajar y es, por consiguiente, nula su aptitud productiva actual. Esta determinación deberá hacerse en el incidente previsto en el artículo 553 del Código Judicial; y, para el caso de que dentro de él los expertos médicos llegaren a la conclusión evidente de que Benavides ha quedado incapacitado parcialmente pero en grado superior a la inhabilidad que le fue atribuída como efecto de las lesiones que sufrió, o que su incapacidad actual de trabajo es absoluta como consecuencia del sufrimiento moral que experimenta, deberá avaluarse este perjuicio y prescindirse del simplemente material reconocido en el anterior capítulo del presente fallo (en lo correspondiente a la base distinguida con la letra b). Todo esto porque habiendo concurrido en el perjuicio causado a Benavides tanto un daño moral objetivado como uno de índole material la satisfacción, que es una sola, deberá ser proporcionada al perjuicio y no menor ni mayor que éste.

Perjuicios materiales por la muerte del menor

Piden asimismo los demandantes el resarcimiento de los perjuicios materiales y morales objetivados que les ocasionó la muerte de su hijo común, el menor Jaime Benavides Cifuentes.

Los señores peritos están acordes en que esta clase de perjuicios debe también ser objeto de regulación, pues según las declaraciones de los testigos que intervinieron en el proceso el niño Jaime Benavides "tenía capacidades suficientes para que en un futuro más o menos próximo pudiera desarrollar actividades tendientes a la ayuda material y económica de la familia, y que por tanto sus padres y sus hermanos tenían puestas sobre él sus esperanzas para ese futuro. Esto añadido a la perfecta salud del menor, da base para que un peritazgo como el actual no solamente se tenga en cuenta el daño inmediato y material producido por la muerte del menor, sino el daño futuro pudiéramos decir, que se ocasionó con el hecho de haber cortado la vida de una persona que se hallaba en las circunstancias atrás anotadas".

El Tribunal de origen rechaza esta parte del dictamen y las peticiones de los demandantes por este concepto, "pues, si se tiene en cuenta su corta edad —la del niño Benavides Cifuentes— y la carencia absoluta de demostración que existe sobre daño material o económico que hubieren sufrido sus padres, es evidente que sólo por el as-

curador Delegado en lo Civil, en su escrito de segunda instancia, hace notar la palmaria contradicción que existe entre la parte motiva transcrita antes y la resolutiva que dice así: "1º La Nación o Estado Colombiano es civilmente responsable de los perjuicios **materiales** y morales sufridos por los demandantes Octavio J. Benavides y Ana Cifuentes de Benavides con motivo de la muerte de su hijo menor Jaime Benavides Cifuentes"...

La Corte estima bien fundada la observación del señor Agente del Ministerio Público, porque el Tribunal ha debido consignar en el fallo las razones que tuvo para hacer esta última declaración, so pena de incurrir, como incurrió, en la contradicción anotada entre lo considerado y lo resuelto.

Con el fin de demostrar la ausencia del perjuicio material por la muerte del menor Jaime Benavides, el señor Procurador Delegado en lo Civil estima que "uno de los requisitos indispensables para que pueda demandarse indemnización de perjuicios, es que éstos tengan el carácter de **ciertos.** Si el perjuicio no es cierto, no puede pedirse su indemnización. Es evidente que el perjuicio cierto puede ser futuro. En tal caso—siempre que sea cierto—puede indemnizarse el perjuicio futuro".

"En el caso de autos, está acreditado que el menor Benavides tenía, al morir, nueve años de edad y causaba gastos a sus padres en su mantenimiento, y educación principalmente. ¿Qué perjuicio cierto hubo? ¿Qué perjuicio real, evidente, patrimonial existió? ¿Qué merma patrimonial sufrieron sus padres con la muerte del hijo? Evidentemente ninguna".

"En este caso —prosigue el señor Procurador— no ha habido perjuicio cierto y, por tanto, no puede pedirse indemnización de él, en lo que se relaciona con el futuro. No hubo perjuicio actual y, según lo dicho, no existió, por ello mismo, perjuicio futuro de ninguna clase".

A su vez, el señor apoderado de la parte actora, en su intento de refutar las tesis de la Procuraduría, respecto al perjuicio material que pudieran haber sufrido los padres del menor, expone la doctrina de los autores sobre la materia para demostrar su aplicabilidad al caso de autos. Se copia de su alegato:

"Henri Lalou al hablar de que el perjuicio debe ser **cierto,** anota que la jurisprudencia de la Corte de París es vacilante, y agrega: "De una parte este carácter ha sido reconocido al perjuicio resultante para la madre de la muerte de su hija, fallecida en un accidente, **en vista de que por las cualidades y aptitudes de la joven, la madre podía contar, en un porvenir próximo,** que su hija le procuraría una ayuda pecuniaria". En otro lugar dice que la Corte de casación de París admite que "constituyen para los padres un perjuicio material cierto causado por la defunción de su hijo, los gastos que resultaron inútiles y que fueron invertidos en los estudios profesionales del niño". ("La Responsabilidad Civil", 2ª edición, números 142 y 143).

Henri y León Mazeaud, al hablar de la **certidumbre** como **condición** de perjuicio, citan el caso de una providencia en la cual fue concedida indemnización a los padres por la muerte de su hijo, fundándose en que "la muerte de su hijo ha privado a los reclamantes de **un elemento de seguridad**". (Subraya el suscrito). "Traite Theorique et Practique de la Responsabilité Civil Delictuelle et Contractuelle", 2ª ed. Not. (4) p. 381).

Planiol, Ripert y Esmein dicen que "siempre que se trata de una apreciación de hecho, los tribunales **pueden contentarse con probabilidades.** Según las circunstancias, ellos mirarán no como cierto el perjuicio consistente en la privación de una ventaja que no puede realizarse **sino por un acto futuro del demandante o de un tercero, incierto como todo lo que depende de la voluntad humana".** (Subraya el suscrito). ("Traite Practique de Droit Civil Francais", to. VI, Nº 543).

La obra de derecho civil chileno de Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Samarrina Undurraga trae lo siguiente: "Para que exista el daño es necesario que se lesione un derecho; basta que **se prive a la víctima de una ventaja o beneficio lícito.** Esta conclusión se desprende del sentido natural y obvio de la palabra **daño,** sentido al que hay que atenerse en vista de que el legislador no ha dado otro especial ni restringido el concepto a la lesión de un derecho". (Curso de Derecho Civil, to. IV, Nº 1265').

9) Me permito destacar, para mayor claridad, los conceptos antes expresados, así:

1º El perjuicio **material** debe ser, ante todo, **cierto.** No es menester que sea **actual**; puede ser **futuro.** Lo cual está de acuerdo con nuestra legislación que no hace distingo al respecto, puesto que habla de **daño** en general. (Arts. 2341 y 2356 del C. C.).

2º Cuando el daño es **futuro,** no deja por eso de ser **cierto,** si bien entre el uno y el otro hay una diferencia cardinal. El perjuicio actual se

configura de una vez: el perjuicio se ha realizado. En tanto que el perjuicio futuro tiene que producirse en el tiempo, el **actual** ya se ha producido. Esta diferenciación, dijéramos de orden cronológico, crea a su turno una disparidad que se revela en el perjuicio mismo. Es cosa más o menos simple estimar un daño ya consumado, el perjuicio que ya ha venido a quebrantar directamente nuestro patrimonio. Pero, es cosa compleja calcular un perjuicio **futuro**, cuya realidad sincera, cabal y efectiva, está sometida a muchas circunstancias. No por esto el perjuicio futuro será menos cierto: su raíz arranca de una falla que lo ha producido en principio, o como ha dicho la Corte Suprema de Justicia: "El solo reparo sobre la **contingencia del perjuicio** futuro que se reclama, **que hace difícil la certidumbre en el particular,** no es por sí solo valedero para desestimar, como infundada jurídicamente, la pretensión de la demanda".

Esas circunstancias son diversas. En tratándose del daño causado por la muerte de una persona, puede ser que el pariente reclamante viva más o menos tiempo, de modo que hay que comenzar por apelar a un cálculo sobre la vida probable; que adquiera cuantiosos bienes, de manera que el apoyo sea innecesario; que en tratándose de la muerte de un hijo, no puede asegurarse que sin el accidente que le causó el fallecimiento, hubiese vivido determinado tiempo, o gozado de patrimonio o de salud que le hubiesen permitido atender a la obligación alimentaria para con sus padres. Todas estas circunstancias y otras parecidas no se oponen a la **certidumbre** del daño. Este es **cierto** porque se cumplió un hecho y porque de este hecho y en determinadas circunstancias, se deduce lógicamente que el perjuicio habría de realizarse. Si la culpa de Pedro causa la muerte de Juan, de quien Santiago era alimentario, hay que concluír, con arreglo a la lógica, que el perjuicio futuro del último, probablemente va a comprender determinado lapso, si bien puede el alimentario morir en breve, o adquirir bienes que hagan inútil toda pensión, o del otro lado, que, viviendo Juan hubiese podido morir al poco tiempo. Por esto precisamente es por lo que dicen los ilustres tratadistas Planiol, Ripert y Esmein que los tribunales **pueden contentarse con probabilidades.**

3º Acerca de si se requiere o no que el daño haya operado en el terreno de un **derecho adquirido** de quien reclama, las opiniones están divididas, si bien se observa que el rumbo de la doctrina se dirige hacia la negativa. Los tratadistas americanos antes citados así lo consideran. Y aun en quienes la tesis aceptada es la afirmativa, son muchas las excepciones que le introducen, es decir, muchos los casos en que se concede indemnización por perjuicio material futuro, aunque la víctima no haya sufrido quebrantes en ninguno de sus derechos adquiridos. La negativa, o sea, que no es necesaria la existencia de un derecho adquirido, para que se configure el daño, se explica considerando, en primer término, la tradicional dificultad para fijar el concepto del derecho adquirido, dificultad que ha promovido el desplazamiento de la teoría del derecho adquirido y las expectativas, de las legislaciones modernas.

En segundo lugar, la aplicación de la teoría del derecho adquirido a esta materia, peca contra la equidad, ya que situaciones distantes del derecho adquirido, son propicias sin embargo al daño actual y futuro. Según queda dicho atrás, Lalou cita un caso elocuente fallado por la Corte de Casación de París, en el que se ordenó indemnizar el perjuicio patrimonial sufrido por la madre, a causa de la muerte de su hija, en consideración a las cualidades de ésta, cualidades que hacían esperar para la madre una ayuda pecuniaria. No puede hablarse en tal ejemplo de aplicación del derecho adquirido. La hija tenía buenas cualidades, pero sólo cualidades; aún no prestaba apoyo económico a su madre; no aparecía, en consecuencia, por parte alguna, la noción del derecho adquirido. Los Hermanos Mazeaud refieren que se otorgó resarcimiento de perjuicio material, a los padres, con fundamento en que "la muerte de su hijo ha privado a los reclamantes de un elemento de seguridad, no envuelve la existencia de derecho adquirido alguno".

Menciona Lalou igualmente el caso de un fallo que declaró la existencia de perjuicio por muerte de un hijo, por haber perdido sus padres los gastos hechos en su educación profesional. No tenían, como no tienen los padres, acción contra los hijos para que le sean reembolsados esos gastos; luego carecían, como carecen, de un derecho personal adquirido contra los hijos, por tales inversiones. Con todo, la indemnización por esos gastos les fue reconocida".

De los anteriores conceptos doctrinarios y de la analogía que a su juicio ofrece el presente caso con el resuelto por esta Sala de Negocios Generales con fecha 22 de julio de 1943 (G. J. números 1998 y 1999, LV pág. 763 y siguientes), deduce el representante de los actores la conclu-

sión de que los esposos Benavides Cifuentes han recibido un perjuicio **actual** y un perjuicio **futuro** por la muerte de su hijo Jaime tantas veces mencionado, que deberá ser reconocido en el fallo y regulado en incidente posterior. El perjuicio actual lo hace consistir en los gastos de crianza y educación del niño, gastos que resultan totalmente perdidos para ellos con motivo de la muerte trágica de aquél y que el Estado —declarado civilmente responsable— debe indemnizar.

No entra la Sala a examinar el hecho de que los desembolsos de que se habla hubieran sido realmente causados; por el contrario, da por demostrada su evidencia. Pero en cambio niega el derecho que puedan tener los actores a que se les restituya a título de perjuicio material indemnizable, pues el argumento de que si el accidente no hubiera ocurrido, tales gastos habrían sido factor decisivo en la preparación secundaria y profesional del niño "creando de esa suerte un cúmulo de "probabilidades" suficientes para que los jueces reconocieran con lógica y al mismo tiempo con equidad el daño futuro", carece en absoluto —en opinión de esta Sala— de arraigo en los principios que dominan en el campo de la responsabilidad extracontractual la índole de los perjuicios que por este concepto pueden reclamarse del autor del daño o de la persona que por él está obligada a responder. En efecto, corresponde a los padres por imperio de las leyes civiles el deber jurídico de alimentar y educar a sus hijos hasta cierta edad; y en último extremo este deber no es otra cosa que el cumplimiento de obligaciones impuestas por las leyes superiores de la naturaleza, de la vinculación familiar, de los afectos y de la convivencia social. De ahí que no puedan colocarse en el mismo plano las expensas que cubran los padres para atender a las necesidades de sus hijos con los que se vinculan a una empresa destinada a producir rendimientos económicos —como la construcción de un edificio, en el ejemplo propuesto por el alegante— pues sería desconocer la realidad misma de las cosas, el fin distinto que con unos y otros gastos se persigue. Las inversiones de que se trata son por completo ajenas al tráfico económico y, por esto mismo, su devolución no puede ser exigida del hijo en ninguna circunstancia, ya que éste no está obligado a efectuarla. Tampoco los hace el padre en espera de que le sean restituídos o compensados con la ayuda que por concepto de alimentos o bajo otra forma pueda o deba prestarle el hijo que llega a cierta edad. Por consiguiente, dada la propia naturaleza de estas inversiones no puede afirmarse que su pérdida por muerte implique un perjuicio material que los padres tengan derecho a reclamar judicialmente. En el caso **sublite**, ocurre, además que uno de los demandantes —la señora madre del menor Jaime— no hizo ningún gasto, o al menos no aparece de las probanzas aducidas, pues según éstas fue el señor Benavides quien, como jefe de hogar tuvo a su cargo los desembolsos consiguientes. Esta observación que el señor Procurador Delegado en lo Civil presenta a propósito del daño moral objetivado causado a la madre por el fallecimiento del menor la acepta la Sala en toda su extensión.

Bastan estas consideraciones elementales para rechazar el capítulo de las indemnizaciones reclamadas, con base en los gastos de crianza y educación que se exigen. Igual acontece con los perjuicios futuros cuya demostración se intenta con apoyo en las doctrinas invocadas atrás, aunque se reconoce expresamente en el alegato objeto de estos comentarios que el punto además de difícil es discutible y que no hay acuerdo entre los expositores sobre estas tesis.

Es evidente, como lo sostiene el representante de los actores, que en el fallo de 22 de julio de 1943 con fundamento en las probabilidades que ahora se invocan se aplicó la doctrina expuesta por Henri y León Mazeaud acogiendo el criterio de que pudiera demostrarse como cierto un perjuicio que aparezca como eventual y contingente.

Dijo entonces esta Sala al examinar las posibilidades que tuvieran los padres del ingeniero Cuervo Ruiz para recibir de él una ayuda económica:

"Uno de esos casos es el ya enunciado, de la desaparición de la vida de una persona por culpa de otra, y cuando la primera se hallaba en condiciones de producir económicamente y de ayudar a la atención de las necesidades de otra u otras ligadas a ella por vínculo estrecho de consanguinidad. Siendo, desde luego, un elemento muy importante el de la proximidad en que se encontraba la persona fallecida para producir para las necesidades de sus familiares. Porque no es lo mismo el caso de un niño que fallece como el de un adulto, en relación con sus padres. En el niño es muy lejana, remota y por tanto improbable la circunstancia de que él llegue a constituír un factor de ayuda económica para sus padres. Mas si se trata—como en el presente pleito—de un hombre ya formado, educado y con una carrera profesional, hay que admitir que su estado al morir

es muy inmediato al de una producción de importancia para la cual precisamente se preparó en largos años de estudio".

Como se ve de la anterior transcripción los factores de probabilidad se tuvieron en cuenta en aquel fallo no sólo como criterio de avalúo del perjuicio sino como elemento esencial para reconocerlos y ordenar su indemnización.

La probabilidad y la presunción de que el ingeniero Cuervo Ruiz llegara a prestar a sus padres su concurso económico, se fundó en los hechos demostrados de que al tiempo del siniestro en que perdió la vida "era un hombre ya formado", de que había adquirido la profesión de ingeniero y finalmente, de que había comenzado a producir económicamente mediante su trabajo.

¿Pero en el caso que ahora se juzga concurren las mismas circunstancias? Es obvio que no, pues apenas tenía el niño Benavides Cifuentes nueve años de edad y, por tanto, su rendimiento era absolutamente nulo y de él nada hubieran podido exigir sus padres, aun habiéndolo querido. De la consideración de los factores que entran en juego aquí —no obstante las excelentes cualidades del niño desaparecido— no aparece la probabilidad del apoyo económico para sus parientes en el mismo grado o, en otros términos esa posibilidad resulta demasiado remota, y por lo mismo el perjuicio sufrido no ha podido exteriorizarse en forma alguna. En estas razones se fundó el Tribunal para negarse a reconocerlo en el fallo de primera instancia y por su parte la Corte no encuentra los motivos para modificar tal resolución.

En virtud de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, **revoca** la sentencia de primera instancia y en su lugar dispone:

1º Declárase a la Nación civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivos ocasionados a los demandantes, señor Octavio Benavides y la señora Ana María Cifuentes de Benavides, con motivo de la muerte de su menor hijo Jaime Benavides Cifuentes.

2º La Nación es igualmente responsable de los perjuicios materiales y morales ocasionados al señor Octavio Benavides por el mismo hecho del accidente de Santa Ana.

3º Condénase al Estado Colombiano al pago de dos mil pesos ($ 2.000.00) para cada uno de los demandantes por concepto del perjuicio de que trata el punto primero de la parte resolutiva de esta sentencia, y de mil pesos ($ 1.000.00) para el señor Octavio Benavides por los perjuicios morales subjetivos a él ocasionados directamente.

4º Los perjuicios materiales de que se trata en el punto segundo de la parte resolutiva de esta sentencia, se regularán por el procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial de acuerdo con las bases establecidas en la parte motiva de este fallo.

5º Los perjuicios morales objetivados que hubiere podido sufrir el señor Octavio Benavides con motivo de la muerte del menor Jaime Benavides Cifuentes y de las lesiones que el mismo demandante sufrió se regularán conforme al procedimiento indicado (artículo 553 del C. J.), si hubiere lugar a ello, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

6º De las sumas que el Estado deba pagar a los demandantes, debe descontarse las que ellos hubieren recibido por razón de lo dispuesto en la ley 100 de 1938.

7º Absuélvese a la Nación de los demás cargos de la demanda.

8º Hágase la notificación de que trata el artículo 554 del Código Judicial.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

AVISO SOBRE EXPLORACION Y EXPLOTACION DE PETROLEOS. — PRESCRIPCION DE TIERRAS. REALENGAS. — DECLARACION DE PRESCRIPCION ACTUAL, PREVIO EL REQUISITO DE LA POSESION REAL Y EFECTIVA O DE LA EXPLOTACION ECONOMICA

1. — Los testamentos son actos de particulares que pueden causar, al seguirse los juicios de sucesión correspondientes, el traspaso de la propiedad inmueble, que estaba en el patrimonio del testador, a sus beneficiarios.

2. — En el reconocimiento del dominio de tierras por particulares las leyes de la época colonial y las de la República han exigido la comprobación de haberse desprendido el Estado de ellas por los medios legales, de haberse adjudicado los realengos o las tierras baldías y de haberse recibido el título comprobatorio de ese acto administrativo. La autoridad judicial, que es a la que compete el reconocimiento de los estados jurídicos sobre tierras, no puede desatender el imperio de estas reglas de derecho público, a las cuales es preciso sujetarse para que se dé nacimiento, dentro del derecho privado, a la propiedad particular de las tierras, la que una vez producida legalmente puede transmitirse de conformidad con el derecho común. En el caso del proceso el hecho de hallarse las tierras de que trata el aviso en poder de particulares en el año de 1791 y después cuando las autoridades intervinieron en relación con ellas, y el hecho de tal intervención, no son bastantes para producir jurídicamente un reconocimiento a favor de particulares frente al Estado, del dominio sobre esas tierras. Los medios previstos por las leyes son otros.

3. — En la sentencia de la Corte de fecha 5 de agosto de 1942 se estudió ampliamente el asunto referente a la prescripción de tierras, el que de conformidad con el estudio hecho en esa sentencia se separa o divide en dos partes, concerniente la una a la prescripción regulada por el derecho civil, para las relaciones privadas entre particulares, y la prescripción de derecho público, así llamada en la legislación indiana y que se configuraba de modo especial y distinto a la prevista en las leyes civiles. De ese estudio se deduce la imprescriptibilidad con apoyo en el derecho público indiano, de modo SUI GENERIS, por su explotación económica, y siempre que el interesado obtuviese el título correspondiente. En esa sentencia dijo la Corte:

"Las normas sobre prescripción que los señores Restrepo y Caro y también — como se verá adelante, el doctor Urdaneta Arbeláez — aplican a la adquisición de realengos en el Virreinato de la Nueva Granada, se hallan contenidas en las leyes de Castilla (Nueva y Novísima Recopilación) y en las Siete Partidas. Y el orden legal establecido en 1826, coloca primero, para su aplicación, 'las Pragmáticas, Cédulas.... que estaban vigentes en el territorio de la República (numeral 2º) y la Recopilación de Indias (numeral 3º) y después las leyes de Castilla y las Siete Partidas (numerales 4º y 5º) Las Leyes de Indias (el Código) y las Cédulas de El Pardo, San Lorenzo y San Ildefonso tienen, pues, preferente aplicación a las leyes peninsulares, además de ser especiales y de haber regulado completamente la materia sobre el régimen de tierras realengas en el período colonial. Pudiera acaso decirse que por haber mencionado la prescripción del Código de Indias y la Cédula de San Lorenzo, es acertado jurídicamente entender el alcance y sentido de la prescripción a que aluden, a la luz de la legislación peninsular. Mas no es admisible, como pasa a verse. Tal Código y tal Cédula se refieren evidentemente a la prescripción de las tierras realengas. La prescripción respecto de éstas fue reconocida en esas leyes; ello no puede negarse. Pero dicha prescripción debió ser armónica con lo que sobre enajenación y conservación de tierras realengas rigió en el período colonial, según las propias reglas u ordenamientos y de acuerdo con lo que ellos expresan en punto a prescripción. No puede ignorarse la naturaleza peculiar y especialísima de toda la legislación para las Indias y lo que en ellas se dice de la materia de que se trata. Más jurídico es coordinar los extremos opuestos no negando la prescripción de las tierras realengas por los particulares, pero entendiéndola subordinada al derecho público colonial

sobre tierras y a lo que él estatuye sobre prescripción. El texto de la Cédula de San Lorenzo demuestra que la LLAMADA PRESCRIPCION estaba configurada por un régimen especial que no era el del derecho común: no se extendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo poseído si no se cultivaba y labraba en determinado tiempo. SE RESPETO LA POSESION ANTIGUA COMO TITULO DE JUSTA PRESCRIPCION, pero quedó sometido el poseedor a la confirmación y a la sanción de que habla la Cédula. Como se ve, es ésta una prescripción muy distinta de la establecida en el derecho común".

4. — Hoy puede y debe hacerse por el Organo Judicial el reconocimiento de la propiedad privada con base en la posesión real y efectiva del terreno cultivado o explotado económicamente antes de 1873. Aunque habló la Corte en la memorada sentencia de un criterio de benevolencia y tolerancia que fue el que inspiró las leyes de la colonia y de la República en materia de tierras realengas y baldías al permitir que aún vencidos los términos que esas leyes iban señalando sucesivamente para la composición de las tierras mediante la comprobación de los estados de explotación económica y la obtención de los títulos correspondientes sin embargo se repitió siempre, a través de toda esa legislación, el pensamiento, el deseo y la permisión de que las autoridades respectivas reconocieran el dominio de los particulares que hubiesen explotado las tierras y siempre que lo demostrasen en forma satisfactoria. La posesión inmemorial de las tierras, si estuvo acompañada de la incorporación del trabajo en ellas, mereció respeto a los legisladores, el cual se tradujo en las normas que permitieron ese reconocimiento. No es que la Corte, situándose en un plano exclusivo de amplitud y de benevolencia, falle con la equidad y sin la justicia legal y jurídica. Hay razones que estructuran sólidamente el proceso adoptado por la Corporación al dar entrada a la calificación del dominio privado y al reconocimiento de él en sus fallos, mediante la comprobación actual de la explotación económica que contemplaron las leyes hasta el Código de 1873.

Los estados de posesión inmemorial, si se realizaron mediante una explotación económica, pueden servir como fundamento para que hoy se reconozca el dominio privado, sin embargo de no haberse obtenido el título antes del año de 1873. Porque la razón para ese reconocimiento actual de la propiedad no es solamente la de haberse explotado las tierras, sino la de que una legislación posterior permitió y permite que se haga ahora tal declaración de dominio en favor de los particulares y respecto de aquellas sobre las cuales se demuestre haberse cumplido el hecho de su posesión real y efectiva.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El señor Frutos T. Plaza y el doctor Pedro María Carreño, el primero en su calidad de gerente de la Richmond Petroleum Company of Colombia, y el segundo como apoderado sustituto de esa compañía y de otras personas privadas, avisaron al Ministerio de Minas y Petróleos que aquella empresa, en virtud de contratos celebrados con particulares, se propone efectuar trabajos de exploración con perforación y de explotación del petróleo reputado como de propiedad privada que se encuentre en un globo de terreno situado en jurisdicción del municipio de Coello, Departamento del Tolima, cuya extensión aproximada es de mil novecientos sesenta y cuatro (1964) hectáreas con novecientos ochenta (980 m2) metros cuadrados determinado por los siguientes linderos: "Del salto de Naranjal en la quebrada de Agua Dulce o Naranjal, en dirección norte hasta una piedra o mojón marcado con una P, mojón situado en la parte oriental de la loma de Guasimal; de este mojón en dirección norte, noreste, aproximadamente, hasta el nacimiento de la quebrada Masato, en el sitio en donde se encuentra una piedra marcada M; de este sitio y en dirección del norte, hasta la angostura de San Vicente; de la mencionada angostura se toma hacia el sur, por la cresta de los filos que la forman, hasta llegar a la cuchilla que está orientada de oeste a oriente y en donde se encuentra el 'Alto de la Cruz', continúa el lindero por esta cuchilla hacia el oeste hasta el 'Alto de la Cruz', donde se encuentra un mojón de piedra marcado ; de este mojón hacia el oeste continúa hasta una loma inmediata donde había un 'palo bayo' donde hoy existe un mojón marcado , loma que es la terminación de la cuchilla de San Vicente; de dicho mojón en dirección oeste noroeste y con una longitud aproximada de mil ciento setenta (1.170 mts.)

metros hasta el codo del antiguo camino del Pulgar; de este punto al filo del Pulgar; de este punto y siguiendo la cresta de la cordillera o filo del Pulgar hasta el boquerón del Pulgar por todo el filo de la cordillera y aproximadamente en dirección oeste-sur-oeste hasta el nacimiento de quebrada Comuna o 'Diomata' en el pico o eminencia de los cerros de 'Santana'; de este pico hacia el sur-oeste por el mismo filo a la eminencia más elevada del grupo de los cerros de 'Santana"; de esta eminencia hacia el sur, aproximadamente a una distancia también aproximada de mil doscientos tres (1.203 mts), hasta dar a la cima más alta de los cerros o cordillera de 'Potosí'; siguiendo hacia el sur por la parte más alta de dicha cuchilla, hasta su terminación donde empieza al pie de una piedra errada, una cerca de piedra de construcción antigua, hasta la terminación de ésta en la quebrada Castañala; esta quebrada abajo hasta encontrar, en una peña alta de su margen derecha, la punta de un cerro que sirve de lindero con predio de los señores Carvajal; de este mojón hacia el sur en línea recta por la cerca divisoria con el predio de los señores Carvajal atravesando la línea férrea hasta llegar al antiguo camino real de Ibagué a Girardot; siguiendo por este camino en dirección sureste hasta donde había una puerta de golpe; de aquí se sigue por una cerca divisoria con el predio que fue de Sandalio Bonilla hasta su terminación en la cabecera de un zanjón; de este zanjon abajo hasta su terminación en un zanjón grande, lindero con el terreno del Caimito; por este último zanjón abajo hasta encontrar sobre su margen izquierda la boca de una cañada honda que sirve de lindero con los terrenos de Salamina; de este punto en línea recta al río Coello, sirviendo de lindero o señal una cerca de piedra situada en la vega; río Coello abajo hasta ponerse frente a la punta de la cerca de piedra que empieza al pie del pico denominado La Alcaparrosa; cerca abajo hasta enfrentar con el sitio donde existía una puerta; de este punto hasta el filo; de aquí por el filo abajo hasta topar con la peña; peña abajo hasta caer a un brazuelo del río Coello; río Coello abajo hasta la boca de la quebrada Castañala; quebrada Castañala arriba siguiendo sus aguas, hasta la volada que hay en la punta de la peña y que sostienen los dueños de Potrerillo; de aquí se toma por el borde superior de la peña, hasta la volada de Fermín Prada; de aquí se sigue otra vez por la quebrada Castañala aguas arriba hasta encontrar en su margen izquierda la cerca lindero que divide las tierras de 'Potrerillo' con las de "Trinidad', por esta cerca hasta la terminación en la carretera o camino real que va de Ibagué a Girardot, en el punto donde termina la cuchilla de Potrerillo; siguiendo al nordeste por la cuchilla de Potrerillo, hasta encontrar el pico alto denominado Baltasar donde hoy existe un mojón marcado en el plano con la letra C; de aquí en dirección occidental hasta un volcán grande que hay abajo de dicho pico donde comienza un cerco de piedra; de aquí en dirección noreste se sigue una línea recta de setecientos cincuenta metros (750 mts.) aproximadamente, hasta encontrar la punta de un cerco de piedra que cae a una zanjita; de este cerco de piedra que viene del cerro de don Baltasar, se sigue en dirección noreste y en línea recta en una distancia de setecientos noventa (790 mts.) metros aproximadamente hasta dar con el lindero del lote de las cañadas y el lote de José María Gutiérrez, lote que hizo parte del lote número tres de Los Laureles; de aquí en dirección noreste y en línea recta siguiendo por los cercos de alambre que dividen el lote de Las Cañadas de propiedad de Pedro Díaz y los lotes de José María Gutiérrez, Resurrección Parra que formaron parte del lote número tres de Los Laureles; de aquí hacia el occidente y una distancia más o menos de ciento ocho metros (108 mts.) a encontrar el lindero del lote denominado La Esmeralda de propiedad de José María Gutiérrez y María de los Santos Hernández; de aquí por la loma de La Esmeralda arriba hasta el cerro del Cincho; de aquí en línea recta y una distancia de quinientos sesenta y tres metros (563 mts.) más o menos, hasta el salto del Naranjal, punto de partida".

Expresó el avisante que el globo de terreno alinderado se halla formado por las fincas que en seguida se mencionan: San Pedro. Propietarios Roberto y Eduardo Santofimio, Inés Santofimio v. de Santofimio y Magdalena Barrios v. de Santofimio. — La Trinidad y Lagunitas. Propietaria señora Rosa v. de Ramírez. — La Puerta o Puerta Blanca. Propietario Pedro Castro G. — Salamina. Propietario Constantino Chávarro C. — La Esmeralda. Propietarios José María Gutiérrez y María de los Santos Hernández de Gutiérrez. — La Pitala. Propietario Jerónimo Sánchez Marín. — Los Laureles. (Lote número 5). Propietarios María Paula, Elvira Castro y Rómulo Gutiérrez. Además los lotes números dos y tres (2 y 3) con indicación de sus dueños. — Con todos ellos la Richmond Petroleum Company ha celebrado contratos.

El señor Procurador General de la Nación emitió concepto ante el Ministerio de Minas y Petróleos acerca del valor jurídico de los documentos que presentaron los interesados para demostrar dominio privado sobre el petróleo. Ese estudio termina con estas conclusiones: 1ª La adjudicación hecha a don Luis Morales Quiñones, de que se da cuenta en el

documento A) es incompleta y jurídicamente ineficaz en orden a la demostración de que los terrenos a que ella se refiere hubieran salido del dominio de la Corona Española. — 2ª Las demás adjudicaciones de que se habla en tal documento adolecen de los mismos defectos. — 3ª Con ninguno de los documentos antiguos presentados por los propietarios se ha demostrado la propiedad privada del petróleo que pueda encontrarse en los terrenos sobre que versa el aviso. — 4ª Subsiste, pues, la presunción de dominio a favor del Estado sobre el subsuelo de los terrenos en mención. — 5ª No hay lugar al estudio de los demás documentos presentados, porque ellos se refieren únicamente a operaciones posteriores celebradas sobre partes de tales terrenos entre particulares, y la validez de los mismos en relación con la prueba del dominio del subsuelo está necesariamente condicionada a la validez de los títulos originales".

El Ministerio de Minas y Petróleos dictó luégo, el 29 de septiembre de 1943, la Resolución que termina disponiendo enviar a la Corte el aviso de exploración de que se trata para que esta entidad, en juicio breve y sumario, decida si son o nó fundadas las pretensiones de los avisantes.

En la Corte Suprema de Justicia, y por solicitud del avisante, se produjeron varias pruebas, allegándose algunos documentos a los autos, y se practicó una inspección ocular en los terrenos del aviso, por el Juez del Circuito del Espinal, en comisión de la Corte, la cual tuvo por objeto la determinación de varios puntos geográficos o su verificación en el terreno, y también el de que los peritos dictaminaran sobre varias cuestiones tocantes con alindamientos, a la luz de documentos que tuvieron a la vista y por el examen de los terrenos.

Recibidas las pruebas, el señor apoderado de los avisantes, doctor Pedro María Carreño, presentó su alegato y también adujo el suyo el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Ha llegado el momento de fallar y a ello se procede.

Personería del avisante

Encuentra la Sala debidamente llenada la exigencia de la ley en cuanto ella establece (artículo 7º de la Ley 160 de 1936) el deber para el avisante de demostrar su interés jurídico en la tramitación administrativa y en el juicio ante la Corte: "los títulos de propiedad de la persona que da el aviso sobre el terreno de que se trata, del certificado del Registrador de Instrumentos Públicos correspondiente; títulos y certificado que deben comprender el período de la prescripción extraordinaria".

La Compañía avisante presenta los contratos celebrados por ella con los dueños de las fincas a que el aviso se refiere, y además los títulos de propiedad particular de cada una de esas fincas y sus certificados de registro, en un período mayor del exigido por la ley y contado hacia atrás desde la fecha en que el aviso se presentó. Esta parte de la documentación la encuentra la Corte completa y satisfactoria para llenar los presupuestos de la ley tocantes con la demostración del interés jurídico de la persona que hace el aviso.

Títulos aducidos para demostrar propiedad privada anterior a 1873

La Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos ya mencionada (29 de septiembre de 1943) al referirse al título emanado del Estado o a los documentos de origen oficial que acreditan su existencia, hace el análisis de la merced presentada por la Compañía, hecha el 30 de septiembre de 1607 por don Juan de Borja a Luis de Morales Quiñones, del documento sobre Capellanía fundada por Francisco de Oviedo y de unas peticiones de mercedes, y concluye estimando que tales documentos no acreditan la prueba correspondiente.

Refiriéndose a esta cuestión el señor abogado del avisante la comenta en su alegato diciendo: "No se ha tratado ni se trata de transformar en títulos emanados del Estado documentos entre particulares, lo que nadie pretende. Pero es claro que en la documentación completa presentada por la Richmond Petroleum Company of Colombia, hay documentos y antecedentes que demuestran la propiedad privada de los terrenos, no simplemente por contratos entre particulares, sino por actos y tramitaciones iniciadas por el Estado y desarrolladas por su legítima representación, y con su intervención coactiva hasta el punto de reconocer los terrenos en el patrimonio privado, como se demostrará luégo. Por otra parte los antes mencionados documentos antiguos constituyen valiosos y eficaces antecedentes de que todos los terrenos en el área general a que se refiere el aviso fueron objeto de transacciones y comercio entre particulares por un período más que secular, desde 1607 hasta 1771, en que llegaron al dominio de un solo dueño, Vicente Antonio de Cuenca—quien adquirió por justos títulos que, eslabonados con sus antecedentes, demuestran la historia antiquísima de la posesión que en dicho único dueño se concretó antes del referido año de 1781 y cuyos derechos y posesión se transmitieron a sus sucesores, los cuales sin interrupción ninguna, los han mantenido hasta el día de hoy. El Ministerio de Minas y Petróleos exami-

nó las mercedes hechas el 30 de septiembre de 1607 por don Juan de Borja a favor de Luis de Morales Quiñones, el documento sobre Capellanía fundada por Francisco de Oviedo, unas peticiones de mercedes y otros antecedentes análogos, y, sin avanzar en el resto de la documentación de la cual no hizo estudio **'siquiera somero'**, sacó en conclusión que no hay en este caso prueba de la propiedad privada. Pero se llega a la conclusión contraria, prosiguiendo el estudio y análisis de los legajos de pruebas que el Ministerio pasó por alto por considerarlos inútiles. Antes de penetrar en ese campo que se dejó abandonado, creo conveniente hacer una relación de ciertos antecedentes que el Ministerio también pretermitió y que nos llevarán de la mano al punto en que aquella propiedad privada quedó reconocida como tal inequívocamente por iniciativa del mismo Estado, por medio de funcionarios competentes, con arreglo a la legislación vigente en aquella época que extiende este reconocimiento del Estado no sólo conforme a la legislación colonial de la Corona Española, sino también según las leyes de la República que sucedió a aquella y con bastante anterioridad al año de 1873. Según el documento número 1 de los presentados con el aviso que ha dado lugar a este juicio, el presbítero Vicente Antonio de Cuenca otorgó testamento en Santa Bárbara de Aipe el primero de junio de 1771, y en ese acto declaró como de su propiedad las tierras nombradas San Miguel de Chagualá y **Potrerillo**, QUE CONTENIAN 'cinco potreros, el principal es el **'potrerillo,** el que sigue **la Cuesta de don Baltazar, la Puerta de San Vicente** y el **Totumito** de la quebrada de Chagualá'. El documento número 2 — presentado también con el aviso lo mismo que los que luégo citaré—hace constar que Francisco Antonio Molano en su carácter de albacea de Vicente Antonio de Cuenca, declara que en conformidad con la 'disposición testamental se avaluaron las tierras que poseía en este sitio de Potrerillo y Chagualá, cuyo globo se demarcó por mayor en dichos autos, y es: 'por la parte abajo desde el río Coello.....' El albacea agrega que como tiene contratada la venta de estas tierras y demás bienes al Maestro de Campo don Ignacio Nicolás de Buenaventura, pide que a éste se le dé posesión, diligencia que se cumplió el 6 de mayo de 1773. — .....Ignacio Nicolás de Buenaventura vendió en 1791 a Fernando Buenaventura la que llamó hacienda Potrerillo de Feria y de la Puerta segregada del primitivo globo de tierra cuyas lindes se expresaron atrás (documento número 7)..... — Después del movimiento de las tierras entre particulares que aparece en la relación comprobada que acabo de hacer, resurge la intervención del Estado con relación al terreno, en la forma que a continuación expongo: En el cuaderno uno de documentos que obra en autos está el documento número nueve que contiene copia auténtica del expediente del litigio de Antonio Ortiz (Alcalde de Ibagué) contra Ignacio Nicolás de Buenaventura, seguido para el embargo de sus bienes **de acuerdo con la orden emanada de la Real Audiencia de Santa Fe.** Por deudas al Ramo de Temporalidades, en conformidad con lo ordenado por la autoridad superior, por el conducto oficial respectivo y con intervención de los funcionarios y representantes de la Hacienda Real, se promovió ejecución contra don Ignacio Nicolás de Buenaventura y se le embargaron sus bienes. En el citado expediente figuraron éstos, los avalúos respectivos y la medición de los bienes raíces..... En lo tocante a las tierras de Chagualá, aparece plenamente probado que fueron localizadas y medidas en sus partes y lotes integrantes y luégo en el globo general. Los lotes parciales fueron Palo Grande, las tierras llamadas del Trapiche, Don Baltasar y San Vicente.....

Para que se observe con toda claridad el caso de Chagualá, reproduzco a continuación la diligencia de medida del globo general compuesto de los cuatro potreros de tierras de Chagualá, llamados Palo Grande, Trapiche, Don Baltasar y San Vicente, linderos incorporados en el referido expediente la que tiene fecha 31 de octubre de 1801 (documento número 9): "demarcación general de los cuatro globos de tierras medidos por nos los adelante firmados.....", en Mayo de 1829 la Tesorería de Cundinamarca liquidó la deuda cuyo pago se perseguía ejecutivamente, en $ 669 y siete reales y el 27 de agosto de 1829 en cumplimiento de providencias anteriores correspondientes que constan en el documento número 11 se hizo en el sitio de Chagualá un nuevo avalúo de los cuatro Potreros de Chagualá embargados por el Ramo de Temporalidades a Ignacio Nicolás de Buenaventura. En la diligencia correspondiente (documento número 12) aparecen los linderos generales dentro de los cuales se comprenden los mencionados cuatro potreros que, como se sabe, estaban contiguos unos a otros; estos linderos están en armonía con los linderos parciales de cada uno de ellos según el embargo hecho en 1801 (documento número 9). Dichos cuatro potreros se avaluaron en esta diligencia del 27 de agosto de 1829 en la suma total de cinco mil pesos, y en la ciudad de Ibagué el 21 de diciembre del mismo año de 1829 (documento número 12) "habiendo regresado los peritos nombrados **para la regulación del pedazo de tierras de las de Chagualá del finado Ignacio Buenaventura que alcance a cubrir la cantidad que éste quedó adeudando al Ramo de Temporalidades** (subrayo) que es la seiscientos sesenta y nueve pesos, siete reales", dichos peritos es-

cogieron al efecto, por sus linderos correspondientes, **el potrero de don Baltasar** (uno de los cuatro avaluados antes en conjunto) agregando a éste una pequeña vega en la orilla del río Coello en donde entra la quebrada nombrada La Meneses (vega ésta que está fuera de los terrenos del aviso), habiendo avaluado dicho **potrero de don Baltasar** y la citada vega uno y otra, en la cantidad de mil pesos, suma ésta cuyas dos terceras partes eran suficientes para cubrir la suma adeudada por Buenaventura.....

De los documentos números 13 y 14 aparece que por sentencia de 11 de marzo de 1836, habiéndose pregonado otra vez el citado potrero y por falta de postor y a petición del administrador de Recaudación en calidad de Fiscal, el Juez Segundo de Primera Instancia de Ibagué adjudicó dicho bien a la Nación por las dos terceras partes de su avalúo de 900 pesos y que en la ciudad de Honda, con fecha 8 de noviembre del mismo año (1836) se remató dicho potrero llamado don Baltasar en Chagualá a favor de José María Samper previo el cumplimiento de las formalidades correspondientes que detalladamente constan en los citados documentos números 13 y 14..... Paso a referirme ahora a los tres potreros restantes de Chagualá que por iniciativa del mismo Estado, por medio de funcionarios competentes y con arreglo a la legislación vigente en aquella época, quedaron inequívocamente reconocidos, lo mismo que el potrero de don Baltasar como de propiedad privada. Igualmente me referiré al potrero denominado el Potrerillo de Feria o de la Puerta el cual formó parte también de los potreros de Vicente Antonio Cuenca que fueron adquiridos por Ignacio Nicolás de Buenaventura en 1773. — Este potrero de Potrerillo de Feria o de la Puerta fue traspasado junto con sus casas, posesiones, huertas, cacaotales, platanales, ganados y demás anexos que demuestran una explotación económica evidente, por Ignacio Nicolás de Buenaventura a su hijo Fernando en 1791 (documento número 7, plano número 4) por consiguiente esta hacienda no entra en el embargo de temporalidades de los bienes de Ignacio Nicolás, sino que continuó en el dominio y posesión privado de Hernando Buenaventura y de sus sucesores desde la remota fecha de aquel traspaso, es decir desde 1791 hasta el día de hoy. — Tales antecedentes y circunstancias conocidas ponen en evidencia el hecho de que con la sola excepción del potrero de don Baltasar que entró al patrimonio de la Nación y salió de él en 1836 todas las demás tierras de Chagualá y el Potrerillo de Feria eran patrimonio particular del cual estaban y han estado en posesión efectiva y real sus respectivos dueños desde antes de 1771 hasta hoy. — Desde la remota fecha en que ordenó devolver a los herederos de Ignacio Nicolás de Buenaventura los demás bienes, el Estado no siguió interviniendo con parte alguna de esas tierras y, en cambio, los particulares siguieron actuando desde entonces sin interrupción, como dueños y poseedores efectivos".

Ha transcrito la Sala los pasajes principales que en el alegato del señor abogado de los avisantes se encaminan a demostrar cómo entiende dicha parte en el juicio que las tierras a que el aviso se refiere salieron del patrimonio privado del Estado y pasaron al de los particulares mucho antes del año de 1873, y que por lo tanto el suelo y el subsuelo petrolífero de ellas pertenecen a las personas dueñas de las fincas encerradas en el globo territorial del aviso.

El Ministerio de Minas y Petróleos en la Resolución de 29 de septiembre de 1943 había formulado reparos a la validez de las mercedes que se presentaron como títulos originarios del Estado. Y refiriéndose el señor abogado a esa apreciación del Ministerio, no se detiene en su alegato a sustentar la eficacia jurídica de los títulos que se adujeron como emanados del Estado, directamente, a las mercedes dichas, sino que aplica lo principal de su interesante estudio al reconocimiento, que dice haber hecho el Estado, del carácter de propiedad privada de las tierras alinderadas primero en la sucesión del presbítero Vicente Antonio de Cuenca y posteriormente en los actos cumplidos con sucesores suyos a quienes la autoridad pública reclamó e hizo efectivo un crédito mediante embargo, avalúo y remate de una parte de las tierras que pertenecieron a Cuenca, con lo cual se cubrió el erario la deuda, pero con lo cual también, y al propio tiempo reconoció, según el concepto del señor abogado, no ser propiedad del Estado las tierras que fueron objeto del remate y las demás conexas con ella y de que fue segregado el lote que se vendió en subasta pública.

Es muy interesante e ilustrativo de estas complejas y delicadas cuestiones jurídicas tocantes con la propiedad de las tierras el caso aducido por el avisante. Sin embargo de él no se desprende la comprobación de un título supletorio del original en favor de particulares y respecto de las tierras que pertenecieron a Vicente Antonio de Cuenca y que luégo pasaron a don Ignacio Nicolás de Buenaventura. No existe, y así lo reconoce el avisante, un título directo, originario del Estado que respalde tal dominio particular, y por eso se afianza o se pretende afianzar en el indirecto que resultaría de haberse hallado las tierras, de modo inequívoco, según las comprobaciones allegadas, en el patrimonio de los sucesores del presbítero Cuenca, a partir del año de 1791, y de haberse cumplido en relación con ellas los hechos relacionados. Los testamentos son actos de particulares

que pueden causar al seguirse los juicios de sucesión correpondientes el traspaso de la propiedad inmueble que estaba en el patrimonio del testador y que pasa al de sus beneficiarios. El testamento del presbítero Cuenca pudo producir y produjo jurídicamente ese efecto. Y estando las tierras de que se trata en poder de los señores Buenaventura ocurrió el hecho ya visto de la ejecución contra uno de ellos para el pago de una deuda al fisco. Las autoridades que conocieron de tal actuación practicaron el embargo e hicieron el avalúo de bienes que se reputaban generalmente de propiedad de quienes los poseían y usufructuaban, y en el concepto de ser de particulares, aquellos funcionarios adelantaron el juicio y vendieron un lote de esas tierras para cubrir el crédito. Es singular, pero evidente, el fenómeno que se operó entonces y que se opera en casos como el que es examinado. La autoridad pública se ejerce por medio de distintos órganos y a cada uno le corresponde una función separada, propia y exclusiva. En el reconocimiento del dominio de tierras por particulares las leyes de la época colonial y las de la República han exigido la comprobación de haberse desprendido el Estado de ellas por los medios legales, de haberse adjudicado los realengos o las tierras baldías y de haberse recibido el título comprobatorio de ese acto administrativo. La autoridad judicial que es a la que compete el reconocimiento de los estados jurídicos sobre tierras, no puede desatender el imperio de estas reglas de derecho público a las cuales es preciso sujetarse para que se dé nacimiento, dentro del derecho privado, a la propiedad particular de las tierras, la que una vez producida legalmente puede transmitirse de conformidad con el derecho común.

El hallarse las tierras de que trata el aviso en poder de particulares en el año de 1791 y después cuando las autoridades intervinieron en relación con ellas, según se ha visto, y el hecho de tal intervención, no son bastante para producir jurídicamente un reconocimiento a favor de particulares frente al Estado, del dominio sobre esas tierras. Los medios previstos por las leyes son otros, como se ha explicado. Los actos de donde se pretende deducir en el caso concreto que se estudia tal reconocimiento de la propiedad privada, no sirven para producir la consecuencia que les deduce el señor abogado de la Compañía avisante.

Respecto del remate que se hizo de la parte de las tierras de Chagualá llamada potrero de don Baltasar, para el pago de una deuda al Fisco, y la venta de ellas en remate, en 1836, a José María Samper, cabe observar que dicho lote sí aparece enajenado por el Estado y debe considerarse, por lo mismo, como de propiedad privada. No así las otras tierras de Chagualá, que el Estado no vendió y que estuvieron en poder de particulares.

Conviene agregar aquí que, como adelante se verá, pudo operarse respecto de las tierras en mención, o a lo menos, de una parte de ellas, otro fenómeno jurídico traslaticio de dominio a particulares, a virtud de la llamada **justa prescripción** en el derecho indiano, o sea una situación que nacida de la explotación económica de las tierras, hubiese colocado a quienes las explotaron en tal forma, en estado de **ir por el título,** como lo preveían aquellas leyes coloniales y también las primeras que sobre baldíos se expidieron en la República. Mas como se ve claramente, ese modo de adquisición de las tierras realengas por particulares podía llevar al reconocimiento del dominio privado, a título diferente del que pretende el señor abogado de los avisantes al sostener que por el origen testamentario que le señala a la propiedad de las tierras de Chagualá y por los actos ya examinados de las autoridades en relación con ellas, esas tierras entraron al patrimonio de los particulares.

Las mercedes de tierras

Como ya se anotó, el señor abogado del avisante aplica lo principal de su alegato ante la Corte al estudio de la titulación ya examinada, con origen en el testamento del presbítero Cuenca. No hace sino una simple mención de las mercedes de tierras que también presentó la Richmond Petroleum Company of Colombia sobre tierras en la región de Chagualá. Tampoco se refirió a ella la diligencia de inspección ocular y pericial practicada durante este juicio, pues ella versó sobre la alinderación consignada en los documentos que se produjeron en 1791 y en los años subsiguientes con ocasión de los actos a que se hizo referencia en el acápite anterior. Este silencio del señor abogado respecto de las mercedes presentadas por el avisante y la no incidencia en ellas de las pruebas producidas en el juicio son por sí solas indicativas, como ya se observó, de que el apoderado judicial de los avisantes apoya su pretensión especial y casi exclusivamente en la validez de la titulación comentada que se inició en el año de 1771 y en cabeza de los sucesores de Vicente Antonio de Cuenca. La Corte, sin embargo, ha visto los documentos referentes a las mercedes de tierras y ha llegado a la conclusión de que con ellos no puede acreditarse el traslado a particulares de ninguna extensión de tierras concretamente determinada, por la vaguedad de los linderos que en ellas constan, que hace imposible su determinación en el terreno.

El Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos hizo un estudio de las titulaciones constituídas por las mercedes de que se viene hablando y llegó a la conclusión de que por la vaguedad de sus términos es imposible trasladar al terreno los datos que ellas contienen y que por lo mismo son inoperantes en la realidad. Las observaciones de esa oficina técnica no aparecen desvirtuadas en el juicio y en ellas se afianza el parecer de la Sala al estimar que las mercedes dichas no tienen virtualidad para fundar en ellas un derecho concreto de propiedad territorial. En seguida se transcriben algunos pasajes de ese estudio:

"**Ubicación y linderos:** La merced de una caballería de tierra y un potrero concedida al presbítero Luis de Morales Quiñones tiene, según aparece de la petición (documento A), los siguientes linderos: 'Es de la quebrada de Opia hasta las tetas de Doima y quebrada que llaman de los Tuamos hasta el cerrillo de Doima con todos sus rincones y ensenadas', linderos que son los mismos que figuran en todas las diligencias sobre el asunto pues en el acta de merced sólo dice al respecto don Juan de Borja lo siguiente: 'doi y hago merced a vos el dicho Luis de Morales Quiñones, de la caballería de tierra que pedís y del potrero; todo ello en la parte y lugar que señalais y se contiene en dicho vuestro pedimento', y en la diligencia de posesión no se hace mención ninguna de ellas. — Como ni las quebradas de Opia y los Tuamos y las tetas de Doima, ni el cerrillo de Doima figuran en los planos y mapas del Tolima — levantado por la Oficina de Longitudes — que presentan los avisantes (excepción hecha de la quebrada de Opia que sí aparece en este mapa bastante al norte del lote avisado) y como, además, los linderos que se fijan a la merced no cierran perímetro, se impone la conclusión de que tanto la ubicación como los linderos de la merced son muy imprecisos. A lo anterior debo agregar que ninguno de los linderos que aparecen en esta merced he citado en los que se fijan al lote del aviso. — Con respecto a la ubicación y linderos de las dos estancias de ganado mayor y dos de pan coger del segundo título que aparece en la capellanía ocurre algo semejante porque, aun cuando se nombre el valle de Chagualá— probable ubicación de esta merced — no aparece en los planos presentados el tal valle de Chagualá. Lo que sí figura en ellos es la quebrada de Chagualá que recorre una gran extensión antes de desembocar en el río Coello, pero con este dato no se puede precisar la ubicación de esta merced. Y en cuanto a los linderos, lejos de aclarar el problema lo complican, pues rezan así: "la cual corre desde la estancia de vuestro ganado; por una parte y por la otra linde con las estancias de Pedro Díaz Balderrama hasta el río de la Magdalena". (Folios 16 v. y 17 del cuaderno número 8).

La prescripción

Sostiene el alegato de los avisantes que hay base en el proceso para que se reconozca subsidiariamente el dominio privado de ellos con anterioridad a 1873 por la prescripción adquisitiva de la propiedad, ordinaria y extraordinaria. Se refiere, cuando así se expresa, a la prescripción de derecho común, que cree aplicable a las tierras realengas y a los baldíos, en beneficio de los particulares.

Acogiéndose el apoderado de los avisantes a las normas comunes del derecho civil que regulan el fenómeno jurídico de la prescripción adquisitiva del dominio de inmuebles, le plantea, como petición subsidiaria a la Corte, la de que reconozca la existencia de la propiedad particular sobre el subsuelo en las tierras del aviso y con anterioridad a 1873, con base en el hecho acreditado ampliamente en los autos de la posesión de esas tierras por particulares en un período muy largo anterior al año en que se estableció la reserva a favor del Estado.

Para que se conozca el pensamiento en el particular del señor apoderado ha de transcribirse a continuación lo principal de sus observaciones:

"Con los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos de Ibagué, Espinal y El Guamo, que figuran en autos bajo los números 100, 128, 133, 171 y 183, indicados a la vez que en la relación acompañada al memorial de aviso, **se acredita la posesión inscrita que sirve de base a la prescripción que invoco**..... — Hay en este caso una posesión regular, o sea procedente de justo título y buena fe.—Esa posesión no ha sido interrumpida desde una época anterior en más de ciento diez años a 1873. — Están presentados los títulos justos inscritos desde los orígenes de la institución del registro como medio de tradición del dominio de los bienes inmuebles. — Pero como la prescripción, con relación al subsuelo petrolífero, debe probarse a la luz de la legislación anterior a 1873, me parece oportuno, para demostrar la existencia de la prescripción durante la vigencia de esa legislación anterior referirme a las antiguas normas españolas que rigieron durante el período colonial, y también, al régimen legal de la República de la época anterior a 1873, año hasta el cual alcanza la reserva del petróleo.

"La institución de la prescripción procedente de las antiguas normas españolas no ha de analizarse únicamente con arreglo a la Legislación de Indias que la admitió y consagró en principio, pues si bien

ésta era de aplicación preferente en lo que hoy es territorio colombiano, no estaba ni podía estar dislocada de las leyes generales de la Metrópoli.—Tan cierto es esto que las deficiencias de la Recopilación de las Leyes de Indias se suplían con lo dispuesto en otras leyes, según lo ordena la Ley I, Título I, Libro II de dicha Recopilación. Por eso se declaró también que las Siete Partidas no obstante ocupar el último lugar, eran un código supletorio. ¿Qué aparece en definitiva acerca no sólo de la prescripción en sí misma sino también de sus términos o plazos para consumarla, armonizando en este punto los varios Códigos y Textos legales? El Código de las Indias (Ley XIV, Título XII, Libro IV), la Novísima Recopilación, las Cédulas Reales, etc., admitieron la prescripción; pero en donde está clasificada por razón del tiempo necesario para consumarla en las Siete Partidas. La prescripción ordinaria, para la cual se necesitaba justo título y buena fe, era de diez años entre presentes y veinte entre ausentes. La prescripción extraordinaria era en principio de treinta años, y en determinados casos se extendía a cuarenta. Había también una prescripción excepcional de cien años que se refería exclusivamente a los bienes de la Iglesia Romana (Ley I, Título XXIX, Partida II, Ley XXIIX, Partida II, Ley XXI, Título XXIX, Partida III). La Recopilación Castellana y la Novísima Recopilación confirmaron la institución de la prescripción y señalaron las excepciones o sean las cosas imprescriptibles. Eran imprescriptibles los pechos y los tributos "a Nos debidos" es decir, al Rey; la suprema jurisdicción "que los reyes han por mayoría y poderío real"; las alcabalas reales y las cosas robadas; las cosas sagradas, los bienes de uso común y el hombre libre. También estaba prohibida la prescripción entre comuneros. **Lo demás era prescriptible.** Es más: aquella prescripción comprendía en los bienes raíces el suelo y el subsuelo, con excepción del oro, la plata y el azogue. **Qui dominus est soli, dominus est coeli et inferorum** era el principio español derivado del derecho romano. El artículo 168 de la Constitución de 1821 declaró en vigor las leyes antiguas no contrarias a la misma, y las disposiciones españolas expuestas rigieron hasta cuando comenzó la vigencia del Código Civil de la Unión o de la Nación Colombiana. La Ley de 13 de mayo de 1826 fijó el orden de aplicación de las leyes e incluyó entre éstas las pragmáticas del Gobierno Español. Antes de 1873 la República formaba una especie de Confederación de Estados que, con legislaciones y patrimonios fiscales independientes, tenían una personalidad política más acentuada que los actuales Departamentos. En frente de aquellos Estados figuraba la Unión Colombiana con su legislación general y su patrimonio aparte. Tratándose de terrenos de los Estados se aplicaban en asuntos civiles las disposiciones pertinentes del respectivo Código Civil. El primero de estos Códigos fue el de Santander, calcado en el de Chile y adoptado por la Ley de 18 de octubre de 1858 de aquel Estado. Tanto el Código de Santander, como el de Cundinamarca adoptado en 1859, y el Chileno, son fuentes próximas del Código Civil Nacional de 1873, que fue adoptado mediante la ley 57 de 1887, bajo el régimen unitario que hoy existe..... Si se toma como punto de partida más seguro la dicha fecha de 1º de abril de 1876, las normas sobre prescripción de ahí en adelante, para los asuntos nacionales son las del Código Civil adoptado por leyes nacionales con algunas modificaciones subsiguientes. Pero como se trata ahora de la época anterior a 1873, año hasta el cual alcanza la reserva del petróleo, surge la cuestión de saber si, a falta de un Código Civil Nacional, los principios aplicables con respecto a la prescripción son los del respectivo Código seccional según la ubicación del terreno, o los que resultan de la legislación general de la República y de las leyes españolas en lo que de éstas quedó vigente en el período a que me refiero. Desde el momento en que hubo Códigos Civiles de los Estados, tales Códigos reemplazaron en ellos la legislación española en materia civil; pero para los asuntos nacionales siguió rigiendo aquella legislación general con las nuevas disposiciones que fue introduciendo el Poder Legislativo Nacional. Conviene, pues, estudiar si la prescripción de que se trata se refiere a bienes que fueron de un Estado o de la Nación.

"Los bienes o terrenos en el presente juicio son los de Chagualá que antes de 1607 fueron sin duda realengos; de la Corona española pasaron al dominio privado y antes de 1771 llegaron todos a poder de Vicente Antonio de Cuenca y en manos de sucesores de éste estuvieron vinculados a la actuación ejecutiva adelantada por el Ramo de Temporalidades contra Ignacio Nicolás Buenaventura y sus sucesores inmediatos. El Ramo de Temporalidades fue asunto de la Corona española en la época de la Colonia a partir de la pragmática de Carlos III dada en 1767, y el caso siguió como asunto nacional al advenimiento de la República. En consecuencia los terrenos embargados transitoriamente por la entidad oficial para el cobro ejecutivo del Ramo de Temporalidades, y que luégo fueron desembargados y devueltos por orden oficial a la posesión de sus propietarios privados, permanecieron en el patrimonio privado de la sucesión de Ignacio Nicolás de Buenaventura como consta de autos y como aparece también de los demás documentos que demuestran dominio privado

por parte de los sucesores de dicho Buenaventura, y nunca pertenecieron a entidades seccionales de creación posterior como los llamados Estados Soberanos".

Por la transcripción que acaba de hacerse de una parte del alegato del señor abogado de los avisantes se ve cómo en él se sustenta la prescripción como medio adquisitivo del dominio por particulares de todas las tierras que a partir de 1791 estaban aparentemente en el patrimonio de los sucesores del presbítero Cuenca, y en las cuales quedarían comprendidas las del aviso. Invoca el abogado la **posesión inscrita** como base de la prescripción que alega, es decir la prescripción configurada según los principios tradicionales del derecho civil, que tuvieron su origen en las reglas del derecho romano. Expresa el apoderado que la institución de la prescripción procedente de las antiguas normas españolas no ha de analizarse únicamente con arreglo a la Legislación de Indias que la admitió y consagró, sino también en armonía con las leyes de la metrópoli, en particular con las de las Siete Partidas, la Recopilación Castellana y la Novísima Recopilación según las cuales eran imprescriptibles los pechos y tributos debidos al Rey, las Alcabalas reales, las cosas robadas, las cosas sagradas, los bienes de uso común y el hombre libre, siendo prescriptible todo lo demás, entre lo cual se comprendía a los bienes raíces; y que esa regulación se mantuvo por algún tiempo en la vida de la República, hasta cuando rigieron en ella las leyes españolas.

Plantea el señor abogado una cuestión muy interesante, ya planteada por la Corte en fallos anteriores en que se hizo un estudio extenso y detallado de todas las leyes coloniales sobre tierras que se aplicaron en las Indias y en especial en el Virreinato de Santafé y en la Nueva Granada. Este estudio se encuentra en la sentencia de esta Sala dictada el 5 de agosto de 1942 para resolver sobre un aviso de exploración con taladro en tierras del municipio de Chaparral, Departamento del Tolima, que presentó al Ministerio de Economía Nacional la Texas Petroleum Company, fallo que se publicó en el número 1987 de la Gaceta Judicial. Allí se examinaron amplia y pormenorizadamente todas las leyes españolas e indianas sobre tierras, y al efecto se dividió el tema en cuatro períodos: el Descubrimiento y la Conquista de 1492 a 1591, que comprende las capitulaciones con los descubridores y conquistadores, la fundación de poblaciones y los repartimientos de tierras; el segundo período de 1591 a 1680, que comprende el análisis de las Cédulas de El Pardo y de su aplicación en casos concretos, y el estudio que sobre esa época legislativa hicieron los comentadores del derecho indiano don Antonio de León y don Juan de Solórzano; el tercer período, de 1680 a 1754, que registra la expedición del Código de Indias o Recopilación de Leyes de los Reinos de Indias; y el cuarto período de 1754 a 1780, ilustrado con las Cédulas de San Lorenzo expedidas en 1754, y la de San Ildefonso en 1780. A esos períodos coloniales se agrega, en el estudio que de la materia se hizo en el citado fallo, el de las leyes sobre tierras baldías dictadas por la República hasta la expedición del Código Fiscal de 1873, o sea la de 11 de octubre de 1821, la ley de 1843 y el decreto que la desarrolló y la ley 70 de 1866. Ese dilatado examen que realizó la Corte sobre las leyes que rigieron el sistema jurídico de la propiedad territorial durante la colonia la llevó a conclusiones sobre varios aspectos de tan complejo asunto, entre las cuales se destaca el punto de la prescripción, el que de conformidad con el estudio que se menciona, se separa o divide en dos partes, concerniente la una a la prescripción regulada por el derecho civil, para las relaciones privadas entre particulares, y la prescripción del derecho público, así llamada en la Legislación Indiana y que se configuraba de modo especial y distinto a la prevista en las leyes civiles. De ese estudio se deduce la imprescriptibilidad de las tierras realengas de acuerdo con el derecho común, y con bases solamente en la posesión inscrita, y su prescriptibilidad con apoyo en el derecho indiano, de modo sui generis, por su explotación económica, y siempre que el interesado obtuviese el título correspondiente. Véase en el fallo de la Corte los capítulos denominados "La prescripción en el período colonial", números 107 a 111, páginas 891 a 899, y el de "La antigua posesión y la prescripción, según el régimen establecido por la ley de 11 de octubre de 1821, son base jurídica para hacer la declaración del dominio territorial privado", número 123, páginas 920 a 925.

Los argumentos que presenta el señor abogado de los avisantes en apoyo de la tesis sobre aplicabilidad de reglas del derecho común peninsular a la prescripción reconocida en el derecho indiano están ampliamente expuestos y considerados en la sentencia citada de la Corte. Allí se tuvieron en cuenta las opiniones consignadas por don Juan Pablo Restrepo y don Miguel Antonio Caro en célebre informe suyo rendido al Consejo de Estado, las del doctor Emiliano Restrepo E., el doctor Roberto Urdaneta Arbeláez y el propio doctor Pedro María Carreño, consignadas en diversas oportunidades, por ser sin duda las más autorizadas e importantes que sobre el particular se habían emitido. "Las normas sobre prescripción — dice la sentencia de la Corte — que los señores Restrepo y Caro — y también, y como se verá adelante, el doctor Urdaneta Arbeláez — apli-

can la adquisición de realengos en el Virreinato de la Nueva Granada, se hallan contenidas en las leyes de Castilla (Nueva y Novísima Recopilación) y en las siete partidas. Y el orden legal establecido en 1826, coloca primero, para su aplicación, "las pragmáticas, **cédulas**..... que estaban vigentes en el territorio de la República" (numeral 2º) y la Recopilación de Indias (numeral 3) y después las leyes de Castilla y las Siete Partidas (numerales 4º y 5º). Las Leyes de Indias (el Código) y las Cédulas de El Pardo, San Lorenzo y San Ildefonso tienen, pues, preferente aplicación a las leyes peninsulares, además de ser especiales y de haber regulado completamente la materia sobre régimen de tierras realengas en el período colonial. Pudiera acaso decirse que por haber mencionado la prescripción el Código de Indias y la Cédula de San Lorenzo, es acertado jurídicamente entender el alcance y sentido de la prescripción a que aluden, a la luz de la legislación peninsular. Mas no es admisible, como pasa a verse. Tal Código y tal Cédula se refieren evidentemente a la prescripción de las tierras realengas. La prescripción respecto de éstas fue reconocida en esas leyes; ello no puede negarse. Pero dicha prescripción debió ser armónica con lo que sobre enajenación y conservación de tierras realengas rigió en el período colonial, según las propias reglas u ordenamientos y de acuerdo con lo que ellos expresan en punto a prescripción. No puede ignorarse la naturaleza peculiar y especialísima de toda la legislación para las Indias y lo que en ella se dice de la materia de que se trata. Más jurídico es coordinar los extremos opuestos, no negando la prescripción de las tierras realengas por los particulares, pero entendiendo la subordinada al derecho público colonial sobre tierras y a lo que él estatuye sobre prescripción. La Cédula de San Lorenzo dijo: "Y no teniendo títulos les deberá bastar la justificación que hicieron de aquella antigua posesión, **como título** de justa prescripción: en inteligencia, que si no tuvieren cultivados, o labrados, los tales realengos, se les debe señalar el término de tres meses que prescribe la ley 11 del citado tít. y lib., o el que parezca competente para que lo hagan; con apercibimiento, que de lo contrario se hará merced de ello a los que denunciaren, con la misma obligación de cultivarlos". El solo texto transcrito demuestra que **la llamada prescripción** estaba configurada por un régimen especial, que no era el de derecho común: no se extendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo poseído si no se cultivaba y labraba en determinado tiempo. **Se respetó la posesión antigua como título de justa prescripción**; pero quedó sometido el poseedor a la confirmación y a la sanción de que habla la Cédula. Como se ve, es ésta una prescripción muy distinta de la establecida en el derecho común". (Sentencia citada, página 894).

Para no extender demasiado esta sentencia no se hace la transcripción completa de las varias partes de aquella en que se trata este punto, planteado ahora por el señor abogado de la Richmond Petroleum Company of Colombia; pero puede consultarse al efecto esa amplia exposición en el fallo mencionado.

Lo expuesto es bastante, en el parecer de la Sala, para que ella llegue a la conclusión de que no prospera jurídicamente la petición del señor abogado de los avisantes en cuanto pretende amparar subsidiariamente su solicitud para el reconocimiento de la propiedad privada de las tierras a que el aviso se refiere, en las reglas civiles sobre prescripción, acreditando, con los títulos aducidos, la posesión de los sucesores del presbítero Cuenca, con el ánimo de señores y dueños, de la extensión territorial abarcada por las titulaciones dichas, según los linderos en ellas consignados.

La explotación económica o justa prescripción en las tierras del aviso

Entra ahora la Sala a considerar el segundo pedimento subsidiario del avisante: el de que se reconozca que las tierras a que el aviso se refiere salieron del patrimonio del Estado antes de 1873 en virtud del fenómeno jurídico de la "Justa prescripción", o prescripción sui-generis de derecho público, acreditada por la explotación económica de aquellas.

Al respecto se expresa así el señor abogado: "Paso ahora a referirme especialmente al fallo sobre los terrenos de Chaparral, cuyas doctrinas sobre este punto han sido corroboradas por la sentencia dictada por esa misma Sala de Negocios Generales de fecha 15 de abril de 1943 sobre los terrenos de San Rafael que hicieron parte de la antigua hacienda de Llano Grande, en el Departamento del Tolima en los cuales fallos esa Corte Suprema reconoció el hecho de haberse consumado jurídicamente la prescripción adquisitiva frente al Estado por actos de explotación económica realizados con anterioridad al año de 1821, así como sentó claramente la doctrina de que la misma Corte hoy puede y debe hacer la declaración de que se ha consumado jurídicamente dicha prescripción. Conviene advertir que aunque los casos contemplados en los mencionados fallos se refieren únicamente a prescripción consumada antes de 1821, ya la misma sentencia de Chaparral y luégo el fallo de 7 de abril de 1943 dictado por esa misma Sala

de Negocios Generales sobre los terrenos del Carmen o Malemba, reconocieron la aplicabilidad de los mismos principios y doctrinas para la época posterior comprendida entre 1821 y 1873. Al efecto la referida sentencia de 5 de agosto de 1942 sobre los terrenos de Chaparral se expuso así en uno de sus párrafos pertinentes: "La ley de 1843 sanciona la demora de los poseedores en obtener el título e implícitamente permite que concurran a recibirlo; la ley de 1866 también admite que los poseedores de veinticinco años alcancen el reconocimiento de su propiedad sobre las posesiones efectivas; y el Código de 1873 repite el ordenamiento de 1866. Y todas estas leyes guardan armonía con lo acordado por el Congreso de 1824 sobre las características de la posesión inmemorial, entendiendo que ésta se convertía en propiedad, limitada tan sólo al terreno explotado económicamente". Y en armonía con la anterior doctrina la sentencia ya citada de fecha 7 de abril de 1843 dice lo siguiente: "Y se habla de posesión material como medio apto para ganar la prescripción. pues las leyes que en la vida de la República permitieron invocarla, sobre las tierras baldías, incluyendo el Código Fiscal de 1873, en el cual se fundan los avisantes para plantearle la prescripción a la Nación, exigían siempre la justificación de haber poseído "con posesión continua, real y efectiva del terreno **cultivado**" (artículo 879 de aquel estatuto); de manera que los simples títulos de enajenación de tierras corridos entre particulares no podían suministrar por sí mismos la prueba de la prescripción, si no se vinculaba a la explotación del suelo legalmente acreditada en determinado lapso, que en el mismo Código fue de veinticinco años **contados hacia atrás**" (subrayo). Sobra decir que en el presente caso constan en autos las pruebas concluyentes de la explotación económica que abarca ambos períodos, o sea el colonial y el de la República hasta 1873, y en tal virtud en materia de subsuelo petrolífero cabe alegar — como en efecto alego en este caso — así la prescripción ordinaria como la extraordinaria cumplida con anterioridad a 1873".

Antes de pasar la Sala al examen de las comprobaciones alegadas para acreditar la explotación económica de las tierras a que el aviso se refiere, anterior a 1873, va a detenerse someramente en la ampliación del punto referente a la facultad que hoy tenga el Organo Judicial para hacer declaraciones como la que aquí se solicita, de haberse consumado la prescripción adquisitiva de las tierras realengas o baldías en virtud de su explotación económica. Conviene ilustrar un poco más esta cuestión, en relación con lo ya expuesto en fallos anteriores, porque se ha hecho el reparo a la Corte de haber procedido, al hacer esos reconocimientos de propiedad privada, con un criterio de equidad y benevolencia y no de justicia.

Se dice al respecto en un comentario a la sentencia sobre las tierras de Chaparral lo que sigue: "De los párrafos trascritos se deduce que la Corte acepta o reitera la tesis de que, conforme a la Legislación Indiana, ni la ocupación de hecho, ni la llamada "posesión a título de justa prescripción", constituyen título de dominio particular sobre la tierra. Y como ese principio, según lo reconoce el mismo fallo, continuó rigiendo en los primeros cincuenta años de nuestra vida republicana, se tiene hoy que quienes en aquella época poseyeron "a título de justa prescripción" o simplemente ocuparon de hecho un determinado globo de terreno, sin acudir a legalizar ese "estatus jurídico" en los términos y con las exigencias impuestas, en las distintas épocas, por las capitulaciones, las Cédulas de El Pardo de 1591, el Código de Leyes para las Indias de 1660, la Cédula de San Lorenzo de 15 de octubre de 1754, la de San Ildefonso de 1780, la ley de 11 de octubre de 1821, la ley 1843 y su decreto reglamentario, la ley 70 de 1866 y finalmente el Código Fiscal Nacional de 1873, **no adquirieron derecho de propiedad sobre la tierra,** ni pueden por tanto exhibir ahora aquella posesión u ocupación como títulos de dominio que amparen el subsuelo petrolífero. Aunque esta conclusión parece clara y evidente, la Corte inspirándose en el espíritu de benignidad que ha inspirado la legislación colombiana sobre tierras desde sus orígenes hasta hoy, opta por reconocer derechos de dominio individual sobre la tierra cuando se demuestre haber sido poseída y explotada económicamente, durante determinado tiempo anterior a 1821. Leo, al respecto en el fallo: 'Observa la Sala que ha llegado al reconocimiento del valor que tiene la explotación económica como prueba de dominio sobre tierras realengas, por razón distinta a la propuesta por el señor apoderado de la Compañía avisante, doctor Cuervo, quien pidió a la Corte que reconociera ese valor, independientemente de la prescripción. Y se anota también cómo sí es verdad que la Corte **no admite la tesis** planteada por el mismo señor apoderado, **de haberse producido ipso jure el dominio en favor de los particulares que poseían tierras, de tiempo inmemorial, antes de iniciarse la vida de la República y que no necesitaban por tanto sacar sus títulos,** sin embargo llega a la conclusión de que no obstante el deber legal de obtenerlo en el término de un año, la omisión en hacerlo, no puede entenderla la Corte como pérdida del derecho a conseguir actualmente de la autoridad judicial la declaración de dominio en

atención a haberse hecho la explotación económica en el tiempo anterior a la ley de 1821". Tengo para mí que en este punto el fallo de la Corte incurrió en clara contradicción. Porque, si como lo dice en numerosos y bien fundados pasajes, ni la ocupación de hecho, ni siquiera 'la posesión a título de justa prescripción' constituyeron en la legislación indiana, un medio idóneo para llegar al dominio y si, en consecuencia, los ocupantes y poseedores, en 'cuanto no hubieran sacado sus títulos' dentro de los términos que a tal efecto les fueron señalados por las leyes, debían considerarse como simples 'detentadores y usurpadores de bienes del Estado', no se ve por qué esa posesión u ocupación que en su época no constituían dominio, sino simple derecho a obtener un título en determinados plazos y condiciones, venga a tener ahora en la constitución del derecho de propiedad una eficacia de que entonces carecía. No puede perderse de vista, además, que esas posesiones a "título de justa prescripción" de que habla el fallo de la Corte y esas simples ocupaciones de hecho, fueron toleradas por las leyes de Indias primero y por las de la República después bajo la condición de que, en determinado plazo, se legalizaran mediante la expedición del correspondiente título de propiedad; ese título debía darlo naturalmente el Estado por intermedio del Gobierno que es quien lo representa en la vida del derecho y no por Organos distintos del Poder Público. Pero quienes no concurrieron oportunamente a 'sacar sus títulos' en las condiciones y plazos señalados al efecto, perdieron el derecho a hacerlo y se desprendieron también de ese 'estatus jurídico' que se había ordenado respetar bajo la condición que ellos mismos dejaron de cumplir. Por tanto resulta demasiado generoso por lo menos, reconocer tales situaciones como generadoras hoy de un derecho de dominio que no pudieron generar en la época misma en que existían. Por otra parte dentro del benévolo criterio aceptado en este punto por la Corte se llega a que la sentencia judicial que reconoce la existencia, en determinado terreno, de una posesión u ocupación con explotación económica anterior al citado año de 1821, vendría a constituír al mismo tiempo el título de propiedad del particular interesado y la decisión sobre su eficacia como prueba del dominio del petróleo. Lo cual resulta inaceptable no sólo porque desplaza hacia el Organo Judicial la facultad que, en todo tiempo, tuvo el Organo Ejecutivo de expedir los títulos de adjudicación de tierras, sino porque en esta clase de fallos se trata precisamente de saber si un determinado título de propiedad se constituyó con el lleno de las formalidades legales desde una fecha anterior al 28 de octubre de 1873 para que pueda tomarse como prueba del dominio particular en el subsuelo....." "Como antes lo decía, he querido simplemente en estas líneas plantear, a propósito de un fallo memorable por su sabiduría y erudición, algunos nuevos puntos de vista en el grave problema de la propiedad del petróleo. Por ello las observaciones anteriores, lejos de entrañar una crítica imposible a las doctrinas sentadas por la Corte, tratan apenas de solicitar la futura aclaración de puntos que han quedado dudosos, cuando menos, a fin de que sobre todo el amplio tema debatido se proyecte la misma luz radiante que la Corte ha sabido proyectar sobre tópicos tan importantes como el sentido de la ley de 11 de octubre de 1821, el verdadero significado de las Reales Cédulas de San Ildefonso y San Lorenzo, el criterio social que informó a la Legislación de Indias en lo tocante a la adquisición y conservación, por los particulares de las tierras realengas; problemas todos éstos sobre los cuales la Corte ha realizado un estudio sencillamente magistral que los define y aclara". 'La propiedad del petróleo en Colombia, por Hernando Navia Cajiao, Gaceta Judicial, número 1987, páginas XII a XX).

Recuerda ahora la Corte que en la sentencia de 5 de agosto de 1942, referente a las tierras del Chaparral, hizo un estudio pormenorizado y extenso de las disposiciones legales, así del tiempo de la colonia como de la República, en virtud del cual se llega a la conclusión de que puede y debe hoy hacerse por el Organo Judicial el reconocimiento de la propiedad privada con base en la posesión real y efectiva del terreno cultivado o explotado económicamente antes de 1873. Se haría muy extenso este fallo si se repitiese aquí las consideraciones que en aquel se hicieron para sustentar esta deducción a que entonces condujo el estudio que realizó la Corte. Es cierto, como lo anota el comentarista transcrito, que la Corte habló en su sentencia de un criterio de benevolencia y de tolerancia, que fue el que inspiró las leyes de la colonia y de la república en materia de tierras realengas y baldías, al permitir que aún vencidos términos que esas leyes iban señalando sucesivamente para la composición de las tierras mediante la comprobación de los estados de explotación económica y la obtención de los títulos correspondientes, sin embargo se repitió siempre, a través de toda esa legislación, el pensamiento, el deseo y la permisión de que las autoridades respectivas reconocieran el dominio de los particulares que hubiesen explotado las tierras y siempre que lo demostrasen en forma satisfactoria. La posesión inmemorial de las tierras, si estuvo acompañada de la incorporación del trabajo en ellas, mereció respeto a los legisladores, el que se tradujo en las normas

que permitieron ese reconocimiento de la propiedad particular. La Corte en su sentencia sobre las tierras del Chaparral apela a ese criterio del legislador para que se aplique en la interpretación que los jueces, empezando por la Corte misma, hagan de tales leyes; para no sacrificar, al rigor de unos textos inertes, el derecho que sucesivamente se fue reconociendo y garantizando por las varias normas legislativas. Pero la apelación a ese criterio de amplitud y de tolerancia que inspiró la legislación colonial y la de la república hasta 1873 no lleva al extremo que indica en sus importantes observaciones el comentarista mencionado. No es que la Corte, situándose en un plano exclusivo de amplitud y benevolencia, falle con la equidad y sin la justicia legal y jurídica. Hay razones que estructuran sólidamente el proceder adoptado por esta corporación al dar entrada a la calificación del dominio privado y al reconocimiento de él en sus fallos, mediante la comprobación actual de la explotación económica que contemplaron las leyes hasta el Código de 1873.

Vuelve aquí la Sala a decir que no se extiende, para no alargar demasiado, en la repetición del proceso legislativo y jurídico que tuvo en la legislación de la colonia y de la república ese reiterado reconocimiento al esfuerzo humano incorporado a la tierra, el que a través de todo ese lapso de siglos mereció la protección especial de los legisladores. Véase en el particular la reseña y el comentario que a la Corte le mereció tan importante asunto en el fallo de 5 de agosto de 1942. Ahora ha de limitarse la Sala a ampliar un tanto su pensamiento ya expuesto, explicando concretamente los motivos y fundamentos jurídicos que sustentan la competencia del Organo Judicial para hacer declaraciones que impliquen reconocimiento de la propiedad territorial de particulares con base en la posesión real y efectiva que se realizó conforme al régimen imperante antes de 1873.

Conviene, en primer lugar, recordar cómo al referirse la Corte en el fallo mencionado a la tesis propuesta entonces por el abogado de la Compañía avisante, doctor Cuervo, de que la Cédula de San Ildefonso, de 1780, había producido una composición al por mayor de las tierras poseídas cuando tal Cédula se expidió, tesis que la Corte declaró no admitir, reafirmando su parecer y su deducción de que los que poseían tierras de tiempo inmemorial antes de iniciarse la vida republicana necesitaban ir por el título, no incurre en contradicción cuando más adelante, en la misma sentencia, llega a la conclusión de que esos estados de posesión inmemorial, si se realizaron mediante una explotación económica, pueden servir como fundamento para que hoy se reconozca el dominio privado sin embargo de no haberse obtenido el título con anterioridad al año de 1873. Porque la razón para ese reconocimiento actual de la propiedad no es solamente la de haberse explotado las tierras, sino la de que una legislación posterior permitió y permite que se haga ahora tal declaración de dominio en favor de los particulares y respecto de aquellas sobre las cuales se demuestre haberse cumplido el hecho de su posesión real y efectiva.

Como se ha dicho, los legisladores de la colonia y los de la república hasta el año de 1873 se preocuparon de continuo por dictar normas que garantizaran y protegieran el derecho de los particulares sobre las tierras realengas y baldías que habían explotado y poseído económicamente. En el fallo de 5 de agosto de 1942 se citan hechos y actos demostrativos de ese empeño en el período colonial y al darse las primeras leyes republicanas. Va la Corte a detenerse ahora en el examen de una de esas leyes, la de 1866, acerca de su contenido y de las circunstancias en que se expidió.

Al solicitar en ese año al Congreso el Presidente General Tomás Cipriano de Mosquera la expedición de un estatuto sobre tierras baldías, le pasó un mensaje en el cual se consignó con gran claridad el pensamiento del jefe del Estado sobre la reforma que se solicitaba y que contenía los fundamentos de orden jurídico y administrativo que debían inspirar la ley. En ese célebre mensaje, en que explicaba el posible articulado de un proyecto decía: "El primer artículo debería contener el principio de que todas las tierras comprendidas en los territorios de Mocoa y la Goagira y las márgenes de los ríos navegables y nuestras costas desiertas, son baldíos de propiedad nacional; y que los que se consideren dueños de parte de tales terrenos, deben presentar sus títulos a la oficina que determine el respectivo Presidente o Gobernador de cada Estado. El segundo debería disponer que son igualmente baldíos y de propiedad nacional las islas de uno y otro mar que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares. Y por el tercero se determinaría que tienen el mismo carácter los bosques y terrenos incultos de las cordilleras y valles, **a menos que los que pretendan derecho a ellos, lo justifiquen legalmente con los títulos siguientes:** 1º Concesión del gobierno español con arreglo a las leyes; 2º Escritura de compra al mismo o al de las Provincias Unidas de la Nueva Granada o de las antiguas repúblicas de Colombia, Nueva Granada, Confederación Granadina o de los Estados Unidos de Colombia; 3º La prescripción por posesión real y material sobre los bosques utilizados o cultivados, por

el término que señalan las leyes generales de los Gobiernos español, colombiano, de la Nueva Granada y de la Confederación Granadina".

La iniciativa del Presidente Mosquera recibió favorable acogida en el Senado, y en desarrollo de ella se propuso a su estudio por la comisión designada al efecto un proyecto denominado "Proyecto de ley sobre deslinde y formación de catastro de los bosques y tierras baldías de la Nación", del cual se transcriben en seguida las disposiciones más pertinentes con la materia de que se ocupa la Corte:

"Artículo 3º Todas las tierras i bosques comprendidos en los territorios Goajira i Mocoa i las márgenes de los rios navegables i las costas desiertas de los Estados Unidos de Colombia, son baldíos de propiedad nacional; i los que se consideren dueños de parte de tales terrenos, deberán presentar sus títulos a la oficina que determine el respectivo Presidente o Gobernador de cada Estado. — Artículo 4º Son igualmente baldíos de propiedad nacional los bosques i terrenos de las islas de uno i otro mar, que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares. — Artículo 5º Tienen el mismo carácter de baldíos pertenecientes a la Nación los bosques i terrenos incultos de las cordilleras i valles, **a menos que los que pretenden derecho a ellos, justifiquen su propiedad con títulos legales de los que reconoce la presente ley.** — Artículo 6º **Los títulos de que trata el artículo anterior, son los siguientes:** 1º Concesión del Gobierno español, con arreglo a las leyes recopiladas de Indias i Nueva Recopilación Castellana o por Reales Cédulas i pragmáticas debidamente comunicadas. 2º Escritura de compra al mismo Gobierno español o al de las provincias unidas de la Nueva Granada o de las antiguas repúblicas de Colombia; Nueva Granada o Confederación Granadina y 3º **La prescripción por posesión real y material sobre los terrenos y bosques utilizados o cutivados, por el término que señalaban las leyes generales de los gobiernos español, colombiano, de la Nueva Granada i Confederación Granadina.** — **Artículo 7º Las escrituras de venta que han otorgado los particulares por terrenos y bosques, sin presentar los títulos de propiedad, no prueban sino posesión; y si esta fuere de tiempo inmemorial dará derecho a la propiedad, en la parte de terreno o bosque realmente ocupada y cultivada con casa poblada y hogar doméstico".**

Conforme al proyecto y según la trascripción precedente, los artículos 3º y 5º establecían la presunción de ser baldías las tierras de Mocoa, la Goagira, las márgenes de los ríos navegables, las costas desiertas y los terrenos incultos de las cordilleras y valles, a menos que se justificara la propiedad con los títulos que reconocía la misma ley. El artículo 6º dijo cuáles eran esos títulos: la concesión del Gobierno español y la compra a los gobiernos coloniales o republicanos; y **la prescripción por posesión real y material sobre los terrenos** utilizados o cultivados, **por el término que señalan las leyes generales precedentes.** Es muy importante encontrar en esta última expresión "prescripción por posesión real y material" lo que la Corte ha entendido que fue durante la colonia y que venía siendo en la República la antigua posesión inmemorial sin título, o "justa prescripción", del derecho indiano y de las primeras leyes de la República. Una **prescripción,** llamada así, demostrable acreditando la explotación de lo poseído por el término establecido en las "leyes generales" o sea el que fijaban para la prescripción los estatutos de derecho civil; pero que aun entonces, en 1866 como en la colonia, no era propiamente prescripción a la luz del derecho civil, ya que ese proyecto, que después fue ley en esta parte, no establecía la prescripción hacia el futuro, sino que llamaba **prescripción** al fenómeno consistente en haber poseído y explotado económicamente las tierras por un lapso determinado, en tiempo anterior a la ley, y no como medio de adquisición futura. Por eso puede llamarse **prescripción** ese fenómeno, porque así lo determinó la ley; pero también, configurada como ella lo determinó, es decir, sobre lo explotado económicamente y nó en general sobre lo poseído con ánimo de señor y dueño, por simple posesión inscrita.

El artículo 7º del proyecto informó el contenido del numeral 3º del artículo 5º de la ley que permitía la prescripción por posesión real y material de los terrenos utilizados y cultivados, por el término que señalaban las leyes generales, en un fenómeno semejante al de la posesión inmemorial que daba derecho a la propiedad en la parte de terreno realmente ocupada y cultivada. Y esa prescripción por posesión real y material se equiparaba en el proyecto, y se equiparó en la ley, a la propiedad demostrada por los llamados **títulos legales** de las otras dos categorías contempladas o sea a la concesión y a la compra a los gobiernos de la colonia o de la república debidamente demostradas por el título correspondiente en que esos actos de concesión y de compra constaran. El tercer medio, el de la llamada **prescripción** en el proyecto, y luégo en la ley **posesión real y efectiva,** era un medio idóneo, al igual de los otros dos, para acreditar el dominio privado frente a la Nación

El proyecto de la comisión fue aprobado por el Senado simplificándolo en su redacción, pues la que éste adoptó tan comprensiva sin embargo como la del proyecto, dijo tan sólo, en el punto que interesa a los fines de este fallo, lo que aparece consignado

en los artículos 3º, 4º y 5º, que en seguida se copian: "Artículo 3º Todas las tierras comprendidas en los territorios de Mocoa y la Goajira y las márgenes de los rios navegables, y las costas desiertas de los Estados Unidos de Colombia, son baldíos de propiedad nacional, y los que se consideren dueños de parte de tales terrenos, deberán presentar sus títulos a la oficina que determine el respectivo Presidente o Gobernador de cada Estado. — Artículo 4: Son igualmente baldíos de propiedad nacional los terrenos de las islas de uno y otro mar que no estén ocupadas por poblaciones organizadas, o con justo título por pobladores particulares. — Artículo 5º 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 por veinte y cinco años continua, real y efectiva del terreno cultivado".

La Cámara de Representantes le hizo apenas al proyecto, en la parte que se considera, la modificación consistente en cambiar en el artículo 3º la frase "son baldíos" por se "reputan baldíos", y en el artículo 4º la frase "son igualmente baldíos" por "se reputan igualmente baldíos". En la ley a la cual se convirtió el proyecto, expedida el 4 de julio de 1866, "sobre deslinde y formación de catastro de las tierras baldías de la Nación", la última de las disposiciones en mención quedó igual a la del texto aprobado por el Senado y es el artículo 5º de ella. (Tomo I, Senado, 1866 — folios 65 a 77 — Archivo del Congreso).

La investigación que precede hecha por la Sala respecto a los orígenes y antecedentes de esa norma fijan claramente su sentido o alcance. La comprobación del derecho de los particulares "con pruebas legales", o sea los títulos originarios, **se equipara a la comprobación de ese derecho "con la posesión por veinticinco años, continua, real y efectiva sobre el terreno cultivado".** Comprobación que el particular interesado podía hacer para destruír la presunción del carácter de baldío de la Nación sobre los terrenos incultos de las cordilleras y valles; análoga a la que también se hacía para acreditar dominio privado mediante la presentación de los títulos emanados del Estado.

Aquí ya no se encuentra señalado por la ley un término fatal como el que se fijó en el artículo 5º de la ley de 11 de octubre de 1821 para que los particulares **fuesen por el título,** respecto a posesiones inmemoriales o muy antiguas, que venía reconociendo el derecho indiano con el nombre de "justa prescripción" y para que quienes poseían esas tierras y las explotaban pudiesen reclamar el título de propiedad del Estado. Tal exigencia fue constante y permanente en el derecho indiano; pero al propio tiempo hubo tolerancia para el cumplimiento de esa obligación, que se hizo manifiesta por la ley de 1843 y el decreto que la desarrolló, los que hablan expresamente de los que se hallen en posesión de terrenos baldíos con casa y labranza en ellos, "sin haber llenado el deber que les impuso el artículo 5º de la ley del 13 de octubre de 1821" (conocida generalmente como ley de 11 de octubre), los que todavía podían ir por el título pagando un arrendamiento por el tiempo transcurrido. Ya en 1866 no se habla de sanción alguna por no haberse obtenido el título, sino que se declara, sin limitaciones, sin condiciones, que pueden los interesados acreditar el dominio privado de las tierras frente al Estado mediante la comprobación de haberlas explotado durante veinticinco años, continua, real y efectivamente. Por eso la Corte ha dicho, y lo ratifica en esta decisión, que hay base jurídica bastante para que cuando quiera que se demuestre una explotación económica de tierras realengas o baldías hecha en ese lapso antes de 1873, ha de ser procedente el reconocimiento de la propiedad particular del subsuelo, por haberse cumplido el traspaso del dominio de la Nación al dominio particular por uno de los medios idóneos previstos en las leyes, el de la posesión inmemorial de la colonia, o justa prescripción, o el de la posesión real y efectiva del terreno cultivado, así llamado en la República. Pues si todo lo que va dicho es incontrovertible como prueba de que la ley de 1866 concedió a los particulares el derecho a acreditar la propiedad de las tierras por su explotación económica anterior, luégo, al expedirse el Código Fiscal de 1873, se repitió el ordenamiento, en su artículo 879, que dice: "Artículo 879. Los que se consideren dueños a parte de las tierras expresadas en el artículo anterior, o 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 veinticinco años, con posesión continua, real y efectiva del terreno cultivado".** Hubo un tiempo en que había que "ir por el título" en plazo determinado y si no se sacaba se perdía el derecho; pero hasta 1843, como se declaró expresamente entonces, la omisión de ese deber no produjo la pérdida del derecho, y se permitió ir por el título, **sin señalarse plazo para hacerlo.** Después, en 1866, la disposición **sobre comprobación del dominio** por la posesión real y efectiva, tampoco fijó término para acreditarla. Si antes de 1873 y después de ese año, a partir de la vigencia del Código Fiscal, se podía comprobar dominio privado territorial, frente a la Nación, acreditando la explotación de las tierras por

tiempo inmemorial o por el término de veinticinco años contados hacia atrás y siempre que la propiedad se limitase a lo explotado económicamente, no hay razón alguna para decir que al hacer hoy el Organo Judicial un reconocimiento de la propiedad particular de las tierras por ese medio, le esté dando a las leyes antiguas un valor que ellas mismas no otorgaban en beneficio de los poseedores que tenían esas calidades. Al contrario, el reconocimiento se ajusta estrictamente a la legalidad y a la juridicidad, fuera de consultar las razones de equidad de que antes se ha hablado, nacidas de la tolerancia con que el Estado, en la colonia y en la república dispensó repetidamente el cumplimiento de la obligación de recibir los títulos de propiedad oportunamente. Tal omisión no acarrea pues la pérdida de un derecho que la legislación de varios siglos reconoció y que las leyes colombianas autorizaron a establecer, en la legislación que precisamente precedió a la reserva del petróleo para el Estado, en la ley citada de 1866 y en la que hizo dicha reserva, según jurisprudencia, o sea el Código Fiscal de 1873.

En el presente juicio sumario el apoderado del avisante se acoge subsidiariamente a la comprobación del dominio de las tierras a que el aviso se refiere mediante la demostración de haberse hecho en ellas una explotación económica antes del año de 1873 y bastante para satisfacer las exigencias legales al respecto.

El terreno a que el aviso se refiere tiene una extensión aproximada de 1.964 hectáreas y se halla debidamente determinado, según lo afirman los peritos que intervinieron en el juicio, por la alinderación que al aviso le señala el apoderado de los interesados en el memorial que dio origen a la actuación, alindamiento que aparece transcrito al comienzo de este fallo. En la inspección ocular que se practicó se recorrieron los linderos, y los peritos en su dictamen expresan su conformidad en ese punto. Dicen uniformemente: "Los linderos, materia del aviso, fueron recorridos en su totalidad durante el curso de la inspección ocular y los sectores o tramos que no fueron recorridos directamente, se observaron con detención desde varios puntos fijos, situados en el perímetro de dicho globo, puntos que habían servido para el levantamiento del plano. Desde estos puntos de observación se tomaron distancias aproximadas con telémetro y direcciones con brújula a los puntos notables del perímetro que encierran el globlo mencionado; de esta confrontación deducimos una completa concordancia entre los datos del plano y los correspondientes en el terreno".

Se determinó también en la inspección ocular, con intervención de peritos, el área a que se refiere la alinderación antigua de las tierras que poseía el presbítero Vicente Antonio de Cuenca en Potrerillo y Chagualá, que aparecen en el documento número dos de los presentados por la Compañía avisante. En el particular los peritos se expresan así: "El globo general del terreno alindado según los términos del documento número 2, del cuaderno número 1, del expediente, queda absoluta y exclusivamente determinado por los linderos que a continuación transcribimos los cuales fueron inspeccionados en su totalidad por los suscritos peritos y confrontados sobre el plano número 3 del legajo de planos: "Por la parte de abajo desde el río Coello y punta de cerro que está abajo de la boca de la quebrada de Potrerillo que nace en la riconada inmediata a una ciénaga que le dentra y desagua en el dicho río: de dicha punta de cerro por toda la cuchilla arriba hasta caer a mano derecha por la cuchilla que finaliza en Piedras Negras a dar a la quebrada Arenosita, que tiene en ella un guadual; por esta quebradita abajo a la quebrada de Chaguales (sic) en que desagua, y quebrada de Chagualas (sic) abajo hasta las puntas de la cuchilla y cerro que llaman de Lucha que finaliza a la izquierda en la quebrada de Chagualas (sic), frontera a la boca de la quebrada de Chicuambe que está a la derecha hasta donde linda con las tierras que llaman Cunira, que hoy posee Roque Rodríguez, de dicha punta de cuchilla, cerro de Lucha, loma arriba hasta enfrontar y caer a la angostura que hace una de sus cuchillas en el cerrito del Totumito, que está en el valle de Chagualas (sic); cortando a la teta grande de Doima, y hasta allí linda con tierras de Chaguas (sic) adentro, a la derecha, que posee el doctor don Vicente Moscoso, y de dicha teta de Doima, por toda a parar al río Coello hasta la cabecera de la quebrada del Castañal que desagua a la izquierda, linda con el potrero que llaman de Santa Ana y tierras del hato del Aceituno, que está a la derecha y posee don Juan Gómez; y de dicha cabecera de la quebrada del Castañal por dicha cordillera cortando por el cerro de Malnombre a la quebrada que llaman de Meneses hasta el paso del camino real que va del pueblo de Coello a la ciudad de Ibagué donde se halla del lado de la ciudad una piedra herrada con la letra C, como lindante con tierras de Buenavista que hoy llaman Castillo, y de dicho paso y piedra herrada cortando a la punta de la peña en la barranca del río Coello que hasta aquí linda con tierras del dicho hato de Castillo que hoy posee don Francisco Gamba; y así éste de Castillo como el del Aceituno se han medido y demarcado por su Magestad por el extrañamiento de los padres Jesuítas, y de esta ba-

rranca por todo el rio Coello abajo hasta la punta del cerro del primer lindero citado, lindantes rio por medio con tierras de la Laguna que posee Francisco Espinosa, y del Retiro de Llano Grande que posee el doctor don Juan Manuel de Moya". — Hemos de anotar aquí que al practicar el reconocimiento del globo general del terreno, se determinaron en dicho globo dos porciones separadas como exclusiones del globo general descrito; la primera de éstas exclusiones corresponde a los terrenos de propiedad de Pedro Cedano, está marcada en el plano número tres con una convención especial y queda determinada por los siguientes linderos que transcribimos del mismo documento número dos (folio 5 del legajo de documentos remitidos por la Honorable Corte): 'desde la puerta referida sobre Coello que está encima de la barraca frontero a la boca de la zanja que llaman de la Chambita que desagua en Coello, de dicha puerta por la dicha zanja de la Chambita arriba hasta un caucho grande hasta donde se midieron por el llano derechamente doce cabuyas de a cien varas con vara de castilla y veintiuna varas más en donde saliendo a escuadra para Coello se amojonó con una piedra picada por un lado sobre la lomita que hace al salir de dicha zanja y caucho, y desde esta zanja y mojón mirando derecho un poco arriba de un cerro redondo que hace al otro lado del rio de Coello en el llano y tierras de La Laguna a dar a unos peñones que hacen en un cerrito sobre la barranca del rio Coello, cuyos peñones están al fin de la vega de Meneses por la parte de abajo de la vega a dar a Coello, y este rio abajo hasta dicha puerta que se nomina sobre la boca de dicha zanja que viene a estar un poco más allá que su desague en Coello'. La segunda parte excluída, corresponde a los terrenos de propiedad del menor Victorino Girón, está marcada con la misma convención y queda determinada por los siguientes linderos, que tomamos del mismo documento (folio 4 del legajo de documentos remitidos por la Honorable Corte): 'en el rincón del Castañal, entre la lomita y cordillera baja que llaman de la Aguadita, que fenece junto a la quebrada del Castañal, por esta lomita de cerritos al farallón que está en la montañuela de la cabecera del potrero de Santa Ana cordillera de las Tetas de Doima, aguas vertientes a la izquierda de dicho rincón y quebrada del Castañal, esta abajo a enfrentar con la punta de la loma que allí cae, de dicho cerrito de la Aguadita que está abajo de la boca de la quebrada del Salitre'. — El globo a que nos hemos venido refiriendo queda ubicado en jurisdicción del municipio de Coello, Departamento del Tolima, limita por el oriente por la cima de la cordillera de Chicoral, las quebradas de Arenosa y Chagualá, hasta frente a la desembocadura de la quebrada Chicuambe y por la cima de la cordillera de Lucha hasta ponerse sobre la quebrada de Chagualá, frente al cerro del Totumito; por el Norte con el valle de la quebrada Chagualá, hasta la cima de la Teta Grande de Doima; por el Occidente por la cima de la cordillera de Doima, cordillera del Fraile y quebrada de Meneses, hasta su desembocadura del rio Coello; y por el Sur por todo el curso del rio Coello, desde la dicha desembocadura, hasta ponerse frente a la angostura de Chicoral".

Igualmente identificaron los peritos la alinderación consignada en la diligencia de medida del globo general compuesto de los potreros de la tierra de Chagualá llamados Palogrande, Trapiche, Don Baltasar y San Vicente, de fecha 31 de octubre de 1801 (documento número 9 del avisante). "Este globo — dicen los peritos — queda pues completa y exclusivamente determinado por los siguientes linderos, que transcribimos del documento referido (folio 54 del legajo de documentos remitido por la Honorable Corte): "Cogiendo desde la boca del Salitre a la punta del cerro el Bolcán, por toda su cuchilla arriba hasta su fin, de éste entrando por la montaña a dar a la quebrada del Calaboso, que divide las tierras de los Díaz en la parte superior, de esta quebrada, esta hasta su cabecera, de esta mirando línea recta a la cumbre del cerro de Doima, cumbre arriba hasta la teta grande, de esta, mirando a la loma Montuosa, de esta a los Peñones, de estos al pie del Serro de Sintura, por todo su pie, de este a dar al Guasimal, de éste al Salto, de este a la punta Potrerillo, de este al pie de la cuesta de don Baltasar por todo el pie del Serro dando las mismas vueltas que tiene el Serro, de aquí mirando a la cabecera del Guadual del Pantanito, de dicha cabecera a dar al Montecito, cabacera de la pitá, de dicho montecito mirando al Bolcan colorado, de este a la quebrada de Castañal, Castañal arriba hasta la boca del Salitre". Como puede verse en el plano que acompañamos, en el cual hemos distinguido con diversas convenciones los diversos globos, materia de nuestra inspección, el lote o globo de terreno a que nos venimos refiriendo en este punto tiene una parte del lindero occidental, el comprendido entre la teta de Doima, por esta cordillera hasta el cerro de Santa Ana; y por la parte norte, desde la teta de Doima, hasta el cerro Montuoso, en común con el globo general de terreno materia del primer punto de este cuestionario, quedando el resto de los linderos íntegramente dentro del globo general del mismo terreno".

En el testamento del presbítero Vicente Antonio de Cuenca, otorgado el primero de junio de mil setecientos setenta y uno, se hallan estos datos indica-

tivos de explotación económica: "Item declaro por bienes mios una hacienda de campo en la jurisdicción de Ibagué nombrada San Miguel de Chagualá, y Potrerillo en la que tengo casas y corrales dentro de dicho Potrerillo en donde pastan poco más o menos trescientas reses mansas de ganado vacuno, con más siento sincuenta y nueve toros y novillos, veinte caballos, veintisiete yeguas con diez potricos y un pollino hechor mulas diez y ocho siete muletos treinta y un pollinos chicos y grandes quinze terneros treinta y nueve obejas embras y machos, tres aguinches, dos achas, tres asadones, dos trasvihetes dos escoplos y un buril, una barra y un barretón un fierro de herrar, tres negras mosas una llamada Rosalía otra Nicolasa y otra Melchora, toda la tierra se compone de cinco potreros, el principal es el potre rillo, el que le sigue la Cuesta de don Baltazar, La Puerta de San Vicente y el Totumito de la quebrada de Chagualá; y hay asi mismo en dicha hacienda un cacagual con mil árboles poco más o menos frutales....."

Los documentos acompañados por el avisante y relacionados por él para acreditar explotación económica demuestran una serie en cadena que se extiende desde la época en que el presbítero Cuenca hizo su testamento hasta los años de 1857, 1865 y 1870 en que aparecen, según los documentos que así lo atestiguan, otros adquirentes sucesores de las primitivas tierras, ejecutando actos, que constan en documentos, y que implican explotación económica de las tierras.

La división que en ese largo lapso se operó de las tierras que estuvieron en el patrimonio del presbítero Cuenca, en virtud de adquisiciones de numerosas personas, a los cuales se refieren muchos documentos de los que la Compañía avisante presentó, dio origen a explotaciones económicas parciales por medio de plantaciones de cacao, de pastos y el sostenimiento de ganados en ellos. La primera explotación económica de que da cuenta el testamento de 1791 se prolonga a través de los años y de los sucesores del testador. Por consiguiente se halla acreditada en un tiempo casi inmemorial y en todo caso muy prolongado, anterior a 1873.

Las tierras a que se contrae el aviso tienen una extensión aproximada de 1.964 hectáreas y los terrenos que fueron del presbítero Cuenca las comprenden aunque son un poco más extensas. Estima la Sala ser suficientes como indicativos de una explotación económica continua, real y efectiva de las tierras a que el aviso se refiere, la que en ellas se realizó durante el período colonial a partir de 1791 y en los primeros sesenta años de la república, con origen en la que alcanzó a hacer el presbítero Cuenca, la que en relación con el área era bastante para demostrar tal explotación en la época en que ella se efectuó. Agrega la Corte la siguiente consideración del señor abogado de los avisantes, que encuentra acertada: "Finalmente, no está por demás observar el hecho, históricamente comprobado, de que la región en donde se hallan ubicados los terrenos del aviso fue de las primeras que aparecen apropiadas por particulares desde los tiempos más remotos de la Conquista y la Colonia por ocupar aquella región una comarca que necesariamente requería el esfuerzo individual para hacerla productiva, por la circunstancia de ser terrenos cuyo cultivo era imprescindible en aquellas épocas distantes por estar situados en el trayecto que comunicaba la capital del Virreinato con las Provincias del Sur y ser además centro importantísimo de intercambio interior de ganados y productos entre la misma capital del Virreinato y ciudades tan importantes como Ibagué y otras. Tales terrenos del aviso, que por sus condiciones son aptos para toda clase de labores y plantíos, están localizados a un lado y otro de la única vía central que existió desde aquellos antiguos tiempos y que fue la arteria principal de tráfico y comunicación entre distintas poblaciones de fundación remota. Dados los hechos que dejo expuestos, sería ilógico suponer que los terrenos del aviso no fueran adquiridos y explotados activamente por particulares".

Las anteriores comprobaciones fundamentan la deducción a que llega la Sala de que las tierras a que el aviso se refiere fueron objeto en la Colonia y en la República hasta 1873 de una continua, real y efectiva posesión, suficiente para consumarse respecto de ellas la prescripción adquisitiva, en armonía con la legislación imperante entonces; y que por tanto debe concluírse en el presente juicio que salieron del patrimonio del Estado y pasaron al de los particulares antes del año de 1873.

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 Richmond Petroleum Company of Colombia y de las personas a quienes ella representó en el juicio, de explorar y explotar petróleo en las tierras situadas en el municipio de Coello, Departamento del Tolima, en área comprendida por los linderos que aparecen transcritos al principio de esta providencia.

Publíquese, notifíquese, cópiese, devuélvase al Ministerio del ramo e insértese en la Gaceta Judicial.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado C. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE PERDIDA DE LA NACIONALIDAD DE UN CIUDADANO COLOMBIANO

En armonía con el artículo 9º de la Constitución, para que una persona de nacionalidad colombiana adquirida por nacimiento, pierda esta nacionalidad, es preciso desde luego que obtenga carta de naturalización en país extranjero. Esta disposición es un genuino reflejo de la sana doctrina internacional sobre esta materia, ya que se trata precisamente de evitar la situación internacionalmente inconveniente del posible surgimiento de los APATRIDAS, merced a la pérdida de la nacionalidad cuando al propio tiempo no se ha adquirido una nueva patria. Y sea el momento de observar que en los antecedentes de nuestra disposicion constitucional aparece señalado este mismo fin como propio de su institución. Por lo demás, del contenido de dicho artículo 9º se sigue que no basta el requisito de la fijación de domicilio en el exterior por parte de quien se indica como nacional por nacimiento para la pérdida de la nacionalidad colombiana, ya que se requiere, además, para el caso, que se haya obtenido la correspondiente carta de naturalización en otro país. Esa carta de naturalización, según la noción que traen los internacionalistas, armoniza con el artículo 8º (véase ordinal 2º) de nuestra Constitución y con la ley 22 bis de 1936 sobre naturalización de extranjeros; es el documento solemne por el cual un Estado constata conferir su nacionalidad a una persona natural, no en atención a su nacimiento sino a la ADOPCION voluntaria de tal persona. Se comprende así que no existe acción sobre pérdida de la nacionalidad de una persona, basada sólo en el cambio o abandono del domicilio colombiano.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock).

Ante esta Sala de la Corte Suprema de Justicia, y con fecha 25 de marzo de 1943, presentó el doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez demanda para que, con citación y audiencia del señor Heriberto Schwartau Eskildesen, se hiciera la declaratoria de haber perdido éste la nacionalidad colombiana.

Para apoyar esta petición adujo el demandante como hechos fundamentales los que a continuación se transcriben:

"1º — El señor Heriberto Schwartau Eskildesen quien es poseedor de la cédula de ciudadanía número 2039638, expedida en Ulloa, Valle, nació en Barranquilla, Colombia, el día 15 de agosto de 1917, de padres extranjeros domiciliados en Colombia, que lo fueron el señor Juan Schwartau y la señora Mary Eskildesen de Schwartau.

"2º — El mismo señor Heriberto Schwartau Eskildesen estuvo domiciliado en territorio de la república hasta el mes de enero de 1941.

"3º — En el mes de enero de 1941 el mencionado Schwartau Eskildesen se ausentó del país; y

"4º — Schwartau Eskildesen regresó a Colombia en octubre de 1942.

"De los hechos anteriores se deduce que el señor Heriberto Schwartau Eskildesen ha perdido la calidad de ciudadano colombiano, que en un principio tuviera, por abandono de su domicilio en Colombia. Porque si bien es cierto que según el artículo 7º (hoy artículo 8º) de la Constitución Nacional, el nacimiento dentro del territorio de la república es elemento que puede determinar la nacionalidad colombiana, no lo es menos que debe estar siempre ligado de manera continua e ininterrumpida al hecho físico del domicilio".

Agregó el demandante fundar, en cuanto a derecho, la acción instaurada en el artículo 7º (hoy artículo 8) de la Constitución Nacional, 76 y concordantes del Código Civil.

Habrá de observarse en primer término que la competencia para conocer de este género de asuntos sobre pérdida de la nacionalidad por parte de los colombianos, se halla expresamente atribuída a esta Sala de la Corte, merced al precepto que trae el ordinal 4º del artículo 36 del Código de Procedimiento Civil.

Surgió sin embargo el interrogante de cuáles fueran los trámites adecuados para poder definir el asunto; y la Corte hubo de llegar a la conclusión que aparece consignada en providencias ejecutoriadas, de ser aprpiados los trámites del juicio ordina-

rio y de ahí que tal tramitación hubiera sido la adoptada

De su lado el demandado en la contestación de la demanda, sin objetar la personería del actor para demandar, refiriéndose al fondo mismo del juicio iniciado, hubo de hacer la siguiente manifestación:

"Reuniendo los requisitos de nacimiento y domicilio dentro del territorio, yo soy colombiano de pleno derecho, según el artículo 7º de la Constitución Nacional.

"Por lo expuesto me opongo a la declaratoria de pérdida de la nacionalidad colombiana, solicitada en contra mía por el actor, en su libelo de demanda".

Interesa observar también que, merced a providencias ejecutoriadas ha venido interviniendo en el juicio el señor Procurador Delegado en lo Civil, intervención del señor Agente del Ministerio Público que fue aceptada como legal por la Corte, y que se justifica por razón del interés público que entraña la decisión del tema sobre pérdida de la nacionalidad colombiana presentada en el litigio.

Ahora bien: estudiados por la Corte los antes transcritos fundamentos de la demanda, fundamentos que sirven para circunscribirla e individualizarla, así como la contestación dada a ella por el demandado, resulta que el presente fallo necesariamente habrá de definir ante todo si puede prosperar, o mejor, si existe una acción sobre pérdida de nacionalidad de una persona de quien se asevera que nació en Colombia de padres extranjeros domiciliados, domicilio en Colombia que, se dice allí, llegó a tener también el susodicho nacional y cuando es el caso de que tal pérdida de nacionalidad se atribuye simplemente al hecho del abandono del domicilio que aquél tenía en Colombia; y, puesto que, como lo sostiene textualmente dicho demandante, en la demanda "si bien es cierto que según el artículo 7º (hoy artículo 8º) de la Constitución Nacional el nacimiento dentro del territorio de la república es elemento que puede determinar la nacionalidad colombiana, no es menos cierto que debe estar siempre ligado de manera continua e ininterrumpida al hecho físico del domicilio".

Y es obvio por lo demás, que si no puede configurarse la acción sobre pérdida de la nacionalidad de un colombiano por nacimiento merced al simple cambio de su domicilio, es inconducente entrar a definir, como materia de necesario pronunciamiento, si tal acción así presentada por el demandante es efectivamente y de acuerdo con la ley una acción **pública** o **popular** o si corresponde por el contrario instaurarla exclusivamente al Agente del Ministerio Público, etc. De igual manera que tampoco sería conducente, y aun le estaría vedado al juzgador, entrar luégo en el análisis de las demás constancias del proceso respectivo extrañas a la existencia objetiva de la acción misma.

Y es que sólo en el supuesto de que llegara a admitirse que el simple cambio de domicilio en el caso en estudio, priva, a quien se señala como nacional por nacimiento, de la nacionalidad colombiana, podría ser pertinente discutir a quién corresponde ser el sujeto activo de tal acción, o bien el carácter público o privado de la misma y luégo las demás cuestiones de fondo que el litigio suscita.

Se advierte ahora que, en armonía con el artículo 9º de la Constitución, para que una persona de nacionalidad colombiana adquirida por nacimiento, pierda esta nacionalidad, es preciso desde luego que obtenga carta de naturalización en país extranjero.

Dice, en efecto, el mencionado precepto constitucional:

"Artículo 9º La calidad de nacional colombiano se pierde por adquirir carta de naturalización en país extranjero, fijando domicilio en el Exterior, y podrá recobrarse con arreglo a las leyes".

Ahora bien: la disposición constitucional transcrita es un genuino reflejo de la sana doctrina internacional sobre esta materia, ya que se trata precisamente de evitar la situación internacionalmente inconveniente del posible surgimiento de los **apátridas** merced a la pérdida de la nacionalidad cuando al propio tiempo no se ha adquirido aún una nueva patria. Y sea el momento de observar aquí que en los antecedentes de nuestra disposición constitucional aparece señalada esta misma finalidad como propia de su institución.

Por lo demás, del contenido de dicho artículo 9º de la Constitución se sigue que no basta el requisito de la fijación de domicilio en el exterior por parte de quien se indica como nacional por nacimiento para la pérdida de la nacionalidad colombiana y ya que se requiere además para el caso, como antes se observó, que se haya obtenido la correspondiente carta de naturalización en otro país.

Carta de naturalización, que según la noción que traen los internacionalistas, noción que armoniza con el artículo 8º (véase ordinal 2º) de nuestra Constitución y con la ley 22 bis de 1936 sobre naturalización de extranjeros, es el documento solemne por el cual un Estado constata conferir su nacionalidad a una persona natural, nó en atención a su nacimiento sino en atención a la **adopción** voluntaria de tal persona.

Se comprende así, sin lugar a duda, que no existe acción sobre pérdida de la nacionalidad de una persona, del señor Schwartau en el caso actual, basa-

da sólo en el cambio o abandono del domicilio colombiano.

Y a este orden de ideas corresponde el siguiente pasaje del alegato presentado ante la Corte por el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Observaciones de la Procuraduría

"Se pretende con este juicio obtener de esa Honorable Sala la declaración de que el señor Heriberto Schwartau "ha perdido la calidad de ciudadano colombiano", según se expresa en la demanda. Como única razón de orden legal para obtener tal declaración el demandante doctor Cifuentes y Gutiérrez dice que "si bien es cierto que según el artículo 7º de la Constitución Nacional el nacimiento dentro del territorio de la República es elemento que puede determinar la nacionalidad colombiana, no lo es menos que debe estar siempre ligado de manera continua e ininterrumpida al hecho físico del domicilio".

"No indica el demandante, en su libelo, por qué ha llegado a una conclusión tan peregrina y, en realidad, ni la Constitución ni las leyes exigen en parte alguna que para conservar la nacionalidad colombiana, adquirida entre otras cosas por nacimiento dentro del territorio de la República, sea necesario al interesado estar siempre ligado de manera continua e ininterrumpida al territorio nacional, por estar domiciliado en él.

"La improcedencia de la acción es, por tanto, manifiesta".

En efecto: admitir contrario parecer al sustentado por el señor Procurador en la transcripción precedente equivaldría no sólo a contrariar el precepto, atrás reproducido, del artículo 9º de la Constitución, sino a desconocer que, por su naturaleza misma, y siguiendo la definición del gran internacionalista alemán Heilborn "la nacionalidad es una constante relación de dependencia o de pertenencia de una persona a determinado Estado"; vinculación que, por consiguiente, una vez adquirida no puede estar sujeta para los efectos de su pérdida o readquisición, y sin perjuicio ello, de una acertada organización jurídica tanto interna como internacional, al sucesivo vaivén de los simples y libres cambios de domicilio del supuesto nacional.

Se comprende, por lo expuesto, que la Corte se halla en el caso de desatar el presente litigio, y en armonía con el transcrito parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, mediante la expresa declaración de ser improcedente la acción instaurada en la demanda sobre pérdida de la nacionalidad colombiana, allí mismo calificada de nacionalidad basada en el nacimiento en territorio colombiano, y por cuanto tal pérdida se fundamenta sólo en la alegación de un simple cambio de domicilio del supuesto nacional.

Y así, sin necesidad de más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, declara que no procede la acción sobre pérdida de la nacionalidad instaurada por el doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez contra el señor Heriberto Schwartau Eskildesen como demandado, y en atención a los fundamentos dados a tal acción, según lo indicado en la parte motiva del presente fallo.

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

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado C. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

PENSION

Por lo que respecta a la parte en que se concreta la apelación, la Sala, continuando la pauta que en fallos anteriores se ha impuesto, estima que la pensión decretada debe computarse desde la fecha de la presentación de la demanda, y así habrá de decretarla.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veinticinco de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna).

El señor Daniel Arango Gutiérrez, con base en la ley 22 de 1942 y en su decreto reglamentario número 2840 del mismo año, impetró, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia, por lesión, equivalente "a la totalidad del sueldo que hasta hoy he devengado como Oficial Mayor del Juzgado Segundo Penal de este Circuito".

Como hechos, para sustentar su pedimento, anota los que seguidamente se transcriben:

"a) Por Decreto número dos (2) de diez y ocho (18) de enero de 1943 fuí nombrado Oficial Mayor en propiedad del Juzgado Segundo Penal de este Circuito y de ese cargo tomé posesión el mismo día, y

"b) Tomé posesión y serví el cargo referido, hallándome cuando entré a servirlo, en perfecto estado de salud, hasta hace pocos meses en que se me presentaron novedades graves, que me imposibilitan en absoluto para el trabajo" (fs. 12, c. número 1).

Acompañó la documentación necesaria como comprobación a sus afirmaciones y, previo traslado al señor Fiscal — favorable por cierto al demandante,— el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, se pronunció en los siguientes términos:

"Las precedentes consideraciones llevan al Tribunal, en Sala Plena, después de oído el concepto de su colaborador fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, a RECONOCER a favor del señor Daniel Arango Gutiérrez y a cargo de la Caja de Previsión Social de que trata la ley 22 de 1942, una pensión mensual equivalente a la suma de ciento sesenta y ocho pesos moneda corriente ($ 168.00) a partir de la ejecutoria de la presente providencia.

"Para en caso de fallecimiento del beneficiado, a causa de la enfermedad diagnosticada por los peritos en los autos, su viuda e hijos, según el caso, continuarán recibiendo el beneficio, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia, por el término de dos años".

Este proveído sólo fue apelado por el peticionario Arango Gutiérrez, pues estimó que el reconocimiento de la pensión le corresponde "a partir de la fecha de la presentación de la demanda".

La consulta no es viable, ya que la ley 71 de 1945, que la consagra para estas providencias, entró a regir con posterioridad a la iniciación de la presente actuación, la que se halla cobijada por el artículo 40 — in fine — de la ley 153 de 1887. Así lo ha resuelto ya esta Sala en fallo reciente.

Por lo que respecta a la parte en que se concreta la apelación, la Sala, continuando la pauta que en fallos anteriores se ha impuesto, estima que la pensión decretada debe computarse desde la fecha de la presentación de la demanda, y así habrá de decretarla.

En lo atinente a la observación de la Procuraduría de que "el señor Arango solicitó en su libelo únicamente la pensión vitalicia para él", "pero no invocó el derecho de extender el beneficio de la pensión, por el término de dos años, en pro de su esposa e hijos, en caso de fallecimiento por causa de la enfermedad que lo aqueja" (folios 8, alegato de la Procuraduría), la Sala considera:

Es la petición del actor la que pone en actividad el poder jurisdiccional, sin que el Juez esté facultado para hacer declaraciones oficiosas. Ello, porque en nuestro procedimiento civil rige el sistema dispositivo y no el inquisitivo o de oficio. Cuando se declara un derecho a favor de una parte con obligación para la otra, sin que el interesado jurídicamente haya hecho valer sus pretensiones, se viola la garantía constitucional consagrada en el artículo 26 de la Carta, en virtud de la cual nadie puede ser juzgado sino mediante la plenitud de las formas propias de cada juicio. Quiere esto decir que cualquiera actuación, o acto en esas circunstancias, son completamente irritos, quedando, por tanto, facultado el superior jerárquico, cuando el asunto le llegue por

vía de una apelación legalmente interpuesta, para hacer declaración de invalidez.

Por todo lo anteriormente expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º CONFIRMASE la sentencia apelada, en cuanto por ella se reconoce la pensión, con la reforma de que ésta se pagará a partir de la fecha de la presentación de la demanda, esto es, desde el día diez y siete de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

2º Se declara que es nula la parte resolutiva en que el Tribunal decidió que la viuda e hijos del pensionado, según el caso "continuarán recibiendo el beneficio, siempre que carezcan de recursos para su congrua subsistencia, por el término de dos años".

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado C. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

SOLICITUD DE AUMENTO DE UNA PENSION

Cuando entró a regir la ley 71 de 1945, el hecho o sea la apelación que dio lugar a la segunda instancia, ya estaba completo, lo que significa que debe ser la ley antigua (la 22 de 1942), la aplicable. Si se tuviera en cuenta la ley 71, se modificaría una situación procesal consumada, a cuyo amparo el demandante podría reclamar la intangibilidad del fallo, habida consideración a que el señor Procurador estimó que no era desfavorable al Estado aquel proveído, como antes se vio. Oficiosamente no podría el juzgador desconocer la situación procesal creada por esta circunstancia a favor del actor, porque ello equivaldría a quebrantar el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

De todo lo anterior se infiere que investida la Corte de la jurisdicción en esta segunda instancia, en virtud de un acto procesal ya realizado, es decir, en fuerza de la apelación del señor Fiscal del Tribunal, debe ser la ley antigua la que ha de tenerse en cuenta, y no la nueva, para dar cabida a una consulta entonces inexistente.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veinticinco de mil novetos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Eleuterio Serna R.)

En sentencia de quince de junio de 1944, la Sala de Negocios Generales de la Corte decretó una pensión de jubilación a favor del señor Daniel María Jiménez, por la cantidad de cincuenta y cinco pesos m. c. ($ 55.00), que es la mitad del mayor sueldo que dicho señor había devengado, de conformidad con el artículo 1º de la ley 22 de 1942.

Con posterioridad, la ley 6ª de 1945, en su artículo 73, dispuso que las pensiones a que se refiere la nombrada ley 22 se elevasen hasta la totalidad del mayor sueldo devengado por el empleado en el desempeño de un cargo en propiedad, durante un año por lo menos.

El artículo 15, ibidem, consagró esta norma:

Esta ley regirá desde el día de su sanción. Pero las situaciones establecidas con sujeción a las normas legales o mediante autorización oficial, con anterioridad a tal fecha, conservarán su validez hasta tanto que sean revisadas y modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso, o reglamentadas en forma legal por el Gobierno, sin perjuicio de los derechos y remuneraciones adicionales que se reconocen a los trabajadores desde dicho día, inclusive, en adelante".

Con base en la disposición transcrita, pidió el señor Jiménez que la pensión le fuese elevada hasta la suma de ciento diez pesos ($ 110.00) mensuales.

El Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá decidió así, en fallo de 14 de agosto de 1945:

"En mérito de lo dicho, el Tribunal Superior, en Sala Civil, oído el concepto fiscal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, modifica lo resuelto en sentencia de fecha quince de junio de mil novecientos cuaretna y cuatro, en el sentido de decretar, como en efecto se decreta, en favor del señor Daniel María Jiménez, una pensión mensual de ciento diez pesos ($ 110.00), en vez de la de cincuenta y cinco ($ 55.00) a que se refiere dicha sentencia. La pensión que se decreta, debe serle pagada, mes por mes, con fondos del Tesoro Nacional y se le reconoce a partir de le ejecutoria de este fallo".

Esta providencia fue apelada por el señor Fiscal del Tribunal.

Durante la tramitación en la segunda instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil descorrió el traslado en los siguientes términos:

"El hecho de que antes de la vigencia de esta ley, el demandante hubiera ya obtenido el reconocimiento de una pensión de acuerdo con las disposiciones entones vigentes, no puede perjudicarlo. De lo contrario, quedaría en diferente situación quien hubiera pedido ya una pensión y quien no la hubiere pedido antes de la vigencia de la ley 6ª de 1945, lo cual aparece notoriamente injusto. Lo que debe examinarse ahora, es si la sentencia que decretó a favor del demandante una pensión vitalicia igual a la mitad del mayor sueldo que devengó en ejercicio de cargos públicos en el Organo Judicial, puede ser revisada para que sea reformada en el sentido que ahora se solicita. Por regla general, una sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha proferido, a menos que una ley especial así lo autorice, estableciendo el derecho de revisión pues en este caso esa ley especial restringe

la norma general estatuída por el artículo 482 del C. J. para los efectos o casos concretos de que se trata. Sentado lo anterior debe tenerse presente que el artículo 18 de la ley 22 de 1942 estableció que no será de cargo de la Caja de Previsión el pago de las prestaciones fijadas en el artículo 1º a los funcionarios y empleados que a tiempo de la vigencia de tal ley, tengan ya cumplidos los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, las cuales continuarán pagándose en la cuantía en que fueron decretadas, sin que sea susceptible aumento alguno. Pero es lógico concluír, que si una disposición posterior y con carácter de especial permite o consagra el aumento y, establece, por otra parte, el derecho de revisar la sentencia, cesa aquella prohibición y hace viable la adquisición de un mejor pago de las prestaciones fijadas primeramente. Esto fue lo que hizo precisamente la ley 6ª de 1945 cuando en su artículo 73 consagra un aumento de la mitad del valor total del mayor sueldo devengado por los empleados públicos en las condiciones allí establecidas. Y para que este aumento pudiera solicitarse, en cualquier tiempo, estableció por medio del artículo 75 las normas correspondientes en los siguientes términos:

..... "Esta ley regirá desde el día de su sanción. Pero las situaciones establecidas con sujeción a las normas legales o mediante autorización oficial con anterioridad a tal fecha, conservarán su validez hasta tanto que sean revisadas o modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso ..... "....

Como se ve, se habla en esta disposición de situaciones establecidas con sujeción a las normas legales, las cuales conservarán su validez hasta tanto no sean revisadas y modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso, lo que quiere significar que la REVISION de una sentencia ejecutoriada sobre la materia, puede tener existencia legal, o lo que es lo mismo, esa revisión se consagra legalmente. Deroga esta disposición los principios generales sobre irrevocabilidad de los fallos por el mismo Juez o Tribunal que los pronuncia, en materia de pensiones de jubilación para empleados y subalternos de la Rama Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo".

"Por lo demás, examinados los comprobantes que se adujeron en el curso del juicio que se revisa, el actor tiene comprobado que el mayor sueldo devengado por él en el transcurso de un año continuo, fue el de ciento diez pesos moneda corriente ($ 110.00) y esta suma es la que debe decretarse a su favor, para que, mes por mes, le sea pagada por el Tesoro Público a partir de la ejecutoria del fallo que se imparte en esta instancia.

"Conceptúa, pues, la Procuraduría, que debe confirmarse en todas sus partes la sentencia de fecha catorce de agosto del corriente año, que es materia del recurso de apelación".

Se observa que el señor Procurador se muestra conforme con el fallo, y como la apelación ha de entenderse en lo desfavorable al apelante, es obvio que si éste da su asentimiento ulterior a la providencia recurrida, no hay materia para el recurso, y la apelación debe desatarse confirmando la resolución del inferior, como reiteradamente lo ha practicado la Corte.

Empero en el caso actual ocurre que la ley 71 de 1945, que consagró la consulta, entró en vigencia cuando ya este negocio se había tramitado ante la Corte. Así las cosas, se plantea este problema procesal: ¿Debe la Corte, por ministerio de la ley, conocer del asunto por consulta, aunque ésta no haya sido ordenada por el Juez a-quo, por no existir en esos momentos?

No es lo mismo omitir la orden de consulta, cuando ésta existe, que conocer de una providencia en el segundo grado de jurisdicción, cuando durante la actuación de la segunda instancia entra a regir una ley que consagra tal medida. En el primer evento, la consulta es forzosa conforme al artículo 510 del Código Judicial.

Y si por alguna circunstancia, en esas condiciones, el negocio se encuentra en apelación, puede estimarse que ímplicitamente se ordenó la consulta. Pero lo que acontece en el caso de autos es diferente, pues cuando se profirió el fallo y se interpuso la apelación no había en el procedimiento especial de la ley 22 de 1942 tal medio de reforma. Vale decir que por este aspecto, de acuerdo con el artículo 468 del Código Judicial la sentencia debía tenerse como firme.

Al legislador corresponde regular las formas procesales y los recursos o medios reformatorios contra los actos judiciarios, pero respetando los hechos irrevocablemente consumados o ciertas situaciones creadas con motivo de actuaciones que ya estuvieron iniciadas. Y ello, porque, al decir de Fiore, "el procedimiento no puede ser estimado como un montón incoherente de actos sueltos o desligados entre sí, sino que, por el contrario, debe ser reputado como un sistema, unido de tal modo, que los actos posteriores vienen a ser el desenvolvimiento de los precedentes".

La anterior doctrina está consagrada positivamente en el artículo 40 de la ley 153 de 1887, aplicable a todos los tránsitos de una legislación procesal a otra y cuyo contenido es como sigue:

"Las leyes concernientes a la sustanciación y ri-

tualidad de los juicios, prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir.

"Pero los términos que hubieren empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regulan por la ley vigente al tiempo de su iniciación". Es lo mismo que dispone el artículo 1228 del Código Judicial.

La Corte ha establecido que "no debe reputarse como diligencia o actuación, cosa especial, todo pleito o proceso".

Si la ley antigua sólo estableció contra la sentencia determinado recurso, una vez ejercitado éste, no podría aplicarse la nueva ley que otorgara otro, porque de los actos de una parte surge para la contraparte el derecho de sacar de allí determinados efectos jurídicos. Así, efectuada la apelación, el fallo se considera firme en la parte no recurrida. Y si se aplicasen las nuevas normas que establecen la consulta, el efecto de la firmeza apuntada, podría quebrantarse. Quiere ello decir que los efectos de una situación procesal consumada, en esa hipótesis, se violarían, lo que va contra el querer del artículo 40 antes transcrito.

Cuando entró a regir la ley 71 de 1945, el hecho o sea la apelación que dio lugar a la segunda instancia, ya estaba completo, lo que significa que debe ser la ley antigua (la 22 de 1942), la aplicable. Si se tuviera en cuenta la ley 61, se modificaría una situación procesal consumada, a cuyo amparo el demandante podría reclamar la intangibilidad del fallo, habida consideración a que el señor Procurador estimó que no era desfavorable al Estado aquel proveído, como antes se vio. Oficiosamente no podría el Juzgado desconocer la situación procesal creada por esta circunstancia a favor del señor Jiménez, porque ello equivaldría a quebrantar el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

De todo lo anterior se infiere que investida la Corte de la jurisdicción en esta segunda instancia, en virtud de un acto procesal ya realizado, es decir, en fuerza de la apelación del señor Fiscal del Tribunal, debe ser la ley antigua la que ha de tenerse en cuenta, y no la nueva, para dar cabida a una consulta entonces inexistente.

El mismo Fiore anota también que la sentencia puede ser el título de situaciones procesales definidas, que deben regirse por la legislación vigente en el día en que aquella fue dictada. Y más adelante agrega:

"En efecto, necesario es reconocer que el derecho de impugnar una sentencia o el de promover cualquier recurso para obtener su reforma o revocación a instancia de una o de otra de las partes contendientes en el juicio, con arreglo a la legislación que estuviere vigente en el momento en que la sentencia es formulada, constituye un propio y verdadero derecho creado, el cual no puede ser atacado ni vulnerado por ley posterior, y lo sería seguramente si se pudiese admitir que contra una sentencia recaída antes de empezar a regir la ley nueva e inapelable, según la legislación bajo cuyo imperio fuese dictada, pudiera ser susceptible de apelación fundada en la ley nueva que hubiera quitado a la misma sentencia el carácter de definitiva".

Llega así la Sala a la conclusión de que no puede rever, en el fondo, la sentencia objeto de esta segunda instancia.

En mérito de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado C. — Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE IRRESPONSABILIDAD EN EL MANEJO DE RENTAS Y DE DEVOLUCION DE UNAS SUMAS DE DINERO.—SITUACION JURIDICA DEL EMPLEADO PUBLICO FRENTE A LA ADMINISTRACION

El empleado o funcionario público está colocado siempre en una situación legal o reglamentaria; su estatuto no se conforma mediante un acuerdo de voluntades entre la Administración y quien sirve un cargo público, sino que es solamente el resultado de un acto unilateral de la Administración y nunca una relación de carácter contractual. Es la ley o el reglamento la norma que crea el empleo o cargo público, señala las funciones, determina los agentes públicos, elementos todos que son por esencia modificables unilateralmente por la Administración. De esta manera la doctrina administrativa rechaza la hipotética existencia de un contrato de servicio público, ya que él entrañaría para su formación un concurso bilateral de voluntades que la realidad niega en absoluto por inexistente. En el derecho positivo colombiano el principio es el mismo (artículos 62, 63 y 76, ordinal 9º de la Constitución Nacional, 5º y 6º del C. de Régimen Político y Municipal). Siendo legal o reglamentaria la situación del empleado, es a través de estas reglas jurídicas como deberá examinarse todo caso en el cual se controvierta si determinada actuación está o no dentro de las facultades que le corresponden, o sea, si se han excedido los límites de la competencia señalada, siendo éste el único medio jurídicamente idóneo para establecer si con la actividad ejecutada se compromete a la administración o simplemente la responsabilidad personal del funcionario que la realiza.

En el caso de autos es indudable que no obstante las reservas contenidas en las circulares y en los recibos o talonarios, la Administración consideraba como bienes suyos las especies vendidas a comisión o crédito y, lo que es más importante, que tales operaciones se realizaban por cuenta del Departamento, ya que de otra manera no podría concebirse el ejercicio de la jurisdicción coactiva que, como es sabido, sólo tiene lugar cuando se trata de créditos constituídos a favor de entidades de derecho público. El Colector o Estanquero que por su cuenta o bajo su responsabilidad hiciera una operación de la naturaleza de las indicadas, carecía por el mismo hecho de la competencia necesaria para perseguir a sus deudores por medio de la jurisdicción coactiva, puesto que entonces habría falta de personería para la acción. Si esto no fuera así, o lo que es lo mismo, si pudiera darse a las operaciones cumplidas de acuerdo con las instrucciones de la circular el carácter de simplemente privadas, se tendría a los deudores sujetos a un doble cobro: el personal, por parte del empleado, conforme con las reglas del derecho común, y el especial, de la Administración, por la vía forzosa de la jurisdicción coactiva. Semejante estado de cosas sería absurdo y colocaría a quienes negociaren licores de los estancos departamentales en una situación difícil y contradictoria.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintiséis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Ramón Miranda).

El señor Rogelio García fue nombrado estanquero de Las Cruces en este municipio de Bogotá, por medio de la Resolución número ciento noventa y siete de fecha 21 de octubre de 1930, originaria de la Visitaduría del Círculo, dependiente de la Administración General de Rentas de Cundinamarca. En este cargo permaneció desde la fecha indicada, hasta el 3 de junio de 1932, día en el cual fue reemplazado en su empleo, por habérsele deducido un alcance de $ 2.255.62, "suma que estaba representada en varias ventas de licores que el estanquero había hecho a plazos, es decir, en ventas a crédito cuyo valor no había entregado a la Caja porque no había sido aún cubierto por los respectivos compradores". Con tal motivo, se siguió por el Departamento juicio ejecutivo contra el señor García y su fiador, señor Víctor Vanegas, habiéndose decidido entonces por sentencia firme, que el único obligado era García y no su

fiador, quien obtuvo fallo favorable en el incidente de excepciones que oportunamente propuso.

La demanda

Definido en la forma anterior el juicio ejecutivo, el señor García presentó demanda ordinaria contra el Departamento de Cundinamarca y formuló en su escrito las siguientes peticiones:

"**Primero.** — Que no soy civilmente responsable, ante el Departamento de Cundinamarca, República de Colombia, de la cantidad de dos mil doscientos cincuenta y cinco pesos sesenta y dos centavos moneda corriente proveniente del alcance que se me dedujo en la diligencia de entrega del estanco de Las Cruces, de esta ciudad de Bogotá, practicada por el señor Colector de Rentas de Cundinamarca, empleado dependiente de la Administración General de Rentas de Cundinamarca, señor Tobías Franco, diligencia que lleva fecha tres de junio de mil novecientos treinta y dos.

Segundo. — Que como consecuencia de la anterior declaración no soy deudor del Departamento de Cundinamarca de la República de Colombia por la cantidad de dos mil doscientos cincuenta y cinco pesos sesenta y dos centavos moneda corriente.

Tercero. — Que no siendo deudor del Departamento de Cundinamarca de la República de Colombia, el Departamento de Cundinamarca no tiene derecho de exigirme ejecutivamente, por medio del Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales, de esta ciudad, la suma de dos mil doscientos cincuenta y cinco pesos sesenta y dos centavos moneda corriente.

Cuarto. — Que en consecuencia de las anteriores declaraciones, el Departamento de Cundinamarca de la República de Colombia está obligado a devolverme la totalidad de las sumas que se me hayan embargado y retenido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales, de esta ciudad, en el juicio ejecutivo, que por jurisdicción coactiva se me adelanta en dicho Juzgado en el cual sirve de recaudo ejecutivo la diligencia de entrega del estanco de Las Cruces de esta ciudad, practicada por el Colector de Rentas de Cundinamarca, señor Tobías Franco, el día tres de junio de mil novecientos treinta y dos".

El Tribunal Superior de Cundinamarca por sentencia que lleva fecha 21 de septiembre de 1943, puso fin a la querella en forma adversa a las pretensiones del demandante y condenó a éste al pago de las costas procesales. Habiendo interpuesto el interesado el recurso de apelación, la Corte va a resolverlo, agotados como están los trámites señalados en la Ley, y después de oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, quien en su alegato de 15 de junio próximo pasado solicita que se confirme la decisión recurrida.

Los hechos

Como fundamento de la acción intentada, el demandante presenta los hechos que a continuación se resumen para mejor inteligencia del estudio:

1º — En virtud de lo establecido en la cláusula primera del documento suscrito en Girardot el 27 de octubre de 1930, destinado a afianzar el empleo de estanquero de Las Cruces para que había sido nombrado, García se comprometió a "cumplir todas las órdenes emanadas de la Gobernación, de la Administración de Rentas y de la Visitaduría del Círculo que se le comunicaran directamente o por medio de los agentes de tales superioridades".

2º — Por autorización del Administrador del Círculo de Bogotá y de la Administración General de Rentas podía vender a comisión, por cuenta del Departamento, los licores que se le habían confiado; y que en virtud de ella dio en comisión algunas especies (ron, mistelas, etc.), por un valor de $ 2.255.62, o sea por una suma igual a la del alcance que se le dedujo por el Colector Central de Rentas en la diligencia de visita y entrega del estanco, la cual tiene fecha 3 de junio de 1932.

3º — La Administración General de Rentas de Cundinamarca proporcionaba a los colectores de los barrios de Bogotá, inclusive al estanquero de Las Cruces, en el período de tiempo comprendido entre el 27 de octubre de 1930 y el 3 de junio de 1932 los modelos de recibos para las ventas a comisión impresos en la Imprenta Departamental.

4º — Los recibos de venta de licores a comisión le fueron admitidos al demandante como existencia de licores en los expendios en la rendición de las cuentas mensuales y en las actas de visita que se le practicaron, con la debida aceptación del empleado visitador ya que tales sumas aparecían representadas en créditos, y al efecto enumera las diversas fechas en que esto tuvo lugar, así como las cantidades que le fueron aceptadas como representativas de existencias de licores en el estanco.

5º — En los autos de fenecimiento de las cuentas que rindió, correspondientes a los meses de octubre, noviembre y diciembre de 1931 y enero, febrero, marzo y abril del año siguiente, cuyos números y fechas cita, no se le elevó alcance de ninguna naturaleza a pesar de constar en las respectivas actas de visita sumas representadas en recibos de venta a comisión.

6º — La Administración General de las Rentas, por medio de sus subalternos y visitadores, y el Co-

lector Central ordenaban al demandante que vendiera licores a crédito, bajo la fórmula de ventas a comisión, que en realidad constituían operaciones a plazos y para tales efectos proporcionaba las libretas especiales; e igualmente, la entidad nombrada ordenaba a los colectores del municipio que pusieran todo empeño para colocar licores a crédito ó comisión, "en todas las partes o tiendas en donde se expendieran licores, a fin de aumentar con esa forma de venta o fianza el producto de renta en la ciudad de Bogotá, llegando hasta a amenazar a los estanqueros que no aumentaran de manera considerable mes por mes las ventas de licores a comisión". Que en consecuencia, al dar el demandante los licores del estanco a su cuidado en venta a comisión en los expendios del barrio de Las Cruces, acataba órdenes terminantes de la Administración General de las Rentas de Cundinamarca, cuyo incumplimiento podría acarrearle la destitución del empleo.

7º — Los recibos que suministraba la Administración General de las Rentas para las ventas a comisión dicen en su parte final: "En consecuencia, el día último del presente mes debo entregar al Departamento de Cundinamarca, por conducto del colector citado, la cantidad de ..... pesos en dinero efectivo, o en las mismas especies que he recibido, y si no lo hiciere, este recibo presta mérito ejecutivo por medio de la jurisdicción coactiva, a la cual me someto por tratarse de rentas públicas y sin perjuicio de las demás acciones legales"; y que, por tanto, la cantidad expresada de $ 2.255.62 que se le elevó como alcance en el acta de visita del 3 de junio de 1932, cantidad que estaba representada en recibos de licores dados a comisión, según orden de la Administración General de Rentas, no se estaban debiendo al demandante sino al Departamento, ya que a favor de esta entidad estaba suscrito el correspondiente recibo.

En derecho, fundó la acción en las disposiciones de los artículos 1505, 2142, 2143 y siguientes, 2313 y demás pertinentes del Código Civil.

La decisión del Tribunal

El fallador de primera instancia dio solución al negocio estableciendo que de acuerdo con los fundamentos de derecho invocado y los hechos que la demanda relata la controversia se reduce a saber si Rogelio García tenía o no facultades o autorizaciones expresas emanadas de los órganos competentes del Departamento de Cundinamarca para que, en su condición de estanquero de Las Cruces, pudiera vender licores a plazos o a crédito sin responsabilidad suya, en su calidad de empleado del Departamento. Del examen de los antecedentes del asunto y de las pruebas constantes en el proceso, llega el Tribunal a la conclusión de que el demandante no alcanzó a demostrar que tuviera tales autorizaciones y que al hacer las ventas a crédito, origen del alcance que se le deduce, comprometió su propia responsabilidad y no la del Departamento, de donde concluyó que debe absolverse a la entidad demandada por no haber demostrado el actor que había realizado las mencionadas operaciones por cuenta de ésta.

Para decidir el recurso propuesto contra el fallo, la Corte habrá de detenerse en el estudio de la índole de la acción propuesta y en la naturaleza de las relaciones jurídicas que vinculaban a García, en su carácter de estanquero, con el Departamento de Cundinamarca.

La acción

Antes de entrar al fondo de este tema, se hace necesario consignar la observación de que en la sentencia del Tribunal se menciona un antecedente no relatado en los hechos de la demanda: el de que contra García y su fiador señor Víctor Vanegas se siguió un juicio ejecutivo, en el cual ambos propusieron excepciones que fueron falladas en favor del fiador, por lo que se ordenó por la Corte que el juicio continuara únicamente contra García como principal y único obligado. Mas, en la sentencia de fecha 29 de agosto de 1934, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y de 6 de agosto de 1935, de la Corte Suprema de Justicia, traídas a los autos en copias aparejadas en forma debida, aparece que solamente el fiador Vanegas propuso excepciones, las cuales fueron resueltas en su favor. En la última de las providencias citadas se lee: "García no apeló del auto ejecutivo ni propuso excepciones: por tanto el juicio ejecutivo en contra suya tiene vida jurídica sustentada por la confesión extrajudicial que él sólo podía, atacar".

Resulta de lo anterior que no habiendo sido García parte en el incidente de excepciones, la demanda ordinaria ahora intentada no tiene el carácter de una acción de revisión; lo que es más cierto aún, si se observa que no fueron falladas en el juicio ejecutivo las excepciones referentes a las facultades que tuviera el estanquero García para vender a crédito los licores cuyo comercio manejaba. En otros términos, sobre esta materia no hubo decisión en el juicio por jurisdicción coactiva que entonces se siguió contra él, y de ahí que válidamente pudiera intentar la acción que ahora propone para que se le declare sin responsabilidad y, como consecuencia, se le devuelvan las sumas que en su concepto se le cobraron indebidamente. Para alcanzar las súplicas que formula en su libelo de demanda, el actor invo-

ca las disposiciones de las artículos 1505, 2142 y 2143, referentes al contrato de mandato civil; y el 2313, sobre pago de lo no debido.

Sobre estos supuestos de derecho el Tribunal Superior tomó su decisión y absolvió a la persona pública demandada. De la misma manera, en el juicio ejecutivo fue debatida la facultad que, de acuerdo con las cláusulas contractuales acordadas por el estanquero García y el Departamento de Cundinamarca tuviera el primero para realizar las operaciones origen del alcance que se elevó a su cargo. En el fallo que ahora se revisa en 2ª instancia se reproduce el siguiente pasaje tomado de la sentencia de la Corte, ya citada, de fecha 6 de agosto de 1935, y que dice en lo pertinente: "Aurelio Moya, Rafael García y otros testigos declaran que el Administrador General de Rentas por medio de sus subalternos, Visitador o Colector, ordenaba a los estanqueros que vendieran licores a crédito bajo la fórmula de ventas a comisión. El hecho puede ser cierto; pero también que García se hizo responsable de las sumas equivalentes a los licores dados a crédito porque así consta en el documento que firmó con su fiador para posesionarse del puesto y que en circular número 37 de 11 de septiembre de 1931, de la Visitaduría General de Rentas, circular que fue expresamente notificada a García "como estanquero de Las Cruces, se dijo expresamente que las ventas de licores a plazos o en forma de comisión eran por su cuenta y riesgo".

Dice, además, el Tribunal a este respecto: "Y en cuanto al documento de aseguro, allí no aparece cláusula alguna que le dé al estanquero esa autorización, muy al contrario, consta expresamente que el estanquero y su fiador se comprometen para con el Departamento a pagar, tan pronto como les sea notificado el auto respectivo, todo alcance líquido que contra el estanquero se deduzca por la Visitaduría del Círculo, por la Administración de Rentas o por cualquier Visitador y que proceda de dinero no remesado, DEUDAS NO RECAUDADAS, etc."

También el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista de fondo se refiere a la existencia del contrato en mención para deducir de sus cláusulas consecuencias jurídicas en relación con este litigio. Dice el Agente del Ministerio Público: "Las pruebas de la segunda instancia no modifican en consecuencia la situación jurídica pendiente en la primera instancia. Caben, por tanto, ahora, las mismas razones en que funda su sentencia el Honorable Tribunal, razones que acoge en totalidad este Despacho remitiéndose a ellas. Con todo, hace resaltar este Despacho: que en el documento de aseguro se dice que el estanquero es único responsable por "deudas no recaudadas"....."

No obstante estos antecedentes procesales y a pesar de que la acción ordinaria propuesta por García últimamente se funda en las reglas legales correspondientes al contrato de mandato, es necesario inquirir cuál es en realidad la situación jurídica que vincula a un empleado público con la Administración a la cual presta sus servicios.

El derecho administrativo moderno tiene definida la cuestión en forma que ya no se discute. El empleado o funcionario público está colocado siempre en una situación legal o reglamentaria; su estatuto no se conforma mediante un acuerdo de voluntades entre la Administración y quien sirve un cargo público, si no que es solamente el resultado de un acto unilateral de la Administración y nunca una relación de carácter contractual. Es la ley o el reglamento la norma que crea el empleo o cargo público, señala las funciones, determina los agentes públicos, elementos todos que son por esencia modificables unilateralmente por la Administración. De esta manera, la doctrina administrativa rechaza la hipotética existencia de un contrato de servicio público, ya que él entrañaría para su formación un concurso bilateral de voluntades que la realidad niega en absoluto por inexistente. En el derecho positivo colombiano el principio es el mismo (artículos 62, 63 y 76 — ordinal 9º — de la Constitución Nacional, 5º y 6º del Código de Régimen Político y Municipal). Siendo legal o reglamentaria la situación del empleado público es a través de estas reglas jurídicas como deberá examinarse todo caso en el cual se controvierta si determinada actuación está o no dentro de las facultades que le corresponden, o sea si se han exorbitado o desviado los límites de la competencia señalada, siendo éste el único medio jurídicamente idóneo para establecer si con la actividad ejecutada se compromete a la administración o simplemente la responsabilidad personal del funcionario que la realiza. Conforme a estas ideas elementales de técnica administrativa, la Sala prescindirá por completo del pretendido pacto de mandato el cual ha servido de base para las conclusiones adoptadas hasta ahora en el presente negocio, porque considera que el señor García al ser nombrado estanquero de Las Cruces y entrar a servir el cargo no estaba vinculado a la administración departamental en forma distinta de la establecida por las ordenanzas o reglamentos sobre la materia y en forma alguna por las cláusulas de una convención para la cual hubiera prestado su asentimiento, como fuente de derechos u obligaciones inherentes al empleo público que sirvió. En otras palabras, el contrato de aseguro suscrito en Girardot para posesio-

narse del puesto, 'no puede tener valor y por consiguiente no produce más efectos que los de vincular a su fiador, señor Vanegas, a las resultas del manejo del empleado o sea que simplemente vale como contrato de fianza, pero no como documento del cual pueden surgir para García obligaciones o derechos distintos de los que las ordenanzas, reglamentos u órdenes que los funcionarios competentes del Departamento pudieran válidamente asignarlo como constitutivos de sus atribuciones y como determinantes de los límites de su competencia.

Ante el Magistrado sustanciador en este último grado del juicio rindieron declaraciones los señores Rafael de J. Díaz y Tobías Franco R. El primero, desempeñó en el lapso comprendido desde julio de 1931 a marzo del año siguiente el cargo de Visitador de Rentas Departamentales del Circuito de Bogotá y relata que con motivo del ejercicio de su empleo practicó algunas visitas al estanco que entonces estaba a cargo del señor García en el barrio de Las Cruces; que recuerda que en aquella época, aunque la Administración General de Rentas había prohibido por medio de circulares la venta de licores al fiado, se toleraba tanto por las Visitadurías del Círculo como por la misma Administración General que los colectores y estanqueros vendieran a comisión o al fiado los productos de la fábrica, siempre que las ventas en esta forma estuvieran comprobadas con los correspondientes recibos suscritos por las personas que tomaban dichos productos; que en tales casos, si al practicar una visita se encontraba un saldo representado en los comprobantes o recibos, no era considerado como desfalco. Por lo mismo no se consideraba al responsable alcanzado en el respectivo valor debido a que por la práctica aceptada se estimaba que las sumas correspondientes serían recaudadas antes del vencimiento del respectivo mes y además "porque el sistema que venía desde la época en que las rentas eran administradas por una compañía particular en nombre y por cuenta del Gobierno, tenía por objeto aumentar en lo posible el producto de dichas rentas". Agrega el deponente que nunca consideró como alcance o desfalco a cargo de un responsable de las Rentas Departamentales el saldo que al practicarle visita encontraba representado en comprobantes de ventas a comisión o al fiado; pero que está seguro de que ni a García ni a ningún otro colector o estanquero de los que visitó en su carácter oficial autorizó de modo expreso y menos ordenó que vendiera licores por medio de operaciones a crédito o en comisión.

Por su parte, el testigo Tobías Franco R., manifiesta que en su calidad de Colector Central de Rentas del Circuito de Bogotá practicó varias visitas al señor García en el estanco de Las Cruces; y en lo demás depone conforme se transcribe a continuación:

"Al punto cuarto, CONTESTO: Estaba convenido y aceptado en los estancos de Bogotá que los recibos por licores vendidos y existentes en los expendios se aceptaban previa comprobación de la efectividad de ellos, mientras se efectuaba el recaudo de su valor. Al quinto, CONTESTO: Que al practicar las visitas era costumbre insinuarles a los estanqueros sobre el mayor aumento de las ventas de licores, fuera de las disposiciones que hubiera sobre el particular, desde luego buscando la solvencia de los clientes y haciéndoles firmar los recibos que para el efecto existían en los estancos. licores éstos que desde luego se daban a comisión y que el estanquero debía recaudar a su debido tiempo. Al sexto, CONTESTO: Para mayor aumento del producido de la renta de licores en Bogotá, como dije, era costumbre insinuarles a los estanqueros buscar clientes y vender licores a comisión para el mayor producido del estanco, costumbre establecida por la Administración General de las Rentas en ese tiempo, buscando con ello el beneficio de mayores entradas al fisco del departamento. En algunos casos y cuando el estanquero era promovido o reemplazado y al recibirle el estanco si no tenía cobrados todos los recibos por licores dados a comisión la Colecturía Central de Rentas y el Juzgado de Ejecuciones Fiscales ayudaban al cobro de dichas cuentas citando a los clientes para el arreglo y efectividad de dichos valores, concediendo plazos y apremiándolos en distintas formas, desde luego quedando el estanquero, en la obligación de hacer los cobros respectivos oportunamente". Agrego además, que lo que he dicho en esta declaración, se debe a que en la época en que sucedieron los hechos materia del interrogatorio, yo desempeñaba el cargo de Colector Central de Rentas de Bogotá y a ello se debe el conocimiento de lo que he dejado relatado"./

El carácter de funcionarios que tuvieron estos testigos en la época a que su relato se refiere está acreditado con la certificación expedida por el Administrador General de las Rentas de Cundinamarca, de la cual aparece que el señor Rafael J. Díaz ejerció el cargo de Visitador de Rentas del Círculo de Bogotá desde el 17 de julio de 1931 hasta el 8 de marzo de 1932; y que el señor Tobías Franco sirvió el puesto de Colector Central de Rentas de Bogotá desde el 22 de mayo de 1931 hasta el 19 de octubre del año de 1934, fecha en que pasó a ocupar el cargo de Sub-jefe de la oficina de revisión de cuentas.

La prueba testimonial consistente en las disposiciones que acaban de relacionarse, acreditan la prácti-

ca establecida en las Rentas de Cundinamarca de permitir a los estanqueros la venta a crédito de los artículos de su manejo; y además, la de que los valores correspondientes no se elevaban a alcance ni constituían un desfalco a las Rentas.

Pero como la entidad demandada trata de desvirtuar la afirmación del actor respecto a que tuviera autorización de sus superiores para realizar ventas a crédito, hizo traer al expediente copia de la circular número 37 de 11 de septiembre de 1931, documento que fue objeto de examen por parte del Tribunal Superior, y que lo estimó como prueba terminante de que en forma expresa se había advertido a los estanqueros que tales ventas de licores a plazos debían hacerse por cuenta y riesgo de los respectivos colectores, sin responsabilidad ninguna para el Departamento ni para la Administración, deduciendo de allí la conclusión de que cualquier orden verbal que el estanquero hubiera recibido en contrario quedaba desautorizada completamente con esa circular que, a juicio del Tribunal, decide por sí sola la querella planteada por García en el presente juicio.

El documento en cuestión expresa que la Administración General de las Rentas Departamentales elaboró unos talonarios para las ventas de licores a plazos o en forma de consignación "por cuenta y riesgo de los respectivos colectores", agregando que ni el Departamento ni la Administración autorizan las ventas en esa forma ni asumen responsabilidad alguna por las que hagan los colectores ciñéndose a los citados modelos, los cuales han sido elaborados, dice, únicamente como un servicio que la Administración presta a los empleados a efecto de que aseguren el pago por parte de sus clientes cuando quieran facilitarles artículos en la forma indicada. Entre las instrucciones que la circular contiene relativas al uso de los talonarios, se explica que al ser éstos suscritos por los respectivos clientes prestan mérito ejecutivo, de tal suerte que al final de cada mes el colector que haya hecho ventas a plazo, bajo su responsabilidad deberá reclamar del cliente el valor de los licores realizados y por la existencia que le queda debe él colector extender un nuevo recibo cancelando el anterior. Advierte asimismo que en lo futuro sólo se tendrán en cuenta en la práctica de las visitas las deudas de licores que se hubieren comprobado con los recibos firmados por los deudores, extendidas en los talonarios que se les remitan, pues los valores de las que no llenen tal requisito se liquidarán como alcance efectivo a cargo del colector.

Finalmente, se agrega que cuando se presente el caso de proceder ejecutivamente contra un deudor moroso el colector hará uso de la jurisdicción coactiva de que está investido y dictará el correspondiente mandamiento ejecutivo, llenando el formulario que al efecto se acompaña.

Consta expresamente que Rogelio García, en su carácter de estanquero de Las Cruces recibió la circular en cuestión, la cual está firmada precisamente por el Visitador Administrador del Círculo, Rafael de J. Díaz, el mismo empleado que luégo depuso en el juicio, conforme se ha visto atrás.

Es un hecho indudable que la circular de que acaba de hablarse, de un lado contiene autorización expresa para que los colectores puedan negociar los licores del Departamento por medio de ventas a plazos o en forma de consignación, bajo reserva de que tales operaciones debían hacerse por cuenta y riesgo de los respectivos empleados. Es decir, que los negocios en esta forma se permitían o toleraban, y no constituían por tanto motivo de irregularidad ni falta del empleado. La intención y el contenido de esta circular sin embargo, son oscuros, pues al mismo tiempo que autorizaban las operaciones en tal forma, siempre y cuando que se llevaran a cabo bajo la responsabilidad de los colectores, advierte que en las visitas las deudas de licores sólo se tendrán en cuenta para ser aceptadas en cuanto se hallen comprobadas con los recibos suministrados por la Administración y extendidas en los talonarios enviados por ella misma, "pues los valores de las que no llenen tal requisito se liquidarán como alcance efectivo a cargo de usted"; lo que sin la menor duda entraña una condición expresa respecto a que la responsabilidad sólo radica en el colector si éste no cumple la formalidad de atenerse al contenido de las instrucciones, o sea a la de extender en los talonarios oficiales la descripción de las operaciones sobre ventas a crédito o en comisión.

Entre los documentos acompañados a la demanda (folios 5 v. a 25 v., cuaderno número 1) figura la prueba de que el estanquero de Las Cruces cumplió con la formalidad que la circular exige, y al efecto se presentaron en copias más de noventa (90) recibos, todos ajustados a los requisitos ordenados en ella. El texto de los recibos, extendidos en los talonarios oficiales es del siguiente tenor, con las variantes del caso en cuanto a la especie de los artículos, cantidades, valores y nombres de los deudores por razón de ventas a plazo o a crédito:

"RENTAS DE CUNDINAMARCA. — Número 82.— Por $ 10.00.—Bogotá, 20 de diciembre de 1931.—Recibí del Colector de Rentas de Las Cruces, para vender a comisión por cuenta del Departamento de Cundinamarca, obligándome a entregar el producto de las ventas que haga a medida que se efectúen, y a devolver las existencias cuando se me exijan, lo siguiente:

5 botellas de aguardiente a $ 2.00.....$ 10.00

Total .....$ 10.00

En consecuencia, el día último del presente mes debo entregar al Departamento de Cundinamarca, por conducto del colector citado, la cantidad de $ 10.00, diez pesos en dinero efectivo o en las mismas especies que he recibido, y si no lo hiciere, este recibo presta mérito ejecutivo por medio de la jurisdicción coactiva, a la cual me someto por tratarse de rentas públicas y sin perjuicio de las demás acciones legales.

Berta Burbano".

El contenido de estos comprobantes es el mismo que se reproduce en la diligencia de inspección ocular practicada el 22 de julio de 1943 (cuaderno número 2, f. 16 y v.)

Pero en dicha diligencia se comprobó que había sido omitida en las copias acompañadas por el demandante la parte original o inscrita destinada al talonario, la cual tiene la siguiente: — Nota. — "Del valor de este recibo no se hace responsable el Departamento, pues la comisión y el crédito son bajo la exclusiva responsabilidad del colector".

El mérito de las pruebas examinadas hasta ahora es suficiente para concluír: que en primer lugar, lejos de estar prohibido a los estanqueros disponer de los efectos de la fábrica de licores para darlos a crédito, esta especie de operaciones estuvo expresamente permitida y tolerada; pero también que existía la advertencia perentoria, tanto en la circular como en la constancia de los talonarios oficiales, de que la responsabilidad corría a cargo de los respectivos empleados. También aparece en debida forma acreditado que Rogelio García dio licores a crédito o en comisión, conociendo las instrucciones de la Administración de Rentas, a algunas personas bajo la vigencia de tales órdenes e instrucciones; y que, finalmente, empleó los talonarios oficiales, ajustándose en un todo a su texto e instrucciones.

Resta averiguar solamente las consecuencias que puedan desprenderse de estos hechos respecto a los actos ejecutados por García, y es lo que va a verse en seguida. En primer lugar, la afirmación del estanquero de Las Cruces de que los recibos de ventas de licores a crédito o en comisión fueron admitidos como existencia en los expendios en la rendición mensual de sus cuentas (hecho 6º de la demanda) está comprobado con las actas de visita que figuran en el proceso. En efecto, de las copias acompañadas al juicio resulta que en las varias visitas que se practicaron al estanco de Las Cruces por el Colector Central de Rentas y por el Visitador Fiscal, en diversas épocas, durante el tiempo en que García manejó ese establecimiento, fueron aceptados como existencia de licores los recibos firmados por personas que tomaron efectos a crédito o en comisión. así resulta de la visita de 16 de octubre de 1931, diligencia en la cual se encontraron recibos por operaciones de ventas de licores a crédito por valor de $ 1.267.76; en la de 26 de noviembre de 1931, por una suma de $ 1.611.44; en la de 18 de diciembre de 1931, por suma de $ 1.883.80; en la de 20 de enero de 1932, por $ 2.309.71; en la de 18 de abril de 1932 por $ 2.809.29; y, en la de 18 de mayo de 1932, por valor de $ 2.477.26.

En ninguna de las actas correspondientes a tales visitas, practicadas con posterioridad a la fecha de la circular número 37, existe observación especial sobre las cuentas abiertas por el estanquero por razón de ventas a crédito. Por el contrario, figuran igualmente en el proceso las copias de los autos de fenecimiento de las cuentas rendidas por el estanquero de Las Cruces así como las notas enviadas al mismo por el Administrador General de Rentas de Cundinamarca, sobre el manejo de aquel establecimiento, sin que tampoco en ninguno de estos documentos exista observación o glosa referente a las citadas operaciones de crédito. Es decir, que con todas las piezas documentales de que se ha hecho mención, el relato de los testigos Díaz y Franco queda suficientemente corroborado en cuanto a que era costumbre admitida por la Administración de las Rentas no elevar a alcance ni considerar cómo desfalcos las sumas que aparecieran como representativas de negocios a crédito y que tuvieran por objeto los licores de la fábrica del Departamento.

Es cierto —conforme a las resultas de la inspección ocular atrás mencionada — que en los talonarios enviados por la Administración de Rentas los colectores se ratifican las instrucciones de la circular en cuanto a que la disposición de los efectos dados a crédito se verificaría bajo la responsabilidad de los colectores. Pero es también evidente y así resulta tanto de la inspección ocular como de las copias acompañadas a la demanda, que tales recibos contienen la descripción de operaciones en las cuales aparecen únicamente como parte el Departamento y las personas que reciben los licores a plazo o en comisión, y con la circunstancia especial de que expresamente se dice que las especies recibidas pertenecen a las Rentas Públicas Departamentales. De otro lado, en la misma circular tantas veces mencionada, se establece que en caso de incumplimiento de los deudores, respecto al pago oportuno de las

especies que reciban, puede el colector iniciar juicio ejecutivo por medio de la jurisdicción coactiva y al efecto se dan las instrucciones competentes para este procedimiento y se señala el modelo apropiado para librar el mandamiento ejecutivo.

Por este aspecto, para la Corte es indudable que no obstante las reservas contenidas en las circulares y en los recibos o talonarios, la Administración continuaba considerando como bienes suyos las especies vendidas a comisión o crédito y, lo que es más importante, que tales operaciones se realizaban por cuenta del Departamento, ya que de otra manera no podría concebirse el ejercicio de la jurisdicción coactiva que, como es sabido, sólo tiene lugar cuando se trata de créditos constituídos a favor de entidades de derecho público. El colector o estanquero que por su cuenta y bajo su responsabilidad hiciera una operación de la naturaleza de las indicadas, carecía por el mismo hecho de la competencia necesaria para perseguir a sus deudores por medio de la jurisdicción coactiva, puesto que entonces habría falta de personería para la Nación. Si esto no fuera así, o lo que es lo mismo, si pudiera darse a las operaciones cumplidas de acuerdo con las instrucciones de la circular, el carácter de simplemente privadas, se tendría a los deudores sujetos a un doble cobro: el personal, por parte del empleado, conforme con las reglas del derecho común, y el especial, de la Administración, por la vía forzosa de la jurisdicción coactica. Semejante estado de cosas sería absurdo y colocaría a quienes negociaren licores de los estancos departamentales en una situación difícil y contradictoria.

Corrobora lo anterior o sea que continuaba considerándose la suma deducida como perteneciente al Fisco Departamental, la existencia en el expediente de una nueva prueba que el Tribunal no tuvo en cuenta, y que consiste en el oficio distinguido con el número 3170 de fecha 4 de junio de 1932, dirigido por el Administrador General de Rentas al señor Constantino Zabala, empleado que reemplazó en su cargo al estanquero de Las Cruces. Dicha nota se copia íntegra para mejor inteligencia del asunto sobre que trata:

"Espero coadyuvará con el ex-estanquero García a la cancelación del enorme alcance que le fué deducido a este último como proveniente de créditos pendientes desde agosto de 1931. Su cooperación será muy benéfica para las rentas si logra verificar el hecho de que en realidad ese alcance, o sea la suma de $ 2.555.62, proviene de créditos sin cancelar. Pero en todo caso, es necesario que usted ayude al ex-empleado García a obtener el pago de esos saldos, aprovechando su presencia en el estanco.

Por lo demás, bien sabe usted, que la Administración sólo anhela buenos rendimientos; y en tal sentido exige de sus agentes el máximum de actividad. Los créditos, aunque abiertos bajo la personal y exclusiva responsabilidad de quienes los conceden, son materia muy delicada, y deben manejarse con tino, prudencia y cautela.....

De usted, atento servidor,
El Administrador General,

Manuel Antonio Torres".

Como resumen de todo lo anteriormente dicho, la Corte deberá apartarse de las conclusiones expuestas por el Tribunal, en el fallo objeto del recurso, y considerar que las operaciones que en su calidad de empleado público hacía el estanquero de Las Cruces, obligaban en sus resultas a la Administración Departamental, porque de otra manera no se concibe que ésta pudiera autorizarlo para que en forma particular dispusiera de efectos públicos, como son las especies que manejaba aquel funcionario. Se observa que la ejecución fue presentada inicialmente por la suma de $ 2.255.62, pero que como quedó reducida a $ 2.075.62, en virtud de la sentencia de excepciones, por esta suma únicamente habrá de hacerse la declaración en el presente fallo.

Por todo lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, revoca la sentencia recurrida, y en su lugar falla:

1º — El demandante Rogelio García no es deudor de la suma de $ 2.075.62 que se le cobra por el Departamento de Cundinamarca con base en la diligencia de entrega del estanco de Las Cruces de esta ciudad de Bogotá el día 3 de junio de 1932;

2º — No siendo deudor del Departamento de Cundinamarca por tal concepto esta entidad no tiene derecho a exigirle ejecutivamente la expresada suma; y

3º — Como consecuencia de las anteriores declaraciones, el Departamento de Cundinamarca está obligado a devolver al demandante la totalidad de las sumas que se le hayan embargado y retenido por el Juzgado Departamental de Ejecuciones Fiscales de esta ciudad en la acción ejecutiva que se le adelanta, y en la cual sirve de recaudo ejecutivo la diligencia de entrega del estanco de Las Cruces practicada el mencionado día 3 de junio de 1932.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Sin costas.

(Fdos.)

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna. — Nicolás Llinás P., Srio.

RESTITUCION DE TERMINOS.—SENTENCIA DEFINITIVA.

1. — Para que la restitución de términos proceda es indispensable, desde luego, que el asunto no se haya resuelto en definitiva, es decir, que se esté ventilando y que, por causas imprevistas y no contrarrestables, alguna de las partes se haya visto privada del uso de los plazos que la ley o el juez conceden para reclamar derechos o ejecutar actos atinentes al progreso del juicio.

2. — El artículo 467 del C. J. habla de sentencia sin agregar el calificativo de DEFINITIVA. El legislador quiso, indudablemente, ser consecuente con lo que había dicho en el artículo 466 sobre lo que él entiende por sentencia, es a saber: la resolución judicial que "decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste". Concuerda esa noción con la etimología de la palabra y con lo que tradicionalmente se ha entendido por SENTENCIA DEFINITIVA. Definitiva viene de DEFINIRE que significa terminar. Una sentencia es definitiva, según ello, cuando le da término al juicio. Un pleito se ha considerado fenecido cuando sobre él ha recaído ya el fallo que define la situación del demandado, ya sea absolviéndolo u obligándolo a aquello que de él pide el demandante. El expositor de procedimiento civil Demetrio Porras recuerda al respecto que las Leyes de Partida llaman sentencia definitiva al "juicio acabado que da el juez sobre la demanda".

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, marzo veintisiete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Germán Alvarado).

Demandan los doctores Manuel y Rafael Conde Ribón a la Nación por perjuicios ante el Honorable Tribunal Superior de Cartagena. Admitida la demanda, al descorrer el traslado el señor Fiscal Segundo propuso excepciones dilatorias las que prosperaron. El doctor Esaú Conde Ribón — apoderado de los demandantes — estuvo en la Secretaría donde se le presentó el negocio para que conociera el fallo de excepciones. Al Secretario le devolvió el expediente expresándole que volvería a notificarse y a tomar unos datos para reclamar.

Con esa relación comienza el memorial de veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, en el cual pide el doctor Conde Ribón que se reponga la notificación de la providencia, que en concepto del mismo abogado, "tiene el carácter de definitiva, desde luego que termina en forma absoluta el procedimiento".

El Tribunal tomó el reclamo del doctor Conde Ribón como pedimento de restitución de términos, y consecuencialmente dispuso que, mediante los trámites de una articulación se decidiera si es o no el caso de restituírlos. La articulación culminó con el auto de diez de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, negatorio de la restitución.

Apelado, en la Corte se recibió el negocio y se fijó en lista previa audiencia del señor Procurador. Tanto ese funcionario como el recurrente — éste por medio del apoderado — han alegado.

Arguye el primero:

a) Que el auto que declaró probada la excepción dilatoria fue notificado por estado y que esa notificación está bien hecha, máxime cuando el apoderado de la parte demandante rechazó las notificaciones personales. — b) Que la parte actora pudo hacer uso del término de la ejecutoria de la providencia para reclamarla y que, sin embargo, no lo hizo. — c) Que no hubo fuerza mayor o caso fortuito que hubiera impedido a esa parte el uso del término para reclamar; y d) Que por tales razones, la solicitud de restitución formulada por el doctor Esaú Conde Ribón carece de fundamento.

El doctor José María Conde Ribón, abogado de la parte actora ante la Corte, arguye por su parte:

a) Que dadas las anotaciones de fijación y desfijación del estado para la notificación del fallo de excepciones, no alcanzó a sufrir ejecutoria; b) Que hay pruebas en los autos de que el apoderado de la parte actora se presentó a solicitar el expediente sin poderlo ver porque se le dijo que estaba encerrado en una vitrina bajo llave por mandarlo así el reglamento, y que el señor Secretario estaba en esos momentos ocupado; c) Que el Secretario aludido no se ha sometido a la disposición reglamentaria de las horas de despacho; d) Que el mismo Secretario de-

claró que el término no está vencido; e) Que no se decretó como prueba la agregación del estado a estos autos, a pesar de haberse pedido en tiempo; f) Que sí cabe la alegación de caso fortuito o fuerza mayor dentro del concepto que al respecto consagra el artículo 1º de la Ley 95 de 1890.

Considera la Sala:

A) Para que la restitución de términos proceda, es indispensable, desde luego, que el asunto no se haya resuelto en definitiva, es decir, que se esté ventilando, y que, por causas imprevistas y no contrarrestables, alguna de las partes se haya visto privada del uso de los plazos que la ley o el juez conceden para reclamar derechos o ejecutar actos atinentes al progreso del juicio.

Debe hacerse presente que respecto de la primera condición, ambas partes alegan que el auto de once de abril de mil novecientos cuarenta y cinco decidió en definitiva este negocio, puesto que declaró probada una excepción dilatoria, y en consecuencia, ordenó archivar el expediente.

Se observa:

Es verdad que el artículo 467 del C. Judicial contempla el caso de que la continuación del pleito se haya hecho imposible, y dice que el auto que decida sobre esa situación tiene la fuerza de sentencia.

Adviértase que el artículo 467 habla de sentencias sin agregar el calificativo de "definitiva". El legislador quiso, indudablemente, ser consecuente con lo que había dicho el artículo 466 sobre lo que él entiende por sentencia, a saber: la resolución judicial que "decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste".

Concuerda esa noción, con la etimología de la palabra y con lo que tradicionalmente se ha entendido por sentencia definitiva. Definitiva viene de definire que significa terminar. Una sentencia es definitiva, según ello, cuando le da término al juicio.

Un pleito se ha considerado fenecido cuando sobre él ha recaído ya el fallo que define la situación del demandado, ya sea absolviéndolo u obligándolo a aquello que de él pide el demandante. El expositor de procedimiento civil Demetrio Porras, recuerda al respecto que las Leyes de Partida llaman sentencia definitiva al "juicio acabado que da el Juez sobre la demanda".

Asentadas esas premisas, tiene que convenirse en que la orden de archivar el expediente, contenida en el auto de once de abril, apenas es una consecuencia del reconocimiento que el Tribunal hace allí mismo de su incompetencia para conocer, incompetencia alegada por el demandado y ventilada en el incidente de excepciones. Es obvio que esa orden no suple a la sentencia sobre perjuicios que los doctores Conde Ribón pidieron que se dictara contra la Nación mediante los trámites de un juicio ordinario. Bien puede suceder que haya otro Tribunal competente, y que la demanda pueda llegar a su culminación ante ese Tribunal.

El señor Procurador lo ha comprendido así, desde luego que en el alegato presentado ante la Corte, invoca los artículos 336 y 339 del Código Judicial como argumento para que se concluya que el auto en que se decide sobre las excepciones dilatorias no es una sentencia, y que tal calificativo no le cuadra a la providencia proferida por el Honorable Tribunal de Cartagena con fecha once de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

B) Considerada la providencia de la discusión como interlocutoria, procede estudiar si la notificación se hizo con arreglo a lo dispuesto en el Título VI del Libro II del C. Judicial.

Ya se vió que el mismo apoderado tiene dicho en el memorial promotor del incidente que ahora se resuelve: "Cuando estudiaba en la Secretaría del Tribunal otro asunto, me fue presentado por el portero el fallo que resuelve las excepciones a la demanda que atiendo contra la Nación; devolví el expediente al Secretario, expresándole que volvería a notificarme y a tomar unos datos para reclamar".

Hay constancias a los folios 34 fte. y vto. sobre notificaciones al doctor Conde Ribón. Mas, como no aparecen firmadas por él, no pueden tenerse como válidas, máxime cuando carecen de la constancia prescrita al final del artículo 308 del C. Judicial.

Descartada, por cualquier motivo, la notificación personal al apoderado de la parte actora, quedaba el otro medio: el establecido en el artículo 310 para notificar los autos interlocutorios y de sustanciación es a saber: "su anotación en estados que se fijan en la Secretaría todos los días y permanecen allí durante las horas de trabajo".

De esa diligencia hay la constancia visible al folio 34 v. que habla de la inserción en el estado número 38 de 19 de abril de 1945, y a petición de parte se agregó a los autos el propio estado número 38. Si se atiende a la fecha en que quedó consumada la notificación por estado (abril 20 de 1945) desde el siguiente día empezaron a correr los tres días que para recurrir otorga a las partes el artículo 491 del C. Judicial.

C) ¿Qué ocurrió dentro de esos tres días? De las declaraciones de los señores Manuel Bello y Alberto Villarreal, escribiente y portero del Tribunal, respectivamente, resulta: que el sábado veintiuno de abril el doctor Conde Ribón solicitó el expediente, pero que no le fue entregado y que se le dio como razón

que ya había sido colocado en la vitrina, la que se había cerrado por haber pasado la hora de las cuatro de la tarde.

La declaración del señor Lilio Badel, secretario del Tribunal, dice en lo pertinente: "El día jueves en la tarde le entregué al doctor Conde Ribón en la mesa de los abogados el negocio por el cual se me pregunta, para que se notificara de una providencia, estando el mencionado doctor Conde Ribón tomando notas en otro negocio, pero no se notificó ese día. Al día siguiente en la mañana le entregué el expediente al portero para que lo notificara, por haberse presentado en la Secretaría el doctor Conde Ribón, aunque ya se había fijado un estado con el mismo fin. Ese día tampoco recibió el doctor Conde Ribón la notificación pendiente, pues devolvió el negocio sin firmar la diligencia respectiva. El viernes en la tarde, en las horas de cerrar la oficina, el doctor Conde Ribón me solicitó el expediente que se viene mencionando, pero como en esos momentos estaba yo sumamente ocupado le manifesté al doctor Conde Ribón que el negocio lo tenía el escribiente señor José Luis Calvo, en la vitrina en donde se guardan los negocios de la Sala Civil. El doctor Conde Ribón, viendo que ya debía cerrarse la oficina por haber pasado la hora de labores, no esperó que se abriera la vitrina para poner a sus órdenes el negocio y se retiró".

Las declaraciones de los tres empleados del Tribunal fueron rendidas a petición del articulante. No contradicen, como se deduce de su lectura, las constancias procesales.

El doctor Conde pidió que se le mostrara el expediente en el primero de los tres días que tenía para interponer cualquier recurso contra el auto que declaró probadas las excepciones. Pudiera criticarse de caprichosa la razón que el Secretario dio para no mostrar el expediente. Porque si el doctor Conde se presentó dentro de horas de trabajo, ha debido exhibirle el expediente. Y no vale decir que ya lo había guardado bajo llave en obediencia a una disposición del reglamento particular del Tribunal. Porque tal reglamento no puede cercernarles a los ciudadanos que tienen derecho a consultar los procesos, el tiempo que para ello les otorga la ley y que está señalado en el artículo 180 del C. J.

Pero la irregularidad de la no exhibición del expediente por estar guardado bajo llave, no ocurrió sino en un día, el sábado, lo dice el mismo articulante, y en ese día sábado estaba apenas transcurriendo el primer día judicial para la ejecutoria del auto. Quedaban otros dos días dentro de los cuales podía insistir el doctor Conde en que se le exhibiera el expediente. Y en caso de nueva negativa, habría podiddo elevarle la queja al Presidente del Tribunal, ya que a éste le corresponde mantener el orden y decidir verbalmente las diferencias que ocurran entre los subalternos y los litigantes en asuntos concernientes al despacho.

La fuerza mayor. — La noción que el artículo 95 de la Ley 95 de 1890 da de la fuerza mayor o el caso fortuito: un acontecimiento que no se puede prever ni resistir, no es aplicable al caso de autos. En efecto: el señor abogado conviene en que — sin pedirlo él — un empleado de la secretaría le presentó "el fallo que resuelve las excepciones". El Secretario, como funcionario público, lejos de ponerle obstáculo material al doctor Conde en ese primer momento, lo que procuró, por medio de su subalterno, fue llevarle a conocimiento del doctor Conde el auto que a éste **interesaba** conocer. El doctor Conde se encarga de decir que supo concretamente cuál fue la providencia que la Secretaría quiso poner en su conocimiento. Y como para que no quede duda, añade: "devolví el expediente al Secretario expresándole que volvería a notificarme y a tomar unos datos para reclamar".

Y si se tiene en cuenta que nadie reclama por lo que le acomoda y le es favorable, hay que convenir en que, cuando el doctor Conde manifestó su intención de reclamar, fue porque se dio cuenta de que el fallo de las excepciones no favorecía las pretensiones de su parte.

La persistente y deliberada aptitud del Secretario en el sentido de ocultarle al doctor Conde el expediente, hubiera podido catalogarse como fuerza mayor, como que ello equivaldría al despojo de un derecho claramente concedido en las leyes. Nada de ello ocurrió, como se deduce de todas las razones hasta aquí expuestas. Luego no es el caso contemplado en el artículo 372 del Código Judicial, y no procede la restitución de términos.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — CONFIRMA el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Victor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Secretario

TRASLADO DE UNA LIQUIDACION

De acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial queda bien efectuado un traslado notificándole personalmente a quien ha de darse la providencia respectiva y poniendo los autos a su disposición en la Secretaría por el término legal. El sacar o no los autos de la Secretaría es asunto que depende de la iniciativa particular de los litigantes. Este principio general se aplica también a los agentes del Ministerio Público.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán).

El apoderado del señor Alejandro Villamil Mayorga presentó al Tribunal Superior de Bogotá, con fecha 6 de junio de 1945, la liquidación motivada de que trata el artículo 553 del C. J., en desarrollo de la sentencia pronunciada por la Corte Suprema el 2 de abril de 1943. El Tribunal ordenó correr al señor Agente del Ministerio Público el traslado de cinco días que ordena la ley, y en providencia de 2 de julio pasado, teniendo en cuenta que el señor Fiscal no había objetado la liquidación presentada por la parte actora, le impartió su aprobación advirtiendo que la Nación debía pagar al demandante por concepto de perjuicios materiales la cantidad de $ 22.915.20, m/c., previa deducción de las sumas recibidas por el demandante en razón de los auxilios decretados en la ley 100 de 1938.

El señor Fiscal interpuso recurso de reposición contra la citada providencia del día 2 de julio de 1945, fundado en que el traslado que ordenó el Tribunal no se le corrió en la forma legal. El Tribunal encontró fundadas las razones expuestas por el Fiscal y revocó el auto que había aprobado la liquidación formulada por el demandante y ordenó correr el traslado al señor Fiscal entregándole el expediente por el término de cinco días.

La Corte conoce ahora de la apelación interpuesta por el actor contra esta providencia que revocó la que había aprobado la liquidación y ordenó en cambio correr el traslado entregándole el expediente al señor Fiscal.

El señor Procurador se manifiesta en completo acuerdo con la providencia apelada aduciendo las mismas razones que expone el Tribunal. Esta entidad advierte que el Código Judicial al hablar de traslados contempla la entrega de los autos durante el término por el cual el traslado se concede. Agrega que la ley cuando ha querido que el traslado se surta sin sacar los autos lo ha dicho expresamente, como en el caso del artículo 759 del Código Judicial. Y por último, observa que el artículo 312 de éste al ordenar la notificación personal al empleado público, en su carácter de tal, concede un privilegio, y que es lógico pensar que ese privilegio se extiende a la manera como deben surtirse los traslados.

El demandante considera que la regla general es la de que el traslado se surta en la Secretaría y la excepción la de que los autos sean sacados por las partes, y que en el caso del artículo 553 del C. J., que guarda silencio al respecto, debe aplicarse la regla general.

La cuestión debatida se reduce a averiguar si el traslado que se ordenó dar al señor Fiscal se cumplió o no conforme a la ley.

"Es traslado —dice el artículo 199 del C. J.— el conocimiento que se da a las partes de demandas, de autos, del expediente o parte de él, para que expongan lo que tengan a bien. El traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado. Estas circunstancias deben anotarse por el Secretario en el expediente en la debida oportunidad".

Según la regla anterior son dos los requisitos que se necesitan para que se surta bien el traslado: 1º Que se notifique legalmente, a la parte, la providencia en que se ordena darlo; y 2º Que el expediente se ponga a su disposición, en la Secretaría, por el término que la ley señala.

En el presente caso, el Tribunal de Bogotá, una vez recibida la liquidación hecha por la parte

actora, ordenó correr el traslado de ella al señor Agente del Ministerio Público en cumplimiento de lo establecido en el artículo 553 del Código Judicial, que no dice si pueden o no retirarse los autos de la Secretaría. Inmediatamente después de esa providencia se halla la siguiente constancia: "En Bogotá, a once de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, notifiqué personalmente el auto anterior al señor Fiscal 1º del Tribunal Superior, le corrí el traslado por él ordenado para lo cual puse los autos a su disposición aquí en la Secretaría por el término legal. Impuesto firma". (Siguen las firmas del señor Fiscal y del Secretario del Tribunal).

En concepto de la Sala se han llenado los dos requisitos arriba anotados que impone el artículo 199 del C. J. para que se surta bien un traslado. Se hizo la notificación en forma legal, es decir, personalmente, como debe hacerse siempre a los funcionarios públicos, y se pusieron los autos, en la Secretaría, a la disposición del señor Fiscal, por el término que la ley señala.

La observación que hace el señor Procurador Delegado en lo Civil, sobre que según la nota anterior no hay constancia de que los autos se hubieran entregado al señor Fiscal, nada demuestra contra la validez del procedimiento. El artículo transcrito dice que el traslado se surte "poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado". Fue la norma seguida en la tramitación. Los autos estuvieron a la disposición del señor Fiscal, en la Secretaría, por el término legal, para que los estudiara allí, o los retirara según el caso; y debe advertirse que el retiro del expediente no es cuestión que deba hacer la Secretaría, que es la que los entrega, sino que depende de la iniciativa particular de los litigantes cuando quieran hacer uso de este derecho que la ley les concede.

Ninguna constancia aparece en el expediente indicativa de que el señor Fiscal hubiese pedido los autos para sacarlos, sin haberlo conseguido, o de que hubiese reclamado por la manera como se hizo la notificación y se surtió el traslado por la Secretaría.

El señor Procurador pretende que la regla consagrada en el artículo 312 del C. J. sobre notificaciones personales a los empleados públicos en su carácter de tales se extienda a la manera como deba surtirse el traslado a los mismos funcionarios. La Sala considera que la ley concede privilegios a los funcionarios cuando ellos actúan en representación de entidades de derecho público diciéndolo expresamente, como al ordenar que se les corra traslado al iniciarse la segunda instancia antes de la fijación en lista (artículo 756), o para el trámite de las apelaciones de los autos interlocutorios (artículo 502), o al establecer la notificación personal de todas las providencias. Y solamente pueden admitirse esos privilegios cuando están contemplados en una forma expresa, porque de lo contrario se violaría la norma que asimila a los Agentes del Ministerio Público a la categoría de apoderados judiciales (artículo 169 del C. J.).

Como ya se advirtió, el Tribunal de Bogotá en su auto de dos de julio de mil novecientos cuarenta y cinco aprobó la liquidación presentada por el demandante en desarrollo del artículo 553 del C. J. y en cumplimiento de la sentencia proferida por la Corte en el presente juicio, aprobación que fue revocada en auto de catorce de agosto del mismo año por dicho Tribunal. La providencia de dos de julio fue dictada en atención a que el señor Fiscal no objetó dentro del término del traslado la liquidación en referencia y en cumplimiento del artículo 553 que así lo ordena. Debe la Corte como deducción de lo anteriormente expuesto, aprobar la liquidación presentada por el demandante y revocar la providencia apelada (auto de catorce de agosto).

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, REVOCA la providencia apelada y en su lugar decide: Apruébase la liquidación presentada por la parte demandante, reconocida por el Tribunal de Bogotá en auto de dos de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, por concepto de perjuicios materiales sufridos por el señor Alejandro Villamil Mayorga en el accidente de Santa Ana, suma que asciende a veintidós mil novecientos quince pesos con veinte centavos ($ 22.915.20), de la que se deben descontar "las sumas que el demandante haya recibido por concepto de auxilios, según la ley 100 de 1938".

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.—Víctor Cock. — Ramón Miranda. — Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

NO SE REPONE EL AUTO RECLAMADO

De conformidad con el artículo 169 del Código Judicial las reglas comunes de tramitación se aplican a los Agentes del Ministerio Público, salvo normas especiales, v. gr., las de notificación, que debe hacérseles personalmente, sin que ello quiera decir que se les haya de avisar cuando ha de vencerse un término o entregarles los expedientes en sus oficinas para que se cumplan los traslados. El traslado, como ya se dijo, queda bien surtido, de acuerdo con el artículo 553 del C. J. poniendo los autos a disposición del interesado, en la Secretaría. Lo que se entiende dicho también respecto de los Agentes del Ministerio Público.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, treinta de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Procurador Delegado en lo Civil interpuso recurso de reposición contra el auto de esta Sala que revocó otro del Tribunal Superior de Bogotá y aprobó "la liquidación presentada por la parte demandante, reconocida por el Tribunal de Bogotá en auto de dos de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, por concepto de perjuicios materiales sufridos por el señor Alejandro Villamil Mayorga en el accidente de Santa Ana, suma que asciende a veintidós mil novecientos quince pesos con veinte centavos ($ 22.915.20), de la que se deben descontar las sumas que el demandante haya recibido por concepto de auxilios, según la ley 100 de 1938".

Funda su petición la Procuraduría en varias razones que la Sala examina a continuación. Estima que las razones que tuvo en cuenta el legislador al ordenar la notificación personal de todas las providencias al respectivo Agente del Ministerio Público son igualmente válidas para que los traslados a éste se surtan entregándole los autos en su oficina, contra lo que sostiene el auto recurrido, de que son distintos la notificación y el traslado y que se viola el artículo 169 del C. J. otorgando a los Agentes del Ministerio Público privilegios que la ley no les concede de modo expreso, ya que ellos se asimilan a los apoderados judiciales. Conviene, para referirse a lo observado por el señor Procurador, ver el texto del artículo 169 que dice: "En el adelantamiento y tramitación de los asuntos judiciales civiles, los Agentes del Ministerio Público se asimilan a los apoderados judiciales; pero cuando la ley establezca apremios que deban afectar los intereses confiados a dichos empleados, no se imponen tales apremios sino el de multas sucesivas..." Lo que quiere decir que la asimilación es de carácter general para el adelantamiento y tramitación de los asuntos, menos cuando ocurra el caso de apremios, los que se reemplazan o efectúan por el medio establecido concretamente en la disposición. A esa regla general ha de someter su conducta el juzgador. Por consiguiente las reglas comunes de tramitación se aplican a los Agentes del Ministerio Público salvo normas especiales, v. gr., las de notificación, que debe hacérseles personalmente. Los traslados son parte del trámite no determinado de manera especial y están sujetos por tanto a las reglas ordinarias. Sin que sea el caso, como lo insinúa la Procuraduría, de recurrir a los principios generales y superiores que informan el procedimiento, para que por aplicación de ellos se llegue a la de normas de analogía, una de las cuales es la de notificación personal al Agente del Ministerio Público, de la cual podría deducirse, en opinión de la Procuraduría, que el vencimiento de un término, como el de notificación de un auto que ordena un traslado, debe avisarse también personalmente a los Agentes del Ministerio Público y, además, si se trata de traslados a ellos, entregarles los expedientes en su despacho para que aquellos se surtan. Las razones del señor Procurador serían atendibles para que se dictasen preceptos legales que tal cosa estableciesen; pero la analogía a que se acoge este distinguido funcionario no puede aceptarse hasta el punto de permitirle al Juez desentenderse de la norma ya vista del artículo 169 que coloca en igual plano al litigante particular y al litigante Agente del Ministerio Público. Pues que entonces

la analogía aplicada como lo sugiere el señor Procurador, conduciría a borrar la regla de asimilación del artículo 169. Las analogías no proceden cuando existen disposiciones que expresamente fijan el procedimiento.

Observa la Procuraduría que el traslado conferido al Fiscal del Tribunal fue prematuro porque no podía correrse antes de notificarse por edicto la providencia que lo ordenaba. No dice el C. J. cuál sea el orden en que deban hacerse las notificaciones a las partes cuando una de ellas está representada por un Agente del Ministerio Público, y por lo mismo es legal el que se haga, como se hizo en el caso en examen, primero al Fiscal y luego, por estado, a la otra parte. También es legal el procedimiento que se practica en algunas oficinas judiciales, de notificar primero por estado y hacer luego la notificación al Agente del Ministerio Público; con la ventaja de que cuando éste lo desee solicita la entrega del expediente para el traslado y aprovecha, si éste se ha ordenado en la providencia a que la notificación se refiere, el envío que se le hace de los autos para obtener que se le entreguen a efecto de que se surta el traslado. En ambos casos interviene la voluntad del funcionario para que se le haga entrega del expediente, bien sea retirándolo de la Secretaría al vencerse la notificación que ordena correr el traslado, o bien dejándolo en su despacho si la notificación a él se cumple después de la que se hace a la otra parte. Lo esencial es que las notificaciones se hagan y que no se recorte en perjuicio de ninguna de las partes el término del traslado. En el caso de autos la primera notificación se hizo al Fiscal, el día once (11) de junio, la segunda por estado fijado el trece (13), luego el catorce (14), surtidas las notificaciones, comenzó a correr el término de cinco días concedido para el traslado. Por eso es correcto el informe del Secretario al Magistrado, con fecha 20 de junio de 1045, en que se dice que el término del traslado está vencido. El dos de julio siguiente se dictó auto en el proceso y hasta esa fecha tampoco se hizo ninguna manifestación por el agente del Ministerio Público respecto al trámite seguido para el traslado.

El artículo 199 del C. J. dice que el traslado se surte notificando el auto en que se manda dar y poniendo a disposición de las partes, en la Secretaría, para sacarlos o para estudiarlos, según los casos, los autos o la porción de ellos sobre que versa el traslado. Como según se ha visto no hay disposición alguna que autorice la aplicación analógica de otras normas, como lo sugiere el señor Procurador, y sí disposiciones claras que establecen el modo de hacerse los traslados y la manera como se adelanta la tramitación de los juicios civiles cuando intervienen Agentes del Ministerio Público, que quedan sometidos por regla general a las normas comunes, el procedimiento que se siguió por el Tribunal Superior de Bogotá en el caso a que esta providencia se contrae no adolece de ilegalidad, y por lo mismo debe mantenerse el auto que así lo había declarado y que fue objeto del recurso de reposición.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, NIEGA la revocación solicitada.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado C. Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.— Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Decreto Nº 136 de 26 de enero de 1932 "sobre asignaciones civiles y sobre reducciones en el presupuesto de gastos de 1932" acusado de inconstitucionalidad, especialmente en cuanto a su artículo 9º.—Pensiones de retiro de los funcionarios y empleados del servicio público.—Su naturaleza jurídica.—La pensión como derecho adquirido.—Declárase inexequible el artículo 9º del Decreto 136 acusado por el Dr. Francisco López Falla.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 1

SALA DE CASACION CIVIL

Cuantía del pleito para el recurso de casación. Admítese el recurso de hecho interpuesto en el ordinario de José María Muñoz contra Mariana de Jesús Muñoz, procedente del Tribunal S. de Pasto.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 13

Acciones de nulidad de unas cláusulas de una escritura de donación, de reivindicación de bienes, etc.—Cásase la sentencia del Tribunal S. de Tunja dictada en el ordinario de Julio Roberto, María Irene Arenas Avila y otros, contra Florencio Arenas C., Hermelinda Avila de Arenas, Sucesión ilíquida de Luis Rosendo Ferero Morales, y otros.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 15

Acción de perjuicios por supuesto abuso del derecho.—Acusación particular en los procesos penales.—Mandato.—No se infirma el fallo del Tribunal S. de Bogotá dictado en el doble juicio ordinario de Joaquín Pablo Mariño contra Ruperto Aya y viceversa.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 27

Págs.

Uso de aguas.—Casación del fallo dictado por el Tribunal S. de Medellín en el juicio ordinario de perjuicios propuesto por Nicolás Sierra contra el Municipio de Bello.—Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas. 36

Acciones resolutoria de un contrato y de reivindicación.—Renta vitalicia.—Pacto comisorio.—Revócase el fallo del Tribunal S. de San Gil proferido en el juicio ordinario de Joaquín Rueda Reyes contra María Reyes de Rueda.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 40

Petición de herencia.—Cásase la sentencia proferida por el Tribunal S. de Barranquilla en el juicio propuesto por Josefina Paternostro v. de Faillace contra Angel Medaglia e Isaías Jiménez.—Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 47

Técnica de casación.—Comunero.—Acusación por error de hecho.—Buena Fe.—Mala fe.— No se casa la sentencia que el Tribunal Superior de Buga dictó en el juicio propuesto por Ana Díaz v. de Varela, y otros, en nombre de la Sucesión de Israel Varela, contra Agueda Hurtado de Luján y Rafael Luján.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 53

Acción de indemnización de perjuicios.—Se casa la sentencia dictada por el Tribunal S. de Barranquilla en el juicio ordinario incoado por Hijos de Ricardo A. González contra la Compañía Colombiana de Electricidad.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 59

Acción sobre pago del valor de un seguro.—Riesgo de guerra.—Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el

Págs.

juicio instaurado por Adolfo Graubard contra The Hantford Fire Insurance Company. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 63

Acción principal de reivindicación y de reconvención sobre simulación de un contrato.—Acción de simulación.—La causa en los contratos.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal S. de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Amelia Hernández contra Luis Felipe Hernández.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 76

Acción de nulidad de un juicio.—Formalidades para el remate de bienes.—Confírmase la sentencia del Tribunal S. de Medellín pronunciada en el juicio seguido por el Dr. Otto Moreno Restrepo contra David Restrepo Uribe y otros.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 83

Acción sobre pago de una suma de pesos.—Documento privado.—No se casa la sentencia que el Tribunal S. de Ibagué dictó en el juicio seguido por Eustaquio Gutiérrez contra la sucesión de Célico Cuéllar y otros.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 87

Reivindicación. — Apreciación de pruebas.—Excepciones.—No se casa la sentencia del Tribunal S. de Tunja dictada en el juicio propuesto por Sebastián Agudelo contra Vidal Salamanca. — Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 90

Transmisión.—Error.—No se infirma la sentencia del Tribúnal S. de Bogotá proferida en el juicio ordinario iniciado por Benicio Riveros S. contra Nicolás Parrado M. y Víctor M. Gutiérrez sobre una cuota herencial.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 95

Acción de nulidad de un remate.—No se invalida la sentencia del Tribunal S. de Bogotá proferida en el juicio propuesto por Pedro María Alvarado contra Leovigilda Díaz de Garzón.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 99

Matrícula de Abogado.—No se admite el recurso de hecho interpuesto en el juicio especial seguido por Williams D. Flye contra la Cooperativa Bananera del Magdalena Limitada.—Magistrado ponente, doctor Pedro Castillo Pineda 103

Acciones de resolución de un contrato y de reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal S. de Bogotá pronunciada en el juicio ordinario propuesto por Vicente Taumaturgo Sánchez contra Esther López vda. de Rojas y Stella Rojas de Wilches.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 104

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Cásase el fallo del Tribunal S. de Manizales proferido en el juicio de Alberto Mejía Jaramillo contra el Municipio de Manizales.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 115

Fijación de la cuantía para el recurso de casación.—Admítese el recurso de hecho propuesto en el ordinario de José María Muñoz contra Mariana de Jesús Muñoz.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 121

Acción de nulidad de un contrato como principal y de reconvención para el pago de perjuicios.—Invalídase la sentencia del Tribunal S. de Barranquilla dictada en el juicio entablado por Celia Márquez de Borrás contra Manuel Antonio Pérez y "Pannier & Prevesteau".—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 123

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Se infirma la sentencia del Tribunal S. de Bogotá dictada en el juicio ordinario de Breuer, Moller & Compañía contra Roberto Echeverri V.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 130

Reivindicación.—No prospera el recurso de casación instaurado contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín dictada en el juicio de José Ortiz contra Pedro Luis Villa.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 135

Acción petitoria de pago de servicios.—No se

Págs.

invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá pronunciada en el ordinario de Fidel Rivera contra Luis E. Williamson.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 136

Acción petitoria de simulación de un contrato. En el juicio ordinario seguido por Juan Gregorio Gómez contra Jorge Julio Gómez S. no se casa la sentencia del Tribunal S. de Manizales.—Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 138

Acción petitoria de simulación de un contrato. Devuélvese el juicio de Euclides Picón contra Waldina Flórez de Medina al Tribunal Superior de Pamplona para que se complete la sentencia de segunda instancia.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 142

Reivindicación.—Técnica de casación.—No se invalida la sentencia del Tribunal S. de Buga dictada en la segunda instancia de los juicios acumulados de Gregorio Vanegas contra Teresa Llanos, Benjamín Garzón y Juan Bautista Jaramillo.—Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 144

Acción de restitución de un bien mueble.—Causal segunda de casación.—Causal primera.—Disposiciones adjetivas.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal S. de Cali en el juicio ordinario de la Compañía Nal. de Autos, S. A. contra Vicente López Gómez. — Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 146

Restitución de términos.—En el ordinario de Julia Zapata de Villa contra Eleázar Gaviria, sobre nulidad de un juicio ejecutivo, no se accede a reponer un término.—Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 150

Reivindicación.—Inspección ocular. — Dictamen pericial.—Medios nuevos en casación.—No se infirma la sentencia dictada por el Tribunal S. de Pamplona en el ordinario de Abigaíl Sepúlveda contra Pedro García Sepúlveda.—Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 151

Acción de responsabilidad por culpa.—Confírmase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá dictada en el juicio promovido por Abraham Klainbaum y otros contra el Dr. Rafael A. Muñoz.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 157

Acción petitoria de declaración de bienes mostrencos.—Acreencias no reclamadas a un banco en liquidación.—No se casa la sentencia del Tribunal S. de Bogotá proferida en el juicio instaurado por Adolfo Carrizosa contra la Superintendencia Bancaria.—Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 162

SALA DE CASACION PENAL

Causal 2ª de casación.—Causal 5ª.—Complicidad correlativa.—Auto de proceder, veredicto y sentencia.—Proceso contra Otoniel Santana Villamil y José Gregorio Posada por homicidio. Se invalida la sentencia del Tribunal de Buga.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 168

Cuestionario propuesto al Jurado.—Causal 2ª de casación.—Proceso contra Santiago Tejada por violencia carnal y homicidio.—Confírmase la sentencia del Tribunal S. de Pereira. — Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez A. 178

Delitos de responsabilidad.—Competencia de la Corte para conocer de los juicios seguidos contra Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito por estos delitos.—Intervención en la política por parte de Jueces y Magistrados.—Nuevo método legal-moral de interpretación probatoria.—Qué debe entenderse por intervención en debates políticos.—Causa contra el Dr. Edilberto Arévalo Correal, ex-Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, por abuso de autoridad y otras infracciones.—Se suspende el cumplimiento de la sanción. — Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola. .. 181

Se niega la aclaración solicitada acerca de la sentencia proferida en el proceso contra el Dr. Edilberto Arévalo Correal por intervención en política.—Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 197

Págs.

Detención arbitraria.—Sobreseimientos definitivos.—Elementos objetivos del delito de detención arbitraria.—Dolo genérico y dolo específico.—Cuando debe entenderse que existe buena fe en la aplicación judicial de la ley.—Proceso contra el Dr. Jesús Ignacio Caicedo Lozano por el delito de detención arbitraria.—Se confirma el auto de proceder dictado por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 200

No se repone el auto anterior dictado en el proceso contra el Dr. Jesús Ignacio Caicedo Lozano por el delito de detención arbitraria. Se hace una aclaración.—Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 212

El principo de la "Reformatio in Pejus" en el derecho procesal penal.—Proceso contra Pedro Jiménez por los delitos de homicidio e incendio intentado.—No se invalida la sentencia condenatoria del Tribunal S. de Bucaramanga.—Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 216

Sobreseimiento Temporal.—Certeza moral.— Diligencias sumarias contra el Dr. Adolfo Romero B., ex-Magistrado del Tribunal Superior de Buga, por intervención en política. Se sobresée definitivamente. — Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 219

El recurso de hecho y requisitos que deben cumplirse por concederlo.—Proceso contra Misael Hernández Arévalo por homicidio calificado (asesinato).—Declárase inadmisible el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia condenatoria del Tribunal S. de Tunja.—Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 222

El propósito criminal como elemento del homicidio intencional.—Computación de las circunstancias de mayor peligrosidad.—Proceso contra Ciro Acosta o Luis Enrique Jaimes por homicidio.—Confírmase la sentencia condenatoria del Tribunal Superior de San Gil.—Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 224

Recurso de hecho en materia penal.—Proceso contra José Tomás Ospino, por homicidio.—Niégase el recurso de hecho interpuesto contra la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal S. de Bucaramanga.—Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 228

Detención provisional del sindicado.—Sumario adelantado contra un Juez de Circuito Penal por peculado y falsedad.—Se confirma el auto que denegó la revocatoria del de detención.—Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 230

Cuándo se reputa existente el delito de prevaricato cometido por un funcionario.—Diligencias contra el Dr. Teófilo Noriega Rueda, ex-Juez segundo Civil del Circuito, por prevaricato. — Sobreseimiento definitivo.— Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 251

"Interés en el proceso" como causal de recusación, según el numeral 1º del artículo 73 del C. de P. P.—Proceso contra José María Durán G. por hurto.—Inexistente el impedimento manifestado por el Magistrado del Tribunal Superior de San Gil Dr. Elberto Téllez Camacho.—Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 253

Papel de la prueba indiciaria en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito.—Presentación de los hechos en relación con la causal segunda de casación.—Proceso contra Antonio Ayala Hernández por robo. No se invalida el fallo condenatorio dictado por el Tribunal Superior de Cali.—Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 254

Limitaciones a la capacidad subjetiva en concreto.—Proceso contra Alfonso y Nicanor Fuentes, Israel, Antonio y Manuel Mesías Obando y Luis Morán, por homicidio y lesiones personales.-Declárase legal el motivo aducido por el H. Magistrado Dr. Sarasty como impedimento. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 258

El Jurado es soberano para afirmar o negar circunstancias modificadoras de la responsabilidad.—Interpretación del artículo 29 de

Págs.

la Ley 4ª de 1943, sobre redacción de cuestionarios.—Proceso contra Alfonso García González por homicidio.—No se infirma el fallo del Tribunal Superior de Manizales.—Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 261

Estimación de la prueba.—Proceso contra Isidoro Casallas por el delito de lesiones personales.—No se invalida la sentencia condenatoria dictada por el Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez A. 266

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Transporte benévolo.—Responsabilidad aquiliana.—Ordinario de María Ester Castillo de Aranza contra la Nación, sobre perjuicios causados en un accidente aéreo.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá que hizo condenación **in genere** a favor de la parte actora.—Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 268

Oposición a una propuesta sobre exploración de petróleos.—Juicio breve y sumario seguido por Angel M. Palma y Guillermo Acosta contra la Nación, sobre la propuesta de contrato formulada por "Contratistas de Petróleos, S. A.".—Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock 273

Acción de responsabilidad por culpa en el accidente aéreo de Santa Ana.—Satisfacción pecuniaria por concepto del perjuicio moral subjetivo.—Juicio ordinario de Octavio J. Benavides y Ana María C. de Benavides contra la Nación por perjuicios.—Se revoca la sentencia absolutoria dictada por el Tribunal S. de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 287

Aviso sobre exploración y explotación de petróleos.—Prescripción de tierras realengas.—Declaración de prescripción actual previo el requisito de posesión real y efectiva o de la explotación económica.—Juicio breve y sumario de Frutos T. Plaza y el Dr. Pedro María Carreño, a nombre de la "Richmond Petroleum Company of Colombia" contra la Nación, sobre un globo de terreno petrolífero ubicado en Coello, Departamento del Tolima. — Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 300

Acción sobre pérdida de la nacionalidad de un ciudadano colombiano.—Demanda del Dr. Alfonso Cifuentes y Gutiérrez para que se declare que Heriberto Schwartau perdió la nacionalidad colombiana. — Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock 319

Pensión.—Se concede una al Sr. Daniel Arango Gutiérrez. — Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 322

Solicitud de aumento de una pensión.—Confírmase la sentencia del Tribunal S. de Bogotá que decretó el aumento de la pensión correspondiente al Sr. Daniel María Jiménez. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna .. 324

Acción petitoria de declaración de irresponsabilidad en el manejo de rentas y de devolución de unas sumas de dinero.—Situación jurídica del empleado público frente a la administración.—Ordinario de Rogelio García contra el Departamento de Cundinamarca.—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.—Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 327

Restitución de términos.—Sentencia definitiva. Juicio ordinario de los doctores Manuel y Rafael Conde Ribón contra la Nación por perjuicios.—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Cartagena que negó la reposición de un término.—Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado 336

Traslado de una liquidación. — Ordinario de Alejandro Villamil Mayorga contra la Nación, por perjuicios en el accidente de Santa Ana.—Se aprueba la liquidación presentada por el actor.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 339

No se repone el auto reclamado.—Se mantiene el aprobatorio de la liquidación de perjuicios formulada por Alejandro Villamil Mayorga en el ordinario de éste contra la Nación.—Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 341

FE DE ERRATAS

El número 2 del extracto jurisprudencial de la sentencia de fecha 15 de febrero de 1946, que empieza a leerse en la página 15, debe quedar así:

"La excepción de ilegitimidad de la personería, aducida como perentoria, sólo puede tener existencia cuando en el actor no concurre el derecho que invoca o no es titular de él, o cuando el demandado no es el sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende deducir en el juicio".

Y en el número 1 del extracto jurisprudencial de la sentencia de fecha 27 de febrero de 1946, página 40, debe leerse así:

"Un instrumento público en el cual se hace constar un contrato de venta de bienes raíces y a la vez otro de renta vitalicia no necesita, respecto de éste, la inscripción en el libro de registro número 2; basta inscribirlo en el libro número 1, pues el contrato de renta, en atención a su naturaleza y por disposición expresa de la ley, no requiere registrarlo en determinado libro, ya que esa formalidad se cumple, no en atención a la índole de dicho contrato, sino a la FORMA solemne como debe otorgarse; o sea, porque esto se hace por escritura pública. Es decir, que la inscripción se verifica porque se trata de un documento otorgado ante Notario y no por razón de la naturaleza del contrato celebrado".

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'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LX BOGOTA - COLOMBIA ABRIL - MAYO - DE 1946 NUMEROS 2032 - 2033

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION PETITORIA DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y DE REIVINDICACION

1.—El arrendamiento, como contrato bilateral que es, está sometido al sistema jurídico del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; lo que acontece es que generalmente no procede en el arrendamiento la acción resolutoria propiamente dicha, que tiende a dejar sin efecto el contrato, restableciendo las cosas al estado anterior, como si no se hubiera celebrado, sino que apenas produce efectos sobre el futuro, debido a la naturaleza especial que le corresponde como contrato de ejecución sucesiva que hace imposible los efectos resolutorios sobre los períodos de goce ya transcurridos. Dentro del arrendamiento la resolución asume la forma, el nombre y las consecuencias de la terminación, y así, en los diversos artículos en que el código habla del incumplimiento de las obligaciones del arrendador, establece el derecho del arrendatario para pedir la terminación del arrendamiento (arts. 1986, 1988 y 1990 del Código Civil), del propio modo que consagra el derecho del arrendador para pedir la terminación del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario (artículos 1996, 1997 ibídem).

2.—La acción de terminación del arrendamiento y la de reivindicación de la cosa arrendada no son incompatibles, según doctrina de la Corte. Bien sabido es, en efecto, que cuando el arrendatario se niega a cumplir su obligación esencial de restituir la cosa que ha recibido en arrendamiento, el arrendador tiene, para demandar su cumplimiento, dos acciones: la acción personal nacida del contrato de arrendamiento, si el arrendatario se empeña en seguirla teniendo, o la terminación con su consecuencial devolución, en los casos que la ley autoriza; y la acción real de dominio, en los casos en que la negativa del arrendatario a cumplir su obligación restitutoria se funde en el desconocimiento del contrato y en la oposición de pretensiones de poseedor y dueño. Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tute-

lar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona con la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en una misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, no hay razón legal alguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial.

3.—Para que tenga lugar la prescripción especial de que habla el artículo 12 de la ley 200 de 1936 es necesario, entre otras cosas, que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño que el Estado, del lote que posee, y que el lote de terreno del cual forma parte el poseído no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Ante el Juzgado promiscuo del Circuito de Melgar, por medio de apoderado y en libelo de fecha veintitrés de julio de mil novecientos cuarenta y uno, Carlos José y Jorge Pabón Pinzón, como dueños en común de la finca **San José**, parte de la antigua hacienda de Guatimbol, en jurisdicción de Icononzo, demandaron en acción ordinaria a Rafael Pedraza para que se declare terminado el contrato de arrendamiento celebrado por los actores con el demandado sobre cinco lotes comprendidos dentro de su finca, alinderados especialmente en la demanda, por haber el arrendatario usado de la cosa fuera de los términos del contrato y haber formado parte de la agrupación constituída por algunos individuos con la finalidad de usurparles el dominio territorial, y que, en consecuencia, se le condene a restituír los lotes arrendados, a pagar las rentas debidas desde el primero de enero de mil novecientos treinta hasta la fecha de la restitución, y a indemnizarles los perjuicios causados por el uso desviado y el desconocimiento de su propiedad, perjuicios que estiman en la suma de dos mil pesos ($ 2.000).

Subsidiariamente se pide que se declare que el demandado como poseedor de mala fe, está obligado a restituír a los actores, en su condición de dueños, los lotes preindicados, con sus frutos naturales y civiles, no solamente los percibidos sino los que hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado desde el primero de enero de mil novecientos treinta hasta el día de la restitución, y a pagarles, como indemnización por los deterioros causados en los lotes, la suma de dos mil pesos ($ 2.000) o la que pericialmente se fije, y, finalmente, que se declare que el demandado no tiene derecho alguno a indemnización por concepto de mejoras de ninguna especie.

Los hechos fundamentales de la acción, sintetizados, son: que la finca **San José**, propiedad comunal de los actores, hace parte de la hacienda de Guatimbol, que ha venido siendo de propiedad privada de los demandantes y sus antecesores desde muy remota fecha; que el demandado Rafael Pedraza reconociendo el dominio particular de los actores desde antes del año de mil novecientos veintinueve sobre las tierras de Guatimbol, entró a ocupar los lotes alinderados en la demanda, a título de arrendatario, pagando el precio de su goce, que se estipuló que era para cultivos transitorios y no para plantaciones permanentes; que hasta fines del año precitado, el arrendatario Pedraza, pagó con alguna puntualidad el precio del arrendamiento, y que a partir de comienzos de mil novecientos treinta, ingresó en una asociación formada por Julio Bernal con el propósito de desconocer la propiedad privada de los Pabón sobre las tierras de Guatimbol, suspendiendo el cumplimiento de sus obligaciones de arrendatario, y afirmando que se trataba de terrenos baldíos de la Nación asumió actitud de poseedor y procedió a ensanchar sus parcelas y a talar bosques que la hacienda tenía como reserva de maderas finas y para conservación de las vertientes de agua.

Surtido el traslado legal de la demanda, Pedraza no la contestó, pero en su alegato de bien probado de primera instancia, alegó como excepciones perentorias la prescripción adquisitiva general y la especial que establece el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 y su Decreto reglamentario y la "acumulación indebida de acciones". Agotada la

actuación del grado, el Juzgado del Circuito, en sentencia definitiva del diez de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, declaró "probada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda" y consecuencialmente absolvió al demandado de todos los cargos de la demanda, con costas a cargo del actor.

Sentencia acusada

Dio lugar a la segunda instancia del juicio la apelación que oportunamente interpuso contra el fallo del Juzgado la parte demandante, la que finalizó con la sentencia de diecinueve de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la cual se revocó la recurrida y en su lugar se declararon no probadas las excepciones perentorias propuestas y se condenó al demandado Pedraza a restituir a los actores, como dueños, los lotes determinados en el libelo con sus frutos naturales y civiles a partir de la contestación de la demanda, y dejando a salvo a las partes el derecho de obtener las prestaciones mutuas por concepto de deterioros, expensas y mejoras al tenor del Capítulo 4, Título 12, Libro 2º del Código Civil. Sin costas en ninguna de las instancias.

En la exposición de motivos de esta decisión, que se aparta fundamentalmente de la sentencia del juzgado, rechaza el Tribunal en primer término la pretendida excepción por acumulación ilegal de acciones por estimar que las peticiones principales del libelo plantean la acción resolutoria del artículo 1546 del Código Civil con la denominación y peculiaridades que esta acción resolutoria asume de acuerdo con la ley y en virtud de la naturaleza jurídica del contrato de arrendamiento, y que esta petición, que da lugar procesalmente al juicio ordinario, puede coexistir en la misma demanda con la acción reivindicatoria que se ejercita subsidiariamente y se ventila por los mismos trámites procedimentales.

Hace luego la sentencia una detallada relación de las numerosas pruebas que una y otra parte adujeron, y al analizar tal acervo probatorio dice el Tribunal "que las pruebas traídas por los demandantes en el curso del juicio para acreditar que el demandado Pedraza es y ha sido arrendatario de la hacienda de **Guatimbol** y **Buenos Aires** son enteramente ineficaces "pues fueron allegados al debate fuera del término probatorio de la segunda instancia"; y porque "los acuerdos sobre arrendamientos protocolizados por instrumento público número 931 ya citado, se llevaron a término sin la intervención del demandado Pedraza" pues no hay prueba de que éste hubiera autorizado para contratar en su nombre a las personas que en aquel acto escriturario intervinieron.

De todo ello deduce el Tribunal sentenciador que son improcedentes las declaraciones solicitadas como principales en la demanda.

Descartada así la acción sobre terminación del arrendamiento entra el Tribunal a considerar la subsidiaria de dominio o reivindicatoria. Dice el sentenciador que los demandantes han demostrado de manera plena por medio de una antigua y no interrumpida titulación, ser dueños del predio de **San José**, parte de la antigua hacienda de **Guatimbol**; que dentro de dicho predio se encuentran los lotes o parcelas que han estado en poder del demandado Rafael Pedraza; que éste ha pretendido demostrar que los ha tenido "a título de poseedor y dueño en calidad de colono cultivador de baldíos desde el año de mil novecientos treinta y uno"; pero que analizadas las pruebas de Pedraza no resultan aceptables sus aspiraciones de dueño por prescripción adquisitiva, porque las parcelas que él ha ocupado se identificaron claramente en el juicio como partes integrantes de terrenos que no eran baldíos ni se reputaban incultos en el momento de la ocupación. De donde concluye la sentencia recurrida que la pretensión de Pedraza no encuentra apoyo suficiente en el artículo 1º de la Ley 200 de 1936. Agrega que en cambio los títulos de dominio traídos por los demandantes "acreditan tradiciones del dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria, en todo caso anteriores al año de mil novecientos treinta y uno, desde el cual el propio demandado Pedraza se ha encargado de comprobar que ejerce posesión material sobre las parcelas de tierra objeto de restitución", de manera que para el Tribunal tampoco ampara al demandado la prescripción extraordinaria del Código Civil; y que en las inspecciones oculares practicadas dentro del juicio se estableció que la finca de la cual hacen parte los lotes de cuya reivindicación se trata ha venido siendo económicamente explotada por los dueños y que el fundo de **San José** tiene señales inequívocas de ser propiedad particular.

Subraya, además, la sentencia recurrida el hecho de que los demandantes trajeron al juicio, aun cuando no era necesario, un título de propiedad

que se remonta al once de julio de mil ochocientos dieciocho.

EL RECURSO

Agotados los trámites correspondientes a la acción procede la Corte a examinar por separado los dos cargos que el recurrente formula, con base en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, contra la sentencia del Tribunal de Ibagué:

Primer cargo

Recientemente ha proferido esta Sala sentencia de casación en otros recursos análogos por completo al de que ahora se trata, pues los alegatos de la parte recurrente son fiel reproducción unos de otros, al menos en cuanto al fundamento que le asignan a este primer cargo contra la sentencia del Tribunal. Por este motivo y siendo ya reiterada la doctrina de la Corte sobre el punto concreto de que trata ese cargo, se repite a continuación lo dicho por la Sala en uno de aquellos fallos.

Sostiene el recurrente que el Tribunal sentenciador violó los artículos 1546, del Código Civil y 209, 333, 343, 734, 1103, 1104, 118 del Código Judicial, por falta de aplicación unos y por indebida aplicación los otros, al declarar infundada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda por ilegal acumulación en ella de dos acciones contrarias e incompatibles entre sí, como son la de restitución de la cosa arrendada ejercitable por el procedimiento especial del Capítulo 1º, Título XXXVII del Libro 2º del Código Judicial de competencia del Juez Municipal, y la reivindicatoria de la misma cosa, de procedimiento ordinario, y porque el ejercicio de estas dos acciones en el mismo libelo entraña el contrasentido de atribuír al mismo demandado las dos calidades excluyentes de mero tenedor y de poseedor. Las peticiones principales de la demanda no plantean la acción resolutoria como equivocadamente lo entendió el Tribunal, ni emplean siquiera la palabra resolución, fenómeno jurídico éste que no puede tener lugar en el contrato de arrendamiento.

Se considera:

Se revive con este cargo ante la Corte la cuestión de la legalidad con que se han acumulado las dos acciones sucesivas, principal una y accesoria la otra, que contiene la demanda, suscitada por el demandado en el primer escrito con que concurrió al juicio, usada como motivación de su sentencia por el fallador de primer grado y desechada en la sentencia del Tribunal con razones visiblemente bien fundadas en la realidad procesal y en la ley.

En términos inequívocos, como se vio al principio de esta decisión, está propuesta y ejercitada en las peticiones principales de la demanda inicial de este proceso la acción de terminación del contrato de arrendamiento alegando como fundamento de hecho el uso desviado y deteriorante del fundo y su usurpación y con apoyo en la disposición del artículo 2037, citado en el libelo, que concede al arrendador, en caso de mal uso o deterioración del predio por culpa del colono, el derecho para atajar el perjuicio exigiéndole al efecto fianza u otra seguridad competente, y para hacer cesar el arriendo en casos graves. Ni las palabras usadas en los pedimentos, ni los hechos que se exponen como fundamentales autorizan ni respaldan la afirmación de que en este caso se ha incoado principalmente por los Pabón la acción especial de "Lanzamiento de arrendatario" que reglamenta el Capítulo I, del Título XXXVII del Libro X del Código de Procedimiento Civil, establecida para obtener la restitución de la cosa arrendada, para lo cual como es obvio y lo ordena el artículo 1104 de allí, es indispensable que el actor acompañe a su demanda la prueba de que el contrato de arrendamiento ha terminado por cualquiera de las causas que establece el Código Civil.

El arrendamiento, como contrato bilateral que es, está sometido al sistema jurídico del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; lo que acontece es que generalmente no procede en el arrendamiento la acción resolutoria propiamente dicha, que tiende a dejar sin efecto el contrato, restableciendo las cosas al anterior estado, como si no se hubiera celebrado, sino que apenas produce efectos sobre el futuro, debido a la naturaleza especial que le corresponde como contrato de ejecución sucesiva que hace imposible los efectos resolutorios sobre los períodos de goce ya transcurridos. Dentro del arrendamiento la resolución asume la forma, el nombre y las consecuencias de la terminación, y así, en los diversos artículos en que el Código habla de incumplimiento de las obligaciones del arrendador establece el derecho del arrendatario para pedir la terminación del arrendamiento, (artículos 1986, 1988 y 1990 del Código

Civil), del propio modo que consagra el derecho del arrendador para pedir la terminación del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario (artículos 1996, 1997 ibidem).

Está bien, por lo predicho, que el Tribunal entendiera que la acción principal intentada en este caso es la resolutoria, dentro de la forma y denominación especiales que corresponden al arrendamiento. El uso del vocablo resolución, cuya ausencia en el libelo se aduce como argumento por el recurrente, habría sido una impropiedad en el empleo de los términos jurídicos.

Por lo que hace a la acumulación de esta acción de terminación del arrendamiento y sus consecuenciales como petición principal, y la reivindicación de la cosa arrendada, como subsidiaria, tampoco encuentra la Sala ninguna ilegalidad en la solución procesal. Bien sabido es, en efecto, que cuando el arrendatario se niega a cumplir su obligación esencial de restituír la cosa que ha recibido en arrendamiento, el arrendador tiene, para demandar su cumplimiento, dos acciones: la acción personal nacida del contrato de arrendamiento, si el arrendatario se empeña en seguirla teniendo, o la terminación con su consecuencial devolución, en los casos que la ley autoriza; y la acción real de dominio, en los casos en que la negativa del arrendatario a cumplir su obligación restitutoria se funde en el desconocimiento del contrato y en la oposición de pretensiones de poseedor y dueño. Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tutelar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona con la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en la misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir al mismo procedimiento judicial, no hay razón legal ninguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal como ha sucedido en este caso. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial.

Lo expuesto es bastante para desechar el primer cargo, que quizá hubiera sido menos improcedente formulado con base en errónea interpretación de la demanda y no por directa violación de la ley. (Casación de Carlos José y Jorge Pabón Pinzón contra Jesús Castellanos, sentencia de 10 de julio de 1945, Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca).

Segundo cargo

Violación de los artículos 777, 780, 787, 791, 946 y 952 del Código Civil; de los artículos 4º y 12 de la Ley 200 de 1936, y de los artículos 343 y 697 del Código Judicial. Dice el recurrente que habiendo reconocido el Tribunal sentenciador, de manera expresa, que no existe contrato de arrendamiento del demandado Pedraza, "se ve obligado a declarar que efectivamente el demandado es un colono, pero a quien no amparan las disposiciones legales que especialmente para esta clase de trabajadores han establecido, con alto criterio de justicia social, los legisladores colombianos, como es en especial la prescripción extraordinaria que al efecto estableció la Ley 200 de 1936" y agrega la observación de que uno de los Magistrados del Tribunal salvó su voto "en esta parte trascendental". Para el recurrente hay una inconsecuencia en el fallo puesto que declara que el demandado Rafael Pedraza ha acreditado su buena fe pero al propio tiempo afirma que no tiene derecho alguno como colono. Combate luego la apreciación hecha por la sentencia recurrida de la diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de Tierras del Tolima, como documento probatorio de que los demandantes han explotado económicamente los lotes de terreno que el demandado ocupa. Y aduce como razón principal la de que aquella inspección ocular sólo tendría fuerza demostrativa si se hubiese practicado con anterioridad a la ocupación de las tierras por el colono demandado. Después de transcribir el salvamento de voto a que ya se aludió, copia el recurrente algunas declaraciones de testigos con el intento de demostrar que el demandante Pedraza no ocupó las tierras que están en su poder a título precario ni ha reconocido dominio distinto del de el Estado en aquellas parcelas; que los terrenos ocupados eran incultos en el momento de iniciarse la ocupación del demandado y que éste ha mantenido su ocupación quieta, pacífica y tranquilamente, ejecutando actos de señor y dueño, como la derriba de árboles, la construcción de casas y cercas, plantaciones de café, caña, cacao, apertura de potreros "y demás actos de dominio plenos y completos".

Sobre este segundo cargo se considera:

Parece que en concepto del recurrente la única

prueba apta para demostrar que el demandado reconocía dominio ajeno en los lotes por él ocupados sería la resultante de haber formalizado él un contrato de arrendamiento de esos mismos lotes; y que no obrando esa prueba en el juicio debe reputársele como poseedor de terrenos que reputaba baldíos.

Es verdad que la sentencia recurrida no dio por probado el contrato de arrendamiento entre los demandantes y Rafael Pedraza porque el documento en que se consignó ese contrato no fue presentado con la demanda ni durante los términos probatorios de las instancias.

Pero no es menos cierto que ese documento se allegó a los autos en la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal Superior de Ibagué; y al tenor de lo dispuesto por el artículo 597 (numeral 2º) del Código Judicial el documento aducido en esa oportunidad entró a formar parte del proceso y el juzgador podía haber estimado su mérito probatorio.

De manera que el error por indebida apreciación de pruebas podría en este caso consistir más bien en que el Tribunal sentó una conclusión demasiado categórica al afirmar que no existió contrato de arrendamiento entre los demandantes y el demandado, tesis ésta que, por lo demás, no ha sido atacada en casación.

El Tribunal sentenciador pensó que no habiendo sido presentado aquel documento dentro del término de petición de pruebas no podía fundarse sobre él una acción acerca de la ejecución o del incumplimiento del mismo contrato; y por eso la sentencia recurrida negó la súplica principal de la demanda sobre terminación del contrato de arrendamiento.

Es necesario, sin embargo, observar que aquella prueba fue presentada por el demandante durante la inspección ocular que se practicó con el intento de demostrar que el globo de terreno del cual hacen parte los lotes que han estado en poder de Rafael Pedraza había sido económicamente explotado por sus dueños y que ofrecía señales inequívocas de ser una propiedad particular cuando el demandado entró a ocupar las parcelas que están dentro de aquel globo.

Esto permite inferir que la intención probatoria del actor no fue encaminada en este caso a demostrar las obligaciones a cargo del demandado, como arrendatario, sino a establecer que éste suscribió un documento; y este solo hecho, aun cuando estuviera desprovisto de valor acerca del acto jurídico de que trata el mismo documento, implica una especie de confesión o reconocimiento de que al firmar estaba aceptado que iba a ocupar o estaba ocupando terreno perteneciente a otras personas.

Obra, además, en el expediente copia debidamente autenticada de una acta o diligencia practicada por la Oficina General del Trabajo con los señores Pabón como dueños de **Guatimbol**, y unos arrendatarios de la misma finca. En dicha diligencia se convinieron en general los términos de un posible contrato de arrendamiento. Y aun cuando entre los firmantes no figura Rafael Pedraza, allí se expresa que los firmantes, como dignatarios o directores de la asociación o sindicato de ocupantes de los terrenos, obran en nombre de todos los arrendatarios. Y, consultando el libro o cuaderno en que se llevaba la cuenta corriente de los miembros o socios, a partir de enero de mil novecientos treinta y cuatro, aparece entre ellos el nombre de Rafael Pedraza.

Como tal obligación y convenio se efectuaron en el año de mil novecientos treinta y cuatro, resulta que los ocupantes de las tierras por lo menos sabían entonces que ellas eran de propiedad privada, y así no es creíble que el continuar trabajándolas lo hicieran reputándolas baldías. El convenio, cumplido o no por los colonos en cuanto a firmar un documento como arrendatarios, es suficiente para demostrar que reconocían dominio distinto al del Estado en los predios de **Guatimbol** y **San José**.

Hay pruebas en el juicio de que los Pabón estaban haciendo explotación económica de su fundo; y aunque no hubieran hecho desmontes ni tuvieran cultivada la totalidad de los terrenos que forman dicho fundo, preciso es reconocer que la existencia de aquellos trabajos agrícolas sí eran una señal inequívoca para los pretendientes a ocupar las tierras, de que ellas se encontraban dentro de una propiedad privada. Y la Corte no encuentra que el Tribunal haya incurrido en error al apreciar esas otras pruebas.

Es el caso de repetir lo que en otros fallos recientes (pleitos de los mismos señores Pabón con otros arrendatarios) y en negocios análogos al de que ahora se trata ha dicho la Corte, a saber: que ninguno de los reparos del recurrente se encamina contra las conclusiones del fallo en cuanto consideró fehacientemente demostrados en el proceso los elementos esenciales de la reivindicación; demandante dueño y demandado poseedor de la cosa singular que se demanda.

El cargo que se estudia se reduce realmente al

punto de la excepción prescriptiva del artículo 12 de la Ley 200 de 1936, oportunamente alegada por el demandado y expresamente desechada en la sentencia, por haber estimado el Tribunal que el proceso no ofrecía en manera alguna la prueba de los requisitos y condiciones legalmente indispensables para la adquisición del dominio en el caso especialmente alegado. Para que tenga lugar, en efecto, la prescripción especial de que habla el artículo 12 citado, es necesario, entre otras cosas, que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño que el Estado, del lote que posee; y que el globo de terreno del cual forma parte el poseído, no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular, y resulta que estos requisitos están notoriamente excluídos en este caso porque según las inspecciones oculares verificadas dentro del juicio, el fundo de los demandantes, de que hacen parte las parcelas detentadas por el demandado, está económicamente explotado por sus dueños y muestra visibles señales de ser propiedad particular.

Es injusto el reparo de inconsecuencia que el recurrente formula contra el fallo en cuanto éste reconoció expresamente que Rafael Pedraza ha sido un poseedor de buena fe.

Y es injusto tal reparo porque el fundamento principal de la sentencia recurrida es el de que Pedraza no llegó a completar el lapso necesario para adquirir el dominio por prescripción; y estas dos ideas, buena fe en el poseedor e insuficiencia del tiempo de posesión para prescribir, no se oponen entre sí.

Por último: no hay violación directa de la Ley, ni violación indirecta por errónea apreciación de pruebas, en el punto fundamental de la sentencia recurrida, o sea en cuanto sostiene que el demandado Rafael Pedraza no poseyó por el tiempo necesario para adquirir por prescripción las parcelas del fundo de los señores Pabón que él ha ocupado.

El demandado ha insistido en sostener y demostrar en este juicio que posee las parcelas de tierra objeto de la acción reivindicatoria desde el año de mil novecientos treinta y uno. Ahora bien: en otro juicio de los mismos demandantes Pabón contra el arrendatario Pedro Forero, dijo esta Sala, en sentencia de casación fechada el catorce de julio último, lo siguiente: "la prescripción de corto tiempo, reglamentada por el artículo 12 en cuestión (se refiere a la Ley 200 de 1936) debe principiar a contarse desde la vigencia de la ley en adelante, o sea del siete de abril de mil novecientos treinta y siete en que entró a regir la Ley de Tierras, como lo dispone el artículo 41 de la Ley 153 de 1887, y el artículo 47 del Decreto número 59 de 1938, que reglamentó, por mandato legal, dicho estatuto". En el presente caso la demanda le fue notificada a Rafael Pedraza el veintinueve de agosto de mil novecientos cuarenta y uno.

No habiéndose, pues, demostrado ninguna de las ilegalidades que se le imputan a la sentencia acusada y no siendo más los cargos contra ella propuestos en la demanda de casación, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida el diez y nueve de junio de mil novecientos cuarenta y cuatro, que ha sido materia de este recurso.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Pineda Castillo. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—CESION Y MANDATO

La cesión procede del mandato, pero no se identifica con él. De ahí que, por más que sea de la esencia del mandato su revocabilidad, es inaceptable que la cesión quede revocada por la sola voluntad del cedente.

El mandato, una vez aceptado, "no podrá disolverse sino por mutua voluntad de las partes", según el artículo 2150 del Código Civil, lo que indica que aquella su revocabilidad esencial no puede extenderse a dejar al mandatario a merced del mandante. Cuando éste ejercita tal facultad, aquél conserva las acciones de ley, no para que el mandato subsista, pero sí para las prestaciones procedentes, como el pago de lo que haya servido y, en su caso, indemnización.

El desistimiento del pleito hecho por el cedente no perjudica al cesionario cuando la cesión ha sido aceptada por éste y el pleito lo ha seguido el cesionario en ejercicio de su derecho.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Marco Naranjo López y Rosa Elena Malaber celebraron un contrato según el cual él se obligó a iniciar y llevar a término todas las gestiones necesarias para obtener el pago de "la indemnización de perjuicios que los civilmente responsables adeudan por causa de la muerte de Moisés Malaber y Nicolasa Martínez ocurrida en la cabecera del Municipio de Ubaté, por electrocución producida por los hilos conductores de energía eléctrica de la planta de energía del servicio público que funcionaba en ese Municipio, electrocución que tuvo lugar el día 31 de marzo de 1936 en la misma cabecera mencionada".

Así reza la primera cláusula del documento que aquéllos otorgaron y judicialmente reconocieron en Bogotá el 25 de junio de 1940, en el cual aquéllos se denominaron respectivamente "el abogado" y "la interesada". La cláusula segunda de ese documento en lo pertinente dice: "...en pago del trabajo, de los gastos que tiene que hacer el abogado en las gestiones y del riesgo que éste corre con dichos trabajos y gastos, la interesada le cede al abogado en propiedad desde esta fecha la mitad del valor de la referida indemnización de perjuicios, para cuya efectividad lo declara subrogado en la mitad de los derechos que le correspondan en la sucesión de los citados Moisés Malaber y Nicolasa Martínez en cuanto estén vinculados en dicha indemnización".

Judicialmente y con exhibición de ese documento se notificó la cesión al doctor Hernando Ruiz Cuevas el 13 de noviembre de 1940, contra el cual, como dueño o explotador de dicha empresa, formuló demanda ordinaria el doctor Naranjo López a fin de obtener la indemnización mencionada, obrando en nombre propio en su dicha calidad de cesionario y en representación de la Malaber, como su apoderado.

La demanda se repartió al Juzgado 5º Civil de este Circuito y se admitió una vez que el doctor Naranjo López prestó el juramento exigido por el artículo 18 de la Ley 21 de 1931 en estos términos: "Soy cesionario de la mitad del crédito por pago de trabajo profesional y tiene objeto y causa lícita".

Tramitada la instancia, el fallo de 4 de agosto de 1942 negó las peticiones de la demanda y absolvió de sus cargos al demandado. El Tribunal Superior cerró la segunda instancia en fallo de 14 de abril de 1944 que revocó aquél, declaró al demandado civilmente responsable de las mencionadas muertes y lo condenó a pagar a la demandante los perjuicios patrimoniales y morales subjetivos que le causó con la muerte trágica de sus padres. El daño moral subjetivo se fijó en $ 2.000 y para la fijación de los materiales se defirió al artículo 553 del C. J. Sin costas.

En su parte resolutiva la sentencia del Tribunal preceptúa: "Del monto total de la indemnización corresponde y debe entregarse al cesionario de la actora, doctor Marco Naranjo López, la mitad que le cedió".

Concluída la tramitación del recurso de casa-

ción interpuesto por el abogado de Ruiz Cuevas, ocurrió por primera vez un incidente de desistimiento provocado por un memorial que la Malaber presentó en la Alcaldía de Ubaté el 5 de enero de 1945, traído a la Corte el 6 de agosto y seguido de otro memorial de la misma en que negaba todo lo afirmado por ella en aquél. El Magistrado sustanciador, en vista de esos dos escritos contradictorios, se abstuvo de resolver sobre el desistimiento en providencia de 17 de septiembre que, suplicada, el resto de la Sala por mayoría se negó a infirmar en auto de 12 de noviembre.

De nuevo ha traído la Malaber ese problema en memorial que el 1º de diciembre presentó personalmente ante el Secretario de la Corte en acto en que éste se lo leyó. Ella declara allí haber transigido con el doctor Ruiz Cuevas definitiva y totalmente el pleito, da detalles sobre la transacción y manifiesta que en tal virtud desiste del pleito y ratifica cuanto dijo su citado memorial de 5 de enero. Agrega que revoca el poder que confirió al doctor Naranjo López como también cualquier contrato que en relación a este mismo juicio hubiere llevado a cabo con él.

Al estudiar la Sala el proyecto de resolución formulado por el Magistrado sustanciador, sobrevino empate. Dirimida la diferencia con la intervención de Conjuez, aquella dicta la presente providencia sobre el pie acordado por la mayoría que así se formó y con los salvamentos de voto correspondientes a la discrepancia aludida.

Se considera:

Sin negar en manera alguna el hecho evidente de que en las relaciones contractuales entre el doctor Naranjo López y Rosa Elena Malaber partieron de un mandato a **cuota litis** y que la remuneración del mandatario se señaló como reza la cláusula segunda transcrita, se reconoce al propio tiempo, también como hecho incuestionable, que ella le transfirió en propiedad la mitad del crédito que, por ende, quedó adquirida por él con la consecuencial firmeza.

Los contratos a **cuota litis** han sido y siguen siendo materia de las más encontradas apreciaciones. Unos los reprueban como ocasionados a restar al abogado, por su interés personal, la serenidad de desearse en el jurista, y también porque ese interés puede impedir equitativas transacciones, y, además, porque se prestan a abusos y a la explotación del cliente desprevenido por el abogado inescrupuloso; otros los hallan plausibles mirando hacia el peligro de que la ignorancia o la carencia de recursos dejen perecer en el silencio y la inacción derechos perfectos que mediante contratos de esa clase pueden ejercitarse y hacerse efectivos. Para que disertar sobre estos temas no fuese extraño a la presente providencia, sería preciso que esos contratos fueran ilícitos ante nuestras leyes, las que se han guardado de calificarlos así.

La cesión procede del mandato; pero no se identifica con él. De ahí que, por más que sea de la esencia del mandato su revocabilidad, es inaceptable que la cesión quede revocada por la sola voluntad del cedente, que a tanto equivaldría en el presente caso dar eficacia a la declaración de la frase aquí transcrita en que la Malaber manifiesta que revoca, no sólo el mandato conferido por ella al doctor Naranjo López, sino todo contrato celebrado por ella con él.

El mandato, una vez aceptado, "no podrá disolverse sino por mutua voluntad de las partes", según el artículo 2150 del C. C., lo que indica que aquella su revocabilidad esencial no puede extenderse a dejar al mandatario a merced del demandante. Cuando éste ejercita tal facultad, aquél conserva las acciones de ley, no para que el mandato subsista, pero sí para las prestaciones procedentes, como el pago de lo que haya servido y, en su caso, indemnización.

La incertidumbre del crédito cedido, tanto sobre su cuantía como sobre su reconocimiento, no impide que sea objeto de la cesión. De paso se advierte que, como lo pone de presente la cláusula transcrita, los contratantes tomaron en cuenta el álea, a la que se refieren en un tono indicativo, de que al afrontarla el abogado se justifica que su remuneración se pactara como allí se hizo.

Ya la citada providencia de 12 de noviembre último puso de presente que la circunstancia de quedar pendientes, al contratar, las obligaciones del doctor Naranjo López no obsta a reputar consumada desde entonces su adquisición de la referida cuota mitad del crédito. Cuando en un contrato bilateral uno de los contratantes está en mora de cumplir lo de su cargo, puede demandar la resolución de aquél (C. C. artículos 1546 y 1609). Y la acción resolutoria toma como base o punto de partida la existencia y realidad del contrato que, así, vendrá a destruirse por causas sobrevinientes.

En este juicio el abogado gestionó todo lo judicialmente necesario desde la formulación de la

demanda hasta, inclusive, el alegato como opositor en casación. Al pleito hoy no le falta sino la sentencia que decida este recurso.

Si, como queda visto, el doctor Naranjo López quedó revestido de la calidad de dueño de la dicha mitad del crédito, al tenor del documento, en lo procedimental se encuentra situación análoga que refrenda lo antedicho: él redactó la demanda como apoderado de la Malaber y en nombre propio, así se trabó la litis y cursaron las instancias, y a mayor abundamiento, la sentencia de la segunda contiene la prevención aquí transcrita sobre que lo reconocido en ella por perjuicios debía entregarse, en su mitad, al cesionario doctor Naranjo López.

Las precedentes consideraciones imponen esta conclusión: el desistimiento de la Malaber debe admitirse por haberse llenado las exigencias de los artículos 461 y siguientes del C. J.; pero por no ser ella interesado único como demandante, pues esta parte la forma también el doctor Naranjo López y él no ha desistido ni a él lo afecta la transacción a que no concurrió (C. C. artículo 2484), el litigio no queda terminado al descartarse la persona de la Malaber, sino que ha de continuar con su codemandante en lo atañedero a la cuota de éste.

Por lo expuesto se resuelve:

1º Admítese el desistimiento que Rosa Elena Malaber hace de este pleito, con las consecuencias de aquél según el artículo 462 del C. J., en lo que se refiere a la mitad proindiviso del crédito materia del litigio conservada por ella al deshacerse de la otra mitad proindiviso del mismo crédito.

2º En lo relativo a esta otra mitad, o sea, la cedida por la Malaber al doctor Marco Naranjo López, continuará la litis con él como parte demandante, hoy opositor en casación, y con el doctor Hernando Ruiz Cuevas como contraparte, en su calidad de demandado, hoy recurrente.

3º Ejecutoriada la presente providencia, volverá el expediente al estudio del señor Magistrado sustanciador para la elaboración del proyecto de sentencia definitiva en casación.

Notifíquese. Publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Pineda Castillo.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. El Conjuez, **Luis Eduardo Gacharná.—Pedro León Rincón**, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS CASTILLO PINEDA, SALAMANCA Y TAPIAS PILONIETA.

Sintéticamente expresamos a continuación las razones fundamentales que nos mueven a separarnos de la anterior decisión:

Reparando detenidamente en los términos del documento privado de 25 de junio de 1940 suscrito entre el doctor Marco Naranjo López y Rosa Elena Malaber, consideramos los suscritos que en él se recoge un claro contrato de mandato a cuotalitis, porque al abogado se le confía el cumplimiento de determinadas gestiones extrajudiciales o judiciales y porque por su trabajo profesional se le cede la mitad del monto de la indemnización que llegue a lograrse, compensación ésta que no es otra cosa distinta de una fijación previa de honorarios (artículos 2142, 2143 y 2144 del Código Civil). La estipulación de esos honorarios, hecha en forma de cesión, no alcanza a constituír, a nuestro juicio, una relación jurídica que tenga existencia autónoma y separada: no se ven allí dos figuras jurídicas independientes, un contrato de mandato y una cesión de derechos, sino un solo contrato, que es un mandato remunerado.

En tales circunstancias consideramos que el doctor Naranjo López no tiene la condición de codemandante, por derecho propio, en el pleito de que tratan estos autos, pues en realidad actúa en él como mandatario de la Malaber, quien, por ese motivo, estimamos puede desistir de la acción incoada en su integridad y que consecuencialmente en ese sentido ha debido resolverse su memorial de desistimiento.

Naturalmente que de haberse admitido éste, quedarían a salvo las acciones que corresponden al mandatario, generadas en el contrato de mandato, para obtener de su mandante las indemnizaciones correspondientes a la violación contractual o al pago de los honorarios estipulados tomando en cuenta la cuantía de lo que se logró por razón de la transacción entre la Malaber y el doctor Ruiz Cuevas.—Bogotá, abril 3 de 1946.

Respetuosamente,

Firmados:

Pedro Castillo Pineda.—Hernán Salamanca.—Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro León Rincón, Srio.

ACCION REIVINDICATORIA.—DOCUMENTOS AUTENTICOS O PUBLICOS.—DECLARACION OFICIOSA DE LA NULIDAD ABSOLUTA EN EL ACTO O CONTRATO

1—Tanto el auto de embargo como la nota en que éste se comunica al Registrador, así como también la constancia de la inscripción del embargo, son documentos públicos o auténticos. Las copias de tales documentos tienen igualmente la calidad de documentos auténticos, al tenor del artículo 632 del C. J.

2.—El poder excepcional que el Juez le otorga al artículo 2º de la ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, cinco (5) de abril de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo de 26 de septiembre de 1939, que fue corregido o adicionado por el de 10 de mayo de 1940, Manuel José García Lotero, invocando su condición de heredero de la señora Estefanía Muñoz v. de García, propuso ante el Juez del Circuito de Girardota juicio ordinario contra los señores Fernando Gómez P. y Francisco Arango, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que pertenece a la sucesión intestada de la señora Estefanía Muñoz v. de García, en propiedad y dominio, el inmueble que se ha especificado, con todas sus mejoras y anexidades, bajo el numeral PRIMERO de los hechos fundamentales de esta demanda.

"b) Que la venta verificada el doce de febrero de mil novecientos treinta y uno (1931), por el Juez del Circuito de Girardota a Fernando Gómez P. de la acción de la mitad de la casa de habitación de tapias y tejas y de los cinco locales de tienda a que alude el hecho "DECIMO" de esta demanda, fue venta de cosa ajena en perjuicio de terceros, o sea, en perjuicio de la sucesión de la señora Estefanía Muñoz v. de García, lo mismo que la venta de Fernando Gómez P. a Francisco Arango H. de acción y derecho de cuarta parte del mismo inmueble, de que trata la escritura número cincuenta y siete (57) de veintiuno de febrero de mil novecientos treinta y uno (1931), de la Notaría del circuito de Girardota.

"c) Que, por lo mismo, los demandados señores Fernando Gómez P. y Francisco Arango H. que lo poseen en común o pro-indiviso, están obligados a entregar a la sucesión de Estefanía Muñoz v. de García o a sus herederos, la mitad de la casa y de los locales alinderados en el numeral PRIMERO de los hechos fundamentales de esta demanda, dentro del término que usted les señale o que la ley determine.

"d) Que los mismos demandados deben pagar a la sucesión de doña Estefanía Muñoz v. de García o a sus herederos, los frutos o productos del inmueble a que se refiere esta demanda, no solamente los percibidos sino también los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder; frutos que estimo a razón de cincuenta y cinco pesos m./l. ($ 55.00) por cada mes. (En caso de que no sea tenida en cuenta esta apreciación, lo que se determine por medio de peritos).

"e) Que los señores Fernando Gómez P. y Francisco Arango H. deben pagar, a justa tasación de

peritos, los perjuicios que le han ocasionado a la sucesión ilíquida de doña Estefanía Muñoz v. de García con la ocupación y retención indebida del inmueble de que se trata; perjuicios que desde ahora estimo en la suma de mil pesos m./l. ($ 1.000.00) para los efectos legales a que pudiera haber lugar. Como también deben pagar el valor de los deterioros que por su uso o culpa haya sufrido el bien reclamado por medio de esta acción.

"f) Que los señores demandados están en la obligación de pagar a la sucesión mencionada las costas y gastos del presente juicio, si temerariamente se oponen a esta acción".

En subsidio de esas declaraciones solicitó que se hiciera la siguiente:

"a) Que el remate llevado a cabo el 12 de febrero de 1931 por el señor Fernando Gómez P. en el ejecutivo del doctor Eladio Ochoa Estrada como cesionario de María Josefa García de Gómez y Heriberto Gómez, contra Feliciano García, está afectado de nulidad por haberse pretermitido formalidades indispensables en el adelantamiento del mencionado juicio, consistentes en no haber sido notificados los herederos o representantes del ejecutado, como imperativamente lo ordena el artículo 1434 del C. C., o que el mentado juicio es nulo desde el día en que murió el ejecutado, en adelante".

Como hechos fundamentales de esa demanda expuso el actor los que en seguida se resumen: que por escritura número 112 de 24 de marzo de 1909, de la Notaría de Girardota, registrada el 11 de octubre de 1928, Pablo García vendió a Estefanía Muñoz v. de García la mitad proindiviso de una casa de tapias y tejas, con su solar, mejoras y anexidades, situada en la plaza principal del Municipio de Copacabana, por linderos allí puntualizados, venta hecha en dos mil pesos, papel moneda, recibidos a satisfacción; que doña Estefanía murió el 11 de noviembre de 1922, y su mortuoria se abrió en auto de 19 de mayo de 1928, reconociendo como herederos a sus hijos legítimos Feliciano, Elena, Luis, Ana María, premuerta y representada por sus hijos Mario, Carlina y María Aurora Restrepo G., y Juan García, premuerto y representado por sus hijos Enrique, Eva, Laura y Manuel García L., poderdante en el presente juicio; que en dicha sucesión se inventarió como activo, entre otros bienes, la mitad de la referida casa, en comunidad con la otra mitad perteneciente a los herederos de Federico Castrillón; que en la mortuoria de Pablo García, vendedor, se incluyó también como activo la mitad de la casa de que se trata; pero que en juicio ordinario de Elena García de E., en carácter de heredera de Estefanía Muñoz y en fallo del Tribunal de Medellín, de 23 de octubre de 1931, se declaró que la aludida mitad del inmueble pertenece al acervo herencial de doña Estefanía, excluyéndola, por lo mismo, del de don Pablo; que en juicio promovido por el doctor Eladio Ochoa E. contra Feliciano García se libró mandamiento ejecutivo el 10 de marzo de 1930 y para el pago se denunció la dicha mitad del inmueble, que fue embargada el 24 del mismo marzo, y avaluada en $ 3.000.00 el 7 de junio siguiente; que allí se ordenó llevar adelante la ejecución y se señaló el 12 de febrero de 1931 para la subasta; que don Feliciano murió el 4 de octubre de 1930, y su viuda y algunos de sus herederos solicitaron que no se rematase, sin previas notificaciones a todos sus herederos, de que hablan los artículos 1434 del Código Civil y 451 del Código Judicial; que sin surtirse tales notificaciones, se verificó la diligencia de subasta el prefijado 12 de febrero de 1931, rematando el señor Fernando Gómez P. la mitad del inmueble en referencia, en la cantidad de $ 2.000.00; que por escritura número 57, de 21 del mismo febrero, el rematador Gómez P. vendió a Francisco Arango H. la cuarta parte del inmueble y se les hizo entrega respectiva y han continuado usufructuándola de mala fe, como poseedores ilegales, por cuanto no tienen título emanado de la verdadera propietaria, señora Estefanía Muñoz de García; y se incidió en nulidad, por haberse practicado sin previa notificación a los herederos de dicho don Feliciano, a saber: Elisa Arroyave, su cónyuge sobreviviente, y sus hijos Ana Judit, Jaime, Feliciano, María Josefa, Gabriela y Antonio María García Jiménez, Estela, Libia y Pablo García Arroyave.

El demandado Gómez P., a quien el codemandado Arango H. denunció el pleito, lo contestó como aparece en sus escritos de 27 de noviembre de 1939 y 8 de junio de 1940 (folios 35 a 37 y 54 a 56, cuaderno principal), negando algunos hechos, admitiendo otros, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y proponiendo las excepciones de prescripción adquisitiva en su favor y simulación del contrato contenido en la escritura número 112 citada.

Sustanciado el proceso, el juez del conocimiento le puso fin a la primera instancia en sentencia de 30 de septiembre de 1941, por lo cual se declararon no probadas las excepciones propuestas; se dispuso que los demandados harían entrega de

la mitad del inmueble susodicho a la sucesión de Estefanía Muñoz de C. y se les condenó al pago de los frutos naturales y civiles, desde la contestación de la demanda hasta que la entrega se verifique, regulados en juicio aparte, sin condenación en costas.

El demandado Gómez P. apeló de esa providencia y en consecuencia subió el juicio al Tribunal Superior de Medellín. Agotada la secuela de la segunda instancia dicha entidad profirió la sentencia de 31 de agosto de 1944, por medio de la cual revocó la apelada y en su lugar negó las declaraciones pedidas por el actor, sin costas.

Como pertinentes al recurso de casación se sintetizan las razones siguientes en que el fallo se fundamenta:

Al estudiar el sentenciador la acción reivindicatoria propuesta por el actor encontró que de los requisitos o elementos indispensables para su prosperidad estaban comprobados en autos los relativos a la singularidad del inmueble que se reivindica; a la identidad del mismo y a la posesión que sobre dicho bien tienen los demandados; y al concretarse al elemento restante o sea el dominio que pueda asistirle a la sucesión en favor de la cual se propone la reivindicación, conceptuó el Tribunal "que el contrato de compraventa, contenido en la escritura número 112 de marzo de 1909, adolece de manifiesta y absoluta nulidad, por objeto ilícito, de conformidad con el artículo 1521 del C. C.; lo que da lugar a que ese vicio contractual se declare de oficio, o a que ese título sea desestimado en el fallo", pues halló comprobado que cuando se otorgó esa escritura, la mitad indivisa de la casa materia de la venta "estaba embargada en juicio ejecutivo que Federico Castrillón había promovido contra el vendedor Pablo García; embargo que allí se decretó el 23 de noviembre de 1907 y se registró el 9 de diciembre de ese mismo año" y que "como no se adujo prueba de autorización de Juez ni de consentimiento del acreedor para la enajenación o contrato de marzo de 1909", "es consecuencia que hubo objeto ilícito en el convenio susodicho, en el cual fundó sus derechos la parte actora". Tomando como base lo dispuesto en el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 estimó que semejante vicio de nulidad se puede declarar de oficio por el Juez o Tribunal, a pesar de que la parte demandada no la hubiere alegado, porque dicha disposición "no dice que para la declaración oficiosa de esa nulidad, tenga que resultar del mismo instrumento del contrato, sino que aparezca de modo manifesto, como aquí ha acontecido", lo cual se comprende de la mera confrontación de la fecha del embargo con la del otorgamiento de la escritura de compraventa. Sentadas las anteriores conclusiones agregó lo siguiente:

"Súmase a lo dicho que el artículo 343 del C. J. preceptúa que "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..."; disposición que igualmente ordena al Juez declarar tal excepción de nulidad, o un hecho en virtud del cual la ley desconoce la existencia de una obligación o contrato, a pesar de que no se haya expresamente alegado. Por ende, se impone desestimar el valor del contrato o instrumento básico de la acción instaurada", a lo cual añadió que "los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que es preciso desestimar, por estar viciado de nulidad absoluta, el contrato constante en la escritura número 112 de 1909" y que las súplicas principales de la demanda no podían prosperar "porque todas ellas tienen su fundamento en dicho instrumento público o contrato".

Entrando luego a considerar las peticiones subsidiarias juzgó que ellas tampoco son procedentes, "ya que estando demostrada la ineficacia de la escritura número 112 de 1909 para otorgarle derecho a la sucesión actora, carece ésta de interés jurídico para impetrar" las referidas peticiones y además porque la nulidad del remate sólo podía invocarla la parte indebidamente representada en el juicio ejecutivo y ello con intervención del ejecutante.

El demandante recurrió en casación. Hoy se procede a decidir el recurso interpuesto por estar debidamente preparado.

El recurrente invoca el primer motivo de casación de que habla el ordinal 1º del artículo 520 del Código Judicial, por los varios conceptos en él contenidos, y formula al efecto en contra de la sentencia los cargos que en seguida se puntualizan:

Primer cargo.—Violación de los artículos 1758, 2657, 2640, 2659 y 2673 del Código Civil, 632 del Código Judicial y 38 a 41 de la Ley 57 de 1887, y sobre el particular dice, en síntesis, el recurrente: que el Tribunal afirmó que hay objeto ilícito en la enajenación de que da cuenta la escritura pública 112 de 24 de marzo de 1909, de la Notaría del Circuito de Girardota, sobre la base de estar probado que al momento del otorgamiento de dicha escritura pesaba sobre el inmueble a

que ella se refiere la traba de un embargo y que para dar por demostrada la existencia de éste tuvo en cuenta la prueba que obra al folio 168 del cuaderno principal de la demanda, que es la siguiente: "a) copia del auto de embargo de 23 de noviembre de 1907, dictado por el Juez 3º del Circuito Civil de Medellín, en la ejecución de Federico Castrillón contra Pablo García; b) copia del oficio librado por el Juez al Registrador del Circuito de Girardota el 4 de diciembre de 1907; y c) copia de la nota sobre inscripción del embargo, de fecha 9 de diciembre de dicho año".

Con fundamento en lo dispuesto en los artículos 1758 del Código Civil y 632 del Código Judicial alega el recurrente que las copias citadas no tienen la calidad de documentos públicos porque el funcionario que las compulsó no lo hizo en ejercicio de sus funciones, desde luego que la ley no le ha asignado a dicho empleado la misión de colocar los inmuebles en situación de embargo y que para acreditar actos referentes a gravámenes o limitaciones sobre bienes raíces la ley exige prueba solemne, emanada del correspondiente Registrador de Instrumentos Públicos y Privados; que al considerar el Tribunal "como instrumento público o auténtico un documento que no ha sido expedido por el funcionario competente en ejercicio de sus funciones, sino por empleado distinto con funciones que nada tienen que ver con el servicio sobre registro de instrumentos públicos, incurre en error de hecho evidente en la apreciación de las copias de los documentos citados y en error de derecho al darles un valor probatorio que no tienen, incidiendo, a consecuencia de tales errores, en violación de las normas legales arriba mencionadas".

Agrega que es función específica del Registrador certificar con vista de los libros respectivos acerca de la situación en que se encuentran los inmuebles existentes en el correspondiente lugar y que un embargo sobre inmuebles sólo se puede acreditar con la certificación dada únicamente por ese funcionario, que es el capacitado para dar fe sobre ese hecho y su vigencia y que como el Tribunal admitió para tenerlo por acreditado una certificación expedida por funcionario distinto, estimando, en consecuencia embargado el bien materia del pleito, incurrió en los errores ya apuntados, con violación de los artículos citados arriba y en especial del artículo 2640, ordinal 4º del C. C. y 38, 39 y 41 de la Ley 57 de 1887, por no haberles dado aplicación al caso del pleito.

Dice también que al afirmar el Tribunal que la escritura número 142 de 1909 no se pudo registrar "hasta que se efectuó el desembargo, en octubre de 1928" incurrió en manifiesto error de hecho porque no existe en el juicio prueba alguna sobre cancelación del embargo y que ese error lo condujo a violar el artículo 40 de la Ley 57 de 1887.

Sostiene a la vez que en la presente causa no obra, como prueba del embargo el oficio correspondiente, con la nota al pie de haberse hecho la inscripción bajo la firma entera del Registrador y que lo que existe es la copia del oficio que el Juez Tercero del Circuito de Medellín libró al Registrador de Girardota y copia de la nota sobre inscripción del embargo, sin la firma entera del Registrador y una y otra copia como documentos independientes, o sea que la copia de la nota no obra al pie de la copia del oficio y que por ello se ignora si las formalidades sobre inscripción del embargo de que tratan los artículos 2657 y 2659, inciso final, del Código Civil, y 39 de la Ley 57 de 1887, tuvieron cumplimiento y que como para el Tribunal existía jurídicamente dicho embargo, incide en error de hecho al dar por existente una cosa que legalmente no existe y en la consiguiente violación de las referidas disposiciones, y además en la del artículo 2673 del C. C. por razón de los mismos errores de que ha hablado.

La Corte considera:

El cargo es infundado. Las pruebas a que se refiere el recurrente tienen el carácter de documentos públicos o auténticos, porque fueron expedidos o autorizados por funcionario público en ejercicio de sus funciones (artículo 1758 del C. C.), pues al Juez que conoce de una ejecución es a quien corresponde decretar y comunicar al Registrador respectivo el embargo de los bienes presentados o denunciados para atender el pago del crédito cuya efectividad se persigue por medio de ese juicio (artículo 999, numerales 5º y 6º, 1008 del Código Judicial y 39 de la Ley 57 de 1887) y al Registrador correspondiente es a quien compete la función no sólo de inscribir el embargo que se le comunica sino de devolver el correspondiente oficio al juzgado de su procedencia con la nota por él suscrita en que exprese el folio del libro en que se sentó la diligencia de registro (inciso final, artículo 39 de la Ley 57 de 1887 y numerales 2º y 4º del artículo 2640 del Código Civil). De consiguiente tanto el auto de embargo como la nota en que éste se comunicó al Registrador del Circuito de Girardota, así como también la constancia de inscripción del registro en referencia son documentos públicos que emanados directamente de los dos citados funcionarios, Juez y Registrador, origina-

les obran en el juicio ejecutivo que seguía Federico Castrillón contra Pablo García, y como a éste proceso han venido en calidad de pruebas y en copias expedidas por el Secretario del Juzgado Tercero del Circuito en lo Civil de Medellín, tales copias tienen también la calidad de documentos auténticos al tenor de lo dispuesto en el artículo 632 del Código Judicial, que enseña que hacen también plena prueba acerca de su contenido como documentos auténticos "las copias de tales documentos expedidos formalmente y autorizados por los secretarios o empleados encargados de los archivos". Por tanto no existe el error de derecho en la apreciación de las referidas pruebas de que se queja el recurrente y como de ellas aparece comprobado que el bien a que se refiere la escritura pública número 112 es el mismo que aparece embargado en la ejecución antes mencionada, es claro que tampoco existe el error de hecho que sobre el particular se le imputa al sentenciador.

En corroboración de lo anterior y como un argumento de incontrastable fuerza moral, no sobra citar aquí que el propio demandante acompañó al libelo de demanda copia debidamente autenticada de la sentencia de 23 de octubre de 1931, dictada en el juicio de exclusión de bienes propuesto por Elena García de E., en nombre también de la sucesión de Estefanía Muñoz vda. de García contra Feliciano García, en la cual dicho Tribunal estampó el siguiente concepto:

"Pero no es cierto que el aludido inmueble (el mismo a que se refiere la presente demanda) esté aún embargado. A f. 38 del expediente se halla el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos de Girardota, acerca de que el registro del embargo hecho el 9 de diciembre de 1907, por orden del Juzgado Tercero en lo Civil de este Circuito, fue cancelado desde el 4 de octubre de 1928".

Acreditado, pues, en forma plena con las copias de los documentos aludidos que el inmueble a que se refiere esta litis estaba sometido en la ejecución prenombrada a la traba de un embargo judicial desde el 9 de diciembre de 1907 y si a ello se agrega, fuera de lo transcrito en el párrafo precedente, que de la copia de la sentencia del Tribunal de Medellín que obra a folios 170 a 176 del cuaderno principal de la demanda se desprende que el ejecutivo en que ese embargo se decretó sólo tuvo su fin en el año de 1928, es claro que al actor era a quien correspondía suministrar la prueba de que ese embargo se había cancelado con anterioridad al otorgamiento de la escritura número 112 de 24 de marzo de 1909, para justificar así que el inmueble en ésta vendido estaba en el comercio cuando se celebró su venta y que dicho contrato no versaba sobre objeto ilícito. De ello se infiere que la afirmación del sentenciador sobre que la escritura número 112 de 1909 no se pudo registrar "hasta que se efectuó el desembargo, en octubre de 1928", aun cuando en ella se hubiere incurrido, como dice el recurrente, en manifiesto error de hecho al dar por probada en el juicio la cancelación de un embargo, sin existir la prueba correspondiente, no tendría incidencia alguna en casación.

Por último, la alegación final del recurrente carece de todo fundamento, porque las copias de los citados documentos fueron tomadas de sus originales que obran en el juicio ejecutivo prenombrado; porque a continuación de la copia de la nota de embargo se insertó la copia de la constancia de la diligencia de inscripción del mismo y porque esta última diligencia sí aparece suscrita con la firma entera del Registrador, como allí puede constatarse.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

Cargo Tercero.—Violación de los artículos 1866 y 1521, ordinal 3º del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936. Dice el recurrente que el Tribunal, sobre la base de reputar como plenamente probado que cuando se otorgó la escritura número 112 de marzo de 1909, la mitad indivisa de la casa a que dicho instrumento se contrae estaba embargada en el juicio ejecutivo ya referido, llegó a la siguiente conclusión contra la cual endereza su acusación:

"De la jurídica argumentación que precede, se deduce que es absolutamente nula, por objeto ilícito, la compraventa consignada en la escritura número 112 de 24 de marzo de 1909, en la cual funda sus derechos la parte actora".

En desarrollo del cargo alega el recurrente que si se prescinde de dar por probado el embargo, como es de rigor hacerlo, en presencia de los errores ya anotados en que afirma incidió el Tribunal al estimar la prueba sobre la existencia del embargo y su vigencia al tiempo del contrato, preciso es concluír que el bien objeto de la reivindicación estaba en el comercio y que era de lícita y libre enajenación, por no hallarse legalmente embargado. De ello deduce que el Tribunal violó por indebida aplicación las citadas disposiciones.

También sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de la prueba que emana de la escritura

pública número 112 de 1909, error que lo condujo a otra nueva violación del artículo 2º de la Ley 50 de 1936, pues dice que de dicho instrumento no resulta causal alguna de nulidad, ni manifiesta ni oculta, y mucho menos en relación con el embargo del bien material del contrato, toda vez que el vendedor afirmó allí su completa libertad", y que la causal de nulidad absoluta la dedujo el sentenciador no del propio texto del instrumento sino de otras pruebas aportadas al debate, lo cual implica la violación del referido texto legal, que otorga la facultad de reconocer de oficio dicha nulidad cuando aparece revelada de manifiesto en el propio instrumento.

La Corte considera:

El primer aspecto del cargo que se estudia, o sea en cuanto en él se hace depender la violación de las citadas disposiciones del error de hecho y de derecho que el recurrente le imputa al sentenciador en la apreciación de la prueba referente al embargo del inmueble materia de la litis, es infundado, porque ya está visto que el Tribunal no incurrió en los apuntados errores.

El segundo aspecto de la acusación, que por lo que se dirá más adelante no determina la casación del fallo, apenas da lugar a una rectificación por vía de doctrina de la tesis sostenida al respecto por el sentenciador.

Los hechos generadores de la nulidad de que habla el Tribunal, que evidentemente no ha sido alegada en momento alguno por el demandado, no aparecen de manifiesto en el texto de la escritura número 112, contentiva del contrato de compraventa materia de la litis, pues por el contrario resulta claro que en dicho instrumento declaró el vendedor que el inmueble estaba "libre de todo gravamen, censo, hipoteca, embargo judicial y registro por demanda civil", y que fue sólo durante el término probatorio de la primera instancia cuando se trajo la prueba que acreditó la existencia de un embargo judicial trabado sobre el inmueble y pendiente aún en momento en que se verificó la venta.

Y el poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que por el contrario está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª, que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato contenga, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª, que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª, que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquel o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaratoria de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron.

En el caso de autos concurren las dos últimas circunstancias; pero la primera no, por lo que antes se ha dicho. Por ello no es procedente en ejercicio de la facultad que otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 la declaratoria oficiosa de la nulidad absoluta del referido contrato, cosa que aun cuando el Tribunal se refirió a ella en la parte motiva de la sentencia, constatando su existencia y afirmando que podía declararla oficiosamente, es lo cierto que en la resolutiva no llegó a hacerlo.

Queda pues en los anteriores términos rectificada la doctrina sentada por el Tribunal y ratificada una vez más la que la Corte ha propugnado reiteradamente, como puede constatarse, entre otras en las siguientes sentencias: 9 de junio de 1892, Tomo VII, número 344, pág. 261; 30 de junio de 1893, Tomo VIII, número 406, págs. 340 y 341; 12 de junio de 1923, Tomo XXX, número 1548, págs. 59 y 60; 19 de agosto de 1935, Tomo XLII, número 1900, págs. 372 y 373, y 26 de agosto de 1938, Tomo XLVII, número 1940, pág. 66.

Y se dice que es doctrina reiterada y uniforme la que esta Sala ha sostenido sobre el particular, porque la cita que trae la decisión del Tribunal, tomada literalmente del volumen 1º, Jurisprudencia de la Corte, Nº 2592, pág. 610, no corresponde al verdadero pensamiento que informó la sentencia de 30 de junio de 1893, porque en ese fallo lo que la Corte dijo es que habiéndose alegado la nulidad absoluta por una parte que tenía derecho a hacerlo debió ser declarada por el Tribunal que conocía del respectivo juicio, aunque no apareciera de manifiesto en el contrato pues de las pruebas traídas al proceso resultaba que ella no podía revocarse a dudas y también se dijo allí que como excepción perentoria podía reconocerse oficiosamente la existencia de ese mismo vicio de nulidad y desestimarse el contrato, en consecuencia, en virtud de la facultad que al respecto concedía el artículo 51 de la Ley 105 de 1890, vigente en ese entonces.

Pero el Tribunal no sólo estimó que en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 2º de la Ley 50 de 1936 podía declarar de oficio la nuli-

dad absoluta del contrato de compraventa contenido en la escritura número 112, sino que también llegó a concluír que el hecho comprobado en autos y determinante de la referida nulidad absoluta de dicho contrato, constituye una excepción perentoria, la que como tal podía declarar de oficio, aun sin alegación al respecto de parte interesada, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 343 del Código Judicial, según el cual "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...", y siguiendo este otro camino sostuvo que "se impone desestimar el valor del contrato o instrumento básico de la acción instaurada" y que "los razonamientos anteriores llevan a la conclusión de que es preciso desestimar, por estar viciado de nulidad absoluta, el contrato constante en la escritura número 112 de 1909".

A este otro fundamento de la sentencia, suficiente por sí solo para sostenerla, se refiere el recurrente en los siguientes términos:

"El Tribunal encuentra demostrados en autos los hechos constitutivos de la excepción de nulidad absoluta del contrato de compraventa de 1909, y procede, después de censurar a la parte demandada por no haberla alegado, a reconocerla de oficio, con aplicación del artículo 343 del Código Judicial.

"Este proceder del Tribunal lo hace incurrir en error evidente en la apreciación de la prueba de la existencia del embargo, que no obra en el proceso, como atrás se vio, violando, por lo mismo, tanto el artículo 1521, ordinal 3º del Código Civil, como el 2º de la Ley 50 de 1936".

Se ve, pues, que en la acusación transcrita se hace depender el quebranto de las disposiciones citadas del error en la apreciación de la prueba del embargo del inmueble materia de la compraventa que anota el recurrente; pero como atrás quedó establecido que la estimación que de esa prueba hizo el sentenciador no adolece de error de hecho ni de derecho, la improcedencia de la acusación en esa forma planteada es manifiesta.

Por lo demás no sobra advertir que el mencionado procedimiento adoptado por el Tribunal encuentra su respaldo en las siguientes sentencias de la Corte: 15 de junio de 1892, Tomo VII, número 344, pág., 261, 1ª y 2ª; 30 de junio de 1893, Tomo VIII, número 406, págs. 340, 2ª y 341, 1ª y 2ª, y la de 27 de julio de 1938, Tomo XLVII, pág. 39, en las cuales esta Sala, decidiendo sobre casos análogos al de este proceso, ha reputado como procedente y jurídico reconocer de oficio y con apoyo en elementos de convicción traídos al debate durante los términos probatorios, la existencia de una excepción perentoria de nulidad absoluta de un contrato, para desestimar éste o su prueba como fuente de derechos para la parte que lo invoca.

Por tanto, no prospera el cargo en estudio.

Cargo Segundo.—Violación, por falta de aplicación al caso del pleito de los artículos 1115, 740, 756 y 1880 del Código Civil, pues dice el recurrente que estando acreditado que Feliciano García ostenta la condición de heredero de Pablo García, tradente de Estefanía Muñoz, aquél representa la persona del segundo y está obligado a hacer la tradición de los bienes inmuebles que su causante no hubiera hecho y que en esas circunstancias el Tribunal ha debido fallar el pleito con aplicación de las citadas disposiciones y que al dejar de hacerlo las violó.

Se considera:

El cargo es infundado por dos razones: primera, porque la escritura número 112 de 1909 se ha traído a los autos con la constancia de haberse registrado el 11 de octubre de 1928, y segunda, porque habiendo encontrado el Tribunal que el contrato contenido en ese instrumento tenía un objeto ilícito, ya que las cosas materia de la compraventa estaban fuera del comercio cuando aquél se celebró, por hallarse embargadas, y ser en consecuencia, absolutamente nulo dicho contrato, en el cual funda sus derechos la parte actora, mal debía darle aplicación a los artículos que el recurrente cita, pues lo injurídico habría sido que en esas circunstancias los hubiera aplicado.

Se rechaza el cargo.

Cuarto Cargo.—Violación de los artículos 946, 947, 949 y 950 del Código Civil, porque dice en síntesis el recurrente que habiendo justificado la parte actora por medio del contrato de compraventa contenido en la escritura número 112 su carácter de dueño del bien que se reivindica y que versando la reivindicación sobre una cuota determinada de una cosa corporal inmueble, a la parte demandante le asistía el ejercicio de la acción reivindicatoria propuesta, de lo cual deduce que el Tribunal violó por no haberles dado aplicación al caso del pleito las citadas disposiciones legales; pero este cargo es también notoriamente infundado, pues derivándose exclusivamente el derecho de dominio que en este juicio invoca la parte ac-

tora del contrato de que habla la escritura número 112 de 1909 y manteniéndose, por otra parte, en firme la conclusión a que con respecto a dicho contrato llegó el sentenciador de ser absolutamente nulo, por ilicitud del objeto, es claro que aquel no tenía por qué darle aplicación en tales condiciones a los textos del Código Civil citados por el recurrente.

No se admite el cargo.

A pesar de que el recurso propuesto no llega a prosperar, no hay lugar a condenar en costas al recurrente, aplicando por analogía el artículo 575 del Código Judicial, en atención a la rectificación de doctrina a que se llegó por razón de uno de los cargos de la demanda.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el presente juicio.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen,

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA.— ACEPTACION DE LA HERENCIA.—RECONOCIMIENTO DE HEREDERO.

1.—Los artículos 1289 y 1290 del Código Civil hacen ver que la representación pasiva de la herencia, es decir, la personería de ella como demandada, no se tiene por la mera delación de aquélla; para asumir esa personería es necesaria la aceptación, y los interesados en demandar la sucesión tienen medios que les suministra la ley para obligar al asignatario a que manifieste su decisión de aceptar o repudiar, cabalmente con la mira de que se precise si tal asignatario representa o no a la herencia. A CONTRARIO SENSU, solamente aceptando el asignatario representa al causante en sus derechos transmisibles, sin que importe si la aceptación ha sido expresa o tácita; basta con que exista. (Artículos 1298 a 1303 C. C.). Si la delación confiere el derecho a la herencia, la efectividad de ese derecho requiere la aceptación, los efectos de la cual, por otra parte, se retrotraen al momento en que la herencia haya sido deferida. (Artículo 1296 IBIDEM).

2.—El reconocimiento judicial de heredero, así como la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, son hechos que implican trámites judiciales que deben, por consiguiente, aparecer de una actuación judicial también, sin que sea dable suplirla por otras pruebas. El hecho judicial del reconocimiento de heredero no puede probarse por confesión.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

LA MATERIA DEL PLEITO

La entidad denominada **Instituto Homeopático Luis G. Páez** demandó, por medio de apoderado, al Sr. Raúl Varela Martínez para que con audiencia de éste se declare que pertenece a la sucesión ilíquida del Dr. Luis G. Páez el dominio o propiedad plena de un inmueble ubicado en esta ciudad, señalado por sus linderos en la demanda. El actor solicitó también en su libelo que se condenara al demandado "como actual poseedor inscrito y material de dicho inmueble a entregarlo a la sucesión ilíquida del Dr. Luis G. Páez, representada por su heredero universal el **Instituto Homeopático Luis G. Páez**"; y, finalmente, que se condene al demandado a pagar a la prenombrada sucesión los frutos civiles de la cosa desde el día en que la compró Raúl Varela.

Estriba el principal fundamento de la acción en que, muerto el Dr. Luis G. Páez y estando en curso el juicio de sucesión, el señor Delfín Restrepo, Síndico Tesorero del **Instituto Homeopático Luis G. Páez,** sin haberse posesionado del cargo, ni prestado la fianza de su manejo, ni obtenido permiso de la Junta Directiva del Instituto, y sin que éste se beneficiara con la operación, procedió a vender el inmueble relacionado en la demanda al Sr. Francisco Varela quien más tarde lo vendió al señor Raúl Varela Martínez.

El Juez de la primera instancia, 4º del Circuito de Bogotá, decidió en su sentencia "Reconocer la falta de personería sustantiva en la parte demandante para ejercitar la acción reivindicatoria intentada en su demanda"; y absolver, en consecuencia, a la parte demandada.

Sentencia del Tribunal

Esta dice que reforma la del Juez aun cuando el resultado práctico de una y otra vienen siendo el mismo, o sea la absolución de la parte demandada. La reforma se refiere, pues, al fundamento del fallo o parte motiva: el Tribunal declara probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte actora, mediante una argumentación que puede sintetizarse como sigue:

De los denominados **presupuestos procesales,** a saber, la competencia, la capacidad para ser parte, la capacidad procesal, y la legitimación en causa, se hallan reunidos, en el caso **sub judice,** los tres primeros, pero falta el último de ellos. No hay

duda acerca de la competencia legal del Juez a quo y del Tribunal para conocer del asunto; el Instituto demandante tiene personería jurídica debidamente reconocida y está debidamente representado en este juicio, lo mismo que la parte demandada. Pero sobre la legitimación en causa, o sea, la personería sustantiva, ocurre que el Instituto demandante dice obrar en su condición de heredero universal del Dr. Luis G. Páez y tal personería no está acreditada en el juicio pues no se probó que el Instituto Homeopático haya aceptado la herencia del Dr. Páez y por consiguiente no lo representa en sus derechos y obligaciones transmisibles. Explica que cuando los herederos no han aceptado la herencia, son otras las personas que representan al causante, a saber, el albacea (artículo 1353 del C. C.) o el curador de la herencia yacente (artículos 578 y 1297 **ibidem**); y que así lo entendió el Instituto demandante, al enumerar los hechos en que se funda su acción; pero que a pesar de ello no lo probó y eso equivale a que el hecho 6º deba tenerse por no existente. Para el Tribunal la ilegitimidad de la personería resultante de la carencia de tal prueba debe ser declarada, y ello impide entrar en el estudio de fondo acerca de la acción propuesta.

Contra esta sentencia interpuso casación el demandante; y surtidos como se hallan los trámites del recurso en la Corte ha llegado el momento de decidir.

La demanda de casación

El apoderado del actor invoca la causal 1ª, artículo 520 del C. J. y acusa la sentencia del Tribunal como violatoria de ley sustantiva "por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea".

Los cargos pueden condensarse así:

1º Incurrió el Tribunal en error de derecho al afirmar que para asumir la representación del causante es necesario que el heredero haya aceptado la herencia, error que indujo al sentenciador a violar los artículos 1008, 1013, 1115, 1298 y 1325 del Código Civil, "los dos primeros por interpretación errónea, el tercero por indebida aplicación, y los tres últimos por infracción directa, pues ha debido aplicarlos al caso del pleito y no los aplicó";

2º Error de hecho consistente en no haber apreciado ni tomado en cuenta la respuesta del demandado al hecho 6º del libelo, respuesta en la cual se admite que el Instituto Homeopático sí fue reconocido como heredero del Dr. Luis G. Páez y aceptó la herencia con beneficio de inventario en el correspondiente juicio de sucesión; error de hecho que llevó al Tribunal a violar directamente los artículos 604, 605, 606 y 607, en su última parte, del C. J., "porque son disposiciones sustantivas", dice el recurrente, quien agrega que la sentencia viola también por este concepto los artículos 1298, 1299 y 1325 del C. C.;

3º Error de derecho porque, afirma el recurrente, la sentencia no apreció "en cuanto dice relación al acto de aceptación de la herencia del Dr. Luis G. Páez por su heredero universal el **Instituto Homeopático Luis G. Páez,** ni el poder que éste me otorgó para este juicio, ni la demanda inicial, ni el alegato visible a los folios... piezas todas estas que en su contenido expresan de manera inequívoca que el Instituto en referencia ha tomado en este juicio el título de heredero universal del Dr. Luis G. Páez y ha obrado en tal carácter y ha pedido para la sucesión de éste..."

Y concluye que al no apreciar los documentos enumerados, "que **per se** acreditan la aceptación tácita de la herencia del Dr. Luis G. Páez por el Instituto Homeopático..., el Tribunal sentenciador violó directamente los artículos 603, 604, 605, 606 primer colon, y 607 último aparte, del C. J. o de Procedimiento, por no haberles dado aplicación; el artículo 343 del mismo Código, por aplicación indebida, y los artículos 1298 y 1299 del Código Civil por infracción directa consitente en no haberles dado aplicación en el caso de este pleito".

4º Error de hecho, al afirmar que el **Instituto Homeopático Luis G. Páez** no ha sido reconocido como heredero universal de dicho señor y que no ha aceptado su herencia, pues tales hechos se hallan plenamente demostrados. "Este error de hecho, dice el alegato, comporta la violación directa de los artículos 1298, 1299 y 1325 del Código Civil por infracción directa y el artículo 343 del Código Judicial por aplicación indebida".

5º Los errores de hecho y de derecho de que tratan los cuatro capítulos o cargos precedentes llevaron al Tribunal a "otro error de derecho como es la violación flagrante y directa de los artículos 1298, 1299 y 1325 del Código Civil que ha debido aplicar al caso del pleito".

Examen de los cargos

El formulado en el capítulo V de la demanda no es un cargo diferente de los propuestos en ca-

pítulos anteriores sino más bien una síntesis de ellos; y los expuestos en los capítulos III y IV vienen siendo, en el fondo, uno mismo: error en la apreciación de las pruebas, que condujo al quebranto de ley sustantiva. Se procede, pues, a analizar los cargos contra la sentencia examinando conjuntamente los que se refieren a un mismo punto.

La Corte halla fundados los cargos hechos contra la sentencia en los capítulos III y IV de la demanda de casación y podría, por consiguiente, limitarse al análisis de ellos. Pero examinará también los cargos 1º y 2º, porque implican cuestiones de doctrina que esta Sala no debe eximirse de estudiar, y porque es justo que la Corte, en casos como éste, puntualice no solamente los reparos que encuentre fundados contra la sentencia acusada, sino que se refiera también de manera explícita a los considerandos del Tribunal que considera acertados, y que por tanto hayan sido atacados sin razón.

Primer cargo: error de derecho al afirmar que para asumir la representación del causante es necesario que el heredero haya aceptado la herencia

Para fundar esta acusación contra el fallo principia el recurrente por transcribir algunos pasajes de aquél que, en síntesis, dicen lo siguiente: La doctrina y la jurisprudencia han visto en la sucesión cierta universalidad jurídica, la reconocen como una entidad capaz de comparecer en juicio, activa y pasivamente; y aun cuando es cierto que el asignatario universal, puro y simple, adquiere su derecho en el momento en que ocurre la delación de la herencia, es decir, desde el fallecimiento del causante, no por eso lo representa desde tal momento; para ello se requiere que haya aceptado la herencia, porque la delación de ésta no es un hecho definitivo y obligatorio: su confirmación depende de la voluntad del asignatario según que acepte o rechace la asignación.

El recurrente considera que hay un error de derecho al sostener esa tesis porque ni los artículos del Código Civil citados por el Tribunal ni ningún otro precepto legal exigen como condición **sine qua non** el haber aceptado la herencia "para tomar la calidad de heredero de una persona y ejercitar como tal y para la sucesión de ésta las acciones encaminadas a hacer efectivos derechos y a reivindicar bienes que estando en poder de terceros pertenecían al causante en el momento de su muerte". Y agrega que la doctrina del Tribunal es injurídica e inconveniente porque hace una adición a la ley al limitar los derechos de los herederos como tales; y porque aleja a los mismos del ejercicio de acciones en pro de la sucesión forzándolos a iniciar la causa mortuoria y a hacerse reconocer expresa y previamente como herederos, todo ello contrariando la doctrina que ha estado en vigencia durante más de ochenta años, anota el recurrente, de que al que demanda como heredero y para la sucesión le basta, para comprobar su calidad, presentar la copia del testamento o las correspondientes partidas de estado civil. En su concepto la aceptación de la herencia es la regla general, y lo excepcional es la repudiación; y remata con una crítica a la cita de disposiciones legales hecha por el Tribunal "que ni remotamente, dice el actor, tratan de la aceptación previa y expresa como mandato imperativo".

La Corte considera:

Este último punto, o sea el relativo a saber si para tener la representación del causante ha de ser previa y expresa por parte del asignatario la aceptación de la herencia, punto que se toca apenas incidentalmente en este capítulo de la demanda, es cuestión que se tratará al analizar los cargos 3º y 4º.

Por ahora, y en cuanto hace al análisis del primer cargo, se observa que el propio recurrente dice: "Ni el artículo 1008, ni el 1115 (este último trata de materia distinta) del Código Civil, ni ningún otro precepto de la misma obra exigen como condición **sine qua non** para tomar la calidad de heredero de una persona y ejercitar como tal y para la sucesión de ésta las acciones encaminadas a hacer efectivos derechos y a reivindicar bienes que estando en poder de terceros pertenecían al causante en el momento de su muerte, la de haber aceptado la herencia".

En estas palabras, y de seguro sin propponérselo, admite el recurrente, al menos de modo implícito, que es necesario "tomar" la calidad de heredero (no simplemente tenerla), cuando se va a ejercitar acciones en nombre de la sucesión y para ésta.

Por otra parte, los postulados que el Tribunal expone acerca de este punto, lejos de ser erróneos, encuentran apoyo en la ley. El artículo 1282 del Código Civil estatuye que "todo asignatario puede aceptar o repudiar libremente"; pero el artículo 1289 permite a quien propone demanda contra una sucesión que requiera al asignatario a fin de que manifieste si acepta o repudia; y el 1290 advierte que el asignatario constituído en mora de declarar si acepta o repudia, se enten-

derá que repudia. Estas dos últimas disposiciones legales hacen ver que la representación pasiva de la herencia, es decir, la personería de ella como demandada, no se tiene por la mera declaración de la herencia; que para asumir aquella personería es necesaria la aceptación de aquélla; y que a los interesados en demandar a la sucesión, la ley les suministra medios para obligar al asignatario a que manifieste su decisión de aceptar o repudiar, cabalmente con la mira de que se precise si tal asignatario representa o no a la herencia.

A **contrario sensu,** solamente aceptando, el asignatario representa al causante en sus derechos transmisibles, sin que importe si la aceptación ha sido expresa o tácita; basta con que exista (artículos 1298 a 1303 del Código Civil).

Si la delación confiere el derecho a la herencia, la efectividad de ese derecho requiere la aceptación, los efectos de la cual, por otra parte, se retrotraen al momento en que la herencia haya sido deferida (artículo 1296 **ibidem**).

Es, por tanto, infundado el cargo.

2º Error de hecho consistente en no haber apreciado ni tomado en cuenta la respuesta del demandado al hecho 6º de la demanda, respuesta en la cual se admite que el **Instituto Homeopático** sí fue reconocido como heredero del Dr. Luis G. Páez y que aceptó la herencia de éste con beneficio de inventario.

Dice el recurrente que al pasar por alto la contestación de la demanda acerca de este punto se violaron los artículos 604 a 607 del Código Judicial sobre confesión judicial, que él considera sustantivos; y que ese error indujo al sentenciador a violar los artículos 1298, 1299 y 1325 del Código Civil.

Se considera: una de las disposiciones legales que el recurrente cita, el artículo 605 del Código Judicial, estatuye cabalmente que "para la validez de la confesión es indispensable... que la ley no exija para el caso otro medio de prueba;" y el reconocimiento judicial de heredero así como la aceptación de la herencia con beneficio de inventario, son hechos que implican trámites judiciales que deben, por consiguiente, aparecer de una actuación también judicial, sin que sea dable suplirla por medio de otras pruebas. Nótese que el cargo no se refiere al menosprecio de la prueba de confesión para acreditar la aceptación tácita de la herencia, caso en el cual tal prueba podría ser admisible. Se acusa en este punto la sentencia por no haber tenido como demostrado con la contestación de la demanda el reconocimiento **judicial** de heredero y este hecho, **judicial,** se repite, no puede probarse por confesión.

Basta con lo dicho para rechazar también este cargo.

Cargos 3º y 4º. Se examinan conjuntamente por ser complementarios.

Alega el recurrente en contra de la sentencia error de hecho y de derecho consistentes en estimar que no hay prueba de que el **Instituto Homeopático** haya aceptado la herencia del Dr. Luis G. Páez.

Estos cargos sí los encuentra fundados la Corte por lo que pasa a verse.

Una cosa es que el **Instituto Homeopático** haya pedido y obtenido el expreso reconocimiento judicial de su calidad de heredero del Dr. Luis G. Páez, o que haya manifestado en el juicio mortuorio su aceptación de la herencia; y otra cosa es que en el presente juicio pueda tenerse por comprobada su calidad de heredero y la aceptación de la herencia por parte suya aun sin necesidad de aquellas actuaciones.

La ley establece con absoluta claridad que el asignatario puede aceptar la herencia expresa o tácitamente; que ocurre esto último "cuando el heredero ejecuta un acto que supone necesariamente su intención de aceptar" (artículo 1298 del Código Civil); y que "se entiende que alguien toma el título de heredero, cuando lo hace... en un acto de tramitación judicial" (artículo 1299).

En el caso que ahora está sometido al conocimiento de la Corte ocurre que el **Instituto Homeopático,** desde el principio del juicio y durante el curso de éste, ha invocado enfáticamente su carácter de heredero universal del Dr. Luis G. Páez; que ni siquiera demandó para sí como heredero, sino para la sucesión del Dr. Páez, y que adujo al proceso copia autenticada de los testamentos de dicho señor en los cuales lo instituyó heredero universal suyo.

"Se entiende que alguien toma el título de heredero, dice el artículo 1299 del Código Civil, cuando lo hace... en un acto de tramitación judicial"; y el **Instituto Homeopático** ha tomado el título de heredero en la prolongada tramitación judicial de este pleito, de manera inequívoca en el libelo con que se inició el juicio y en los alegatos y demás escritos de las instancias.

No puede remitirse a duda que el Instituto Homeopático ha hecho en esa forma la aceptación tácita de la herencia.

Dado que el demandante ha ejercido la acción

reivindicatoria no en nombre propio sino para la sucesión, la prueba que presentó con el objeto de acreditar su calidad, o sea, los testamentos en que el Dr. Luis G. Páez lo instituyó su heredero universal, es suficiente para reconocerle tal carácter el cual, por lo demás, en ningún momento ha desconocido ni objetado la parte demandada.

Por todo lo dicho queda sin respaldo la tesis de que en el presente caso falte la prueba del presupuesto procesal denominado legitimación en causa.

Son fundados, en consecuencia, los cargos de error por falta de apreciación de las pruebas que se tradujo en violación de las normas de la ley sustantiva que el recurrente señala como infringidas ya por haberse dejado de aplicar, ya por erróneamente interpretadas, a saber: los artículos 1298 y 1299 del Código Civil sobre aceptación tácita de la herencia, y 1325 del mismo Código, sobre la facultad del heredero para hacer uso de la acción reivindicatoria sobre cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos.

Prospera, pues, el recurso por la causal 1ª de casación, y corresponde a la Corte pronunciar el fallo que reemplace el que se va a invalidar.

Sentencia de instancia

El demandado propuso, al contestar el libelo, la excepción de prescripción, e hizo notar que los linderos señalados en la demanda no correspondían exactamente al inmueble del cual es poseedor la persona contra quien se inició la acción reivindicatoria.

Pero el juzgado de primera instancia consideró superfluo el examen de esos puntos por haber encontrado que el actor carecía de acción para reivindicar y absolvió al demandado "sin necesidad, dice la sentencia, de entrar a estudiar las excepciones propuestas, que presuponen la existencia de la acción, ni otra cuestión cualquiera del pleito".

La Corte encuentra aceptables los considerandos del fallo de primera instancia, que pueden sintetizarse así: la acción intentada de modo inconfundible y exclusivo es la reivindicatoria; la entidad demandante tiene personería jurídica y es heredero testamentario y universal del Dr. Luis G. Páez, de suerte que "tiene derecho para reivindicar para la referida sucesión ilíquida las cosas hereditarias reivindicables que hayan pasado a terceros y no hayan sido prescritas por ellos"; pero, dice el Juez, que al comparar los títulos invocados por las dos partes para saber cuál de ellas tiene mejor derecho al bien demandado, se encuentra que Raúl Varela deriva el suyo de la entidad hoy demandante; y que si es discutible que el **Instituto Homeopático** pudiera disponer de determinado bien de la mortuoria antes de que le fuese adjudicado, y que el Síndico Tesorero Delfín Restrepo obrara sin la debida representación o fuera de los límites de su mandato, acerca de esos aspectos de la cuestión no se pronunciaba "porque, dice la sentencia, la demanda no sometió ese punto al fallo promoviendo la acción de nulidad correspondiente que en este caso debe ventilarse entre las partes que intervinieron en el contrato, y de ninguna manera podría ser declarada de oficio por el juzgado ya que ese vicio que se alega no aparece de manifiesto en ninguno de los contratos aludidos (artículos 1748 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936)".

Efectivamente, el juicio fue iniciado y seguido sólo contra Raúl Varela Martínez, poseedor actual; y la nulidad que el actor espera se declare de oficio, es referente a un contrato celebrado con otra persona, el señor Antonio Varela T., quien no ha sido citado en este juicio. Es decir, que la acción reivindicatoria presupone la de nulidad de la venta hecha, bien o mal, por el Instituto Homeopático, a Antonio Varela T.

Resulta entonces que es jurídica la absolución del demandado proferida en las dos sentencias de instancia; pero el fundamento de esas sentencias es equivocado pues la del juzgado absolvió "por falta de personería en la parte demandante"; y la del Tribunal declara "probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del actor".

La Corte acoge los considerandos del fallo de primera instancia; pero de acuerdo con todo lo que se deja expuesto, estima que la conclusión lógica de aquellas premisas no es la que el juzgado dedujo. La excepción pertinente en el asunto de que se trata, y que debe considerarse probada, es la de petición antes de tiempo o de modo indebido porque la acción reivindicatoria presupone en este caso la de nulidad de la venta hecha por el **Instituto Homeopático** a Antonio Varela T. quien no ha figurado en el juicio el cual se ha seguido únicamente con Raúl Varela Martínez, poseedor actual.

En mérito de las consideraciones que se han hecho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de

la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el presente juicio el tres de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro;

2º Refórmase la de primera instancia, dictada por el Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, con fecha veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, en el sentido de absolver a la parte demandada no por el concepto de carencia de acción por parte del actor, sino por la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido, que se declara probada.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCIONES DE NULIDAD RELATIVA DE UN CONTRATO, DE RESOLUCION, ETC. CAUSAL PRIMERA DE CASACION.—ERROR DE DERECHO.

1.—La causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del C. J. consiste siempre en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva; y a esa violación ha podido llegar el sentenciador por alguno de estos dos caminos, o por ambos a la vez: por vía directa, cuando hay una equivocada interpretación de la ley en sí misma considerada, o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido, o se le ha aplicado pero en forma defectuosa; y por vía indirecta, a través de la apreciación probatoria, y entonces el error puede ser de dos clases: error de derecho, o error de hecho evidente que aparezca de manifiesto en los autos.

El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan determinada fuerza a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial al fallo. Y hay error evidente en la apreciación probatoria, ha dicho la Corte, "cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas, invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del proceso. "En suma, el error de derecho en la apreciación de una prueba implica la falsa noción de la ley a la luz de la cual se examina la prueba. Y el error de hecho sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta".

2.—La Corte acoje la doctrina del Tribunal sentenciador, según la cual los contratos sobre ventas de acciones de minas son evidentemente aleatorios, toda vez que están sometidos a la contingencia incierta de ganancia o pérdida, y encajan por lo mismo en la definición que de tales contratos suministra el artículo 1498 del Código Civil. Y siendo aleatorios esos contratos son irrescindibles por lesión enorme, pues es cosa ya unánimemente aceptada que la naturaleza de los pactos aleatorios repudia el concepto de lesión.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En demanda de que conoció el juzgado primero del circuito de Medellín el señor Ismael Gómez estableció juicio ordinario contra Roberto Gómez, a efecto de que se declare:

Primero, la nulidad relativa por causa de dolo proveniente del demandado, del contrato de compra-venta de doce acciones de a centésimo de la mina de "Cerritos", contenido en la escritura pública número 998, de 25 de mayo de 1939, de la notaría primera de Medellín, en relación este instrumento con documento privado de la misma fecha firmado por el actor.

Segundo, en subsidio, que se declare resuelto el contrato a que se refieren la escritura y el documento aludidos, por incumplimiento del demandado; o que, igualmente en subsidio, se rescinda por causa de lesión enorme el contrato de compraventa de las doce acciones de a centésimo de la mina de "Cerritos".

Esta acción fue denegada por el juez, en sentencia confirmada por el tribunal superior de Medellín.

Contra el fallo del tribunal se alzó en recurso de casación ante la Corte la parte actora; y estando agotada la tramitación se decide el recurso.

La sentencia del Tribunal

Respecto a la acción de nulidad originada en el dolo del demandado, el tribunal dijo en resumen:

El dolo que el actor atribuye al demandado consiste en que haciéndole ingerir licor a Ismael, prometióle la próxima iniciación de los trabajos de montaje de la mina de "Cerritos", en compañía de los capitalistas Federico Guevara y Rafael Santamaría, y formando un concentrado con mi-

nerales de otras minas, entre los cuales no figuran los de la mina de que se trata, hízolo luego someter a examen metalúrgico en la casa de Fundición y Ensayos de Esteban Alvarez, con un resultado casi fabuloso; y en que valiéndose de estos medios lo engañó y lo indujo a celebrar el contrato de compra-venta cuya nulidad se demanda.

Basta la simple lectura de las pruebas traídas por el actor al proceso para llegar al convencimiento de que el dolo que se le imputa a Roberto Gómez no está demostrado.

En el año de 1939 en el cual se llevó a cabo el contrato la mina de "Cerritos" tenía "fama de muy rica", al decir de los testigos Liborio Mejía, Gerardo Puerta, Pedro N. Uribe y otros. Y estas afirmaciones se confirman con el hecho de que hábiles mineros como el citado Gerardo Puerta, Federico Guevara y Alfonso Orozco, invirtieron un año en catear y explorar esos minerales, según ellos también lo declararon.

En la época de la negociación (mayo de 1939) era grande la fama de que como rica tenía la mina de "Cerritos", a tal punto que pocos días antes de celebrarse aquélla, el 19 de abril, se organizó una compañía "a fin de hacer las gestiones del caso" para explotar mineral. Y en noviembre del mismo año se llevó a cabo el contrato de que da cuenta la escritura Nº 2.091, traída al proceso, por medio de la cual Roberto Gómez, como presidente de la Sociedad Ordinaria de minas "Cerritos", y Federico Guevara, obrando como presidente de la sociedad explotadora de la mina, celebraron el contrato de arrendamiento allí consignado, para la explotación conveniente del aludido mineral.

Los hechos anteriores debidamente acreditados prueban que cuando a principios de mayo de 1929, en el hotel "Saboy" de propiedad de Roberto Gómez, éste propuso a Ismael la negociación de las acciones de la mina "Cerritos", esa mina tenía fama de ser bastante rica hasta el punto de que versados mineros la tomaron en arrendamiento e invirtieron en ella sumas de consideración, y de que sus acciones alcanzaron un valor de $ 500 cada una.

Acerca de que Roberto Gómez se dio a la tarea de hacer ingerir licor a Ismael Gómez con el fin de inducirlo por este medio a realizar la negociación, declaran los testigos Jesús M. Mazo y Jesús Trujillo Durán. Pero éstos sólo se atreven a **conceptuar** que Roberto Gómez obró dolosamente, fundado ese concepto en el hecho indicado, sin que aparezca demostrado que tales libaciones hubieran sido llevadas hasta turbar el sentido del actor y hacerlo suscribir el contrato sin darse cuenta de lo que hacía.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la negociación no se llevó a efecto de manera intempestiva. Vino a cristalizar después de hacer un viaje Roberto e Ismael al lugar de la mina, de extraer de ella muestras de minerales y de conocer el resultado del examen de laboratorio de aquellas muestras. Todo lo cual está indicando que el demandante tuvo tiempo, más que suficiente, para cerciorarse de la operación que proyectaba realizar.

Uno de los cargos que hace el actor al demandado, para demostrar el dolo de éste, es el de que, al regreso de Puerto Valdivia, se dedicó a formar un **concentrado** con minerales de distintas minas, que llevó al Laboratorio donde obtuvo el magnífico resultado de que da cuenta el respectivo comprobante, y que fue el que indujo a éste a contratar.

Pero sobre ese hecho no se adujo prueba alguna. Al contrario, de la declaración del testigo Mazo se infiere que el concentrado fue preparado por Roberto en asocio de Ismael Gómez.

Esta misma falta de prueba le quita valor a la exposición pericial de los señores Esteban Alvarez y Jaime Tobón, sobre la naturaleza del concentrado que hicieron examinar los señores Gómez, y no solamente Roberto.

Respecto a la acción resolutoria ejercitada en la demanda, en calidad de subsidiaria, el tribunal expresó:

El actor apoyó esta acción en que el demandado contrajo especialmente la obligación de montar la mina; y que esta condición no fue cumplida.

Acerca de la existencia de aquella condición sólo declara el testigo Jesús Trujillo.

Además, ni en la escritura de venta de las acciones, ni en el documento privado otorgado en relación con esta escritura, se hizo constar esa obligación. Por el contrario, en el documento se dijo expresamente que Ismael Gómez pagaría los $ 6.000 de que allí se trata de la manera siguiente: "La cantidad con que cada vez tenga obligación el señor Gómez de pagar los contingentes que se decreten por el valor o número de las acciones propias del señor Roberto Gómez". Y que "el saldo, es decir, lo que al cabo de dos años tenga en mi poder el señor Roberto Gómez, después de deducir el total de los contingentes pagados por mí, por cuenta del señor Roberto Gómez,

le será pagado en la ciudad de Medellín, en dinero efectivo".

Por último, el Tribunal negó también la acción subsidiaria de rescisión por lesión enorme. Fúndase en que por ser aleatorio, este derecho no cabe en el contrato sobre ventas de minas.

El recurso de casación

El recurrente, invocando la causal primera de casación, expone los siguientes cargos que se examinarán a medida que se vayan enunciando.

PRIMERO

"Por errónea apreciación de la prueba del dolo del demandado, consistente en dar por no probado ese hecho con la confesión del demandado, las boletas dadas por las casas de Fundición y Ensayos de Esteban Alvarez e Hijos y J. Gutiérrez y Cía., las declaraciones de los señores Jesús M. Mazo y Jesús Trujillo Durán, Fernando Martínez, Federico Guerra, Alfredo Orozco y Roberto Maya y Gerardo Puerta, el dictamen de los expertos señores Esteban Alvarez S. y Jaime Tobón Obregón, la copia del documento privado suscrito por don Ismael Gómez, la copia de la escritura pública Nº 998 de 25 de mayo de 1939, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Medellín, y la copia del acta de constitución de la "Sociedad Minera de Cerritos". Esa errónea apreciación dio como consecuencia la negativa a declarar la nulidad —cuando en realidad está comprobado el dolo— y con esto se incurrió por el Tribunal en error de derecho que viola directamente los artículos 1740 y 1743 del C. C. por no haberlos aplicado al caso sub-júdice".

En desarrollo de este cargo el recurrente se extiende en una larga exposición sobre la noción de dolo, y luego cita algunas de las pruebas con las cuales cree verlo demostrado, e influyendo en el negocio de venta de las acciones, sobre el comprador Ismael y consumado por el vendedor Roberto.

Se considera:

La impugnación contra la sentencia es pues por error de derecho en la apreciación de las pruebas relacionadas, error que lleva a la violación de los artículos 1740 y 1743 del código civil. Más adelante también cita el recurrente como violados los artículos 1502 y 1515 del mismo estatuto, a causa del mismo error de derecho en la apreciación de las pruebas.

La causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del código judicial, consiste siempre en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva; y a esa violación ha podido llegar el sentenciador por alguno de estos dos caminos, o por ambos a la vez; por vía directa, cuando hay una equivocada interpretación de la ley en sí misma considerada, o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido, o se le ha aplicado pero en forma defectuosa; y por vía indirecta, a través de la apreciación probatoria, y entonces el error puede ser de dos clases: error de derecho, o error de hecho evidente que aparezca de manifiesto en los autos.

El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan determinada fuerza a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial al fallo.

Y hay error evidente en la apreciación probatoria, ha dicho esta Sala "cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas, invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del proceso". (Jurisprudencia de la Corte, tomo III Nº 1.531).

En suma, el error de derecho en la apreciación de una prueba, implica la falsa noción de la ley a la luz de la cual se examina la prueba. Y el error de hecho sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta.

El motivo expuesto por el recurrente es por error de derecho en la apreciación de las pruebas traídas al proceso por el demandado para comprobar el dolo. Pero resulta que lo que el Tribunal ha hecho es declarar que con los elementos que menciona el recurrente —confesiones del demandado, certificados de las casas de fundición y ensayos, declaraciones de testigos, dictámenes de expertos, documentos privados, escritura pública, acta de constitución de la "Sociedad Minera de Cerritos"— no se acreditan las maniobras fraudulentas constitutivas del dolo, que movieran a don Ismael Gómez a contratar. Hizo el tribunal una apreciación probatoria, no desconociendo el valor de alguna de las pruebas en cuanto al grado legal de su eficacia, que lo hubiera conducido a posible error de derecho, sino declarando que las pruebas están en sí mismas despojadas de fuerza de convicción. Es decir, que si el tribunal erró, se trataría de que estando acre-

ditado el dolo, el tribunal sin embargo no lo vio. Habría incidido entonces en error de hecho.

Pero este no es el cargo planteado. La Corte ha dicho en otras ocasiones: "Para que la demanda de casación merezca atención requiere que le ofrezca a la Corte un claro derrotero para su estudio, señalando los motivos materia de examen y el concepto en que la impugnación a la sentencia se funda, pues este recurso no es posible decidirlo por una causal no invocada ni variarse el motivo que se exponga para sustentar violación de la ley". (Casación de 15 de noviembre de 1945).

El sentido de la demanda de casación, en el capítulo que se examina, tiende a obtener que la Sala cambie el juicio que se formó el tribunal, a través de las pruebas, sobre la existencia del dolo. Mas ese veredicto sobre tal cuestión de hecho es inmodificable, mientras no se desvirtúe por la única senda aceptable en casación: la respectiva alegación de error de hecho evidente, pero acreditado en forma tal que resplandezca al punto de que no quepa duda de que Ismael Gómez contrató bajo la influencia de maniobras dolosas de parte de Roberto Gómez.

El cargo es, pues, inadmisible.

Segundo

El segundo cargo contra la sentencia también es por error de derecho, y se dirige a desvirtuar la negativa del tribunal de la acción resolutoria, propuesta en la demanda, en calidad de primera subsidiaria.

Sobre el particular alega el recurrente en el principal párrafo:

"Por errónea apreciación de las pruebas sobre la resolución del contrato, que son las siguientes: La copia de la escritura pública Nº 998 de 28 de mayo de 1939, otorgada en la Notaría Primera del Circuito de Medellín, la copia del documento suscrito por don Ismael Gómez en el mismo día, la copia de la escritura Nº 2091 de 28 de noviembre de 1939 —otorgada en la Notaría Primera de Medellín— las posiciones rendidas por el demandado, las declaraciones de los señores Federico Guerra, Alfredo Orozco y Gerardo Puerta sobre arrendamiento de la mina, el certificado del señor Administrador de Hacienda Nacional sobre la falta de pago de los impuestos fiscales desde marzo de 1942 en adelante. Esa errónea apreciación consistente en dar por no probado el incumplimiento del demandado cuando en realidad ese hecho está demostrado, condujo al Tribunal a denegar la resolución pedida y con este error de derecho consecuencial, violó el artículo 1546 del C. C. por no haberlo aplicado".

El recurrente hace en seguida el examen de las pruebas a que alude, con ánimo de sostener, contrariamente a la creencia del Tribunal, que está acreditado el incumplimiento por parte del demandado de los compromisos que contrajo al contratar.

Pero resulta que aquí también cabe hacer las mismas reflexiones que se formularon a propósito del cargo anterior. La demanda de casación acusa por error de derecho; pero éste está distante de haberse demostrado, como quiera que el sentenciador no menosprecia las pruebas por el aspecto de su valor legal, sino por el ningún grado de convicción que ellas comportan en sí mismas.

Entonces el único camino habilitado para infirmar los conceptos del Tribunal sobre la cuestión de hecho, era el que corresponde al cargo por error de hecho, además de alegado, probado en forma tal que ese hecho, en la forma en que lo describe el recurrente, no dejara dudas por aparecer de manifiesto en los autos.

Se rechaza el cargo.

Tercero

Este tercer cargo tiene por objeto la negativa del tribunal de la acción rescisoria por lesión enorme, invocada en la demanda como segunda subsidiaria.

Según la demanda de casación, el tribunal al resolver esta acción, violó el artículo 1498 del código civil por indebida aplicación, e indirectamente violó también los artículos 1946 y 1947 de la misma obra.

Arguye que el tribunal se ha equivocado al interpretar la definición de contrato conmutativo y contrato aleatorio y resolver que en el primero es procedente la acción rescisoria y en el segundo, no.

"Comprar doce acciones de a centésimo en una mina de oro ubicada por linderos y por cabida como todo cuerpo cierto, por la suma de tres mil pesos ($ 3.000,00), es lo mismo que comprar docecienavas partes de la mina cuyo valor total es la suma de veinticinco mil pesos ($ 25.000.00) en el momento del contrato. Este es un contrato conmutativo pero no aleatorio, porque el uno adquiere un derecho real sobre la mina y el otro contratante el precio; no hay contingencia incierta de ganar o de perder la cosa o el precio. Pero hay

negocios de compraventa en los cuales se puede ganar o perder la cosa o el precio dado como equivalente y, precisamente por no saberse si esa contingencia incierta es de ganancia o de pérdida de la cosa o del precio, se les da a esos contratos el nombre de aleatorios. El álea, la suerte buena o mala, es sobre la cosa o sobre el precio, jamás sobre la utilidad o la pérdida posibles en el negocio porque esto haría aleatorios todos los contratos y estaría de más la clasificación hecha en el Código Civil".

Se considera:

El tribunal sienta la tesis de que los contratos sobre ventas de acciones de minas son evidentemente aleatorios, toda vez que están sometidos a la contingencia incierta de ganancia o pérdida, y encajan por lo mismo en la definición que de tales contratos suministra el artículo 1498 del código civil. Y siendo aleatorios esos contratos son irrescindibles por lesión enorme, pues es cosa ya unánimemente aceptada, que la naturaleza de los pactos aleatorios repudia el concepto de lesión.

La Sala de casación está de acuerdo con su doctrina, que el tribunal sustenta en razonamientos evidentes, los que por ello se prohijan aquí:

"A nadie le será posible fijar con precisión el justo precio de unas acciones de mina en una fecha determinada, puesto que es quizás en materia minera donde más sorpresas suelen presentarse. A veces minerales que se consideran pobres, a poco de ser trabajados dejan descubiertos ricos filones, con los cuales ni siquiera soñaban sus propietarios; y, viceversa, yacimientos auríferos de gran riqueza empobrecen súbitamente".

"Se considera aleatorio un contrato, como ya se dijo", cuando la utilidad de uno de los contratantes depende de una contingencia incierta de ganancia o pérdida. La palabra **aleatorio** viene de álea, que designa un suceso incierto". (Fernando Vélez, Tomo VIII. Pág. 325)."

"Y no podrá negarse que en un contrato como el que se viene estudiando la utilidad de uno de los contratantes —el comprador— dependía de un hecho incierto en la fecha de la compra, o sea de la riqueza de la mina; hecho tanto más incierto en esa fecha cuanto que en ella no se habían iniciado siquiera trabajos de exploración de aquel mineral".

"Cuando los litigantes en este juicio celebraron el contrato de compraventa de las acciones en la mina "Cerritos", cuya rescisión por lesión enorme se solicita, ninguno de los dos sabía, a ciencia cierta, el verdadero valor de tales acciones. Se basaron para fijarlo en que éstas, al decir de varios testigos, se cotizaban en el año de 1939, en el cual se llevó a cabo la negociación, a quinientos pesos moneda legal cada una, y en que la citada mina "tenía fama de ser muy rica", tanto que mineros tan hábiles y conocedores como Federico Guerra, Alfredo Orozco, Gerardo Puerta y otros, la tomaron en arrendamiento e invirtieron en ella sumas considerables durante un año de cateos, exploraciones y estudios".

"El citado doctor Fernando Vélez, en el Título XXXII de su estudio sobre Derecho Civil Colombiano, y al comentar el artículo 2282 del C. C., se expresa de la siguiente manera:

"Dice el artículo 2282 que los principales contratos aleatorios son los que enumera, porque omite otros, entre ellos el más importante, que es el de seguros. Además, se consideran como contratos aleatorios la venta de un derecho hereditario, la de un litigioso, la de un usufructo, la de una cosecha, etc."

"Y tan incierto es el valor verdadero de una acción de mina, que sólo viene a ser determinado por el resultado de su explotación, como el de un derecho hereditario o litigioso, como el de un usufructo o como el de una cosecha, cuyo producido real sólo puede ser determinado al recolectarla".

"La venta de un inmueble puede ser aleatoria, es decir, puede depender de hechos que impliquen ganancia o pérdida, porque no sea posible apreciar exactamnete el precio de la cosa vendida, como cuando se trata de la venta de un usufructo o de la nuda propiedad (artículos 669, 824 y 825) o porque no se pueda saber si el precio es el equivalente exacto de la cosa, lo que ocurre principalmente cuando la venta constituye una renta vitalicia (artículos 2287 y 2290). En estas ventas, podrá haber lesión enorme? En principio no, porque la naturaleza aleatoria del contrato no permite establecer con certidumbre la relación que existe entre el precio estipulado por el vendedor y el justo precio" (Fernando Vélez, Tomo VII. Pág. 303)".

"Ya otras legislaciones han excluído expresamente de la rescisión por lesión enorme contratos como el de que trata este juicio. Arturo Alessandri Rodríguez, en sus Comentarios al Código Civil chileno, se expresa en los siguientes términos:

"Pero no todas las ventas de bienes raíces pueden rescindirse por lesión enorme: el artículo 1891 excluye las que se hacen por ministerio de la justicia; no es admisible la rescisión en estas ventas

porque están rodeadas del máximum de garantías para obtener un precio equitativo. **Tampoco es aceptable en la venta de minas** (se subraya) de conformidad con el Código respectivo, ni la hay en aquellas compraventas de bienes raíces que sean aleatorias, como, por ejemplo, cuando se venden derechos litigiosos sobre bienes raíces".

"Según el comentarista que acaba de citarse, el Código de Minas Chileno consigna de modo expreso que no procede la rescisión por lesión enorme cuando se trata de contratos sobre venta de minas. Y, como lo hace notar el señor apoderado del actor en su alegato de segunda instancia, el Proyecto presentado por el Gobierno a las Cámaras, sobre reforma del Código de Minas, consigna el mismo precepto del de Chile, todo lo cual está indicando la exactitud de los conceptos que ha venido exponiendo la Sala en esta providencia".

Sentencia

Por lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, decide que NO CASA la sentencia del tribunal de Medellín, materia del presente recurso.

No hay costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese copia del presente fallo en la GACETA JUDICIAL.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—PRUEBA DE COTEJO DE LETRAS.—DOCUMENTO PRIVADO

El documento privado es una prueba preconstituída que, como lo indica la expresión, ha sido preparado antes del caso en que se le ha de hacer valer. Si el documento no está autorizado por un funcionario público competente, sino por el obligado o por dos o más contratantes, quienes lo firman, es documento privado. La firma puede ser personal, o a ruego, cuando no sabe o no puede firmar el otorgante.

Se denomina firma el nombre y apellido escrito de puño y letra por la persona a quien ese nombre corresponde, y en la forma empleada para escribir sus actos públicos o privados. Nuestra legislación no acepta, como acontecía en algunos países extranjeros, firmar con un signo o marca o cualquiera otra señal distintiva. El artículo 1760 del C. C. le da valor de instrumento privado al instrumento público defectuoso, que no se exige AD SOLEMNITATEM "si estuviere firmado por las partes". Según sentencia de la Corte de fecha 25 de marzo de 1908, firma es el nombre y apellido que se pone de mano propia al fin de un documento público o privado, sin que se exija que tal persona sepa leer, o escribir algo más de las palabras que componen su nombre y apellido. Se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario, tendría que dar la prueba. De ahí que, según el artículo 642 del C. J., si el documento privado que ha de ser objeto de reconocimiento ante el Juez está firmado personalmente, basta con que quien hace el reconocimiento confiese ser suya la firma para que implícitamente se tenga por reconocida la verdad de las declaraciones que contiene; es decir, que reconocida la firma, implícitamente se reconoce el contenido del documento. Es lo natural y explicable, porque se supone que nadie firma sin saber lo que firma si puede leer, y si no puede, haciendo que una persona de su confianza le lea lo que va a autenticar. Al contrario, si se niega la firma, se entiende negado el contenido del documento.

Si el documento está firmado a ruego, porque su autor no podía o no sabía firmar, es necesario que diga si el documento se extendió de su orden, si rogó a otro que lo firmase en su nombre y, además, debe responder si también es cierto su contenido. (Artículo 642 C. J.). Esto se explica porque es muy posible que se haya abusado de quien no sabía escribir haciéndole creer que el contenido es el que oyó leer y no lo era. Le queda al obligado el derecho de negar el contenido del documento y declarar que rogó se firmase en su nombre, si así lo hizo.

No establece ninguna diferencia la ley con respecto a la persona que sólo sabe escribir o dibujar su firma, pero no sabe leer. La ley entiende que nadie firma o autentica con los rasgos que caracterizan su firma sino aquello de que tiene conocimiento, y si no sabe leer bien pudo haberse servido de persona de su confianza que lo hiciera por ella.

Como en la redacción de los documentos privados no interviene ningún funcionario público, es claro que se prestan a ser escritos en cualquier momento y con cualquier fecha; de ahí que no puedan tener valor sino cuando son auténticos, es decir, de autor cierto y con fecha cierta; tal sucede cuando son reconocidos como auténticos entre las partes o cuando se toma nota pública de ellos por un funcionario para los terceros.

Cuando la parte que se supone obligada niega la firma que aparece al pie del documento, o niega su contenido, corresponde al interesado demostrar con los testigos que concurrieron al otorgamiento del documento, o por otros medios probatorios, la autenticidad de la firma y la veracidad del contenido. Con los testimonios no se trata de establecer la deuda, lo que sería contrario a los artículos 1767 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887, sino de demostrar la existencia de la prueba de la obligación como proveniente de la persona comprometida, originaria de ella, extendida por su autorización y auten-

ticada con su firma. Con esos testimonios aducidos en el juicio se establece la prueba de la obligación, pero no la obligación misma.

2.—La presunción de autenticidad que establece el artículo 4º de la ley 46 de 1923 es una excepción de los principios generales sobre prueba de los documentos privados y, como tal, de aplicación restringida. Así, pues, el concepto del Tribunal sentenciador sobre que tal disposición es un avance de nuestra legislación en cuanto entiende extender tal regla a toda clase de documentos privados, es errado y debe rectificarse.

3.—La prueba de cotejo de letras y examen grafológico es incompleta y constituye un mero indicio de mayor o menor fuerza, según sean los razonamientos de los peritos y sus conocimientos sobre la materia. Tal medio de prueba en presencia del documento otorgado y de la prueba oral, no puede tener eficacia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día 4 de septiembre de 1941, se presentó Juan de Dios Charry ante el Juzgado Primero del Circuito de Neiva, exhibiendo un documento privado que lleva fecha 28 de abril de 1940, contra la señora Ascensión Rojas de Niño, del cual aparece que por deudas anteriores, la Rojas declara deberle la suma de $ 3.000.00 con un año de plazo. Fundado en dicho instrumento pidió el libramiento de la orden ejecutiva de pago, previo el reconocimiento de la firma por parte de la obligada.

Citada la señora Rojas, negó haber puesto su firma en el referido documento, negó su autenticidad y la verdad de su contenido. Dijo la demandada:

"No sé leer, difícilmente dibujo mi nombre y el contenido del documento no es verdadero, ni ha sido extendido de orden mía".

Frente a esta negativa, Juan de Dios Charry, ocurrió ante el Juez del Circuito en acción ordinaria de mayor cuantía, en demanda del pago de los referidos $ 3.000.00, intereses y costas. Apoyó la demanda en los hechos siguientes:

a) Que el documento en que consta la obligación que se demanda, fue extendido de orden de la señora Niño;

b) Que una vez redactado, ésta rogó a una de las personas que presenciaban el acto para que se lo leyera en voz alta;

c) Que informada de su contenido por la lectura que se le hizo, lo aprobó y procedió a suscribirlo de su puño y letra, en presencia de numerosas personas que se hallaban presentes;

d) Que después de estampada la firma por la señora ésta pidió a los señores Jesús Trujillo A. y Clímaco Cardona S. para que lo suscribieran como testigos una vez que fue leído.

Notificada la demanda, la señora Rojas la contestó oponiéndose a las declaraciones pedidas y negando los hechos en que se funda. Rechazó de nuevo la existencia de la edad y la autenticidad del documento.

El Juzgado del conocimiento puso término a la instancia por providencia que lleva fecha 26 de junio de 1943, en la cual condenó a la señora de Niño en los términos de la acción propuesta y dispuso sacar copia de lo conducente para la investigación criminal del caso en relación con el falso testimonio en que hubiera podido incurrir.

La sentencia recurrida

Apelada la sentencia del Juez, el Tribunal Superior de Neiva la confirmó en todas sus partes, como aparece del fallo de fecha 5 de septiembre de 1944.

No satisfecha con la decisión del Tribunal, la demandada interpuso el recurso de casación, el cual tramitado en la forma debida pasa la Corte a decidir.

El recurso

Con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., se acusa la sentencia por el apoderado de la recurrente, por violación de los artículos 1494 y 1495 del C. C., sobre validez de las obligaciones y fuerza de los contratos; del artículo 1761 ib. sobre valor probatorio de los documentos privados reconocidos por el deudor, en relación con el artículo 1759 del mismo código y de los artículos 1767 de la misma obra y 91 de la ley 153 de 1887, sobre la necesidad de prueba escrita para acreditar obligaciones de valor mayor de $ 500.00; y con incidencia sobre las disposiciones ya citadas, los artículos 637 y 642 del C. J.

Todas estas disposiciones se han infringido, afirma, por violación directa, debido a interpretación errónea y aplicación indebida.

El recurrente sostiene su tesis en los siguientes términos:

Se parte, dice, del punto de vista de que su defendida no sabe leer ni escribir. Que simplemente dibuja su firma, de cuya manera autentica sus actos públicos y privados. Que a quien perjudique su escrito, debe saber escribir, para que la lectura de ese escrito pueda a la vez beneficiar a quien lo lee o le hace dar validez a su lectura.

Que en nuestro derecho civil para que un escrito haga fe debe estar respaldado por una autoridad que lo eleve a la categoría de instrumento público, o debe ser aceptado, mejor dicho, reconocido, por quien lo ha suscrito. Que para que la escritura y su lectura conlleven la noción sustancial de comprender el valor y significado del escrito, quien otorga el documento debe saber leer y escribir o hacer que otro le lea o escriba.

Todo documento privado, para que valga como prueba, debe así ser reconocido por el deudor, según el nítido principio que consagra el artículo 1761 del C. C. Los artículos 637 y siguientes del C. J., determinan la manera de reconocer los documentos privados.

Que tratándose de un caso especial como el contemplado en autos, en que quien autorizó el documento no sabía leer ni escribir, no sólo debe reconocer la firma dibujada con que lo autenticó, sino que también es necesario que declare si su contenido es o no exacto.

Que el artículo 642 del C. J., presupone el caso de un documento privado a cargo de quien no sabe leer ni escribir, y considera que en tal circunstancia el obligado ha tenido que rogar a una tercera persona para que firme por él. No contempla el hecho del analfabeta, que sin embargo, sabe dibujar la firma, sin que pueda darse cuenta de lo que autoriza.

Estima el recurrente errada la opinión del Tribunal al considerar, como se expresó en la sentencia, que el legislador de 1923, dio un paso adelante en el derecho privado del país al aceptar una presunción de autenticidad para toda firma que aparezca estampada en un documento, derogando así, implícitamente, el artículo 1761 del C. C.

Sostiene que la ley 46 de 1923 es exclusiva para los instrumentos negociables y no puede aplicarse a casos como el contemplado en autos relativos simplemente a cuestiones civiles.

Afirma que el Tribunal sentenciador, erró al sostener en algún aparte de la sentencia, que basta que un documento privado esté autorizado por dos testigos, para que haya prueba de la obligación en él contenida, prueba sumaria pero siempre plena en unos casos y prueba completa en juicio ordinario si los testigos son interrogados con citación de la contraparte. Con tal interpretación, dice, el Tribunal viola las disposiciones ya citadas que reglamentan el reconocimiento de documentos privados.

No basta, a su juicio, para acreditar la autenticidad misma del documento, la deposición de los testigos actuarios que figuran en él, pues siempre es necesario el reconocimiento de la firma del obligado, sobre todo si éste es un analfabeta que se limita a dibujarla.

Concluye sosteniendo que aun cuando con dos testigos se hubiera acreditado sin lugar a dudas que doña Ascensión puso o dibujó su nombre a título de firma, la obligación contenida en ese documento no queda reconocida con la simple declaración testimonial. Si con testigos no puede acreditarse una obligación mayor de $ 500.00, ¿qué más dá, dice, recurrir al subterfugio de que unos testigos firmen previamente un documento y luego juren que firmó el deudor? La prueba testimonial por este medio, llegaría a producir efectos que la ley no le ha dado.

Contra el dicho de los testigos está el resultado del cotejo de letras verificado en el juicio. De la prueba practicada con peritos grafólogos se deduce un indicio vehemente de falsedad del documento, ya que la conclusión a que se llegó después del cotejo, fue la de que la señora de Niño no puso la firma que se le atribuye en el memorado documento base de la obligación.

La Corte considera:

Entre las pruebas admitidas por nuestra legislación se encuentra el documento privado, firmado por el obligado en presencia de testigos. Es una prueba preconstituída, que como lo indica la expresión, ha sido preparada con anterioridad al caso en que se le ha de hacer valer.

Si el documento no está autorizado por un funcionario público competente, sino simplemente por el obligado, o por dos o más contratantes, quienes lo firman, es documento privado. La firma puede ser personal; o a ruego, cuando no sabe o no puede firmar el otorgante.

Se denomina firma el nombre y apellido escrito de puño y letra por la persona a quien ese nombre corresponde, y en la forma empleada para suscribir sus actos públicos o privados. Nuestra legislación no acepta, como acontecía en algunos países extranjeros, firmar con un signo o marca, o cualquiera otra señal distintiva. El artículo 1760 del C. C., le da el valor de instrumento privado al instrumento público defectuoso, que no se exige **ad solemnitatem,** "si estuviera firmado por las partes". Según sentencia de la Corte de fecha 26 de marzo de 1908, firma es el nombre y apellido que se pone de mano propia al fin de un documento público y privado, sin que se exija que tal persona sepa leer, o sepa escribir algo más de las palabras que componen su nombre y apellido. Se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario, tendría que dar la prueba. De ahí que según el artículo 642 del C. J., si el documento privado que ha de ser objeto de reconocimiento ante el Juez está firmado personalmente, basta con que quien hace el reconocimiento confiese ser suya la firma, para que implícitamente se tenga por reconocida la verdad de las declaraciones que contiene el documento o escrito. Es decir, que reconocida la firma, implícitamente se reconoce el contenido del documento. Es lo natural y explicable, porque se supone que nadie firma sin saber lo que firma si puede leer, y si no puede, haciendo que una persona de su confianza le lea lo que va a autenticar. Al contrario, si se niega la firma, se entiende negado el contenido del documento.

Si el documento está firmado a ruego, porque su autor no podía o no sabía firmar, es necesario que diga éste, si el documento se extendió de su orden, si rogó a otro que lo firmase en su nombre y además, debe responder si también es cierto su contenido. Todo según el artículo 642 del C. J. Esto se explica porque es muy posible que se haya abusado de quien no sabía escribir, haciéndole creer que el contenido es el que oyó leer y no lo era. Le queda al obligado el derecho de negar el contenido del documento y declarar que rogó se firmase en su nombre, si así lo hizo.

No establece ninguna diferencia la ley con respecto a la persona que sí sabe escribir o dibujar su firma, pero no sabe leer. La ley entiende como se dijo atrás que nadie firma o autentica con los rasgos que caracterizan su firma sino aquello de que tiene conocimiento y si no sabe leer bien pudo haberse servido de persona de su confianza que lo hiciera por ella.

Como los documentos privados son obra exclusiva de un particular, puesto que en su formación, redacción y expedición no interviene un funcionario público de los llamados a dar fe de su otorgamiento, es claro que un documento de esta clase es medio que se presta a ser escrito en cualquier momento y con cualquier fecha; de ahí que no puede tener valor sino cuando es auténtico, es decir, de autor cierto y con fecha cierta; tal sucede cuando es reconocido como auténtico entre las partes o cuando se toma nota pública de él por un funcionario para los terceros.

Cuando la parte que se supone obligada niega la firma que aparece al pie del documento, niega su contenido, corresponde al interesado demostrar con los testigos que concurrieron al otorgamiento del documento o por otros medios probatorios, la autenticidad de la firma y la veracidad del contenido.

Al aceptar estos principios de régimen probatorio, el Tribunal no ha interpretado erróneamente los artículos 1759 y 1761 del C. C., según los cuales el documento privado legalmente reconocido tiene el valor de escritura pública respecto de los que aparecen o se reputan haberlo suscrito. En parte alguna el Tribunal sostiene lo contrario. Lo que ha afirmado es la demostración hecha por testigos de que la señora de Niño autorizó con su firma el documento privado y la veracidad de su contenido.

De conformidad con el artículo 697 del C. J., dos testigos hábiles que concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar, forman plena prueba en los casos en que este medio es admisible conforme a la ley.

Nuestro código civil excluye la prueba de testigos respecto de obligaciones que han debido constar por escrito. Así lo ordena en forma prohibitiva el artículo 1767 del C. C. No se admitirá, dice de una manera terminante. El artículo 91 de la ley 153 de 1887, dispone que no se puede probar con testimonios una deuda mayor de $ 500.00.

Con los testimonios no se trata de establecer la deuda, sino de demostrar la existencia de la prueba de la obligación como proveniente de la persona comprometida, originaria de ella, extendida por su autorización y autenticada con su firma. Con los testimonios aducidos en el juicio se establece la prueba de la obligación, pero no la obligación misma.

No está por demás expresar la opinión de la Corte en relación con el concepto sobre presunción de autenticidad de las firmas en los instrumentos negociables, consagrada por el artículo 4º de la ley 46 de 1923. Tal presunción de autenticidad es una excepción de los principios generales sobre prueba de los documentos privados y como excepción de aplicación restringida. El concepto del Tribunal sobre que tal disposición es un avance de nuestra legislación en cuanto entiende extender tal regla a toda clase de documentos privados, es errado y debe rectificarse.

Frente a la numerosa prueba testimonial, el apoderado de la demandada presentó la prueba del cotejo de letras y examen grafológico de la firma puesta al pie del documento, pero esta prueba es incompleta, constituye un mero indicio con mayor o menor fuerza según sean los razonamientos de los peritos y sus conocimientos sobre la materia. Tal medio de prueba en presencia del documento otorgado y de la prueba oral, no puede tener eficacia y no hay razón, por consiguiente, para considerar que el Tribunal erró al darle primacía a los testimonios sobre la prueba pericial.

Según el artículo 656 del C. J., la prueba resultante del cotejo es incompleta, o sea, que no establece por sí sola la verdad del hecho (artículo 594 ibidem). La prueba resultante del cotejo es en todo caso un mero indicio, no un indicio necesario.

Se declara no probado el cargo.

Causal segunda

Con apoyo en la causal segunda del artículo 520 del C. J., objeta la sentencia del Tribunal en cuanto ordenó sacar copia de lo conducente para la investigación criminal del caso.

Hay que reconocer que por ambas partes se presentaron elementos de prueba para sostener la verdad de sus pretensiones: por parte de la demandada un interesante estudio grafológico con la conclusión de que la firma que autentica el documento no corresponde a las demás firmas usadas por ella en sus actos públicos y privados. Y por parte del actor, una copiosa prueba testimonial que condujo al juzgador a pronunciarse a favor de la tesis sobre existencia de la deuda.

Pero la investigación criminal es un deber del juez ordenarla cuando cree que se ha cometido un delito, en el desarrollo de los procesos de que conoce.

No cabe esta orden del Tribunal dentro de la causal segunda, ni puede ser materia del recurso de casación.

Se desecha, pues, el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, con fecha 5 de septiembre de 1944.

Las costas a cargo de la parte recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

RECURSO DE HECHO

El hecho de tener fuerza de sentencia un auto interlocutorio en el caso del artículo 467 del C. J., no lo reviste de la calidad de sentencia ni con ésta lo identifica, pues aún entonces permanecen en pie las restantes diferencias legales entre una y otro. El artículo 1761 del C. C., por ejemplo, da fuerza de escritura pública al documento privado reconocido por quien lo suscribió y, sin embargo, no puede decirse por esto que quede convertido en escritura pública con la calidad, formalidades y modalidades peculiares de éstas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Víctor Mora León como apoderado de Gertrudis Pedraza en juicio con Andrés O. Rasmussen en el Juzgado 5º de este Circuito, recurre de hecho contra la negativa que en auto de 7 de marzo próximo pasado pronunció el Tribunal Superior de Bogotá respecto del recurso de casación interpuesto por Mora para infirmar la providencia de 27 del anterior febrero.

La señorita Pedraza, cesionaria de Elena Sánchez en crédito contra Rasmussen, obtuvo embargo preventivo de bienes de éste y en seguida lo demandó ejecutivamente; negado el mandamiento, se levantó consecuencialmente el embargo y se condenó a la señorita Pedraza a pagar costas y perjuicios.

A fin de fijar el monto de éstos, se tramitó el incidente a que provee el artículo 553 del C. J., en el cual hizo Rasmussen una liquidación de los perjuicios materiales que ascendió a $ 6.000 y estimó los morales en $ 9.000. En el término probatorio solicitó se tuviesen como pruebas los elementos que habían obrado para el embargo y en la demanda ejecutiva. En su oportunidad el Juzgado decidió el incidente en sentido favorable a la Pedraza, por lo cual apeló Rasmussen y obtuvo que el Tribunal, confirmando el decir del Juzgado sobre perjuicios materiales, hallara en los morales que sí los había y los fijara en $ 100, en providencia de 27 de febrero de este año, ya aludida aquí y que, como se dijo, es la que el abogado pretende hacer materia de casación, invocando el artículo 467 del C. J. en cuanto da a los autos interlocutorios "fuerza de sentencia cuando ponen término a la instancia y hacen imposible la continuación del juicio".

Con esto y con haberse estimado los perjuicios en $ 15.000, cree llenadas las exigencias del artículo 519 de ese Código.

Olvida que entre ellas figura la de tratarse de sentencia pronunciada en juicio ordinario, o aprobatoria de ciertas particiones, o de graduación de créditos, nada de lo cual es la providencia referida. Y aunque con esto bastaría para hallar improcedente el recurso, no sobra advertir que el hecho de tener fuerza de sentencia un auto interlocutorio en el caso del artículo 467, no lo reviste de la calidad de sentencia ni con ésta lo identifica, pues aun entonces permanecen en pie las restantes diferencias legales entre una y otro.

El artículo 1761 del C. C., por ejemplo, da fuerza de escritura pública al documento privado reconocido por quien lo suscribió, y sin embargo, no puede decirse por esto que quede convertido en escritura pública con la calidad, formalidades y modalidades peculiares de éstas.

El Tribunal estudia detenidamente el tema en la providencia de 20 de marzo que negó la reposición del citado auto de 7 de los mismos.

No eran necesarios los acertados razonamientos detenidamente expuestos allí, pues salta a la vista que esa providencia de 27 de febrero, mera terminación del incidente sobre monto de perjuicios, no puede considerarse en ninguno de los casos taxativamente señalados por dicho artículo 519.

Por lo expuesto, se declara bien denegado el recurso de casación en este asunto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al que se comunicará esta decisión (C. J. artículo 514).

Notifíquese,

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

BIBLIOTECA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ACCION PETITORIA DE DISMINUCION PROPORCIONAL DEL PRECIO DE VENTA POR FALTA DE LA CABIDA DECLARADA EN EL CONTRATO

1.—En el caso del proceso el Tribunal estaba impedido para declarar la inexistencia de la sociedad, frente a terceros obligados con ella, aun cuando ésta adoleciera de vicios en su constitución o le faltaran formalidades relativas a la publicación. El artículo 479 del C. C. se lo vedaba. Esa disposición es igualmente aplicable a las sociedades anónimas. La disposición está de acuerdo con la equidad y la justicia, pues así como la sociedad o los socios no podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades prescritas en la ley para la constitución de aquélla, según el artículo 477, tampoco los terceros obligados para con la sociedad deben tener el derecho de excusarse de sus obligaciones pretextando que la sociedad no está bien constituída. Consagrar la teoría de que quien ha contratado con una sociedad mal constituída posee el privilegio de desconocerla desligándose del lazo que a ella lo vincula, contra el pensamiento en que se inspira el artículo 479, sería autorizar un enriquecimiento sin causa. El tercero ligado a la sociedad por un contrato carece de interés legítimo en la declaración de nulidad de la sociedad por ausencia de solemnidades en su constitución; pues ese interés no puede consistir en que no haya quien haga efectivas las prestaciones del contrato, en beneficio exclusivo del tercero.

2.—Cumplida por una sociedad o compañía la inscripción de que habla el artículo 39 de la ley 28 de 1931 de hecho queda cumplido también el artículo 30, y la sociedad inscrita en el Registro Público de Comercio. El registro a que alude el artículo 40 es el mismo de los artículos 29 y 30.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El señor Gaspar Tedesco, hablando en calidad de gerente de la sociedad anónima TEDESCO S. A. domiciliada en Cali, instauró demanda ordinaria contra los señores Guillermo Caicedo Albán y Raquel Henao de Caicedo Albán, casados entre sí, mayores de edad y del mismo domicilio, para que se les condene al tenor de las siguientes peticiones principales:

"**Primera.**—Que los señores Guillermo Caicedo Albán y Raquel Henao de Caicedo Albán vendieron a "Tedesco S. A." con relación a su cabida, el lote de terreno a que se refiere el hecho Primero de esta demanda, lote que tiene los siguientes linderos: por el Norte, la Carrera 8ª-A; por el Sur, la carrera 9ª, al medio, con lote adjudicado en la división a que se refiere dicho plano, al Sr. Guillermo Caicedo Albán; por el Oriente, la calle 20, al medio, con lote adjudicado en esa división al Sr. Gustavo Gómez; y por el occidente, la calle 19, al medio, con lote adjudicado en la misma división al Sr. Gustavo Gómez;

"**Segunda.**—Que la cabida real del lote de terreno a que se refiere la declaración anterior es menor que la cabida declarada o vendida, pues los vendedores fijaron a dicho lote una extensión de seis mil quinientos cuarenta metros cuadrados con dieciocho decímetros cuadrados (6.540,18) y sólo tiene cinco mil seiscientos cuarenta y dos metros cuadrados (5.642 m., cuad.). Si en el término probatorio se alterara la cabida real, pues se acreditare que ésta no es precisamente de cinco mil seiscientos cuarenta y dos metros cuadrados (5.642 m., cuad.), entonces pide que en la sentencia se reemplace esta cifra por la que apareciere demostrada)".

"**Tercera.**—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, los demandados, como vendedores, deben, solidariamente, sufrir una disminución proporcional del precio, teniéndose en cuenta que la Sociedad compradora pagó al contado la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000,00) sobre una cabida estipulada de seis mil quinientos cuarenta metros cuadrados con dieciocho decímetros cuadrados (6.542,18 m. cuad.)."

"**Cuarta.**—Que como consecuencia también de la declaración anterior se condena a los demandados en forma solidaria a pagar a la Sociedad anónima demandante el valor proporcional en que el precio debe disminuírse, teniendo en cuenta la cabida declarada, la cabida real y el precio pagado".

"**Parágrafo.**—Si en el curso del juicio se fijare en dinero efectivo el valor a que se refiere esta declaración, Ud. hará la condenación en concreto, y si no se hiciere, la hará en abstracto, fijando las bases correspondientes, para hacer el avalúo concretamente en forma separada y conforme al procedimiento determinado por la ley para tales casos".

"**Quinta.**—Que los demandados solidariamente deben pagar a "Tedesco S. A." los intereses legales de la cantidad a que se refiere la declaración anterior desde el tres (3) de febrero de mil novecientos cuarenta y dos (1942), fecha de la escritura de venta, hasta el día del pago".

"**Sexta.**—Que los demandados deben pagar las costas de este juicio si lo afrontan".

Los demandados se opusieron a la acción, y el juez del conocimiento, segundo civil del circuito de Cali, falló la controversia en contra de aquéllos, en los términos siguientes:

"1º La cabida real del lote de terreno materia del presente juicio es menor que la cabida declarada en la escritura de venta del mismo terreno, Nº 204 de 3 de febrero de 1942, otorgada en la Notaría Segunda de este Circuito, en ochocientos noventa y nueve metros con cuarenta y dos decímetros cuadrados (899,42 m. cuad.), según lo que aparece probado;"

"2º Como consecuencia de lo anterior, los demandados, señores Guillermo Caicedo Albán y Raquel Henao de Caicedo Albán, deben, solidariamente, sufrir una disminución proporcional del precio de la venta de dicho lote;"

"3º En relación con la declaración precedente, condénase a los mismos demandados solidariamente, a pagar a la sociedad demandante "Tedesco S. A.", domiciliada en esta ciudad y representada por su gerente, señor Gaspar Tedesco, la suma de tres mil veinticuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 3.024,75) moneda legal, valor en que pericialmente fueron estimados los ochocientos noventa y nueve metros con cuarenta y dos decímetros cuadrados (899,42 m. cuad.) de menor cabida, de que habla el punto 1º de este fallo;"

"4º Condénase igualmente a los demandados a pagar a la parte demandante los intereses correspondientes a la suma anterior, a la rata del ocho por ciento (8%) anual, desde el tres de febrero de 1942 hasta cuando el pago se verifique. Sin costas".

Apeló de esta sentencia el apoderado de los demandados. En la segunda instancia el tribunal resolvió el recurso interpuesto revocando la decisión del inferior, y en su lugar, sin entrar al fondo del derecho invocado, declaró "PROBADA LA EXCEPCION PERENTORIA TEMPORAL DE LA ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA SUSTANTIVA DE LA SOCIEDAD DEMANDANTE".

Contra este pronunciamiento interpuso el recurso de casación el apoderado de la sociedad demandante; y como hállase rituado, es llegada la oportunidad de estudiarlo.

La sentencia del Tribunal

El tribunal fundó su decisión alegando que en el certificado que trajo al juicio el señor Gaspar Tedesco con ánimo de comprobar la existencia de la sociedad y su representación, procedente de la Cámara de Comercio de Cali "no se hizo constar que la sociedad anónima TEDESCO S. A. aparezca inscrita en el Registro Público de Comercio que se lleva en esa oficina, de conformidad con los artículos 29 y 30 de la ley 28 de 1931 y Decreto 1750 de 18 de julio de 1942".

El sentenciador cita el artículo 40 de la misma ley 28 de 1931, que enumera los requisitos que debe llenar el certificado expedido por una Cámara de Comercio, para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, subrayando el de que la sociedad o compañía "ha sido registrada en la Cámara".

Se reafirma el tribunal en la tesis que en casos similares ha sentado, de que "la certificación que autoriza el artículo 40 de la ley 28, debe estar ceñida rigurosamente a los términos de esa disposición, que como prueba de la existencia de una sociedad viene a reemplazar la escritura de sociedad, que es la prueba por excelencia del contrato social".

"Careciendo el certificado de que se ha hablado de los requisitos señalados por la ley, su valor probatorio queda demeritado, y por lo tanto no puede ser tenido como prueba de la existencia o personería sustantiva de la sociedad demandada".

El recurso de casación

El recurrente acogiéndose a la causal primera del artículo 520 del código judicial, formula va-

rios cargos contra la sentencia del tribunal, entre los cuales la Sala destaca el de violación directa del artículo 479 del código mercantil, el que por estar bien planteado, le da margen a la Sala de casar la sentencia y entrar en instancia, donde la Corte tendrá oportunidad de examinar el certificado de la Cámara de Comercio, traído al juicio, que fue desatendido en el fallo y dio fundamento a la declaratoria de la excepción de ilegitimidad sustantiva de la parte actora.

Se considera violado el artículo 479 citado, pues aún en el supuesto de que la demandante fuese una sociedad no legalmente constituída por causa de algún vicio interno o por omisión de alguna formalidad **ad-solemnitatem,** es decir, de aquellas que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos y contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y la sociedad TEDESCO S. A., se hubiere presentado al juicio como sociedad regular, aún en este supuesto el tribunal no podía reconocer la excepción perentoria de falta de personería sustantiva, porque los demandados no podían alegarla, ni en el caso de que la sociedad con la cual habían contratado fuese absolutamente nula, por carecer de interés jurídico en invocar tal excepción". Así como los socios no pueden alegar la nulidad del contrato social, ni la falta de registro civil o comercial o de cualesquiera otra solemnidad contra terceros interesados en la existencia de la sociedad para excusar el cumplimiento de las obligaciones sociales (artículo 473 del código de comercio), así tampoco el tercero que ha contratado con una sociedad puede sustraerse al cumplimiento de sus obligaciones para con ella, alegando la nulidad de la sociedad o el incumplimiento de alguna de las solemnidades prescritas por la ley (artículo 479, ibidem)".

Cita el recurrente en apoyo de su tesis la sentencia de esta sala de 10 de marzo de 1936, publicada en el tomo XLIII de la GACETA JUDICIAL, páginas 559 y siguientes, en donde se desarrolla jurisprudencialmente la idea del recurrente.

Se considera:

El cargo es fundado. El tribunal estaba impedido para declarar la inexistencia de la sociedad, frente a terceros obligados con ella, aún cuando ésta adoleciera de vicios en su constitución o le faltasen formalidades relativas a la publicación. El artículo 479 del código de comercio se lo vedaba.

Preceptúa la disposición: "El tercero que contratare con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no puede sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones". Por imperio del artículo 551 del mismo estatuto la disposición transcrita es igualmente aplicable a las sociedades anónimas.

La disposición está de acuerdo con la equidad y la justicia, pues así como la sociedad o los socios no podrán alegar la falta de una o más de las solemnidades prescritas en la ley para la constitución de aquélla, según el artículo 477, tampoco los terceros obligados para con la sociedad deben tener el derecho de excusarse de sus obligaciones pretextando que la sociedad no está bien constituída. Consagrar la teoría de que quien ha contratado con una sociedad mal constituída, posee el privilegio de desconocerla desligándose del lazo que a ella lo vincula, contra el pensamiento en que se inspira el artículo 479, sería autorizar un enriquecimiento sin causa. El tercero ligado a la sociedad por un contrato, carece de interés legítimo en la declaración de nulidad de la sociedad por ausencia de solemnidades en su constitución; pues ese interés no puede consistir en que no haya quien haga efectivas las prestaciones del contrato, en beneficio exclusivo del tercero.

En la sentencia de casación de 10 de marzo de 1936, sobre la que el apoderado del demandante llamó al tribunal la atención en la segunda instancia, sin embargo, de lo cual éste no solamente no la redarguye, si era que las razones dadas por la Corte no lo convencían, sino que hizo caso omiso de ella, la Sala expuso la doctrina que se transcribe y que es de plena aplicación al actual litigio:

"No pudiendo ser relativa la nulidad de que se trata, según lo dicho, forzoso es concluir que la limitación "entre los socios" envuelve, en muy impropios términos, la idea, en otros lugares del código ampliada, de que por omitirse el oportuno registro comercial no se afectan en ningún sentido las operaciones celebradas con terceros. Estos pueden demandar a la sociedad considerándola, a su elección, regular o de hecho, y pueden demandar también a los socios, quienes responden "solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho". (Artículos 472 y 477 del C. C.).

"Como los terceros que contrataren con una sociedad que no ha sido legalmente constituída, no pueden sustraerse por esta razón al cumplimiento de sus obligaciones (artículo 479 del C. de P. C.), ellos pueden ser demandados por quien corresponda, que no sería claro está, una sociedad regular. No porque los otorgantes de la escritura social pre-

tendieran formar una colectiva de comercio puede admitirse que fracasados en su intento por la omisión del registro comercial, tenga el nombrado administrador la personería de lo que llegó a ser únicamente una sociedad de hecho. No porque pretendieran formar una compañía anónima, fracasada por la omisión de ese registro, es posible aceptar la existencia de un gerente con representación de tal masa autónoma, vivificada por el ánimo de asociarse, que el código llama "sociedad de hecho". En manera alguna".

"Pero si a los terceros que hubieren contratado con una sociedad no legalmente constituída, los demandara en juicio la entidad con quien contrataron, presentándose indebidamente como colectiva regular, o como anónima regular, por conducto del nombrado administrador o del nombrado gerente, no pueden esos terceros proponer la excepción perentoria de falta de personería sustantiva del actor, con base en la inexistencia o en la nulidad absoluta de la sociedad colectiva o de la compañía anónima. No pueden excepcionar de esta suerte porque carecen de interés jurídico para ello. En efecto: si la irregularidad de la sociedad contratante no hace nulo el contrato celebrado con terceros y si los socios no pueden alegar la irregularidad de la sociedad contra los terceros interesados en la existencia de ella, ningún interés jurídico tienen los demandados para excepcionar alegando inexistencia o nulidad absoluta del ente con quien contrataron. (Artículos 477 y 479 del C. de C.)".

Por lo tanto, según lo que antecede el tribunal violó directamente el artículo 479, al dejarlo de aplicar al caso del pleito. Siendo así justificado el cargo, la sentencia recurrida se rompe, y a la Corte le corresponde proferir en instancia el fallo que haya de reemplazarla.

Sentencia de instancia

Contra lo expuesto por el tribunal la personería sustantiva de la parte actora está plenamente satisfecha en los autos. Peca contra la realidad la afirmación de que el certificado de la Cámara de Comercio, allegado al juicio con el fin de establecer la constitución y existencia de la sociedad TEDESCO S. A. carezca de la constancia requerida por el artículo 40 de la ley 28, de que la compañía fuera registrada en la Cámara.

En efecto. El artículo 39 de la mencionada ley 28 determina que en donde haya Cámara de Comercio se registrarán en ésta los extractos, actas y documentos que conforme a las disposiciones del código de comercio deben registrar las compañías o sociedades comerciales.

Y en el artículo 40 enseña que para acreditar la constitución y existencia de una sociedad o compañía comercial, bastará un certificado de la Cámara de Comercio, en que consten los hechos a que se refiere el artículo, entre los cuales figura el de que la **"sociedad o compañía ha sido registrada en la Cámara".**

En el artículo 29 se dispuso que en los lugares en que haya Cámara de Comercio es obligatorio el REGISTRO PUBLICO DE COMERCIO.

El artículo 30 determina la forma de inscribirse una sociedad en el Registro, forma que para las sociedades colombianas equivale exactamente al acto en que ellas, de acuerdo con el artículo 39, registran "los extractos, actas y documentos que conforme a las disposiciones del código de comercio deben registrar las compañías o sociedades comerciales". Es decir, que cumplida por una sociedad o compañía la inscripción de que habla el artículo 39, de hecho queda cumplido también el artículo 30, y la sociedad inscrita en el Registro Público de Comercio.

Ahora bien. El certificado de la Cámara de Comercio de Cali, traído al juicio, da cuenta que "bajo partida Nº 1413, asentada a folios 517 y 518 del libro Nº 8, de registros de extractos notariales, poderes, actas y demás documentos de sociedades comerciales de esta Corporación, aparece registrado el siguiente extracto:..." Sigue luego el extracto de la escritura de constitución de la sociedad, de que tratan los artículos 469 del código de comercio y 2º de la ley 42 de 1898. A continuación se insertan el registro del acta de la asamblea ordinaria de accionistas de Tedesco S. A. en que fue elegido el gerente, elección que recayó en el señor Gaspar Tedesco, quien promovió la demanda inicial de este juicio, por medio de apoderado.

Luego es evidente que del mismo certificado consta que la sociedad Tedesco S. A. está registrada en la Cámara de Comercio de Cali, en el libro correspondiente. Qué más? Acaso el tribunal piensa que fuera del registro de que hace mérito el certificado hay otro especial y distinto? Si lo ha creído así, reclama algo desprovisto de fundamento legal, pues basta la lectura de los artículos 29, 30, 39 y 40 de la ley 28 de 1931 para convencerse de que el registro del artículo 40 es el mismo de los artículos 29 y 30.

Corregida así la equivocación del tribunal, la Corte entra a calificar en el fondo la acción ejercitada.

Conforme lo sentenció el juez de primera instancia la acción está acreditada en las constancias procesales, según lo siguiente:

A.—El señor Guillermo Caicedo Albán y la señora Raquel Henao de Caicedo Albán transfirieron a la sociedad Tedesco S. A., a título de venta, un lote de terreno con cabida superficial de seis mil quinientos cuarenta metros cuadrados con diez y ocho decímetros cuadrados (6.540,18 m. cuad.). El hecho anterior tiene fundamento en la escritura pública número 204 de 3 de febrero de 1942, de la notaría 2ª de Cali, que reza en lo pertinente: "...comparecieron los señores Guillermo Caicedo Albán y Raquel Henao de Caicedo Albán... y expusieron: Primero.—Que por medio del presente instrumento los comparecientes transfirieron a título de venta y perpetua enajenación a favor de Tedesco S. A. un lote de terreno situado en esta ciudad, comprendido entre los puntos señalados en las letras C. D. Q. V. en el plano protocolizado por medio de la escritura número mil quinientos diez (1510) de diez de septiembre de mil novecientos veintiocho, de la Notaría Primera de este Circuito, con una cabida superficial de seis mil quinientos cuarenta metros cuadrados (6540) con diez y ocho (18) decímetros cuadrados y alindado así..."

B.—Manifiesta la intención inequívoca de los contratantes vendedores, de transferir a Tedesco S. A. la total y exacta extensión de terreno cuya cabida fue declarada como una superficie de seis mil quinientos cuarenta metros cuadrados con diez y ocho decímetros cuadrados (6.540,18 m. cuad.) la declaración hecha por aquéllos en el instrumento a que se hizo referencia y que dice a la letra: "Cuarto... que los vendedores responden solidariamente por la cabida de seis mil quinientos cuarenta metros cuadrados con diez y ocho decímetros cuadrados (6.540,18 m. cuad.) que constan en el plano..."

C.—El precio de la compra-venta fue convenido en la suma de veintidós mil pesos ($ 22.000,00) moneda corriente que, según la escritura precitada, fue recibido por los vendedores de parte de la sociedad compradora Tedesco S. A.

D.—En el dictamen pericial rendido por los señores Ingenieros Guillermo A. Lemos Guzmán y Luis E. Palacios, con motivo de la inspección ocular solictada por el señor apoderado de Tedesco S. A. dentro del término probatorio del negocio, se afirma: "Al punto a) del memorial de pruebas: Se identificó el lote motivo del litigio de acuerdo con los linderos; al punto b): Se procedió a hacer la mensura levantando el respectivo plano que acompañamos, por el método de rumbo y distancia con un tránsito de precisión marca "Kauffel & Esser" y obedeciendo a las indicaciones del ingeniero Jefe de la Sección de Urbanismo de la Secretaría de Obras Públicas Municipales, quien fijó las líneas de paramento por las dos calles 19 y 20 y por las carreras 8ª-A y 9ª. Dibujado este plano se calculó la verdadera cabida del lote tal cual está en el terreno la que resultó de cinco mil seiscientos cuarenta metros con setenta y seis decímetros cuadrados (5.640, 76); se constató, por consiguiente, que de acuerdo con la escritura de venta faltan ochocientos noventa y nueve metros con cuarenta y dos decímetros cuadrados (899,42 m. cuad.)."

E.—En relación con el valor de los metros cuadrados que le faltan al predio, los mismos peritos declararon: "Al punto c) Estos ochocientos noventa y nueve metros con cuarenta y dos demts. cuadrados (899,42), al precio de tres pesos con trescientos sesenta y tres milésimos ($ 3,363) que dedujimos como precio unitario, basándonos en la escritura de venta, valen tres mil veinticuatro pesos con setenta y cinco centavos ($ 3.024,75) m|l."

El dictamen anterior fue corrido en traslado a las partes sin que mereciera ninguna objeción.

F.—En derecho el artículo 1888 del código civil, numeral 2º autoriza la acción ejercitada de disminución proporcional de precio". Y si la cabida real es menor que la cabida declarada, deberá el vendedor completarla; y si esto no le fuere posible o no se le exigiere, deberá sufrir una disminución proporcional del precio".

C.—No cabe la menor duda que los señores Caicedo Albán vendieron por cabida, pues confirmándolo mejor, se refirieron a un plano en donde ella consta, plano comprensivo de una proyectada urbanización, atravesada por calles y carreras. El lote vendido limita con varias calles.

D.—La sentencia del juez debe confirmarse en los apartes primero, segundo y tercero de la parte resolutiva. Y en cuanto al aparte **cuarto** se reforma, pues en lugar de intereses en la mora de 8% anual son al 6%, o sea el interés legal. Estos intereses se adeudan desde el día de la venta, 3 de febrero de 1942, en que los vendedores entraron en mora de completar la cabida vendida o rebajar el precio. Pero como la demanda tiende a que se rebaje el precio, y esta obligación se tra-

duce en el pago de la suma correspondiente, el perjuicio no puede ser otro, de acuerdo con el artículo 1617 del código civil que el pago del interés legal.

Sentencia

A mérito de las precedentes consideraciones la Sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del tribunal de Cali, pronunciada en el presente juicio, y en su lugar decreta:

PRIMERO. — Confírmanse los apartes **primero, segundo y tercero,** de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, dictada el 26 de enero de 1944; y

SEGUNDO.—Refórmase el numeral **cuarto** de la misma parte resolutiva el cual queda así: Condénase igualmente a los demandados a pagar a la parte demandante los intereses correspondientes a la suma de que trata el numeral tercero, a la rata del seis por ciento anual (6%) desde el tres de febrero de mil novecientos cuarenta y dos hasta cuando el pago se verifique.

TERCERO.—Condénase a los demandados al pago de las costas procesales de las dos instancias.

No hay costas en el recurso de casación.

Notifíquese, publíquese, cópiese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA CESION Y DE PAGO DE PERJUICIOS. — INCONGRUENCIA. — PRIMERA CAUSAL

1.—Cuando la sentencia del Tribunal es absolutoria no es, generalmente, procedente la causal de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, pues el fallo absolutorio que resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y su contestación, guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado. Sobre este punto es constante y uniforme la doctrina de la Corte. Además, como la parte resolutiva de una sentencia es la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de ella entre los litigantes y como la parte motiva es la base de la resolutiva y sirve para su interpretación, quiere ello decir que si en la motivación del fallo ha habido errónea apreciación de los hechos por falta de estimación de las pruebas, con lo cual se ha producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo no es la consagrada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., sino otra muy distinta.

2.—La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de este recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos, como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas y que están consagrados indistintamente en los diferentes códigos de la Nación. Las disposiciones de los artículos 1501, 1530 y 1618 no son sustantivas y, por tanto, no dan base al recurso de casación, como tampoco las disposiciones de los artículos 1618 y 1620 a 1625 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, trece (13) de abril de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Jorge Martínez Landínez propuso ante el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá demanda ordinaria contra Francisco y Sergio Pombo, para que mediante sentencia definitiva se declarase:

"PRIMERA.—Que es nula y carece de todo valor legal la cesión que consta en el documento privado suscrito por los demandados y por mí el 21 de mayo de 1927, documento éste que se protocolizó por medio de la escritura número 1485 de 1º de octubre de 1937 de la Notaría 5ª del Circuito de Bogotá, por cuanto tal cesión no fue hecha en la forma prescrita por la ley y para estos casos ni se cumplieron cuando ella se hizo los requisitos indispensables para que tenga eficacia jurídica;

"SEGUNDA.—Que como consecuencia de la anterior declaración declare usted que la cesión referida carece de eficacia y que por lo tanto los demandados no tienen derecho a reclamar el pago del porcentaje estipulado por no ser válida legalmente la cesión de que el documento habla;

"TERCERA.—Que es nula y carece de todo valor legal la notificación que al Fiscal Primero del Tribunal Superior de Bogotá se hizo el 22 de julio de 1939 en virtud de mandato del Juez 7º Civil de este Circuito, de la cesión contenida en el documento firmado el 21 de mayo de 1927 y de que trata la petición primera, por cuanto las notificaciones hechas no lo fueron al verdadero representante de la Nación para estos casos; en vista de que se hizo la notificación de una cesión que no era válida, que era nula y que carecía de toda eficacia legal; por cuanto cuando la notificación se hizo los derechos cedidos estaban fuera del comercio por hallarse embargados y por lo mismo no podían cederse legalmente; y en vista de que la cesión no podía realizarse válidamente sin permiso del juez que conocía del litigio al cual estaba vinculado el derecho cedido;

"CUARTA.—Que se condene a los demandados al pago de los perjuicios que me han ocasionado con los reclamos que han venido haciendo para que se les reconozca y pague un porcentaje que no les corresponde y a que no tienen derecho; y

"QUINTA.—Que se les condene al pago de las costas de este juicio".

En subsidio solicitó lo siguiente:

"PRIMERO. — Que declare que la cesión que aparece hecha a los demandados señores Pombo en el documento de 21 de mayo de 1927 fue una cesión condicional y que por lo mismo está ella

sometida al cumplimiento por parte de los cesionarios de las obligaciones que ellos contrajeron o de las condiciones que se pactaron y de las que posteriormente adquirieron en virtud de la adición o ejecución que tuvo parte del contrato de cesión y de la novación que se le introdujo por medio de la escritura número 1031, de 28 de mayo de 1927, de la Notaría 4ª de Bogotá.

"SEGUNDO.—Que como consecuencia de la anterior declaración declare usted que para que pueda darse por hecha definitivamente la cesión y perfeccionada, y para que los cesionarios puedan reclamar el pago de lo cedido es indispensable que demuestren y comprueben que cumplieron las obligaciones que contrajeron para obtener la cesión y que pagaron el valor o precio convenido por esa cesión, sin lo cual no pueden exigir el pago del porcentaje a que tal cesión se refiere;

"TERCERO.—Que como no está demostrado ni se ha comprobado que los señores Francisco y Sergio Pombo cumplieron las obligaciones que contrajeron en los documentos de cesión citados anteriormente ni que pagaran la totalidad del valor estipulado por la cesión, no tienen derecho a reclamar el porcentaje de que dichos documentos hablan, puesto que la cesión se sometió a condiciones expresas, claras y definidas, el cumplimiento de las cuales debe establecerse para que surja el derecho a reclamar lo cedido;

"CUARTO.—Que se condene a los demandados al pago de los perjuicios que me han ocasionado y de las costas de este juicio.

Como hechos fundamentales de esa demanda expuso los siguientes:

"Primero.—El 21 de mayo de 1927 celebré con los señores Pombo un contrato en el cual dije venderles o cederles el 10% de los derechos que me correspondían en el bien oculto conocido con el nombre de Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo de Cusiana. El precio de esa cesión fue la cantidad de veinte mil pesos, de los cuales sólo recibí la de mil quinientos pesos. Los cesionarios se comprometieron a pagarme los diez y ocho mil quinientos restantes en acciones de una sociedad que debía constituírse para explotar y beneficiar los terrenos en donde estaba vinculado el bien oculto denunciado por mí. Para el efecto de formar la Compañía les di poder a los señores Pombo, lo que hice en la escritura 1031 citada. Las obligaciones de los señores Pombo quedaron allí determinadas, y yo los autoricé y les dí amplias facultades para la formación de la sociedad por cuanto de ello dependía el pago del valor convenido por la cesión que les hacía, o sea, de los $ 18.500 restantes. Y ellos adquirían además la obligación de hacer gestiones de distinta índole para financiar el negocio, obligación que no cumplieron dentro del plazo que se había fijado, como no cumplieron tampoco las demás que tenían adquiridas y que eran la causa y razón de ser de la cesión que les hice, y entre las cuales estaban las de hacer todos los gastos necesarios para llegar a una finalidad práctica y que permitiera obtener los beneficios consiguientes a una negociación de esa clase;

"Segundo.—En esas condiciones es obvio y claro que los pretendidos cesionarios no pueden entrar a reclamar el porcentaje de que trata el documento, de un lado porque no cumplieron las condiciones del contrato y de otro porque no pagaron ni han pagado hasta hoy el valor convenido como precio de ese diez por ciento que hoy sí están reclamando;

"Tercero.—La ley ha fijado las normas a las cuales debe sujetarse la cesión de esta clase de derechos o créditos, y en el caso de que aquí se trata tales normas no se cumplieron, y, por lo tanto, la cesión carece de todo valor legal y no puede tener eficacia jurídica de ninguna clase;

"Cuarto. — Los señores Pombo en el deseo de asegurar el porcentaje hicieron notificar al Fiscal Primero del Tribunal de Bogotá la pretendida cesión. Esa notificación es nula por cuanto tal funcionario no representa al Estado para esa clase de actuaciones; por cuanto la notificación carecía de objeto dado que la cesión no se perfeccionó, no tuvo existencia ni eficacia jurídica y por lo mismo era inválida; en vista de que cuando la notificación se realizó ella no podía legalmente llevarse a cabo dado que en ese momento mis derechos estaban embargados, se hallaban fuera del comercio y por lo tanto la notificación de cesión era ilegal y nula; mientras sobre mis derechos gravitara el embargo que pesaba en el ejecutivo de Isaac Pulido en contra mía, dictado por el Juzgado 3º de este Circuito; y en atención a que cuando se notificó la cesión y cuando ésta misma se hizo, los derechos a los cuales ésta se hallaba vinculada eran litigiosos y la cesión no podía hacerse sin permiso del juez que conocía del litigio;

"Quinto.—Los demandados han puesto obstáculos a las gestiones que vengo haciendo con el Gobierno para que se pague la participación que me corresponde y con ello me han causado perjuicios de distinta índole, de los cuales tienen los señores

Pombo que responder;

"Sexto.—Tienen que responder también los demandados de las costas de este juicio ya que con una actuación injusta me obligan a instaurarlo en defensa de mis derechos".

Admitida la demanda, los demandados la contestaron en su oportunidad correspondiente, aceptando con salvedades el hecho primero, negando los restantes y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas. De allí en adelante corrió la litis por los trámites de rigor y el Juez del conocimiento la desató en sentencia de 21 de octubre de 1943, absolviendo a los demandados de los cargos formulados en su contra, sin costas. El demandante apeló de esa decisión y subido el juicio al Tribunal Superior de Bogotá, esta entidad, previo el trámite de ley, profirió la sentencia de 18 de diciembre de 1944, confirmando la apelada y adicionándola a la vez en el sentido de declarar negadas las súplicas principales y subsidiarias de la demanda, sin costas.

Refiriéndose en esa sentencia a los antecedentes del litigio dice el sentenciador:

"El 21 de mayo de 1927 se firmó en Bogotá entre el general Jorge Martínez Landínez, de un lado, en su condición de cedente vendedor, y de otro, entre los señores Sergio Pombo y Francisco Pombo, en su calidad de cesionarios compradores, un documento privado que fue reconocido judicialmente por los tres firmantes, ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá, en la misma fecha de su otorgamiento.

"Aparece que el 1º de octubre de 1937 fue protocolizado por Francisco Pombo en la Notaría 5ª de esta ciudad, por el instrumento público 1485 de esa fecha (fols. 11 a 13 del cuad. 1).

"Del expresado documento privado, aparece que Martínez Landínez transfirió a título de venta a favor de los susodichos Pombos diez unidades o diezavas partes o diez centésimas partes de las diez unidades o avas partes en que dé común acuerdo entre los contratantes, consideraron y convinieron en dividir el cuarenta y cinco por ciento (45%) que le corresponden a Martínez L., vendedor o cedente, según el contrato sobre denuncio de un bien oculto que tenía celebrado con el Gobierno Nacional, con fecha 22 de diciembre de 1920, sobre los terrenos denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, que conforme a todo lo que aparece en el expediente que encierra el litigio, son terrenos petrolíferos, cuyo suelo y subsuelo el general Martínez, obrando como mandatario de la Nación, conforme al expresado contrato que él celebró con ella, obtuvo o reivindicó para la Nación, y que están ubicados en Orocué. (Véase diligencia de entrega de los referidos terrenos, de 18 de octubre de 1937, fols. 5 vuelta. y 7 del cuad. 2). Y como resulta del juicio correspondiente que el general Martínez como denunciante del bien oculto promovió y ganó ante las autoridades respectivas, contra la Sociedad "Barrera, Neira & Cía.", bien que las sentencias que hayan terminado este juicio no se allegaron al litigio que se falla.

"De dicho juicio sólo da cuenta la certificación expedida por este Tribunal, el 4 de julio de 1942, sobre los puntos que indicó el actor, la cual obra de fols. 5 a 7 del cuad. Nº 2".

"..... .....

"El general Martínez y los Pombo consideraron ese cuarenta y cinco por ciento (45%) representado en 100 unidades; y de éstas el 10% Martínez se lo vendió a los Pombo.

"Por la cláusula 2ª del contrato de compraventa contenido en el expresado documento, se convino y estipuló como precio de venta la cantidad de veinte mil pesos ($ 20.000), que los compradores cesionarios, dice la cláusula, pagan al cedente vendedor así: "$ 1.500 de contado que el cedente vendedor declara haber recibido a su completa satisfacción en esta misma fecha, y $ 18.500 que los compradores cesionarios pagarán en acciones de valor equivalente a esa cantidad, de la sociedad que se ha de constituír para explotar y beneficiar los terrenos denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana".

"En caso de que no se organice ni se constituya la sociedad explotadora de esos terrenos reconocidamente petrolíferos en la cual aportará el general Martínez L. sus derechos provenientes del contrato de 22 de diciembre de 1920, según convenios especiales y diferentes de este contrato, quedan exonerados los señores Pombo o los compradores cesionarios de pagar el resto del precio estipulado aquí, y entonces el precio de las diez unidades o avas partes cedidas por Martínez L. a los Pombos será únicamente la suma ya recibida o sea la cantidad de $ 1.500 salvo el caso de que los compradores cesionarios prefieran, a su voluntad, restituírle al vendedor cedente el 10 % que les ha transferido obligándose Martínez L., a restituírles igualmente la suma recibida hoy con sus intereses bancarios". Y en seguida se consignó la cláusula 3ª así: "La cesión de los expresados derechos a favor de los compradores cesionarios, es pura y simple y sin condición, no quedando a

cargo de los compradores otra obligación que la de entregar las acciones de la compañía explotadora que se ha de constituír, equivalente o de igual al valor de la suma de $ 18.500 del precio estipulado si esta compañía se organiza y constituye. Si no se constituyere no tendrán los compradores otra obligación y podrán ejercer la opción de que se habló en la cláusla anterior".

Luego con vista en esos antecedentes concluyó "que los señores Pombo pagaron de contado la suma de $ 1.500 como parte del precio convenido de $ 20.000, y que el precio restante de $ 18.500 debían de pagarlo en acciones de la sociedad que se constituyera para explotar y beneficiar los terrenos denominados Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana, de valor equivalente a esa cantidad; y que en caso de que no se organizara y constituyera la prevista sociedad, los Pombo quedarían exonerados de pagar ese resto de precio, y entonces, el precio de las diez unidades o avas partes enajenadas por Martínez L. a los Pombo sería únicamente la suma ya recibida, o sea la cantidad de $ 1.500", añadiendo "que las cláusulas tercera y cuarta transcritas no permiten otra interpretación ni otro alcance al documento de 21 de mayo de 1927" y que "la cláusula cuarta recalca que la compraventa de las diez unidades es sin sujeción a condición".

Consideró asimismo que por el documento referido "los Pombo no quedaron con sujeción, para quedar dueños del total de las diez unidades o para quedar relevados de pagar en acciones de $ 18.000 restantes, o constituír ellos la sociedad de explotación de los terrenos petrolíferos como mandatarios de Martínez L. o como intervinientes en cualesquiera otras calidades".

Procedió después el Tribunal a considerar si esa situación contractual había sufrido o no modificación frente a los términos del mandato que por medio de la escritura pública número 1031 de 28 de mayo de 1927 les confirió Martínez L. a Sergio y Francisco Pombo para que organizaran una sociedad anónima de capital limitado con el objeto de estudiar, explorar y practicar los sondeos, análisis, cateos y demás experimentos científicos en los mencionados terrenos, y frente a la revocación que de ese poder hizo Martínez L. en 28 de septiembre de 1937. Sobre ese particular dijo que no habiéndose demostrado que Martínez L. recibió su 45 % de participación en el bien oculto y menos si ese pago se hizo en especie o en dinero ni que aquél procedió a ponerlo "a disposición de los Pombo para que con esta base ellos constituyeran o realizaran la constitución de la sociedad, no se podría decir, no se podría afirmar que los Pombo incurrieron en negligencia o culpa para no constituír la sociedad y que por ello, dichos señores no han querido o no han tenido voluntad, o incurrieron culposamente en la omisión de no dar en acciones los $ 18.500 restantes del precio de la compraventa cuestionada, o que quedaron ellos con facultad potestativa. No aparece demostrado que habiendo recibido los mandatarios del mandato los elementos conducentes a la formación de la sociedad hubieran incurrido en mora, antes de la revocación del poder; y si antes de la revocación los señores Pombo no incurrieron en negligencia o en mora en el cumplimiento de sus obligaciones como mandatarios, claro está que a partir de la revocación la imposibilidad para ellos de hacerlo sería achacable al mismo mandante, y, entonces, a causa de no haberse constituído la sociedad por la revocación del poder o por la falta del mandante de no haberles puesto a su alcance los elementos necesarios, o sea que el mandante mismo y los mandatarios hubieran iniciado la sociedad haciéndole transferencia a ésta por parte de Martínez L. del 45% de la participación del bien oculto, como capital social inicial, los Pombo habrían quedado en uno y otro evento, en uno y otro caso relevados de dar los $ 18.500 en acciones, conforme a las cláusulas del contrato privado y la compraventa del 10% de la participación de Martínez L. estaría consolidada en el supuesto de que el instrumento de mandato hubiera quedado conectado en forma indubitable con el documento privado de 21 de mayo de 1927, por la cláusula primera de aquél, y que en esa forma éste hubiera sido novado, pero aún así, y en el supuesto de que esto fuera admisible, faltaría la demostración de las ocurrencias señaladas, y ante la falta de esos elementos de juicio no se podrían hacer las declaraciones que solicita la demanda porque ellas implican la exigencia de la demostración previa de la infracción por parte de los mandatarios del contrato de mandato".

También estimó el Tribunal que no habiendo hecho referencia en forma expresa el contrato de mandato al documento privado de 21 de mayo de 1927, en tales circunstancias "no es posible deducir el **ánimo novandi**, para que con base en el instrumento de mandato las cláusulas atrás analizadas del documento privado quedaran desvirtuadas o modificadas sustancialmente por éste en la forma en que lo sustenta el señor mandatario

del actor". Y de todo ello deduce la imposibilidad para hacer la declaración primera subsidiaria y las subsiguientes de la demanda.

Refiriéndose a las súplicas principales de la demanda dijo en síntesis el sentenciador que desde el instante en que los señores Pombo pagaron de contado $ 1.500 no puede decirse que el contrato de compraventa ha carecido de causa y que siendo ese contrato consensual, conmutativo y oneroso y que habiendo pagado aquéllos la indicada suma por una expectativa con miras a ser real, el contrato tuvo causa real y lícita, y no existe de consiguiente la nulidad absoluta pretendida.

Se detiene luego el sentenciador a demostrar que el contrato de 21 de mayo no implica la cesión de un crédito, sino lisa y llanamente la enajenación de una participación fiscal en expectativa, de donde desprende que "son infundadas e injurídicas las súplicas sobre nulidad de la cesión y sobre nulidad de la notificación de la misma, con el fundamento argüido de que el bien cedido o predio cedido, en el momento de notificarse la cesión tenía el carácter de objeto ilícito" y por considerar además que la expectativa de recibir el 45% del valor del bien oculto no era lo que estaba en litigio, sino los derechos que la Nación reclamaba en juicio contra la sociedad "Barrera, Neira & Cía".

Y finalmente, respecto a las súplicas para que se condene al demandado al pago de perjuicios consideró que tampoco debía decretarse porque los Pombo al hacer sus reclamos al Gobierno "han ejercido un derecho legítimo como compradores para que se les tenga en cuenta en ese pago".

Al demandante se le concedió contra ese fallo recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede a decidirlo.

El recurrente invoca en contra de la sentencia las causales primera y segunda de casación consagradas en los numerales 1º y 2º del artículo 520 del Código Judicial.

Con respecto a la causal 2ª dice el recurrente que "el contrato de compraventa, la respuesta a la demanda y el contrato de mandato, demuestran plenamente que el general Martínez, en el momento en que celebró el contrato, era dueño de un derecho de 45% del valor del bien oculto; que aportó ese derecho a la sociedad o que autorizó a sus mandatarios para que lo aportaran por valor recibido y que cumplió todas sus obligaciones de mandante, por lo cual el Tribunal al fallar sobre esos hechos que no fueron objeto de la controversia o al tomarlos como base en su sentencia, incurrió en la causal de que trata el numeral 2º del artículo 520 del C. J."

La Corte considera:

El cargo no es fundado. La sentencia de primera instancia fue absolutoria para los demandados y la de segunda, se concretó a conformarla con la adición de declarar negadas tanto las súplicas principales como subsidiarias de la demanda y cuando la sentencia del Tribunal es absolutoria, no es generalmente procedente la causal de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, pues el fallo absolutorio que resuelve, como ha acontecido en el caso de autos, todas las cuestiones contenidas en la demanda y su contestación, guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado. Sobre este punto es constante y uniforme la doctrina de la Corte. Además como la parte resolutiva de una sentencia es la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de ella entre los litigantes y como la parte motiva es la base de la resolutiva y sirve para su interpretación, quiere ello decir que si en la motivación del fallo ha habido errónea apreciación de los hechos por falta de estimación de las pruebas, con lo cual se ha producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo, no es la consagrada en el numeral 2º del artículo 520 citado, sino otra muy distinta.

No se admite el cargo.

Con fundamento en la causal primera de casación de que trata el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente formula los siguientes cargos contra la sentencia:

A) Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho que aparece de modo evidente en los autos, e infringió directamente, por no haberlos aplicado al caso del pleito, debiendo hacerlo, los artículos 1501, 1530 y 1618 del Código Civil, sobre lo cual dice que un contrato de "compraventa es o no condicional, cuando la transmisión del todo o de parte del derecho de dominio de la cosa que se pretende enajenar, o cuando el pago de la totalidad o de parte del precio, depende o no de una condición; que el Tribunal estimó que el contrato de compraventa de las diez unidades a que se refiere la litis "es sin sujeción a condición"; que en la cláusula tercera del contrato de compraventa, que allí transcribe, "la palabra 'sí', dice con claridad meridiana que el pago, o la existencia de las nueve décimas partes del precio estipulado, de acuerdo con la intención

claramente manifestada por los contratantes, dependía de que se constituyera o no la sociedad, es decir, de un hecho futuro e incierto y por ende de una condición y de ello deduce que el Tribunal apreció erróneamente la prueba proveniente de la cláusula citada, por haber tenido en cuenta una parte y no la totalidad de ella, incurriendo en la violación indicada;

B) Sostiene que el Tribunal al decidir que el contrato sobre que versa esta controversia es puro, simple y sin condición, fallando adversamente el pleito para el demandante, como consecuencia de esa decisión, interpretó erróneamente o no tuvo en cuenta toda la parte de las cláusulas segunda y tercera del contrato, según el cual el precio no es la cantidad de $ 1.500 sino la de $ 20.000, cuya existencia dependía en su inmensa mayoría de que se constituyera o no la sociedad exploradora y explotadora del predio "Santiago de las Atalayas y Pueblo Viejo del Cusiana" y que con esa interpretación estarían de más todas las partes de la cláusula mencionada que se refiere a los $ 18.000 y que por virtud de ella el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto o infringió directamente, por no haberlo aplicado al caso del pleito, debiendo hacerlo, el artículo 1620 del Código Civil.

C) Alega que de todo lo expuesto antes se deduce que la efectividad de la inmensa mayoría del precio dependía de una condición suspensiva, la constitución de la sociedad; que las circunstancias requeridas como de cargo de Martínez L. para la formación de dicha sociedad fueron cumplidas por él; que el Tribunal, en parte por no haber apreciado y en parte por haber apreciado erróneamente él documento en que consta el contrato, la respuesta dada a la demanda y la escritura 1031, por la cual se celebró el contrato de mandato entre Martínez L. y los Pombo, afirmó que aquél no cumplió sus obligaciones de mandante, porque en el momento en que se celebró el contrato no era dueño de un derecho sino de una expectativa. Hace algunas alegaciones tendientes a demostrar el referido error y a fin de poner en claro el recurrente que cumplió la totalidad de las obligaciones que le correspondían en su calidad de mandante, a efecto de constituir y organizar la aludida sociedad, y concluye sosteniendo que por razón de esos errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas mencionadas, el Tribunal infringió directamente, por no haberlo aplicado al caso del pleito, debiendo hacerlo, el artículo 26 de la Constitución Nacional.

D) Afirma que la condición suspensiva, a cuyo cumplimiento estaba sujeta la existencia de las nueve décimas partes del precio, y por tanto, el precio mismo, era también potestativa mixta, pues su cumplimiento dependía, en el momento en que se celebró la compraventa de Martínez L. y en parte de quienes debían suscribir las acciones, y que una vez celebrado el contrato de mandato, se verificó una novación, en virtud de la cual se extinguió la obligación que tenía el recurrente de concurrir al cumplimiento de esa condición y se creó una obligación idéntica a cargo de los deudores señores Pombo; que el Tribunal no tuvo en cuenta la cláusula del contrato que provee la organización y constitución de esa sociedad y que por no haber apreciado esas pruebas o por no haberlas interpretado sin error, incurrió en error de hecho evidente, y violó, por falta de aplicación, el artículo 1687 del C. C.

E) Dice el recurrente que él cumplió con todas las obligaciones que adquirió por el contrato de mandato que consta en la escritura pública número 1031; que los Pombo no cumplieron las suyas como mandatarios, pues ni hicieron las gestiones ni suministraron las sumas indispensables para que su labor tuviera éxito, de acuerdo con lo previsto en el contrato; que "los documentos que existen en el expediente comprueban el cumplimiento por parte del demandante, pero no existe la más mínima prueba de que los mandatarios hayan hecho otro tanto"; que al proceder estos de tal manera hicieron imposible el cumplimiento de la condición de la cual dependía la existencia del precio o de su inmensa mayoría y que por tanto por ese motivo el "consentimiento de Martínez carece de causa, lo que es lo mismo, carece de causa la obligación del vendedor", y que como "los contratos que carecen de alguno de los requisitos esenciales exigidos por la ley, son absolutamente nulos", el Tribunal al no declarar esa nulidad infringió directamente, por falta de aplicación, los artículos 1740 y 1741 del Código Civil.

Se considera:

En el orden en que han sido formulados por el recurrente procede la Corte a considerar los cargos cuya síntesis acaba de hacerse.

A) La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de este recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos, como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas y que están consagrados in-

distintamente en los diferentes códigos de la Nación. Las disposiciones de los artículos 1501, 1530 y 1618 del Código Civil, que el recurrente señala en este cargo como violados por el Tribunal, no dan base por sí solos al recurso de casación, porque tales preceptos no consagran derechos ni obligaciones. En efecto el artículo 1501 se concreta a establecer que en cada contrato se distinguen las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza y las puramente accidentales y a definir qué se entiende por unas y otras. El artículo 1530, se circunscribe a definir lo que se entiende por obligación condicional y el 1618, contiene una de las reglas de la interpretación de los contratos; pero ninguno de ellos constituye un precepto sustantivo en el sentido antes mencionado, requerido para la prosperidad de una acusación cuando se invoca la primera de las causales de casación.

No es admisible el cargo.

B) Es también improcedente este cargo, porque le son igualmente aplicables las mismas razones expuestas para no admitir el precedente, pues el recurrente señala como violado, por falta de aplicación, el artículo 1620 del Código Civil, que contiene también una regla de interpretación de los contratos, y que no otorga, por consiguiente, derechos para las personas. Sobre este preciso texto legal ha dicho la Corte: "Las disposiciones de los artículos 1618 y 1620 a 1625 del Código Civil, que el recurrente señala como violadas por el Tribunal, no dan base, como jurisprudencialmente lo tiene establecido la Corte, al recurso de casación por el motivo primero del artículo 520, porque tales preceptos no consagran derechos y contienen simplemente reglas o consejos para una acertada interpretación contractual en busca de la verdadera intención de las partes que es la norma predominante, en forma que a su quebranto no puede llegarse sino a través del desconocimiento de otros textos de la ley". (Casación, 16 de octubre de 1943, G. J. Nos. 2001 a 2005, pág. 211).

No prospera, por tanto, el cargo.

C) La disposición que se cita como violada por falta de aplicación y a través de los errores de hecho que se imputan al sentenciador, es el artículo 26 de la Constitución Nacional; pero no dice el recurrente si ese texto corresponde a la anterior o a la actual codificación constitucional. Si ha querido referirse a ésta, es claro que el quebranto de esa norma podría dar lugar en su caso a la nulidad de la actuación, pero alegada dentro de la causal 6ª de casación, de que trata el artículo 520 del Código Judicial, mas no, con fundamento en la 1ª, que es la que aquí se ha invocado. Por este error de técnica se destaca la improcedencia del cargo. Ahora, si se ha querido invocar la codificación anterior a la vigente, es preciso observar que el citado artículo 26 consagra en sus distintos incisos varios principios relacionados pero diferentes entre sí, a saber: por el primero de ellos, se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título con arreglo a las leyes civiles y se establece la primacía de la utilidad pública o del interés social sobre el interés privado; por el segundo, se reconoce que la propiedad es una función social que implica obligaciones; por el tercero, se prescribe en qué casos y condición puede haber expropiación; y en el cuarto, se confiere una facultad al legislador para determinar, por razones de equidad, los casos de expropiación en que no haya lugar a indemnización. No dice el recurrente, como era su deber hacerlo, cuál de estos principios es el quebrantado por la sentencia y el concepto en que lo ha sido, y esta sola omisión se opone a la prosperidad del cargo.

Además sabido es que la parte resolutiva del fallo es la que fija las relaciones jurídicas de los litigantes en relación con el pleito, y si se comparan las peticiones principales y subsidiarias de la demanda, arriba transcritas, con la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal en que se absolvió a los demandados de los cargos que en su contra se le había formulado, se comprende fácilmente que la decisión del sentenciador no desconoce ni vulnera el derecho adquirido que el demandante dice tener por concepto de su participación acordada con el Gobierno sobre denuncio y restitución del bien oculto antes mencionado, porque en relación con este punto nada se decidió en la sentencia. Bien es verdad que en la parte motiva el Tribunal hace algunas consideraciones sobre que el recurrente al momento de la celebración del contrato de 21 de mayo no tenía sino una expectativa sobre el bien denunciado como oculto, porque el juicio sobre restitución del mismo al patrimonio nacional no se había concluído para ese entonces ni el demandante había recibido su participación del 45% y tales consideraciones las tuvo en cuenta el Tribunal para determinar cuál había sido el objeto del contrato referido, empero ellas no lo condujeron a decidir, como no decidió, en la parte resolutiva en forma favorable o adversa para el derecho adquirido que el recurrente sostiene le asiste.

Si, pues, de la resolución proferida por el sen-

tenciador no se desprende en forma alguna el quebranto del artículo 26 de la Constitución, el cargo es improcedente.

D) Este cargo es ineficaz, porque no se ajusta a la técnica de la casación por las siguientes razones: primera, porque no expresa el pasaje o las conclusiones de la sentencia contra los cuales se endereza; segunda, porque imputa al Tribunal error de hecho por falta de apreciación de la cláusula del contrato de 21 de mayo de 1927, que prevé la organización y constitución de la sociedad explotadora de los terrenos denominados "Santiago de las Atalayas" y "Pueblo Viejo del Cusiana" y del contrato de mandato de que trata la escritura número 1031 de 28 de mayo de 1927, y está visto por las transcripciones que de los considerandos de la sentencia se hicieron arriba, que el Tribunal sí tuvo en cuenta los referidos elementos probatorios y que con base en ellos dedujo las conclusiones que también se sintetizaron; tercera, porque el recurrente se limita a decir que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas "por no haberlas interpretado sin error" y sabido es que conforme al numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, no basta alegar dicho error sino que es necesario demostrarlo al mismo tiempo, y el recurrente no hace esa demostración.

De otro lado, no sobra advertir que el mandato de que habla la escritura número 1031 citada, se les confirió a los Pombo para que en nombre y representación de Martínez L. constituyeran y organizaran la sociedad exploradora de los mencionados terrenos; es decir, que los Pombo obrarían como mandatarios de aquél, ejecutando en su nombre una obligación propia de éste. Por consiguiente si el recurrente reconoce que conforme al contrato de 21 de mayo de 1927 corría a su cargo la obligación de constituír dicha sociedad y si en el mandato esa misma obligación debía cumplirse por los mandatarios en nombre de él, es claro que el mandato no introdujo novación alguna por este aspecto a la primitiva obligación. Si los mandatarios no cumplieron oportunamente con el encargo que habían recibido y aceptado, otras son las consecuencias jurídicas que de ello se desprende.

No prospera el cargo.

E) El cargo no es eficaz. El sentenciador expuso con toda claridad, como atrás se vio al hacer la síntesis de los considerandos de la sentencia, las razones en virtud de las cuales debían negarse las súplicas principales de la demanda encaminadas a que se declarase la nulidad del contrato contenido en el documento de 21 de mayo de 1927, y en el cargo que se considera, encaminado a esa misma finalidad, no se ataca ninguno de los fundamentos del fallo invocados con aquel propósito, y sin atacarlos ni quebrarlos, no es dable en casación llegar a una conclusión contraria, buscada por otros aspectos.

De otro lado, en las súplicas principales, primera y segunda de la demanda, propuesta ésta como consecuencia de aquélla, se pidió la declaratoria de nulidad por cuanto la "cesión no fue hecha en la forma prescrita por la ley para estos casos ni se cumplieron cuando ella se hizo los requisitos indispensables para que tenga eficacia jurídica"; es decir, que la nulidad se hace depender de circunstancias o hechos coetáneos con la celebración del contrato y en el cargo que se estudia se hace derivar esa nulidad de hechos posteriores al contrato, como son el incumplimiento que el recurrente le imputa a los demandados de sus obligaciones como mandatarios, y ello deja ver con toda claridad la improcedencia de la alegación del recurrente, que es contraria a la regla que contiene el inciso final del artículo 471 del Código Judicial, según la cual las sentencias deben estar "en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes". Por último, si los demandados, que en el caso de esta demanda habría que reputar como deudores, ejecutaron hechos que hicieron imposible el cumplimiento de la condición a que el cargo se refiere, en ese evento la consecuencia que de ello se desprendería no sería en ningún caso la nulidad del contrato, sino otra totalmente distinta.

En consecuencia, no prospera el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y ocho de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente juicio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—TECNICA DE CASACION.

1.—En casación no es suficiente expresar que tal o cual disposición ha sido violada y extenderse en razonamientos probatorios de carácter general alrededor del alcance de las disposiciones analizadas. Con ello se habrá hecho un alegato de instancia, mas no una demanda de casación. La técnica de este recurso exige que, además de citar las disposicones violadas, se puntualice claramente el concepto en que lo hayan sido y la clase de error en que hubiere incurrido el tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso al través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera.

2.—Es sabido que las providencias de sobreseimiento apenas estatuyen sobre la inexistencia del delito que se investiga o sobre la ausencia de pruebas de la responsabilidad del acusado, y que en consecuencia las cuestiones sobre propiedad les son ajenas. Pueden, claro, éstas tratar y razonar respecto de ellas en cierta clase de investigaciones, como antecedentes y fundamento para la definición de lo que es propio y exclusivo del juez penal, pero el concepto que éste emita no prejuzga ni compromete la cuestión civil porque la decisión concreta y definitiva respecto a quién pertenece un bien es del resorte del juez civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En recurso de casación viene a la Corte la sentencia pronunciada por el tribunal superior del distrito judicial de Bogotá en la segunda instancia del juicio civil ordinario de Eliseo Cruz R. contra José Gregorio Baquero y otros, en calidad de representantes de la sociedad conyugal que formaron Timoteo Baquero y Angelina Guerrero de Baquero, ya fallecidos, y herederos de éstos, para obtener el pago del valor de unos materiales de hierro.

Concretamente la demanda inicial del pleito se funda en que en el año de 1923 Eliseo Cruz le compró a Roberto Bonnet, y éste le entregó la lista de materiales de hierro enumerados en el libelo; estando el primero en posesión tranquila de esos elementos, el segundo fraguó con Timoteo Baquero un contrato de compra-venta de los mismos y otros elementos, que hicieron constar en escritura pública Nº 1517 de 29 de agosto de 1924, otorgada en la notaría tercera de Bogotá, la cual tuvo por única finalidad arrebatarle a Cruz lo que había comprado; después Baquero puso un denuncio criminal contra Cruz atribuyéndole el delito de abuso de confianza, y en esa investigación se secuestraron los enseres enunciados, los cuales tenía Cruz parte en el municipio de Orocué y parte en Puerto Barrigón, municipio de Villavicencio, y de esta manera se le arrebató la posesión; como consta en diligencia extendida por el alcalde de Villavicencio en Puerto Barrigón, Timoteo Baquero se constituyó fiador del secuestre Rogelio Hernández, y luego se apropió de las cosas que habían sido secuestradas, disponiendo de ellas, según lo confesó en diligencia de 14 de diciembre de 1929; la investigación a que dio lugar el denuncio de Baquero fue fallada por el juez primero superior de Santa Rosa de Viterbo, en providencia confirmada por el tribunal, providencias en las cuales se sobreseyó definitivamente en favor del denunciado y se dispuso además levantar el depósito de los materiales, los cuales no le fueron devueltos a Cruz, porque Timoteo Baquero dispuso de ellos, por lo cual es responsable de su valor; cuando se le arrebataron los materiales a Cruz los tenía ya vendidos al doctor Ruperto Melo, por la suma de cuatro mil pesos, negocio que no pudo efectuar; cuando Timoteo Baquero se adueñó de los materiales estaba casado con Angelina Guerrero de Baquero, y son herederos de ambos los demandados.

En estos hechos se apoyan las peticiones de la demanda. En la **primera** se solicita que la sociedad conyugal de Timoteo Baquero con Angelina Guerrero, o sus herederos, sean condenados a pagarle a Cruz el "valor comercial actual de los materiales que quedaron enumerados en el hecho

primero de esta demanda, o sea la suma de diez mil pesos, o bien la suma de cuatro mil pesos en que yo los tenía vendidos al doctor Ruperto Melo". Y en la **segunda** que los mismos demandados "deben pagarme el valor de los perjuicios que me causó Timoteo Baquero al vender los materiales que no eran suyos y a sabiendas de que eran míos..."

En derecho el demandante invocó los artículos 955, 946, 947, 950 y 952, relativos a la acción reivindicatoria.

Dice el tribunal en la sentencia, en síntesis, y dando la razón que lo llevó a confirmar la absolución que impartió el juzgado de primera instancia, que el "demandante como único título ostenta los autos de sobreseimiento dictados por el juez 1º Superior de Santa Rosa de Viterbo confirmados por el tribunal superior...

...Como consecuencia del sobreseimiento el juez ordenó levantar el secuestro y citar al secuestre señor Rogelio Hernández y su fiador señor Timoteo Baquero. Es pertinente advertir que éste respondía de las obligaciones de aquél con una caución de $ 500... Es indiscutible que la sentencia penal reconoce la propiedad de Eliseo Cruz sobre varios de los artículos que fueron objeto de la diligencia, pero esa sentencia no venía a decidir la cuestión civil de propiedad, como lo dice el mismo fallo; la cuestión de propiedad es una cuestión civil... La acción en el presente caso no se intenta contra el depositario. El señor Baquero en la diligencia que se dejó transcrita, sostiene que es dueño de los enseres cuya entrega se le exigía, no fue a él que se entregaron, y sostiene que es dueño porque el señor juez de Orocué le hizo entrega en tal carácter. Por lo tanto debe considerarse como un poseedor, y para que triunfe la acción del actor debe demostrar en el juicio civil un derecho más caracterizado que el del demandado. No lo ha demostrado de las pruebas que ha presentado, por tanto, no puede prosperar la acción. Solamente si hubiera demostrado esto habría que entrar a estudiar si puede prosperar la acción que intenta basado en el artículo 955 del código civil, para que quien enajenó la cosa restituya lo que recibió por ella, siempre que por haberla enajenado se haya hecho imposible o difícil su persecución; y si la enajenó a sabiendas de que era ajena para la indemnización de todo perjuicio. Para que prospere esta acción se debe demostrar además: que el poseedor temía que se le demandara el dominio y para evitar esto la enajenó a otro con quien el pleito sería más difícil. En el caso presente no se nota este temor de parte del actor ya que el señor Baquero manifestó el 14 de diciembre de 1929 ser dueño de los enseres materia de este pleito y sólo se incoó esta acción reivindicatoria el 30 de octubre de 1942, es decir, doce años después de tener la posesión el señor Baquero y ya una vez muerto éste. Si la enajenación la hizo el poseedor de mala fe, es decir, para evitar la persecución de la cosa, el reivindicador tiene que probar esta mala fe para que el poseedor tenga que indemnizarlo de todo perjuicio; nada de esto probó el actor".

La notificación del levantamiento del secuestro en el juicio criminal seguido contra Eliseo Cruz, hecha a Timoteo Baquero, como fiador del secuestre señor Rogelio Hernández, pieza a que alude la sentencia, dice lo siguiente: "En Villavicencio a 14 de diciembre de 1929, notifiqué personalmente las piezas anteriores que forman este exhorto, al señor Timoteo Baquero, impuesto firma diciendo que siendo alcalde el señor Carlos Turriago en esta ciudad y secretario Luis M. Castro, le avisaron al señor Baquero que tenían que ir a hacer dos diligencias al Puerto de Barrigón, una civil y otra criminal; que la civil era para entregarle al señor Baquero todos los materiales de zinc, hierro, etc., de que hablan las anteriores diligencias sin dar fianza ni aseguro ninguno por tener orden del juez del circuito de Orocué para hacerle la entrega en esa forma como legítimo dueño como consta en la escritura que está en el juicio en Santa Rosa de Viterbo, y al efecto le hicieron la entrega de tales materiales y en tal virtud dispuso de ellos Timoteo Baquero. Firmado, Luis Antonio Pardo".

El recurso de casación

El recurrente acogiéndose a la causal primera de casación formula los siguentes cargos contra la sentencia del tribunal:

1.—Violación de los artículos 66, 1768 del código civil, 473, 660 y 661 del código judicial.

Se alega: Timoteo Baquero inició ante la autoridad correspondiente contra Eliseo Cruz una acción penal y el fundamento de ella consistió en que este último había dispuesto de los materiales de una casa de hierro de propiedad del primero. La autoridad penal investigó el hecho denunciado y lo juzgó, declarando a Cruz inocente del hecho que se le atribuía, porque este último demostró que las cosas a las cuales se refería Timoteo Baquero no eran de propiedad del denunciante sino

de la propiedad exclusiva de Cruz, y esta demostación la aceptó el juez superior de Santa Rosa y por eso sobreseyó definitivamente a favor del acusado. Ese sobreseimiento es cosa juzgada al tenor de lo que establecía entonces el artículo 33 de la ley 104 de 1922. La presunción de verdad que envuelve la cosa juzgada obliga a toda autoridad, y por lo mismo el tribunal de Bogotá debió aceptar como resuelta en forma definitiva la cuestión sobre propiedad de los materiales que Timoteo Baquero pretendió discutirle a Eliseo Cruz en la acción penal, y como no lo hizo quebrantó las disposiciones legales citadas.

2º Violación del artículo 955 del código civil en armonía con las demás disposiciones reglamentarias del derecho de dominio.

Se alega: El pensamiento del tribunal es contradictorio, porque de una parte acepta que la justicia penal reconoció la propiedad de Eliseo Cruz; y por otra parte niega eficacia a ese reconocimiento judicial. Con lo cual el tribunal incurrió en un grave error de derecho en la apreciación de las pruebas, que lo llevó a violar el artículo 955 del código civil.

3º Violación de los artículos 1758, 1759 y 1765 del código civil y 632 del código judicial.

Se alega: Las disposiciones legales citadas establecen que el contenido de documentos públicos o auténticos es plena prueba ante cualquier funcionario o autoridad; en este caso la cuestión sobre propiedad fue expresamente decidida o reconocida por la justicia penal, luego el tribunal de Bogotá debió aceptar como prueba el contenido de tales documentos. Y al no hacerlo así incurrió en error de derecho.

4º Violación de los artículos 762, 775 y 786 en relación con el 2273 y siguientes del código civil.

Se alega: El tribunal al reconocer en su fallo que Timoteo Baquero tenía a su favor, cuando dispuso de los materiales, la presunción que consagra el artículo 762 del código civil, hizo una indebida aplicación de esta disposición y quebrantó las otras normas legales citadas. El procedimiento de Timoteo Baquero al disponer de cosas que estaba obligado a restituir por orden de la justicia, fue hasta delictuoso, y sin embargo, el tribunal ve en ese procedimiento un acto capaz de producirle una situación jurídica favorable.

5º Violación de los artículos 768 y 769 del código civil.

Se alega: El tribunal sostiene que Timoteo Baquero tenía la posesión material de las cosas que vendió, de buena fe, y al hacer esta afirmación contraría el tenor claro del artículo 769 citado, conforme al cual la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria; y como claramente lo dice el numeral 3º del artículo 2531 de la obra citada, la existende un título de mera tenencia, en quien pretende el carácter de poseedor, hace presumir la mala fe, y en este caso está acreditado que Timoteo Baquero sabía que las cosas de que dispuso estaban secuestradas por la justicia, pues él estaba obligado a responder junto con Rogelio Hernández del secuestro.

6º Violación del artículo 1769 del código civil y 606 del código judicial.

Se alega: Las disposiciones citadas establecen que la confesión es plena prueba contra quien la hace, y el artículo 609 del código judicial agrega, que la modificación de una confesión debe ser establecida por quien pretende aprovecharse de ella. En este caso como consta de la diligencia extendida el día 14 de diciembre de 1929, Timoteo Baquero confesó que los materiales de zinc y hierro entregados a Rogelio Hernández bajo la garantía del mismo Baquero, éste los vendió, luego esa confesión es plena prueba contra él sobre el hecho de haber dispuesto de cosas que no le pertenecían.

7º Nueva violación del artículo 955 del código civil.

Se alega: La consecuencia lógica del seguimiento del juicio penal y la manera como éste concluyó, ordenando la entrega a Eliseo Cruz de los materiales que le habían sido arrebatados, entrega que no se pudo cumplir porque Timoteo Baquero dispuso indebidamente de dichos materiales es la prosperidad de la acción instaurada, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 955 citado. Pero el tribunal rechaza la acción, porque su fallo hace un estudio errado de todos los elementos de prueba agregados al expediente, desnaturalizándolos, cuando al contrario establecen plenamente todos los elementos de la acción propuesta.

Motivos de la Corte

Salvo el cargo **tercero**, en los demás hay manifiesta deficiencia en su formulación, pues aunque se citan disposiciones como violadas por el sentenciador, sin embargo, no se concreta ni determina con la precisión que la índole de este recurso exige, el concepto en que haya sido quebrantada la ley ni la prueba o pruebas erróneamente apreciadas.

En casación no es suficiente expresar que tal o cual disposición ha sido violada y extenderse en razonamientos alrededor del alcance de las disposiciones en análisis probatorios de carácter general. Con ello se habrá hecho un alegato de instancia, mas no una demanda de casación. La técnica en este recurso exige que además de citar las disposiciones violadas, se puntualice claramente el concepto en que lo hayan sido, y la clase de error en que hubiere incurrido el tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso al través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera.

Por ello es doctrina uniforme y reiterada de la Corte la de que "aunque el recurrente cite muchas disposiciones como violadas por la sentencia para justificar por cierto motivo la primera causal, si el recurrente no dice como hayan sido violadas, o el concepto en que lo fueran, ni si la violación es directa o indirecta, o emanada de una mala apreciación de determinadas pruebas, la Corte prescinde de considerarlo, porque ella no puede suplir de oficio las omisiones del recurrente". (Jurisprudencia de la Corte Súprema de Justicia, tomo 3º, Nº 612).

El cargo **tercero,** habla de que el tribunal incidió en error de derecho al dejar de apreciar las providencias de la justicia penal como prueba de la propiedad, contra lo preceptuado en los artículos 1758, 1759 y 1765 del código civil, disposiciones que por ello resultaron infringidas.

Pero no hay tal violación de las disposiciones aludidas, pues el tribunal estuvo lejos de menospreciar las copias traídas al proceso de las providencias penales del juez y tribunal de Santa Rosa, en calidad de instrumentos públicos. Las apreció como tales, y solamente desconoció que hubieran decidido la cuestión de propiedad. De haber decidido efectivamente tales providencias la cuestión propiedad, el cargo también estaría mal formulado, en razón de que las disposiciones infringidas no serían las citadas sino las pertinentes que estatuyen sobre la fuerza de la cosa juzgada.

Pero prescindiendo de estos reparos técnicos, suficientes por sí solos para impedir la prosperidad del cargo, la cual tampoco encuentra que el tribunal haya cometido ningún error dejado de ver en las decisiones del juez y del tribunal de Santa Rosa de Viterbo, juzgamiento sobre la propiedad de los materiales de hierro reclamados en este juicio civil por don Eliseo Cruz.

Es sabido, en efecto, que las providencias de sobreseimiento apenas estatuyen sobre la inexistencia del delito que se investiga o sobre la ausencia de pruebas de la responsabilidad del acusado, y que en consecuencia las cuestiones sobre propiedad le son ajenas. Pueden, claro, éstas tratar y razonar respecto de ellas en cierta clase de investigaciones, como antecedentes y fundamento para la definición de lo que es propio y exclusivo del juez penal, pero el concepto que éste emita no prejuzga ni compromete la cuestión civil, porque la decisión concreta y definitiva respecto a quién pertenece un bien es del resorte del juez civil.

Tal es la tesis del sentenciador. Por eso en párrafo a que el recurrente alude, pretendiendo exhibir allí la prueba de un concepto errado, cuando es al contrario la expresión de sana y jurídica idea, dice: "...esa sentencia (la penal) no venía a decidir la cuestión civil de propiedad, como lo dice el mismo fallo; la cuestión de propiedad es una cuestión civil".

Y efectivamente, los autos de sobreseimiento no sólo se abstuvieron, como correspondía, de declarar al denunciante o al sindicado dueño de las cosas en disputa, sino que clara, explícitamente remitieron la solución de ese punto a la jurisdicción competente. El juez superior se expresó así: "En resumen se tiene que aquí, en este caso de autos no puede existir infracción de disposición del código de penas sino que el campo solamente es propicio para acciones civiles, esto es, no hay existencia de ningún delito y por tanto no compete a Eliseo Cruz responsabilidad criminal de ningún género". El tribunal, por su parte, dijo esto: "De modo manifiesto se revela en las piezas del expediente que se trata de un asunto cuya resolución compete de modo exclusivo a las autoridades judiciales del orden civil y que el denuncio carece por lo mismo de todo fundamento".

De manera que el tribunal apreció en su verdadero y real valor las providencias de sobreseimiento en favor de don Eliseo Cruz, pues definir que éste no es autor del de abuso de confianza que tuviera como objetivo la apreciación indebida de unos elementos, no es definir que éste sea dueño de esos mismos elementos. Se concibe que sin ser dueño Eliseo Cruz de los elementos que reclama en este juicio, la retención que éste hiciera de ellos y que ocasionó el denuncio criminal de don Timoteo Baquero, no constituyera hecho criminoso de abuso de confianza, el cual supone dolo en el agente. Los jueces penales decidieron que no existía

dolo. Nada más. Sus fallos obligan en este sentido. La cuestión de propiedad está sin juzgar. Y aunque emitieran conceptos favorables a que la propiedad de los elementos secuestrados en poder del secuestre Rogelio Hernández corresponde a Cruz, ello no vincula a los jueces civiles, comoquiera que éstos reconocerán tal propiedad en tanto esté acreditada en este juicio, no por los conceptos que anticiparan los jueces penales, sino por las comprobaciones que aquí se hayan allegado.

De consiguiente es infundada la acusación de error de derecho en la apreciación de las providencias de la justicia penal.

En el caso del numeral **segundo** se habla de error en la apreciación de las pruebas, y quebranto por este aspecto del artículo 955 del código civil.

El cargo se invalidó por cuanto no puntualiza la prueba mal apreciada. Mas si el actor ha querido referirse a las providencias de la justicia penal, el punto quedó arriba aclarado.

Y si quiso referirse a la diligencia de notificación a Timoteo Baquero del levantamiento del secuestro, tampoco prospera la acusación. En la apreciación de esa diligencia no hay error de derecho, pues el juzgador le ha dado el valor probatorio que en la ley le corresponde, de instrumento destinado a comprobar que el secuestro se levantó. Pero **per se** y de acuerdo con la ley el acta no está destinada a comprobar propiedad. De consiguiente si habiendo en esa acta constancia de algún hecho de donde pudiera inferirse la propiedad en favor de Cruz, que el tribunal dejó de advertir, el error en la apreciación no sería de derecho sino de hecho, que no es la acusación propuesta. La Corte no podría cambiar los términos de la acusación.

Sin embargo, por abundar, no está demás advertir que el acta sobre el levantamiento del depósito, en la cual el demandante ha creído encontrar la prueba definitiva de que los elementos reclamados le pertenecen, ninguna convicción aporta al respecto. Anteriormente se transcribió literalmente esa diligencia. Lo único importante de ella es la confesión de Timoteo Baquero de que él dispuso de los elementos que figuraban depositados en el sumario por ser dueño de ellos en virtud de haberlos comprado y entregádoselos otro juez. La confesión de Baquero sirve para enderezar contra él la acción de dominio, en manera alguna para comprobar plenamente la propiedad que alega el demandante. Así lo estimó también el tribunal. Apreciación correcta, exenta por lo tanto de error de hecho o de derecho.

Por último, en calidad de razón subsidiaria encaminada a negar la acción, el tribunal toma pie en el artículo 955 del código civil, que consagra en favor del dueño de la cosa enajenada por otro, una acción personal para la restitución de lo que éste haya recibido por ella, acción que el tribunal estima ser la ejercitada en la demanda, y sobre esa base concluye que en el presente caso se ha debido demostrar además que el señor Baquero, antiguo poseedor, enajenó la cosa con el fin de eludir el pleito y hacer más difícil la situación del señor Cruz.

Este concepto del tribunal de suyo suficiente a sostener el fallo, está en pie, pues aun cuando el recurrente, según el cargo **séptimo,** acusa por violación del artículo 955 —pero dejando de indicar a qué clase de violación se refiere si directa o indirecta, con lo cual la acusación es ya defectuosa—, el error del tribunal lo vuelve a encontrar en el alcance probatorio de los fallos penales. Es decir, repite la misma acusación formulada anteriormente, sin añadir nada nuevo.

Para que el concepto antedicho del tribunal cayera, se requería que se hubiese formulado el respectivo cargo de violación directa del artículo 955, y se hubiese demostrado que la interpretación que se le dio a este precepto lo desnaturaliza y desvirtúa.

En suma es innecesario seguir agregando razones. Las expuestas son suficientes a patentizar la ineficacia de los cargos de casación.

Por lo expuesto la corte suprema, sala de casación civil, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, declara que NO CASA la sentencia del tribunal superior de Bogotá, materia del recurso examinado.

Las costas del recurso son de cargo de la parte recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Firmados:

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón., Secretario en propiedad.

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR SUPUESTA INFRACCION DE UN CONTRATO. — APRECIACION DE PRUEBAS

1.—Como ha sostenido la Corte en uniforme y reiterada jurisprudencia, la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantica. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es necesario que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida y sin este complemento la acusación queda a medio camino o inútil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Roberto Rodríguez R. compró a Enrique Baena Palacio, por medio del conocido sistema de clubs, con sorteos y pagos semanales, el billete de lotería número 13502, del sorteo extra "Ciudad de Neiva", del cual se había constituído depositario el Gerente de la Lotería del Huila en esta ciudad. Rodríguez cubrió con alguna anticipación el valor de las cuotas semanales correspondientes, lo que le daba derecho según el contrato a recibir del vendedor el respectivo billete; pero ocurrió que la entrega convenida no se le llegó a hacer porque el billete mencionado fue remitido por la Gerencia de la Lotería a la Agencia de Barrancabermeja y vendido allá.

Alegando esos antecedentes y además que el premio mayor del sorteo extra referido correspondió al número 30882, cuya última cifra es igual a la del billete comprado y no entregado; que dicho billete lo había pagado para obsequiárselo a su ahijada María Teresa Cifuentes Díaz, el día de su cumpleaños, y que a ésta, por intermedio de su padre legítimo Agustín A. Cifuentes le había cedido todos los derechos que adquirió por medio del contrato de compraventa aludido, tanto Rodríguez como Cifuentes propusieron juicio ordinario contra la "Sociedad Interdepartamental Mercantil, S. A.", Administradora de la Lotería de la Beneficencia del Huila, en esta ciudad, representada por Enrique Andrade Isaza, para que en sentencia definitiva se le condenara al pago de la suma de diez mil pesos ($ 10.000.00), como perjuicios por el incumplimento del contrato referido y a las costas del juicio.

Tramitado el pleito en debida forma el Juzgado del conocimiento que lo fue el 8º Civil del Circuito de Bogotá, lo decidió en sentencia de 27 de enero de 1944, en la cual resolvió:

"1º La Sociedad Interdepartamental Mercantil incumplió el contrato número "A. F. 02" del Club de Billetes del Sorteo Extra "Ciudad de Neiva", de fecha marzo 12 de 1940, celebrado entre Roberto Rodríguez R. por una parte y J. Restrepo Robledo como agente del Club, por la otra.

"2º Como consecuencia de este incumplimiento, la referida Sociedad Interdepartamental Mercantil, S. A. ocasionó a Roberto Rodríguez R. perjuicios materiales y morales.

"3º Agustín A. Cifuentes es cesionario de "todos los derechos que el cedente adquirió en el contrato", incluyendo el derecho a reclamar judicialmente y percibir los perjuicios que el incumplimiento del contrato causare al cedente.

"4º Condénase a la "Sociedad Interdepartamental Mercantil", sociedad anónima, a pagar a Agustín A. Cifuentes los perjuicios materiales y morales a que se ha hecho referencia en el numeral 2º de la parte resolutiva.

"La parte favorecida, al pedir el cumplimiento del fallo, hará una liquidación motivada y especificada de tales perjuicios.

"5º Se condena a la parte demandada al pago de las costas del juicio".

Por recurso de apelación interpuesto por la parte demandada llegó el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá y esta entidad, previo el trámite correspondiente, le puso fin a la segunda instancia mediante la sentencia de 5 de mayo de 1945, por medio de la cual revocó la apelada y en su lugar absolvió a la Sociedad demandada de los cargos contenidos en la

demanda, condenando además a la parte actora a las costas del juicio.

En esa providencia el Tribunal después de hacer un relato de los antecedentes del pleito procedió a citar los documentos acompañados por el actor a su demanda y en especial los que obran a los folios 5, 6, 7 y 20 del cuaderno número 1 del expediente y á resaltar los hechos que en ellos constan. Luego se concretó al examen de la acción instaurada, citando las disposiciones legales que creyó pertinentes al caso del litigio, para decir que la demanda instaurada versa sobre indemnización de perjuicios por incumplimiento del contrato de compraventa de un billete de lotería, con fundamento en la culpa en que incurrió la parte vendedora y que en tratándose de contratos bilaterales la culpa a cargo del deudor se presume, en caso de inejecución o mala ejecución de las prestaciones a que estaba obligado; pero que a pesar de ello el acreedor para la prosperidad de la acción está obligado a suministrar la prueba plena del daño, porque éste no puede presumirse. Más adelante, después de hacer algunas consideraciones sobre la naturaleza del contrato materia de la litis concluyó que por el actor "no se adujo prueba completa alguna, ni se ensayó siquiera producir sobre el hecho-daño, sobre el perjuicio patrimonial y material que hubiera recibido el actor Rodríguez como comprador del billete relativo al número 13502, y que no le fue entregado" y que el sólo hecho de no habérsele hecho entrega del billete al demandante, no constituye daño, porque no pudiendo éste presumirse era indispensable dar la prueba de su acaecimiento para que la demanda por perjuicios con base en la culpa contractual pudiera triunfar.

En lo tocante al daño moral cuya reparación se solicita, estimó el sentenciador que en casos como el de autos el perjuicio patrimonial se confunde con el moral, por lo cual "no es el caso de considerar, y menos de ordenar el pago, por el perjuicio moral subjetivo".

Finalmente dijo que la condenación en abstracto tampoco podía ordenarse, por cuanto en los autos brilla por su ausencia, de modo absoluto, "la prueba de la INEXISTENCIA del daño patrimonial".

Al demandante se le concedió recurso de casación, el que por estar preparado debidamente se procede a decidirlo.

Es de observarse ante todo que el recurrente no expresa la causal o causales de casación en que fundamenta el recurso, como era su deber hacerlo en presencia de lo dispuesto por el artículo 521 del Código Judicial; pero a pesar de esa omisión la Corte considera del caso entrar a estudiar los cargos que se plantean, ya que atendiendo las razones que lo sustentan, se deduce que la causal que se ha querido invocar es la primera de que trata el numeral primero del artículo 520 ibídem.

En el capítulo primero de la demanda dice en síntesis el recurrente que el Tribunal al estimar que en autos no se trajo prueba alguna que acredite la existencia del daño patrimonial incurrió en error grave de hecho y de derecho: de hecho, por no haber apreciado las pruebas que obran a los folios 5, 6, 7 y 20 del cuaderno número 1, que el recurrente allí cita, y "de derecho y también de hecho, porque si bien los perjuicios materiales fueran como lo da a entender el señor Magistrado de mínima cuántia, ello no quiere decir que los perjuicios morales también sean de mínima cuantía, porque por el contrario, de todos es sabido que un pequeño perjuicio material es el que ocasiona en el mayor número de veces los más graves perjuicios morales".

Se considera:

En el cargo que se estudia el recurrente se concretó a acusar la sentencia por haber incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho, motivado por falta de apreciación de las pruebas que cita y a expresar algunos razonamientos tendientes a demostrar dichos errores; pero en parte alguna de esa alegación se citaron las disposiciones legales sustantivas que hubieren resultado quebrantadas como consecuencia de dichos errores, y esa cita era imprescindible para la prosperidad del cargo, pues como ha sostenido la Corte en uniforme y reiterada jurisprudencia, la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es necesario que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida y sin este complemento la acusación queda a medio camino o inútil.

Por tanto no se admite el cargo.

En el capítulo segundo de su demanda sostiene el recurrente que el Tribunal violó los artículos 1605, 1606, 1613, 1614, 2245, 2252 y 2253 del C. C. al no condenar a la empresa demandada, y en desarrollo del cargo dice que ésta no ejecutó la

entrega del billete al demandante no obstante haberlo pagado antes de los términos del contrato, entrega que no hizo por haber violado el depósito efectuado por el Inspector de Juegos de esta ciudad en poder del Gerente o Administrador de la Lotería; que éste tenía el deber de conservar la cosa depositada hasta que el depositante la solicitara; que no obstante, el depositario usó y dispuso de ella sin autoridad para ello; que por tales causas la empresa quedó responsable de los perjuicios ocasionados al actor; que por haber violado el depósito, como está claramente demostrado en los autos, aquélla se colocó en la imposibilidad de entregar el billete; que ante ese incumplimento ha debido condenársele "siquiera innominadamente, máxime cuando está probado que el billete 13502 fue vendido en Barrancabermeja, jugó en aquel lugar y que en el sorteo general verificado en esta ciudad, resultó premiado con la última cifra", y sobre todo lo cual concluye así: "Se impone, pues, el fallo condenatorio porque además de que la prueba indica que la cosa depositada pereció en poder del deudor por hecho o culpa suya, artículo 1730 del C. C., aparece que no hubo el debido cuidado, sino por el contrario, un grave descuido, en la conservación y custodia de la cosa depositada. (V. art. 1606 del C. C.)".

Se considera:

Como atrás se vio al hacer la síntesis de los considerandos del fallo, el Tribunal sostuvo que la parte demandada no cumplió el contrato de compraventa celebrado con el demandante, no entregando el respectivo billete de lotería; que como se trata de un contrato bilateral se presumía la culpa a cargo del deudor, por la inejecución de la prestación a que estaba obligado; y que como el solo hecho del incumplimiento no constituía daño y no pudiendo éste presumirse, al actor le correspondía dar la prueba de su acaecimiento, cosa que no hizo, para que la acción pudiera prosperar. Si ese fue, pues, el fundamento que determinó al sentenciador a absolver al demandado de las súplicas de la demanda encaminadas a que se condenara a éste al pago de perjuicios originados en el incumplimiento del contrato materia de la litis, y si el recurrente no combate, como quizás no podría hacerlo con buen éxito dentro del terreno jurídico, los conceptos del Tribunal sobre que el solo hecho del incumplimiento de un contrato no constituye daño y que éste no se presume, el quebranto de las disposiciones citadas no podría ser directo sino indirecto a través de un error en la apreciación de la prueba del daño o por falta de esa apreciación. Empero como en la acusación que se considera no se plantea el problema por estos aspectos y como, por otro lado, el cargo procedente es el único que se ha formulado por error de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba y ya se dijo por que él resultó infundado, es forzoso concluír que el que aquí se considera es también improcedente, y así se declara.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el presente negocio.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al lugar de su procedencia en oportunidad.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS

La presunción de culpa que la Sala reconoce, establecida en el artículo 2356 del C. C., no se extiende a los casos que quedan, por decirlo así, dentro de la empresa misma, sino que se refiere a terceros o extraños a ella.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Silvestre Acosta González, como heredero abintestato de su hermano José de Jesús Acosta González, demandó en vía ordinaria ante el Juzgado del Circuito de Pacho, en libelo admitido el 13 de mayo de 1942, a la sociedad comercial colectiva de ese domicilio denominada Hijos de Patrocinio Barragán, a fin de que se la condenara a pagar a la aludida sucesión las varias cantidades discriminadas en el libelo, unas como valor de ciertas prestaciones devengadas por el causante como obrero de esa compañía y otras como indemnización de perjuicios por su muerte acaecida como efecto de las graves quemaduras que él recibió en la explosión de la fábrica de pólvora de esa empresa el 23 de enero de 1941.

Tramitada la primera instancia, el Juzgado la cerró con sentencia de 3 de marzo de 1944 que declaró improcedentes las peticiones relativas a las prestaciones nacidas del contrato de trabajo, en virtud de no corresponderles la tramitación escogida por el actor, y absolvió a la empresa de las restantes, en cuyo estudio entró el Juzgado considerando que, tratándose de indemnización de perjuicios por culpa extracontractual, para ellas esa tramitación sí es la procedente. La absolución provino de haberse demandado de modo indebido al hacerlo para la sucesión, porque los perjuicios causados con la muerte no se indemnizan al difunto sino a las personas que los sufran, ya por el dolor de perderla, ya por la falta de su ayuda y sostén o de lo que hubiera podido acumular y dejarles viviendo durante el lapso que fundadamente se calcule habría alcanzado a vivir en capacidad de trabajo.

El Tribunal Superior de Bogotá, tramitada la segunda instancia, por apelación del demandante, la sentenció el 13 de junio de 1945, concretándose a las peticiones sobre indemnización de perjuicios, las que entró a decidir en el fondo apartándose del concepto del Juzgado sobre que la acción no asiste a la sucesión del difunto y no puede considerársela como figurando entre los bienes relictos; sin embargo de esta corrección del concepto del fallo apelado, no pronunció la condena pedida sino que absolvió, porque, a más de la culpa de la compañía, presumida ante el artículo 2356 del C. C., según el Tribunal, halló comprobada, al punto de extinguir la responsabilidad consecuencial, la de la víctima.

Para concretarse al estudio y decisión de las súplicas sobre indemnización de perjuicios, procedió el Tribunal basándose en que lo atañedero a las súplicas restantes había quedado descartado del proceso por la providencia de 23 de mayo de 1945 que declaró nulo lo actuado en relación con esas súplicas restantes, es decir, con las aludidas sobre vacaciones remuneradas, seguro colectivo y otras relativas al contrato de trabajo y ajenas por lo mismo a un juicio como el presente.

Contra la sentencia definitiva antedicha, absolutoria del demandado, como ya se advirtió, interpuso casación el abogado del demandante. El recurso quedó fundado en oportunidad por él. El opositor no respondió. No hubo audiencia pública. Es, pues, tiempo de decidir, a qué se procede.

El recurrente acusa de quebranto del artículo 2357 del C. C., por indebidamente aplicado, y de los artículos 2347, 2349 y 2356 del mismo, por falta de aplicación, todo ello por el error de derecho en que el Tribunal incurrió en la apreciación de la prueba testimonial, contra lo dispuesto en el artículo 669 del C. J., al dar por acreditada con ella la culpa de la víctima.

Esa prueba satisfactoria para el Tribunal consiste en la sola declaración del menor adulto Efraín Sánchez, obrero de la compañía demandada, tanto al ocurrir la explosión como al rendir su testimonio.

Según éste, él conducía en una carretilla cierta cantidad de pólvora cuyo exagerado peso le impedía manejarla satisfactoriamente, de lo que dio cuenta a José Jesús Acosta, antiguo empleado de la empresa, quien le ordenó empujar, a lo cual la pólvora se derramó y cayó al suelo; al ver

esto el muchacho, consultó a Acosta si le echaba agua, y éste le mandó recogerla con una azuela, lo que Efraín obedeció, y al proceder a esta tarea se produjo una chispa que inflamó la pólvora. De ahí la explosión de la fábrica, las quemaduras de ambos y la muerte de Acosta a los pocos días (el 29 de dicho enero).

El Tribunal halla en esta declaración la prueba de la culpa de Acosta, empleado veterano de la empresa, cuyos reglamentos y costumbres eran severos en las precauciones para evitar que la pólvora estallase y prevenían que toda la que llegase a caer se humedeciera inmediatamente.

Como se dijo, la clase del recurso está en la admisión de aquella prueba y en tomarla como plena de culpa de la víctima. El Tribunal estima que, dada la peligrosidad de las actividades de la compañía, que es empresa de fabricación de pólvora, su culpa debe presumirse ante el artículo 2356 citado. Como es lo natural, el recurrente, que es el demandante en el pleito, comparte este concepto y bien se guarda de atacarlo; pero sí ataca el de culpa de la víctima, que fue el que llevó al Tribunal a absolver a la compañía entendiendo que la culpa de éste quedaba, con su consecuencial responsabilidad, compensada, por decirlo así, con la de Acosta y, por ende, extinguida la obligación concomitante.

Efectivamente aquel testimonio figura en el elenco de los "impedidos para declarar por parcialidad" que hace el citado artículo 669, la que se supone, según él, "en el que es parte en el pleito, en los empleados subalternos que están viviendo del sueldo o remuneración que dicha parte les paga y en los sirvientes o criados de ésta". Tal el tenor de su numeral 2º.

Pero si de ahí, sin desoír el artículo 672 del C. J., hubiera de deducirse la prescindencia de ese testimonio, con lo que habría de desaparecer la culpa de la víctima, siendo así que él ha sido su única prueba, la consecuencia sería la prosperidad del cargo de consecuencial violación, por aplicado indebidamente, del artículo 2357 del C. C.; pero, aunque por ahí habría de llegarse a la casación del fallo recurrido, no puede producirse este resultado, porque ya en sentencia de instancia es de llegarse a la misma conclusión absolutoria, por lo que se verá en seguida, y cuando tal situación se produce, la Sala se abstiene de invalidar la sentencia recurrida en atención a que habría de reemplazarla por otra idéntica en su parte resolutiva, y se limita a exponer la que en su sentir es la doctrina acertada, con lo que queda llenado el que, al tenor del artículo 519 del C. J., es el fin principal del recurso.

Dícese esto porque la presunción de culpa que esta Sala reconoce establecida en el citado artículo 2356 no se extiende a los casos que quedan, por decirlo así, dentro de la empresa misma, sino que se refiere a terceros o extraños a ella, según detenidamente lo expuso en sentencia de 4 de diciembre último no publicada aún en la GACETA JUDICIAL y lo había expuesto la de Negocios Generales en la de 8 de noviembre de 1944, no publicada tampoco aún.

Si Acosta hubiera sido persona extraña a la empresa que ocasionalmente se hallara en la fábrica o transitando cerca de sus edificios hubiera sido víctima de la explosión, no habría duda sobre la presunción de culpa a cargo de ella, lo que la habría colocado en el deber de probar en contrario para, en su caso, exonerarse, y habría libertado de esa carga de prueba, por excepción, al demandante, que es el resultado legal de la presunción. Pero siendo Acosta parte integrante de la misma empresa como su empleado sobre lo cual están acordes las partes litigantes, no es el caso de tal presunción, lo que significa que no es el de la consecuencial excepción y que, por tanto, estando el demandante dentro de la regla general, tenía que suministrar la prueba de la culpa de la empresa, por lo cual, no habiéndola suministrado, no puede obtener sentencia condenatoria.

No sobra insistir en que el presente juicio, en lo que quedó en pie después de su invalidación parcial pronunciada en la citada providencia del Tribunal de 23 de mayo de 1945, esto es, en lo que fue materia de la sentencia de aquél y lo es del presente recurso, no versa sobre lo atañedero al contrato de trabajo y ha considerado el litigio como controversia sobre culpa extracontractual.

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 trece de junio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

RESGUARDOS DE INDIGENAS

1.—Las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil se gobiernan por las disposiciones de la ley 89 de 1890, y el Código Civil actúa solamente como ley supletoria cuando aquella ley nada estatuye en caso determinado. Los resguardos de indígenas contemplados en esa ley se integran por dos elementos: el indígena, llamado por la misma ley "parcialidad de indígenas", o sea un conjunto de indígenas sometido a la organización que contemplan los artículos 3º y siguientes, y el geográfico, o sea, el territorio en el cual vive la parcialidad de indígenas. Tal organismo, si así puede llamarse, está gobernado directamente por un pequeño cabildo nombrado por los indígenas conforme a sus costumbres (artículo 3º). Corresponde al cabildo, entre otras funciones, protocolizar en la Notaría respectiva todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobierna y custodiar las copias que le expidan, previo el correspondiente registro; distribuír equitativa y prudencialmente, con aprobación del alcalde del distrito, para el efecto de colaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de 10 años, quede excluído del goce de alguna porción del mismo resguardo; y formar un cuadro, custodiándolo religiosamente, de las asignaciones de solares que el mismo cabildo haga entre los indígenas de la parcialidad. (Artículo 7º). Las funciones del cabildo terminan con la división de los terrenos del resguardo. (Artículo 39).

Por lo dispuesto en el artículo 13 se consagra a favor de los cabildos una posición privilegiada dentro del proceso judicial, tendiente a facilitarles la recuperación de la posesión de los terrenos del resguardo de que hayan sido desposeídos por terceros que emplearon medios de fraude o de violencia. Cuando tal cosa ocurre, el cabildo tiene derecho a ejercitar la acción posesoria pertinente, y comprobado el fraude o la violencia el demandado no puede excepcionar. El precepto consagra una sanción cuya aplicación sólo cabe en los casos comprobados de fraude o violencia.

La ley 89 de 1890 estatuye una legislación excepcional en favor de las parcialidades de indígenas. Sus disposiciones por lo mismo tienen alcance restringido a los casos previstos. En los no previstos se aplican las disposiciones de derecho común, a la cual están sometidos todos los colombianos.

Ningún precepto de la ley establece que en las controversias de propiedad o posesión de tierras de resguardo, el cabildo o el indígena demandante tenga a su favor en el juicio la presunción de que ha sido desposeído a la fuerza o con artes de mala fe. De consiguiente, el fraude o la violencia tienen que acreditarse para que sobre el demandado poseedor recaiga la sanción prevista en el artículo 13, de no poder invocar en el proceso ninguna excepción perentoria, con lo cual su derecho de defensa queda recortado como consecuencia de las malas artes que usó para desposeer a la comunidad.

2.—Los Cabildos de Indígenas poseen la facultad de promover la nulidad o rescisión de las ventas o hipotecas de las tierras de sus resguardos que se hayan hecho contra las disposiciones legales que los amparan, según el artículo 23 de la ley 89 de 1890. Los indígenas son asimilados por la misma ley a los menores de edad para el manejo de sus porciones en los resguardos, los cuales podrán vender pero con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de menores, es decir, licencia judicial y pública subasta, con la sanción que establece el artículo 40. La nulidad que establece esta disposición está erigida principalmente en beneficio de la comunidad de indígenas (artículo 23), y para que se declare debe ser propuesta como acción o alegada como defensa, basadas en esta demostración: que la venta o la hipoteca ha

recaído sobre terrenos de la parcialidad, asignada para su laboreo a uno de sus miembros: y que el autor de la venta o la hipoteca es indígena empadronado entre los componentes de la respectiva parcialidad. Lo anterior debe ser así, ya que la incapacidad se refiere no a cualquier indígena, sino a aquellos que son miembros de un resguardo y en cuanto a tierras del resguardo que el Cabildo haya asignado al indígena para su laboreo.

Un indígena, por el solo hecho de serlo, no está incluído entre los incapaces a que se refiere la ley 89. La legislación de amparo que contiene esta ley contempla como objetivo la defensa y protección de las entidades jurídicas llamadas "resguardos de indígenas", consideradas en sus dos elementos esenciales de que ya se habló: la colectividad de indígenas organizados en los términos de la ley 89, y el elemento geográfico, o sea el territorio en el cual mora la parcialidad. Fuera de estos dos elementos reunidos, no se concibe ninguna incapacidad. Así, pues, el indígena de una parcialidad será plenamente capaz de poseer y disponer de bienes, aun raíces, colocados fuera de la comunidad; e igualmente el indígena no afiliado a una comunidad es plenamente capaz en el manejo de sus intereses, y frente a ella ocupa la posición de tercero, contra la cual puede tener pretensiones opuestas sobre tierras, e inclusive el derecho de poseerlas y prescribirlas según las leyes civiles.

3.—En la acción de nulidad originada en la venta de tierras de resguardo por el indígena que la ha recibido en usufructo, la incapacidad tendrá que fundarse en la doble prueba de que el indígena está empadronado en el censo de la comunidad y que la porción enajenada le fue ciertamente asignada.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El Cabildo de Indígenas del municipio de Ipiales, representado por el Gobernador señor Mesías Quemá, promovió demanda en juicio civil ordinario contra los señores Carmen Guepud, Isaac Viteri y Clara Elisa Valencia de Coral, para que se declare la nulidad del contrato de compra-venta contenido en escritura pública número 698 de 16 de diciembre de 1939, otorgada en la notaría número segundo de Ipiales, por medio del cual el segundo de los demandados, Viteri, vendió a la señora Valencia de Coral, el terreno denominado "San Rafael", antes llamado Guacuán ubicado en el municipio nombrado y alinderado como aparece en la demanda; y que como consecuencia de la nulidad se condene a la señora Valencia de Coral a restituir a la comunidad de indígenas, demandante, el referido inmueble de "San Rafael", así como el pago de los frutos naturales y civiles desde que a la Comunidad se le privó del goce y usufructo del terreno en mención.

Subsidiariamente se solicitó la reivindicación para la Comunidad del mismo inmueble.

La parte actora apoyó la acción en los siguientes hechos: "1º El terreno antes alinderado ha sido y es parte integrante de los Resguardos pertenecientes a la Comunidad de Indios de este Municipio, a virtud de títulos legalmente constituídos, y por haberlo poseído la Comunidad de Indios desde **tiempos inmemoriales** de más de cincuenta años. 2º Dicho terreno ha sido adjudicado, con el carácter de resguardo, por el Cabildo de Indios de este Municipio, a varios indígenas, miembros de la Comunidad, siendo el último adjudicatario —el **señor José Domingo Guepud.**— 3º Con expresa prohibición de la ley, José Domingo Guepud, en concurrencia de Pastor Guayal vendió a Julio, Pastora y María Guepud, el inmueble referido, mediante el contrato contenido en la escritura número **471 de 29 de junio de 1929,** otorgada en la Notaría de Ipiales. 4º Los señores Julio, María y Pastora Guepud, a su turno vendieron el mismo terreno al Dr. Rafael L. Coral, mediante escritura número 169 de 6 de abril de 1937, otorgada en la Notaría número 2º de Ipiales. 5º El Dr. Rafael L. Coral vendió al señor Isaac Viteri ese mismo inmueble mediante escritura número 665, de 21 de noviembre de 1938, otorgada en la Notaría número 1º de Pasto. 6º El señor Isaac Viteri, mediante el contrato escriturario número 698 de 16 de diciembre de 1939, ya referido, transfirió el inmueble ya referido a la señora Clara Elisa Valencia de Coral. 7º Respecto a los contratos escriturarios ya referidos menos el contenido en la escritura número 698 de 16 de diciembre de 1939, también citado, existe en su despacho demanda pendiente de nulidad y otras peticiones. 8º El actual poseedor inscrito del inmueble a que se con-

trae la demanda, y por lo mismo la tenedora actual, es la señora Clara Elisa Valencia de Coral".

El juicio se falló en primera instancia con resultado adverso a la demanda; y en la segunda instancia el tribunal superior de Pasto, revocando la decisión del inferior, sentenció:

"1º Absuelve a los demandados de los cargos formulados contra ellos en la demanda principal, y DECLARA sin lugar a DECRETAR probadas las excepciones de ilegitimidad de personería del demandante y la de prescripción alegada;"

"2º Pertenece al Resguardo de Indígenas de la Parcialidad de Ipiales el terreno Guacuán, alinderado así: "Oriente, con propiedades que fueron de Trinidad Trua y Bartolomé Chacua, hoy de Juan y Luz Cuastunal, Carmen Revelo y Mariana Pinchao, en donde forma una punta de reja, a dar al lindero norte, quebrada por medio; norte, con propiedades de Manuel Tupaz, hoy de Jesús López, quebrada por medio; occidente, con los que fueron de Bautista Quistanchala, hoy de Virgilio Postilla, zanja por medio; y sur con los que fueron de Mercedes Toro, hoy de Mesías Toro, quebrada por medio, a dar al primer lindero".

"3º La demandada Clara Elisa v. de Coral debe restituír a la expresada Comunidad de Indígenas de Ipiales, representada por su Cabildo, el citado inmueble Guacuán, tres días después de ejecutoriada esta sentencia; y

"4º La misma demandada Clara Elisa Valencia de Coral debe pagar a la Comunidad de Indígenas de Ipiales, representada por su Cabildo, los frutos naturales y civiles por ella percibidos desde el día de la notificación de la presente demanda".

Contra la anterior sentencia interpuso el recurso de casación el apoderado de los demandados. Tramitado ese recurso en la Corte como lo manda la ley, llega el momento de decidirlo, para lo cual se hacen las consideraciones que sean oportunas.

La sentencia del Tribunal

Esta es su motivación en síntesis:

Los contratantes señores Viteri y Valencia de Coral que celebraron el contrato tachado de nulo, aparecen como personas capaces de celebrarlo; convinieron el objeto de la venta y el precio; su consentimiento no adolece de ningún vicio y el contrato recae sobre un objeto lícito y lícita es también su causa; no se ha omitido ninguna de las formalidades externas en su celebración y se ha inscrito legalmente el instrumento público respectivo. Luego no existe la nulidad absoluta demandada. Si el fundo de Guacuán o San Rafael perteneció a terrenos de resguardo y existe prohibición legal para su transferencia, esa transgresión de la ley sólo afectaría al primer contrato de compra-venta pero no a las transacciones posteriores, porque ellas no llevan consigo el vicio de que pueda adolecer el primitivo contrato, ni sería jurídico aplicarles la sanción de nulidad. Según la prueba agregada al proceso, José Domingo Guepud y Pastor Guayal, en 29 de junio de 1929 transfirieron el dominio del fundo Guacuán, el mismo que figura en la escritura pública atacada de nulidad, a favor de Carmen, María y Julio Guepud y José Manuel Guayal, quienes a su vez lo enajenaron posteriormente a Rafael Coral, y éste a Isaac Viteri. Por tanto si los nombrados indígenas Guepud y Guayal, están vinculados estrechamente al primer contrato de compra-venta, por ser los vendedores originarios del terreno Guacuán, la nulidad afectaría a ese contrato pero no al posterior y que es objeto de este juicio, y en este caso la nulidad no sería absoluta sino relativa, porque el vicio provendría de la calidad o estado de las personas, de la incapacidad en que se hallaban José Domingo Guepud y Pastor Guayal, como indígenas, para disponer de sus derechos en la Comunidad.

"Enunciado lo anterior que lleva a la conclusión de la absolución del demandado, hay que declarar que no es el caso de ordenar la restitución del inmueble San Rafael, ni de disponer la cancelación del registro de la escritura 689 de 16 de diciembre de 1939, como consecuencia directa e inmediata de la nulidad".

A esta motivación correspondió el numeral primero de la parte resolutiva del fallo.

Y los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutiva del mismo fallo, en que se declaró la propiedad del inmueble de Guacuán en favor del Resguardo de Indígenas de la Parcialidad de Ipiales, la restitución del inmueble a esa Comunidad, por parte de la demandada, Valencia de Coral, y el pago de frutos obedece a esta otra motivación:

"DEMANDA SUBSIDIARIA: Llama la atención que se hubiera presentado la acción reivindicatoria como subsidiaria, siendo así que ésta pudo intentarse prescindiendo de la de nulidad, porque la reivindicación mira únicamente al dominio de un bien determinado, y si la restitución de él no puede decretarse **como consecuencia de una nulidad que no prospera,** sí puede declararse como consecuencia directa de la acción reivindicatoria,

porque esta acción no fenece en virtud de contratos efectuados por personas independientes del dueño, quienes carecen de todo derecho para transferir lo que no les pertenece, y esas ventas llevan en sí un vicio proveniente por contravención o violación de expresos mandatos legales; porque para probar el dominio de un bien determinado es suficiente la presentación de un título que acredite un mejor derecho sobre ese bien y que ese título sea anterior al que exhibe el actual poseedor, y por ser equitativo y legal que las cosas vuelvan al poder del dueño que demuestra la propiedad plena o nuda, absoluta o fiduciaria de lo que le pertenece y de lo cual fue despojado en forma contraria a la prescrita por la ley, por quien se encuentra en posesión actual de lo ajeno. Por tanto, es preciso examinar si el actor de la demanda ha logrado probar su mejor derecho o su derecho exclusivo al dominio del fundo Guacuán, si éste está poseído por el demandado y si ha sido convenientemente especificado en la demanda para que no pueda ser confundido con otro de idéntica naturaleza".

Luego afirma el sentenciador que el demandante acreditó que el fundo de Guacuán se encuentra incluído dentro de los linderos de los terrenos de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales, por lo cual no ha podido salir del dominio de dicha parcialidad, ya que el artículo 13 de la ley 89 de 1890 determina que contra el derecho preferencial de los indígenas que hayan sido desposeídos de sus propiedades de manera violenta o dolosa son inadmisibles excepciones de ninguna clase", y como los terrenos de Resguardo no son susceptibles de venta, sino después de practicada la división y mediante el lleno de las formalidades prescritas por la ley y esa división aún no se ha efectuado, hay que concluir que la primera enajenación de tierras de resguardo, donde hay objeto ilícito, aunque se repute como venta de cosa ajena, constituye un despojo doloso que impide el ejercicio de cualquier forma de defensa, y como la escritura 528 de 12 de febrero de 1906 acredita suficientemente que el fundo de Guacuán es de propiedad del terreno de Resguardo de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales, por encontrarse dentro de los linderos generales de dicha Parcialidad, según así lo afirman peritos y lo confiesa la demandada Carmen Guepud"; contra la reivindicación no hay defensa, pues ninguna excepción puede prosperar.

El recurso de casación

En la demanda de casación se formulan dos causales de casación contra la anterior sentencia, la primera y la sexta del artículo 520 del código judicial.

En el orden lógico que corresponde la sala las decidirá empezando por la sexta.

Causal de nulidad del procedimiento

Consiste en que el auto que admitió la demanda de 28 de junio de 1941 y dispuso el traslado a los demandados no le fue notificado "legalmente a la señora Clara Elisa Valencia de Coral". Se podría reparar que más tarde el apoderado del Cabildo doctor Luis Felipe Romo corrigió la primera demanda y que el auto que admitió este memorial y dispuso su traslado a los que ahora vinieron a ser tres demandados, sí le fue notificado personalmente a la expresada señora Valencia de Coral. No lo niego, pero al mismo tiempo insisto en decir, que no habiendo contenido ese corto memorial ninguno de los requisitos de la demanda ordinaria, no fue demanda ordinaria".

Agrega luego el recurrente que cuando la demanda es corregida, aclarada o enmendada, exige que esto se haga presentando de nuevo el libelo, con sus hechos, peticiones, fundamentos de derecho, para que el demandado pueda contestar a todo. "Si se entrega o pone a disposición del demandado un memorial sin súplicas, hechos y fundamentos de derecho propios de una demanda no hay lo que la ley exige "nuevo traslado del libelo". Y como esto fue lo que en nuestro caso pasó, claro que para la señora Valencia de Coral no hubo traslado ni notificación del auto que le confirió ese traslado".

Se considera:

Obsérvese que la nulidad en definitiva se hace provenir de que el memorial de enmienda del libelo de demanda inicial del juicio, carece de los requisitos de toda demanda. No se niega que a la demandada Valencia de Coral se le notificara y corriera el primer traslado del juicio. Lo que se afirma es que por carecer la corrección de la demanda de los requisitos correspondientes el traslado que se surtió está desprovisto de valor.

Basta reparar en la razón que se expone con ánimo de fundar la nulidad, para desechar ésta.

Si el memorial de corrección de la demanda presentada carecía de los requisitos legales, ha debido proponerse oportunamente la correspondiente excepción de inepta demanda, autorizada por el numeral 1º del artículo 333 del código judicial. Como así no se hizo, la actuación se legalizó; y en manera alguna es oportuno ahora en el recurso de casación alegar defectos de proce-

dimiento para fundar nulidades, a las cuales no puede llegarse sino en virtud de los hechos claramente previstos en la ley como productores de ellas.

La demanda inicial del pleito, dirigida solamente contra Isaac Viteri y Clara Elisa Valencia de Coral, se reformó luego por medio de memorial diciendo que se dirigía también contra Carmen Guepud. Por auto de 26 de mayo de 1942 (fls. 16 del c. Nº 1) se admitió la aclaración, y se ordenó correrla en traslado a los tres demandados con el primer libelo. Así se hizo. Aparece que a la demandada Valencia de Coral se le notificó y dio traslado el 21 de octubre siguiente.

De consiguiente es inadmisible la existencia de la nulidad y así se declara.

Causal de violación de la ley sustantiva

Dentro de esta causal el recurrente formula tres cargos de los cuales se estudia en primer lugar el siguiente:

Como el demandado Isaac Viteri alegara la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria del terreno y el juez de primera instancia la declarara probada, el tribunal, dándole aplicación al artículo 13 de la ley 89 revocó la decisión del juez, conceptuando que la primera enajenación del globo, contenida en escritura pública número 217 de 29 de junio de 1929, constituía un despojo doloso que impedía la alegación de cualquiér defensa por parte de los demandados, ya que la escritura 528 de 12 de febrero de 1906, acredita suficientemente que el fundo Guacuán es de propiedad exclusiva del resguardo de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales por encontrarse dentro de los límites de éste.

A esto redarguye el recurrente, que aun suponiendo demostrado que el terreno de Guacuán hacía parte del de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales, "a Julio, María y Pastora Guepud, o a los compradores de 29 de junio de 1929, no puede hacérceles el cargo de haber desposeído la Parcialidad violenta o dolosamente del terreno San Rafael. Adquirieron la posesión de éste sin violencia, por compra hecha mediante escritura pública a José Domingo Guepud, quien les hizo entrega material del bien de manera pacífica".

Si de la violencia se pasa al dolo, definido en el artículo 65 del código civil, el dolo no se presume según el artículo 1516 de la misma obra. "Al ir a los autos no veo como con qué esté probado que Julio, Pastora y María Guepud, al comprar el terreno San Rafael a José Domingo Guepud, tuvieron la intención positiva de inferir injuria a la persona o a la propiedad de otro. Esto habría que presumirlo y es el caso que no se lo puede presumir. Debe ser probado plenamente y nos hallamos con que no está probado ni deficientemente".

Julio, María y Pastora Guepud principiaron, en el año de 1929 una nueva posesión, libre de cualquier vicio que hubiera podido tener la del causante José Domingo Guepud, y de todo pecado que éste hubiera llegado a cometer en relación con la posesión del terreno de San Rafael o Guacuán. Cerca de ocho años poseyeron Julio, María y Pastora Guepud el terreno que lo compraron a José Domingo, y que luego vendieron al doctor Rafael L. Coral, quien después de siete meses de haberlo poseído se lo vendió a Isaac Viteri; la posesión de este señor duró trece meses, porque el 16 de diciembre de 1939 dispuso de la finca vendiéndola y entregándola a doña Clara Elisa Valencia de Coral.

Contra dicha señora no se puede alegar el artículo 13 de la ley 89 de 1890. Si de parte de los causantes mediatos de esta señora hubiera habido dolo o violencia para apoderarse del terreno de San Rafael, estos vicios no llegarían hasta ella, a quien sólo puede sancionársele por sus propios actos, no por los ajenos.

De consiguiente, doña Clara Elisa y el señor Viteri pueden defenderse alegando en el juicio la excepción de prescripción adquisitiva ordinaria. "Isaac Viteri ha puesto sobre el tapete de la discusión un título traslaticio de dominio: la escritura pública número 665 de 21 de noviembre de 1938. Este título es justo título, pues no es falsificado ni nulo". Lo mismo puede decirse de la escritura otorgada entre el señor Viteri y la señora Clara Elisa de Coral. Se trata de otro justo título, que da la posesión regular.

Nadie puede sostener que los terrenos del resguardo sean imprescriptibles. Son terrenos que están en el comercio humano; lo único que hay es que su venta está reglamentada, pero esto mismo prueba que se los puede vender. Además el código civil dice en su artículo 2517 que las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente en favor y en contra del Estado, de los departamentos y de los municipios, y entonces no se ve cómo las parcialidades de indígenas que en ningún caso igualan a aquellas entidades, pudieran escapar a las reglas relativas a la prescripción.

Puestas en esta forma las bases del cargo, el recurrente concluye que el tribunal fallador, al negar la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva alegada como medio de defensa, y revocar la sentencia del juez, para decretar en su lugar la reivindicación pedida por los demandantes, violó las siguientes disposiciones sustantivas:

1º El artículo 13 de la ley 89 de 1890, por aplicación indebida. En el caso de autos el tribunal generalizó el principio contenido en dicha disposición e hizo extensiva la sanción allí prevista a personas que como los demandados Isaac Viteri y Valencia de Coral, no han desposeído a ningún indígena de sus tierras con actos de dolo o de violencia. Ambos compraron de buena fe, la cual se presume.

2º La sala sentenciadora quebrantó por otra parte los artículos 769 y 1516 del código civil. En autos no está probado ningún acto doloso imputable a los demandados, o siquiera a Julio, María y Pastora Guepud. En cambio a favor de todos ellos existe una presunción legal de buena fe. Sin embargo la sala sentenciadora los considera responsables de dolo infringiendo así directamente las mencionadas disposiciones.

3º Violados fueron también por infracción directa, los artículos 2512, 2518, 2521, 2528 y 2529 del código civil. Estando probada en autos la posesión regular continua de Isaac Viteri o igualmente la de Clara Elisa de Coral, una y otra durante un tiempo mayor de diez años, había que declarar probada la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria que alegó el demandado Viteri. Lejos de hacerlo el tribunal revocó la sentencia del juez de primera instancia por haber acogido la citada excepción, disponiendo en cambio su rechazo.

4º En cuanto el tribunal decretó la reivindicación y el pago de frutos, fundándose en los artículos 946, 950 y 964 inciso 3º del código civil, inaplicables al caso, por estar legalmente alegada y probada la prescripción adquisitiva ordinaria del predio, violó tales textos por indebida aplicación.

Para resolver se considera:

La ley colombiana número 89 de 1890 legisló sobre los llamados "resguardos de indígenas", su funcionamiento, las tierras que habitan y las prerrogativas que poseen.

Las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil se gobiernan por las disposiciones de la enunciada ley, y el código civil actúa solamente como ley supletoria cuando aquella ley nada estatuye en el caso determinado.

Los "resguardos de indígenas" contemplados en la ley 89, se integran por dos elementos: el elemento indígena llamado por la misma ley "parcialidad de indígenas", o sea un conjunto de indígenas sometido a la organización que contemplan los artículos 3º y siguientes, y el elemento geográfico, o sea el territorio en el cual vive la parcialidad de indígenas. Tal organismo, si así puede llamarse, está gobernado directamente por un pequeño cabildo nombrado por los indígenas conforme a sus costumbres (artículo 3º). Corresponde al cabildo entre otras funciones, protocolizar en la notaría respectiva, todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobiernan y custodiar las copias que les expidan, previo el correspondiente registro; distribuir equitativa y prudencialmente, con aprobación del alcalde del distrito, para el efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de diez años, quede excluído del goce de alguna porción del mismo resguardo; y formar un cuadro, y custodiarlo religosamente, de las asignaciones de solares que el mismo cabildo haga entre los indígenas de la parcialidad (artículo 7º). Las funciones del cabildo terminan con la división de los terrenos del resguardo (artículo 39).

Según el artículo 13, "Contra el derecho de los indígenas que conserven títulos de sus resguardos, y que hayan sido desposeídos de éstos de una manera violenta o dolosa, no podrán oponerse ni serán admisibles excepciones perentorias de ninguna clase. En tal virtud, los indígenas perjudicados por alguno de los medios aquí dichos podrán demandar la posesión ejercitando las acciones judiciales convenientes".

Por esta disposición se consagra a favor de los Cabildos una posición privilegiada dentro del proceso judicial, tendiente a facilitarles la recuperación de la posesión de los terrenos del resguardo de que hayan sido desposeídos por terceros que emplearon medios de fraude o de violencia. Cuando tal cosa ocurre el Cabildo tiene derecho a ejercitar la acción posesoria pertinente, y comprobado el fraude o la violencia el demandado no puede excepcionar. El precepto consagra una sanción, cuya aplicación sólo cabe en los casos comprobados de fraude o violencia.

Al tenor del artículo 769 del código civil "la buena fe se presume excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria". Y se-

gún el artículo 1516 de la misma obra el dolo no se presume sino en los casos especialmente previstos en la ley, debiendo probarse en los demás casos.

La ley 89 de 1890 estatuye una legislación excepcional en favor de las parcialidades de indígenas. Sus disposiciones por lo mismo tienen alcance restringido a los casos previstos. En los casos no previstos se aplican las disposiciones de derecho común, a la cual están sometidos todos los colombianos.

El artículo 13 de la ley 89 sanciona severamente a quienes valiéndose de la fuerza o del dolo usurpan alguna posesión de tierras pertenecientes a resguardos. Ningún precepto de la misma ley establece que en las controversias de propiedad o posesión de tierras de resguardo, el Cabildo o el indígena demandante tenga a su favor en el juicio la presunción de que ha sido desposeído a la fuerza o con artes de mala fe. De consiguiente el fraude o la violencia tienen que acreditarse para que sobre el demandado poseedor recaiga la sanción prevista en el artículo 13, de no poder invocar en el proceso ninguna excepción perentoria, con lo cual su derecho de defensa queda recortado como consecuencia de las malas artes que usó para desposeer a la comunidad.

En el expediente ciertamente ni siquiera intentó acreditarse que Julio, Pastora y María Guepud, obtuvieron por la fuerza o valiéndose de la mala fe que José Domingo Guepud les otorgase la escritura de propiedad del terreno de Guacuán en el año de 1929. Tampoco figuró ese hecho entre los postulados de la demanda. En el particular ésta no formula ningún cargo contra los demandados ni sus antecesores en el dominio del terreno. Tratándose de imputación tan grave era preciso que en la demanda se hubiese planteado la cuestión del dolo o de la violencia, como una de las bases de la **causa petendi.**

Siendo así el tribunal generalizó indebidamente el alcance del artículo 13 en mención, para lo cual partió de una presunción que no estaba autorizado a formular. Entonces ciertamente quebrantó los artículos 769 y 1516 del código civil y el citado de la ley 89 de 1890 aplicándolos indebidamente al caso del pleito, sin ser el caso. Violación directa que autoriza el rompimiento de la sentencia en la parte acusada y a la corte a decidir lo pertinente del pleito como tribunal de instancia.

Sentencia de instancia

Antes del estudio de la prescripción planteada como defensa por los demandados, es preciso examinar si el demandante ha probado ser dueño del terreno de Guacuán o San Rafael que trata de reivindicar, pues la prescripción presupone que el reivindicante tiene en principio el derecho demandado, sólo que está extinguido por el transcurso del tiempo corrido y bajo las demás condiciones legales requeridas.

La cadena de títulos de los demandados se remonta hasta el otorgado el 29 de junio de 1929, por escritura número 71, de la notaría de Ipiales, en que José Domingo Guepud y Pastor Guayal le vendieron el terreno dicho a José Manuel Guayal, Carmen, Julio y María Guepud. Este título se dice estar viciado de nulidad por cuanto fue otorgado por miembros de la Parcialidad de Indígenas de Ipiales sobre terrenos de la comunidad. En la existencia de ese vicio el tribunal se apoyó para descartar la escritura como título de propiedad, reputando entonces la venta del terreno como venta de cosa ajena.

Pero tal conclusión es equivocada por las siguentes razones:

Los Cabildos de Indígenas poseen la facultad de promover la nulidad o rescisión de las ventas e hipotecas de las tierras de sus resguardos que se hayan hecho contra las disposiciones legales que los amparan, según el artículo 23 de la ley 89 de 1890.

Los indígenas son asimilados por la misma ley a la condición de menores de edad, para el manejo de sus porciones en los resguardos, los cuales podrán vender pero con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de menores, es decir, licencia judicial y pública subasta: y "serán nulas y de ningún valor las ventas que se hicieren en contravención a lo dispuesto en este artículo, así como las hipotecas que afecten terrenos de resguardos, aun hecha la partición de éstos". (Artículo 40).

La nulidad que establece la disposición anterior está erigida principalmente en beneficio de la comunidad de indígenas (artículo 23), y para que se declare debe ser propuesta como acción o alegada como defensa, basadas en esta demostración: que la venta o la hipoteca ha recaído sobre terrenos de la parcialidad, asignada para su laboreo a uno de sus miembros; y que el autor de la venta o hipoteca es indígena empadronado entre los componentes de la respectiva parcialidad.

Lo anterior debe ser así, ya que la incapacidad se refiere no a cualquier indígena, sino a aquellos que son miembros de un resguardo y en cuan-

to a tierras del resguardo que el Cabildo haya asignado al indígena para su laboreo.

Un indígena por el solo hecho de serlo no está incluído entre los incapaces a que se refiere la ley 89. La legislación de amparo implicada en esta ley contempla como objetivo la defensa y protección de las entidades jurídicas llamadas "resguardos de indígenas", consideradas en sus dos elementos esenciales de que ya se habló: la colectividad de indígenas organizados en los términos de la ley 89, y el elemento geográfico, o sea el territorio en el cual mora la parcialidad.

Fuera de estos dos elementos reunidos no se concibe ninguna incapacidad. Así pues el indígena de una parcialidad será plenamente capaz de poseer y disponer de bienes aun raíces colocados fuera de la comunidad; e igualmente el indígena no afiliado a una comunidad, es plenamente capaz en el manejo de sus intereses, y frente a ella ocupa la posición de tercero, contra la cual puede tener pretensiones opuestas sobre las tierras, e inclusive el derecho de poseerlas y prescribirlas según las leyes civiles.

Ya se puntualizaron las principales funciones que los Cabildos de una parcialidad de indígenas tienen a su cargo, entre las cuales son fundamentales la de asignar parcelas a los miembros de la comunidad, dejando constancia del acto, (numerales 3º y 4º del artículo 7º), y empadronar a las familias integrantes del grupo (ordinal 1º artículo 7º y artículos 35 y 36).

En las medidas anteriores la ley previó medios adecuados tendientes a facilitar la comprobación tanto de la calidad de indígena afiliado a una parcialidad, como el hecho de que determinado solar, de la comunidad fue asignado a una familia.

De consiguiente, en la acción de nulidad originada en la venta de tierras de resguardo por el indígena que la ha recibido en usufructo, la incapacidad tendrá que fundarse en la doble prueba de que el indígena está empadronado en el censo de la comunidad y que la porción enajenada le fue ciertamente asignada.

Con estos principios ya se puede asegurar sin ningún género de dudas, que en el presente juicio el juzgador no podía quitarle fuerza probatoria a la escritura número 71, alegando su nulidad.

Primero, porque la declaración de nulidad de esa escritura no fue incluída entre las peticiones de la demanda.

Y aun cuando lo hubiera sido, la acción de nulidad carecería de respaldo, pues ningún comprobante se trajo de que José Domingo Guepud y Pastor Guayal, vendedores del terreno de San Rafael o Guacuán en el año de 1929, lo hubieran recibido del Cabildo a título de asignación en época anterior. Al contrario, con las declaraciones de Ignacio Trejo, Manuel Morán, José H. Pinchao, Manuel Flórez, Roberto Trejo, Jesús López, Virgilio Portillo, Luz Guastamal, Albina Villate y Carmen Revelo, testigos traídos por el apoderado de los demandados, la duda que respecto de ese hecho pudiera suscitarse queda desvanecida, pues los testigos, que son colindantes del terreno, también afirman que éste fue poseído por José Domingo Guepud durante más de cuarenta años, sin reconocerle dominio a nadie.

Por otra parte tampoco hay constancia de que José Domingo Guepud o su familia figuren en el censo del grupo de indígenas de la Parcialidad de Agailo o Ipiales.

Y segundo, porque en la hipótesis, que apenas acepta la sala en vía de razonamiento y no para definir el punto, de que la nulidad consagrada en el artículo 40 de la ley 89, tuviese el carácter de absoluta, y de esta manera, fuera susceptible de declaración oficiosa del juez, de acuerdo con la facultad contenida en el artículo 2º de la ley 50 de 1936, antes artículo 15 de la ley 95 de 1890, esta facultad sería inaplicable en relación con la escritura de venta de José Domingo Guepud.

La potestad concedida a los jueces en las disposiciones anteriores de declarar de oficio las nulidades que afectan los contratos tiene alcance limitado, condicionado principalmente por este requisito que es esencial, según los términos del precepto: que **aparezca de manifiesto** en el acto o contrato, o sea que el mismo contrato ofrezca la prueba del vicio.

Sobre el alcance de la expresión "cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato" usado en la ley para autorizar la declaración de nulidad absoluta, oficiosamente, la jurisprudencia de la Corte es uniforme". El vocablo **manifiesto**, según la significación que le otorga el diccionario de la Real Academia Española, es lo que está al descubierto, patente y claro, lo que no ofrece motivo de discusiones. Luego la nulidad absoluta sólo será manifiesta cuando basta para deducirla tener a la vista el auto, como la compra-venta de bienes raíces celebrado por documento privado, o una donación efectuada para asegurar la comisión de un hecho delictuoso, estipulada así en el título. No será manifiesta la nulidad en el caso de que su comprobación obedezca a la acumulación probatoria de antecedentes de hecho más o menos

claros, más o menos convincentes, porque entonces no se presenta al primer golpe de vista sino que es el resultado de un proceso deductivo asentado en elementos extraños al acto que se juzga". (GACETA JUDICIAL, tomo XLVII, pág., 258).

La escritura de venta de José Domingo Guepud a Julio, Pastora y María Guepud reza un contrato común y corriente de venta de un inmueble. Allí no hay nada que compruebe que lo vendido pertenezca a la parcialidad de indios de Ipiales, ni que el vendedor pertenezca a ésta colectividad. Para llegar a ello habría que aducir un complejo número de pruebas, que por lo demás, como ya se dijo, están ausentes del expediente.

Luego de ninguna manera, ni por ningún motivo, es posible eliminar de los títulos de propiedad que amparan los demandados el primer eslabón de la cadena.

Siendo así la acción reivindicatoria reconocida por el tribunal en los apartes **segundo, tercero** y **cuarto** de la parte resolutiva de su fallo, que es lo que está bajo la jurisdicción de la Corte, carece de respaldo. El Cabildo de indígenas de Ipiales no ha demostrado que sea dueño de lo demandado. Así hay que declararlo. Eso basta a detener la acción, y por ello es improcedente abocar el examen de la excepción de prescripción reconocida por el juez de primera instancia, cuyo fallo también debe reformarse en esa parte.

Sentencia

A mérito de lo expuesto la sala de casación civil de la Corte Suprema de Justicia administrando ésta en nombre de la república y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia del tribunal superior de Pasto, o sea en cuanto a los numerales 2º, 3º y 4º de la parte resolutiva, y en su lugar resuelve:

Niégase la petición de dominio intentada como subsidiaria en la demanda del Cabildo de Indígenas de Ipiales. Por lo tanto, es innecesario examinar la excepción de prescripción propuesta por los demandados y decretada por el juez de primer grado, cuya sentencia queda también por este aspecto igualmente reformada".

Sin costas el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Arturo Tapias Pilonieta.—Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO.—CONFESION

1.—No son incompatibles las dos acciones de simulación y de resolución de un contrato, ejercitadas la primera como principal y la segunda como eventual y subordinada o subsidiaria.

2.—El valor probatorio de la confesión deriva, no tanto de ser una demostración de la verdad, como de implicar el reconocimiento voluntario por parte de quien podía renunciar a su derecho de exigir la prueba por ser adversario. La confesión es precisamente el reconocimiento voluntario del derecho ajeno por quien es capaz de obligarse. Cuando es judicial se hace siempre a la parte, ante el juez competente, y la extrajudicial a la parte o a quien la representa, o a un tercero. Cuando la confesión extrajudicial se hace a la parte misma no falta el carácter de renuncia voluntaria, a virtud de la cual alcanza toda su fuerza plena y si se encuentra limpia de vicios del consentimiento puede equipararse a la judicial.

3.—La Corte ha sostenido que si en la parte motiva del fallo ha analizado el juzgador los puntos materia de las excepciones y rebatido los fundamentos en que se apoyan, debe entenderse que la resolución es negativa, aun cuando en la parte resolutiva del fallo nada se exprese sobre el particular.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Personalmente y en libelo de demanda que lleva fecha diez y siete de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, Nohemí Díaz Castillo demandó por la vía ordinaria ante el Juez Segundo del Circuito de Vélez al señor Luis Alejandro Ariza y a sus menores hijos María de la Cruz, Oliverio, Efraín, Berta, Belisario, Lilia, Briseida, Luis, Alvaro y Alirio Ariza Ariza, asistidos legalmente por su padre, uno y otros demandados como representantes de la sociedad conyugal ilíquida que existió entre Luis Alejandro Ariza y Dolores Ariza, disuelta por fallecimiento de ésta. También se demandó a los dichos menores como herederos en la causa mortuoria de Dolores Ariza, como hijos legítimos, para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que es simulado, porque no existe en absoluto, el contrato contenido en la escritura pública número 119 de 8 de junio de 1939, otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Vélez, y por medio de la cual aparezco yo vendiendo a Luis Alejandro Ariza y éste comprándome una casa marcada con el número 92, de adobe y teja de barro, ubicada en el área de esta ciudad y que linda: por el frente u occidente, la calle real; por un costado o norte, con casa y solar de Francisco Durán; por otro costado, con casa de Humberto Arce, Marco Tulio Rodríguez y casa de Fausta de Téllez; y por el pie, con solar de la vendedora.

"SEGUNDA.—Que el acto privado verdadero, contraestipulación, que envuelve la verdadera voluntad de las partes contratantes, consistió en hacer aparecer a Ariza como propietario del inmueble, sin que lo fuera pues la casa continuaba siendo mía, con el compromiso de devolverme la escritura cuando se lo solicitara, cumpliéndose el caso de una escritura de confianza, venta ficticia, que suprime totalmente y deja sin valor ni efecto el contrato de que da cuenta la citada escritura número 119 de 8 de junio de 1939 otorgada en la notaría primera de Vélez.

"TERCERA.—Que por ser simulado, de simulación absoluta, el contrato a que se refiere la escritura número 119 citada, y de acuerdo con lo contraestipulado, no ha salido de mi patrimonio y me pertenece, en pleno dominio, la casa marcada con el número 92 por los linderos citados.

"CUARTA.—Que como consecuencia de las declaraciones anteriores, debe cancelarse la citada escritura número 119 de 8 de junio de 1939 de la Notaría Primera de Vélez o tomar nota de lo aquí resuelto en la matriz de dicha escritura, como también cancelarse el registro de la misma, para lo cual se dará orden al Notario y Registrador respectivos.

"QUINTA.—Que los demandados están obligados a pagarme el valor de las costas procesales causadas en este juicio, caso de que se opongan a que se hagan las declaraciones anteriores.

"Subsidiariamente pido se declare lo siguiente:

"Primero.—Que está o queda resuelto, por falta de pago del precio, el contrato contenido en la escritura 119 de 8 de junio de 1939 otorgada ante el Notario Primero del Circuito de Vélez y por medio de la cual dí en venta a Luis Alejandro Ariza la casa descrita en el numeral primero de esta demanda.

"Segundo.—Que los demandados están obligados a restituírme, dentro del término de la ejecutoria del fallo con que se termine este pleito, el inmueble a que he venido haciendo referencia.

"Tercero.—Que como consecuencia debe cancelarse la referida escritura o tomarse en ella nota de lo resuelto, así como también cancelarse el registro que de esa escritura se hizo en la Oficina de Registro del Circuito de Vélez, para lo cual se dará orden a los respectivos notario y Registrador.

"Cuarto.—Que los demandados están obligados a pagarme el monto de los perjuicios que se fijen por concepto de incumplimiento de las obligaciones inherentes al comprador en el contrato de que da fe la escritura número 119 de 8 de junio de 1939 de la Notaría Primera de Vélez.

"Quinto.—Que están igualmente obligados los demandados a pagarme el valor de las costas procesales causadas en este juicio, caso de que se opongan a que se hagan las declaraciones anteriores".

Como fundamentos de este negocio judicial, se expresaron en la demanda diez y ocho hechos que pueden resumirse así:

El día 8 de junio del año de 1939, ante el Notario Primero del Circuito de Vélez, por medio de instrumento público número 119, Noemí Díaz Castillo vendió aparentemente al señor Luis Alejandro Ariza, quien a la sazón estaba casado con Dolores Ariza, una casa, marcada con el número 92 de aquella población, construída de adobe, madera y tejas de barro y demarcada como en dicho instrumento se dijo. La venta aparece realizada por la suma de mil pesos, que la vendedora declaró recibidos de manos del comprador, haciendo constar que se había hecho entrega material del inmueble vendido. A pesar de las estipulaciones del mencionado contrato aparente, que fue oportunamente registrado, el acto privado cierto, la contraestipulación que entrañaba la verdadera voluntad de las partes contratantes, consistió en hacer aparecer a Ariza como comprador del inmueble, sin que efectivamente lo fuera, pues la casa vendida continuaba siendo de la vendedora, con el compromiso privado por parte de Ariza de devolverle a la nombrada Díaz Castillo, la escritura de confianza, ya que no hubo intención, ni voluntad de enajenar por parte de la propietaria, ni precio de la cosa, ni entrega de ésta al comprador, puesto que la vendedora continuó habitando el inmueble. El día mismo en que se legalizó el contrato, en el local de la Notaría, la vendedora expresó públicamente en presencia del comprador y con su asentimiento, que no había en tal negocio dinero de por medio, por tratarse de una escritura de confianza. También se indicó en los hechos que Ariza, ante varios testigos, declaró las mismas circunstancias indicativas de simulación en el contrato y que muerta la señora de Ariza, cuando la vendedora le pidió al marido el cumplimiento del pacto secreto acordado, éste le manifestó la imposibilidad en que estaba de realizarlo, mientras no se liquidara la mortuoria de su esposa.

Notificada la demanda, el señor Ariza, en su carácter expresado, negó los hechos fundamento de la acción y se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado del conocimiento puso término a la primera instancia por providencia de fecha 9 de mayo de 1944, por medio de la cual declaró simulado el contrato de compraventa materia del pleito y como consecuencia, que el inmueble no había salido del patrimonio de la vendedora, ordenándose por lo tanto, la cancelación de la respectiva escritura y su inscripción en el registro.

La sentencia recurrida

Apelada la sentencia anterior el expediente subió al estudio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil, donde, previa la tramitación del caso, se puso término a la segunda instancia por sentencia de fecha treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, la que recurrida a su turno por el demandado ha venido a la Corte para su decisión final.

Causales de casación

Con fundamento en lo prescrito en el artículo 520 del C. J., ataca el recurrente la sentencia por

las causales primera y segunda indicadas en tal texto, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, por aplicación indebida, por interpretación errónea y por mala apreciación de pruebas; y por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes".

Causal primera

Se funda en que tratándose de una acción o demanda de simulación o en subsidio de resolución de un contrato de compraventa de un inmueble, perteneciente a la sociedad conyugal, y disuelta ésta por muerte de uno de los cónyuges antes de iniciarse el pleito, la demanda ha debido dirigirse contra la sociedad conyugal ilíquida, lo cual sostiene el recurrente no sucedió en el caso de autos, pues Nohemí Díaz Castillo, la actora, a sabiendas de que la cosa que vendió a Luis Alejandro Ariza, lo fue para la sociedad conyugal formada por éste y Dolores Ariza y habiendo muerto esta última, se propuso la demanda directamente contra el marido y contra los hijos de éste, bajo su representación y no contra la sociedad conyugal extinguida, como era lo legal. Sostiene por otra parte que la actora propuso en su demanda dos acciones contrarias, totalmente incompatibles, como son la de simulación de un contrato de compraventa de finca raíz, por inexistencia del mismo por haberse celebrado una contraestipulación oculta y la de resolución, por falta de pago del precio convenido, lo cual implica necesaria y legalmente, la existencia de ese contrato, ya que no se puede resolver en el sentido que le da a esta palabra el artículo 1546 del C. C., lo que no existe ante la ley.

Unido este hecho de la oposición de las dos acciones propuestas en la misma demanda, al de no haberse dirigido ésta contra la persona obligada a responder, justifica la "excepción de petición de un modo indebido" que aún cuando propuesta en tiempo, afirma, no fue fallada por el Tribunal.

La Corte considera:

En realidad el Tribunal no hizo especial pronunciamiento en la parte resolutiva del fallo con respecto a la excepción propuesta en el alegato de segunda instancia. Se limitó a confirmar la decisión del inferior que decretó la simulación del contrato y desechó lo relativo a la acción subsidiaria de resolución del contrato.

Pero si esto es evidente, en cambio en la parte motiva de la sentencia se tuvo en cuenta lo relativo a la personería de la parte demandada. En el primer párrafo de la providencia recurrida se expresa que la demanda se dirigió contra Ariza y sus hijos "como representantes de la sociedad conyugal que existió entre éste y Dolores Ariza".

Si acepta el juzgador de manera tan explícita que la demanda se propuso contra la persona que debía ser, consecuencialmente está negando la afirmación del demandado de que no se hizo comparecer al proceso a las personas efectivamente obligadas.

Al final de la sentencia y como resumen del estudio realizado que produjo la condenación del demandado, también dijo el Tribunal: "Probados los hechos y el derecho en que la acción principal se funda, etc., etc..."

Entre los hechos de la demanda que da por probados el Tribunal figuran varios en que perentoriamente dice la demandante que la responsable de la acción propuesta y contra quien la dirige es la sociedad conyugal ilíquida. En el hecho 17 se dijo: "La sociedad conyugal que existió entre Luis Alejandro Ariza y Dolores Ariza, y que se disolvió por la muerte de la cónyuge, está sin liquidar".

Todo el contexto de la sentencia reposa sobre el hecho demostrado de que la venta al señor Ariza se hizo cuando éste estaba ligado con Dolores Ariza por el vínculo matrimonial. Que posteriormente a la celebración del contrato aquélla falleció y al iniciarse la acción, su causa mortuoria y la sociedad conyugal formada con su esposo, estaban sin liquidar, de ahí que la demanda se propusiera contra el marido y contra sus diez hijos, asistidos por su padre, como representantes de la sociedad conyugal ilíquida.

El segundo motivo de esta causal se fundamenta en que contra la prohibición expresa contenida en el artículo 209 del C. J., la actora propuso en la demanda dos acciones contrarias, totalmente incompatibles, como son las de simulación de un contrato de compraventa de finca raíz por inexistencia del mismo contrato, o sea porque hay una contraestipulación oculta que comprueba que el acto público no es verdadero, sino ficticio, y la de resolución del mismo por falta de pago del precio estipulado, lo cual implica necesariamente la existencia de ese contrato.

Claramente se comprende que la actora en el pleito tenía dos caminos para el logro de sus pretensiones: obtener la prevalencia del contrato

oculto sobre el aparente o simulado o demandar la resolución del mismo contrato por no haberse pagado el precio de la compraventa.

Vamos ahora a estudiar si estas acciones no eran acumulables ni ejercitables en la forma en que lo fueron.

El procedimiento adoptado por la demandante está rigurosamente ceñido al artículo 209 del C. J., que en su parágrafo 2º, aparte 3º, dice:

"Sin embargo, pueden proponerse subsidiaria y condicionalmente dos remedios contrarios, siempre que los derechos sean tales que no se destruyan por la elección o que por cualquier otro motivo no se consideren incompatibles".

Como lo reconoció el Tribunal y es muy claro en la demanda que se comenta, las acciones de simulación y de resolución del contrato no se propusieron acumulativamente, sino alternativamente: aquella como principal y ésta como subsidiaria, lo que hacía y hace imposible la prosperidad de la teoría de la oposición según la naturaleza misma de las cosas.

La Corte ha dicho: "Tampoco es fundada la decisión de la sentencia que considera demostrada la excepción perentoria de ineptitud sustantiva de la demanda y que hace consistir el Tribunal en que se han interpuesto en una misma demanda dos acciones o remedios contrarios o incompatibles entre sí, como son a su decir, la de la inexistencia o simulación y la de resolución por incumplimiento de la misma convención. A juicio de esta Sala, se ha interpretado equivocadamente el artículo 209 del C. J., habiéndose incoado esas dos acciones en forma eventual y subordinada, presentándose la primera como principal y la segunda como subsidiaria, no hay en realidad incompatibilidad, ni contradicción en el ejercicio sucesivo de ellas, ya que no habiéndose demostrado que ese pacto fuera simulado sino que tuvo o pudo tener una causa u objeto y un consentimiento moral y lícito, bien podía suplicarse en forma subsidiaria que se le declarara resuelto por falta de pago del precio". (G. J., Tomo 40, página 46).

Se declara, en consecuencia, no probado el motivo propuesto.

Motivo B.—Se acusa igualmente la sentencia como violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa y por interpretación errónea de la disposición contenida en el artículo 91 de la ley 153 de 1887, la cual prohibe probar por medio de testigos contra una obligación mayor de $ 500.00.

A juicio del recurrente la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal se apoya única y exclusivamente en una supuesta confesión extrajudicial del demandado, que deduce el juzgador de un grupo de testimonios ineficaces ante la ley procesal.

Considera que no existiendo en los autos prueba escrita alguna, ni siquiera un principio de prueba por escrito, o de una de igual categoría que la escrita, está comprobada la violación de la ley sustantiva por infracción directa y por errónea interpretación de la misma, "sin que valga decir que la prueba testimonial, como base de una extravagante confesión extrajudicial, sea suficiente para suplir la deficiencia probatoria anotada, pues no basta afirmar que existió ese pacto secreto y traer algunos testimonios de complacencia, sino que se requiere prueba escrita, que emane de las mismas partes y no de terceros".

Motivo C.—Después de atacar la sentencia por haber admitido prueba testimonial contra el contenido de la estipulación escrita que aparece en el contrato de compraventa por suma mayor de $ 500, critica también el fallo por haberse tenido como confesión extrajudicial del demandado, el supuesto hecho de que Luis Alejandro Ariza, "en diferentes ocasiones y ante diversos testigos", emitió afirmaciones "contra la realidad de la compra de la cosa materia de esta litis".

Hace luego el recurrente un examen de la prueba testimonial que el tribunal en su estudio divide en tres grupos para concluír que los testigos se contradicen entre sí en forma esencial; que esos testimonios, ni conjunta, ni separadamente pueden tener eficacia ante la ley sustantiva, ni ante la de procedimiento para fundar en ellos la confesión extrajudicial que se atribuye al demandado Ariza, ni siquiera en calidad de prueba indiciaria o de simple presunción.

Termina sosteniendo que por estas razones acusa la sentencia recurrida por violación de la ley sustantiva, así: el artículo 1759 del C. C., por infracción directa, por cuanto se desconoció el valor probatorio de plena fe de la escritura número 119 de 8 de junio de 1939, de la Notaría Primera del Circuito de Vélez, en lo relativo a las declaraciones de las partes contratantes y en cuanto a estas atañen únicamente; el artículo 1766 del mismo código, por infracción directa y por interpretación errónea de tal disposición; el artículo 1767 de la misma obra, por infracción directa, puesto que se admitió la prueba de testigos respecto de una llamada obligación, la del pacto se-

creto, que ha debido consignarse por escrito; el artículo 1602 por infracción directa puesto que el contrato celebrado por medio de la escritura número 119 citada, es una ley para los contratantes, mientras no sea invalidada por consentimiento mutuo de las partes y los artículos 603, 605, 608, 1697, 664, 701, 702 y 703 del C. J., por errónea interpretación y aplicación indebida por daberle dado valor a la "mal llamada confesión extrajudicial".

La Corte considera:

Los motivos de ataque de la sentencia detallados en los apartes b y c, de la causal primera de la demanda de casación, se pueden sintetizar así: a) La sentencia debe casarse porque contra lo dispuesto en el artículo 91 de la ley 153 de 1887, se admitió la prueba testimonial para probar contra una obligación mayor de $ 500.00; b) Los testimonios aducidos por el actor no demuestran la confesión extrajudicial que se supone hizo el demandado, sobre que secretamente se había pactado un contrato distinto del ostensiblemente consignado en la escritura 119 de 8 de junio de 1939.

Del estudio de la sentencia recurrida se deduce que el Tribunal de San Gil dio por establecido el contrato privado verdadero celebrado entre la Díaz Castillo y Ariza, por medio de la confesión de éste, hecha fuera de juicio y demostrada en el proceso mediante una abundante prueba testimonial.

Aparece en primer lugar que el comprador Ariza en el momento de elevar a escritura el pacto ostensible, manifestó en presencia de su cocontratante que estaba resuelto a devolverle a ella la finca que ésta acababa de transferirle. Esto se demostró con el dicho de los señores Pedro Martínez Padilla y Luis Emilio Santamaría.

Esta afirmación sobre la calidad del contrato público y la existencia del pacto secreto está corroborada por los testimonios del propio notario Matías Cavanzo y por la de Aníbal Solórzano, quienes relatan que un día del mes de enero de 1942, Ariza hizo ante ellos manifestación de no ser dueño realmente de la casa que la Díaz Castillo le escrituró.

A lo anterior se agregan las declaraciones de Ciro A. Castellanos, Luis Emilio Nieves, Teresa Mateus, Julia Alvarez y Carlina Castillo de Martínez, quienes dicen haber oído al demandado declaraciones semejantes sobre que el contrato Díaz Castillo-Ariza, no había sido real sino aparente o de confianza. Si bien es cierto que estos testimonios aun cuando diversos no pueden tenerse como plena prueba, sí son demostrativos de indicios que corroboran la confesión extrajudicial establecida con los testimonios citados anteriormente y que llevaron al ánimo del Juzgador la convicción de la existencia de un pacto secreto distinto del ostensible o público que contiene la escritura número 119 de 1939.

El recurrente hace un examen separado de los diversos grupos en que pueden dividirse los testimonios, pero olvida que en su examen, las pruebas deben estimarse en conjunto y apreciarse unas en conexión con otras. El hecho de la confesión extrajudicial está acreditado con las deposiciones de los testigos que asistieron al acto en que se legalizó ante notario el contrato de compraventa; esta confesión fue realizada en presencia de la parte y confirmada con la deposición posterior hecha en el mismo sentido por Ariza ante el nombrado Notario señor Cavanzo y otro testigo. A esto debe agregarse la confesión del demandado al absolver posiciones en cuanto al precio de la cosa por él adquirida; declaró que en el acto del contrato no había pagado el precio y a pesar de ello la escritura fue por valor recibido. Se dijo en el memorado instrumento que la vendedora había hecho entrega material del predio y sin embargo, por medio de testigos se demostró que la señora Díaz Castillo había continuado en posesión de la finca, por lo menos de la mayor parte de ella, pues Ariza probó que en la casa materia del pleito tenía una pieza y hacía uso del solar para sus caballerías cuando regresaba del campo.

Todo este cúmulo de probanzas en cuya apreciación no parece que hubiera existido error de hecho manifiesto ni de derecho en la aceptación de la confesión extrajudicial como prueba en contra de lo afirmado en el contrato, llevan al ánimo la convicción de la existencia del pacto privado que anula el contrato ostensible.

Es indudable, pues, que el Tribunal no tuvo en consideración los testimonios como prueba contra el contenido de la escritura pública en que se hizo constar la compraventa, sino que apenas tuvo en cuenta éstos, como prueba de la prueba, o sea de la confesión extrajudicial.

Según el artículo 604 del C. J., la manifestación de una parte de ser cierto el hecho que le perjudica, afirmado por la otra, reviste el carácter de confesión, que es judicial si se hace ante juez competente en razón de la naturaleza de la causa y en ejercicio de sus funciones; o extrajudicial si fue hecha en otra ocasión, en carta, misiva, con-

versación o cualquier acto o documento no destinado a servir de prueba.

Su valor probatorio deriva, no tanto de ser una demostración de la verdad, como de implicar el reconocimiento voluntario por parte de quien podía renunciar a su derecho de exigir la prueba por ser adversario. La confesión es precisamente el reconocimiento voluntario del derecho ajeno por quien es capaz de obligarse. Cuando es judicial, se hace siempre a la parte, ante el juez competente, y la extrajudicial, a la parte, o a quien la represente, o a un tercero. Cuando la confesión extrajudicial es hecha a la parte misma, no falta el carácter de renuncia voluntaria, a virtud de la cual alcanza toda su fuerza plena y si se encuentra limpia de vicios del consentimiento, puede equipararse a la judicial.

Aplicando estos principios al caso en estudio podemos concluír:

a) Que el demandado persona legalmente capaz, confesó extrajudicialmente que era simulado el contrato consignado en la escritura número 119 de 1939.

b) Que el comprador no sólo declaró extrajudicialmente ante su co-contratante el mismo hecho de la simulación, sino que también lo confesó ante tercero: el Notario y el testigo Solórzano. Hecho acreditado con sus testimonios y que a la confesión en esta forma acreditada concurren otros indicios legalmente apreciables como fuente de convencimiento. El dicho de cinco testigos más, que demuestran las circunstancias que corroboran los testimonios anteriores, todo lo cual condujo al juzgador a declarar probada la simulación del contrato y a darle vida al pacto secreto convenido entre los contratantes, establecido plenamente. Sin que aparezca error evidente de hecho o error de derecho en la apreciación de tal prueba.

c) No se admitió prueba testimonial directa para demostrar contra un contrato de cuantía mayor de $ 500.00. Se admitió la prueba que se acaba de estudiar y una serie de indicios entre los cuales está otra confesión del demandado, ésta sí judicial, de no haber pagado el precio contra lo estipulado en la escritura del contrato. El Tribunal consideró demostrada la confesión extrajudicial y de la apreciación de ella y de los demás elementos de convicción dedujo que estaban probados los hechos fundamentales de la acción de simulación propuesta y la reconoció.

En sentencia de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, aún no publicada, dijo esta Sala: "La decisión relativa a si "está probada la existencia de la confesión extrajudicial, o, como dice la ley, si ella es indudable, le corresponde, pues, al juzgador de instancia. Y si del análisis que haga en determinado caso llega a concluír que "no queda duda alguna acerca de la 'confesión misma', puede tener hasta mérito de plena prueba".

"No porque sea indudable para el Juez la existencia de la confesión extrajudicial estará obligado a asignarle necesariamente el valor de plena prueba, pero sí puede optar por ese extremo 'según la naturaleza y circunstancias que la rodeen', como dice la ley".

"Es claro que para atribuírle a la confesión extrajudicial mayor o menor valor como prueba deficiente o incompleta y para llegar a reconocerle hasta el mérito de plena prueba, en un caso determinado, el juez deberá tener en cuenta si la confesión se efectuó tan sólo de palabra o si quedó consignada en carta u otro documento; y si apenas fue hecha a un tercero o si se llevó a cabo delante de la parte contraria o en declaración ante juez que no sea el de la causa. Porque el haberse afectado en una u otra de esas circunstancias de modo, permitirá apreciar más aproximadamente la seriedad con que obrara el sujeto al soltar su confesión, así como también la exactitud de sus términos. Y lo mismo cabe decir de uno de los elementos esenciales de la confesión en materia civil, cual es el ánimus confitendi que en la confesión judicial es de presumirse pero que en la extrajudicial suele ser un tanto dudosa".

"Muy cauto debe ser el juzgador de instancia, puesto que la ley le deja a su prudente juicio para estimar que se halla probada sin que le quede duda alguna, la existencia de la confesión; más cauto al signarle determinado valor probatorio, y más aún para atribuírle mérito de plena prueba".

"Pero si el juzgador de instancia yerra en esa apreciación probatoria, tal error, consistente en sobreestimación o subestimación legal de prueba, no puede enmendarse o corregirse en casación, pues ello equivaldría a convertir el recurso en una tercera instancia. Por eso dijo la Corte en sentencia de 16 de septiembre de 1938, lo siguiente:

"La ley deja al juez la potestad de valorar la confesión extrajudicial (artículo 606 del C. J.). La Corte no puede, por tanto, corregir esa apreciación en sí misma o reemplazarla, puesto que se trata de la convicción del sentenciador. Otra cosa es infirmar los hechos fundamentales de esa prueba; esto sí podría ser materia de un ataque en casación".

Se declara, pues, que no se han violado las disposiciones legales citadas y en consecuencia se rechaza el cargo.

Causal segunda

El recurrente afirma que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en el juicio.

Afirma que el demandado propuso oportunamente las excepciones perentorias de petición de un modo indebido y el Tribunal nada decidió sobre ellas.

La Corte considera:

Como se vio al hacer el estudio del motivo a) de la causal primera del recurso, el Tribunal si bien no expresó en la parte resolutiva de la sentencia que se negaban las excepciones citadas que fueron oportunamente propuestas, sí hizo un estudio detenido de los puntos materia de ellas, como se vio atrás, y al confirmar la sentencia del Juéz, implícitamente decidió sobre el particular.

No hay, pues, omisión o deficiencia en el fallo, pues fueron tratados en la sentencia los puntos materia de las excepciones propuestas.

La Corte ha sostenido que si en la parte motiva del fallo el juzgador ha analizado los puntos materia de las excepciones y rebatido los fundamentos en que se apoyan, debe entenderse que la resolución es negativa, aun cuando en la parte resolutiva del fallo nada se exprese sobre el particular.

Por lo expuesto se declara inadmisible la causal de incongruencia alegada.

Sentencia

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de San Gil con fecha treinta de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, publíquese, cópiese, insértese en la G. J., y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda—Arturo Tapias Pilonieta. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

REIVINDICACION DE UNA FINCA RAIZ VENDIDA POR UNO DE LOS CONYUGES, SIN ANUENCIA DEL OTRO, BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

Es ya doctrina admitida e invariable de la Corte la de que para disponer de los bienes sociales durante el imperio de la ley 28 de 1932 deben obrar los dos cónyuges conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haberse hecho la distribución provisional de ella. En consecuencia, vendida una finca raíz de la sociedad sin anuencia de uno de los cónyuges puede éste reclamarla en acción real de dominio.

Como lo tiene establecido la Corte en repetidas decisiones interpretativas de la ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, este estatuto es aplicable a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean establecidas antes de su vigencia o después de ella, y en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El doctor Lázaro Calvo Pulecio compró a la señorita Trinidad Pulecio un globo de terreno denominado "Luisa" y tres lotes más, según contrato que se consignó en la escritura pública número 73 de fecha 11 de marzo de 1932, pasado ante el notario público de la población de El Guamo, debidamente inscrito.

Más tarde, por escritura pública número 9 de 6 de enero de 1933, de la misma notaría, el nombrado Lázaro Calvo Pulecio vendió a José Joaquín Calvo Pulecio, un lote de terreno del predio de "Luisa", adquirido como se acaba de expresar.

El doctor Lázaro Calvo había contraído matrimonio con doña Julia Lara en el mes de julio de 1928; es decir, para la fecha de la compra a Trinidad Pulecio del predio "Luisa" y otros lotes, existía entre los esposos Calvo-Lara sociedad conyugal de bienes.

Esta sociedad sólo se disolvió el día 13 de enero de 1937, por muerte del marido.

Con base en estos hechos y considerando la señora Julia Lara v. de Calvo que después del 1º de enero de 1933, fecha en que entró a regir por especial determinación del legislador la ley 28 de 1932, no puede el marido con prescindencia de la mujer enajenar bienes raíces que formen parte del haber social ilíquido, instauró demanda contra José Joaquín Calvo, para obtener la reintegración al patrimonio de la sociedad conyugal Calvo-Lara de los bienes que a éste le había vendido su marido.

El demandado José Joaquín Calvo presentó al contestar la demanda varias excepciones y contrademandó para que a su vez se declarara que el contrato celebrado entre la señorita Trinidad Pulecio y Lázaro Calvo es simulado y que él tiene mejor derecho que la sucesión ilíquida de su hermano Lázaro sobre el globo de terreno que adquirió en la forma atrás expresada.

Sentencia de primera instancia

Previa la tramitación correspondiente, el Juzgado falló la primera instancia favorablemente a las pretensiones de la señora Julia Lara v. de Calvo, ordenando el reintegro a la sociedad conyugal del inmueble materia del litigio, que se encuentra en poder del demandado José Joaquín Calvo.

La sentencia recurrida

Contra el fallo anterior se interpuso por el demandado apelación para ante el Tribunal Superior de Ibagué. Surtida allí en debida forma la tramitación correspondiente, el Tribunal confirmó la sentencia del Juzgado en providencia de fecha 21 de febrero de 1945.

Contra esta última decisión se interpuso en la oportunidad debida por el demandado recurso de casación, el cual después de sufrir el trámite de la ley pasa la Corte a fallar.

Causales de casación propuestas

Cargo Primero.—Se acusa el fallo recurrido por la primera de las causales de casación establecidas por el artículo 520 del C. J. Se señalan violadas las siguientes disposiciones: el artículo 1796 del C. C. y los artículos 1º, 2º y 4º de la ley 28 de 1932, por interpretación errónea de dichos textos legales; los artículos 1880, 1893, 1894, 1895, 1896 y 1897 del C. C., por no aplicación al caso del pleito.

También considera el recurrente que el sentenciador incurrió en error de derecho en la apreciación de la prueba de confesión, violando así directamente el artículo 609 del C. J., e indirectamente las disposiciones mencionadas.

El pensamiento del recurrente puede sintetizarse así:

El sistema creado por la ley 28 de 1932 respecto de las obligaciones de la sociedad conyugal y de los cónyuges, en armonía con el nuevo régimen es el siguiente:

Durante el matrimonio cada uno de los cónyuges es responsable de las deudas que separadamente contraiga, excepto las que provengan de expensas a que están obligados ambos. Es una norma lógica, acorde con el sistema de separación práctica de patrimonios durante el matrimonio, creado por el artículo primero de la mencionada ley.

Pero llegado cualquiera de los eventos en que ocurre la disolución de la sociedad conyugal (artículo 1820 del C. C.), se considera que entre los cónyuges ha existido tal sociedad desde el momento del matrimonio y así como los bienes adquiridos a término del artículo 1781 del C. C. se reputan sociales, las obligaciones que hayan contraído los cónyuges son también sociales, ingresan al patrimonio de la sociedad. Esas obligaciones gravan la masa social. (Artículo 1796 del C. C. y 4º de la ley 28 de 1932). Claramente dice este artículo que en caso de liquidación se deducirá de la masa social o de lo que cada cónyuge administre separadamente el pasivo respectivo.

Al celebrar el contrato de compraventa de que trata la escritura número 9 de enero de 1933, el vendedor Lázaro Calvo Pulecio contrajo la obligación de entregar la cosa vendida y la de sanear en los casos de la ley. Esta última comprende la de amparar al comprador en la posesión tranquila y pacífica de la cosa y la de responder de los vicios ocultos. El vendedor cumplió con la obligación de entregar.

Muerto el doctor Calvo Pulecio se ha planteado la siguiente cuestión: se afirma que él no podía vender por sí solo, es decir, sin la concurrencia de su mujer al acto dispositivo de dominio, la parte de la finca de "Luisa", que traspasó a su hermano José Joaquín Calvo, por ser éste un bien aparentemente de propiedad de la sociedad conyugal Calvo-Lara y como esos bienes están bajo el régimen de la ley 28 de 1932, debe regir respecto de ellos la administración dual del marido y la mujer. Si el doctor Calvo Pulecio vendió un bien de aquéllos, hizo venta de cosa ajena.

Como consecuencia de esta premisa se presentó doña Julia Lara v. de Calvo a reivindicar para la sociedad conyugal Calvo-Lara, el inmueble vendido a José Joaquín Calvo Pulecio por su hermano. El comprador se vería evicto si ella triunfara. Termina el recurrente haciendo la siguiente pregunta: ¿la obligación de sanear contraída por el vendedor al celebrar el mencionado contrato a quién corresponde entonces?

Afirma que en vida del vendedor, éste está obligado al celebrar un contrato de compraventa a entregar la cosa y a mantener al comprador en la posesión tranquila y pacífica del bien y a responder de los vicios ocultos. Al morir, la obligación del saneamiento pesa sobre la sociedad conyugal, si a la sociedad conyugal entran todos los bienes adquiridos por los cónyuges en el caso del artículo 1781 del C. C., por la ficción consagrada en el artículo 1º de la ley 28 de 1932, dicha sociedad conyugal es responsable de las deudas contraídas por los cónyuges durante el matrimonio, provenientes de negocios a título oneroso, precisamente por la misma ficción de considerarse existente la sociedad conyugal. Esas obligaciones gravan la masa social y de ella deben descontarse.

Termina diciendo: "Si la sociedad conyugal está obligada a amparar al comprador de José Joaquín Calvo Pulecio en la posesión tranquila y pacífica del predio vendido por Lázaro Calvo Pulecio, y a responderle de los vicios ocultos, es decir, si la sociedad conyugal Calvo-Lara está obligada al saneamiento en los casos de la ley, no puede ella misma causar despojo, porque quien debe la evicción no puede despojar. "Quem de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio", o sea, "que quien tiene que sanear no puede causar la evicción".

Cita en defensa de su tesis lo expresado por los eminentes tratadistas Colin y Capitant en relación con el saneamiento en el contrato de compraventa.

(Curso Elemental de Derecho Civil Francés, 4ª edición, página 468).

La Corte considera:

Sobre el punto de derecho materia del presente recurso, existen decisiones numerosas y uniformes que esta Sala de Casación Civil ha pronunciado, vinculadas a la interpretación del régimen jurídico patrimonial en el matrimonio, que estableció la ley 28 de 1932. La Corte no ha encontrado nuevos aspectos en el problema, ni razones, ni argumentos que pudieran moverla a cambiar su doctrina, no sin que en el presente caso se hayan de estudiar los importantes argumentos expuestos por el recurrente, con todo el detenimiento y cuidado que la trascendencia de la materia exige. Pueden consultarse entre otros fallos, la sentencia de 20 de octubre de 1937 (G. J. tomo 46), la de 20 de abril de 1942, en que se hizo una enumeración de fallos sobre el mismo tema; la sentencia de 2 de febrero de 1944 (G. J., tomo 27, página 24); y la sentencia de fecha 27 de julio de 1945, aún no publicada.

En fallo de octubre de 1937, dijo esta Sala: "A) Como consecuencia de la ley 28 de 1932, que entró en vigencia por disposición especial de la misma el primero de enero de 1933, por medio de la cual se estableció un nuevo régimen patrimonial con respecto a las facultades de la mujer dentro del matrimonio, el marido por haber perdido 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 facutades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron ahí 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 ella, conforme al derecho que les otorgue el artículo 7º de la mencionada ley 28.

"B) Para la Corte la tesis del recurrente sería la supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los cuales la mujer tiene también su derecho indudable de socia. 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. Lo demás sería sostener la vigencia del código, en contra de la nueva ley sin razón jurídica plenamente justificada.

"C) El mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido expresado. El legislador no hizo ninguna excepción con respecto a las sociedades existentes en el momento de entrar en vigencia el nuevo régimen patrimonial en el matrimonio; antes por el contrario, 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 suma de bienes de las sociedades antiguas debiera continuar gerenciada por el marido, 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 completen y expliquen entre sí".

"D) Lo anterior está demostrando, para la necesaria validez del acto jurídico de la venta o administración de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal, que la ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente, conforme al artículo 7º de la misma, la intervención conjunta de marido y mujer en el acto dispositivo. Habiendo el marido vendido un bien de la sociedad conyugal sin intervención de su esposa, vende una cosa ajena, un bien que no le pertenece, pues la dueña es la sociedad conyugal y sus representantes son ambos cónyuges.

En Sentencia de julio de 1945, se dijo: "La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de abligatoria 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 C. C. y sobre el cual ninguno de los cónyuges, obrando por sí solo, puede efectuar 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 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".

"E) Se ha alegado por el recurrente que el vendedor Lázaro Calvo Pulecio, al celebrar el contrato de compraventa con don José Joaquín, contrajo para con su co-contratante la obligación de entregarle la cosa vendida, lo que cumplió y la de sanear en los casos de la ley. Obligación esta última que comprende la de amparar al comprador en la posesión pacífica y tranquila de la cosa y la de responder de los vicios ocultos. La obligación de sanear a juicio del recurrente pesa sobre la sociedad conyugal. Para sustentar su tesis, dice:

"Así como a la sociedad conyugal Calvo-Lara entran todos los bienes adquiridos por los cónyuges en los casos del artículo 1781 del C. C., por la ficción consagrada en el artículo primero de la ley 28 de 1932, dicha sociedad conyugal es responsable de las deudas contraídas por los cónyuges durante el matrimonio proveniente de negocios a título oneroso, precisamente por la misma ficción de considerarse existente la sociedad. Si la sociedad conyugal está obligada a sanear no puede ella misma causar despojo, porque quien debe la evicción no puede despojar".

"F) Como se ha expresado, la administración de la sociedad conyugal a partir de la ley 28 es conjunta para los bienes de las sociedades que la ley encontró ya formadas. El marido no puede con prescindencia de la mujer en tales casos, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social. En caso de que uno de los cónyuges los enajene, asiste al otro la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal. El vendedor en tal evento vende una cosa ajena. No obra en nombre de la entidad propietaria que es la sociedad conyugal, entidad jurídica distinta de los cónyuges, como ya se dijo, y si esto es así, si carece de representación, mal puede exigírsele a la entidad que estuvo ausente del contrato la obligación de sanear. Entre las obligaciones del vendedor, está según el artículo 1880 del C. C., la de entregar la cosa y la de sanear la evicción. La sociedad conyugal no fue vendedora, luego no le corresponde el cumplimiento de dichas obligaciones. La Corte no se aparta de que muerto el doctor Calvo Pulecio sus herederos tengan tal obligación, pero no la sociedad conyugal, y el presente juicio lo entabló la señora Lara v. de Calvo en su propio nombre y para la sociedad conyugal ilíquida.

Según el artículo 2º de la ley 28, cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al C. C.

Lo dicho es suficiente para concluír que la obligación de sanear no corresponde a la sociedad conyugal; es una obligación personal del cónyuge que realizó la operación, pertenece a su pasivo originado en el contrato. Esta obligación, si se ha de traducir en una deuda por concepto de la evicción, afectaría sólo el patrimonio personal del cónyuge vendedor, y muerto éste, a sus herederos, al que hubiera de corresponderle en la liquidación de la sociedad conyugal y no al haber de ésta (Capítulo VII. Tít. 23, Libro IV, C. C.).

Por consiguiente, bien pudo la cónyuge sobreviviente demandar para la sociedad conyugal el bien social que el marido enajenó, porque es de la sociedad conyugal y a ella debe volver. sin que tal acción pueda estar enervada por la obligación de sanear, pues ésta corresponde al marido vendedor exclusivamente y no a la sociedad conyugal.

Sería absurdo que quien no celebró el contrato de compraventa y que por el contrario fue perjudicado con él, estuviese obligado a sus consecuencias.

Como el Tribunal de Ibagué en su sentencia declaró que ni siquiera le sería posible dejar a salvo los derechos del demandado para los efectos de exigir el saneamiento, por cuanto don José Joaquín declaró al absolver posiciones que no hubo precio en el contrato de compraventa celebrado entre él y el doctor Lázaro Calvo por haber sido ficticio el verificado entre Trinidad Pulecio y el citado doctor Lázaro Calvo y consecuencialmente la venta que éste le hizo al demandado; el recurrente, en el interés de cargar sobre la sociedad conyugal Calvo-Lara la obligación de sanear, acusa por error la apreciación de la mencionada prueba de confesión del demandado, confesión que estima indivisible. Pero declaró que la sociedad con-

yugal no está obligada a sanear, carece de todo interés jurídico el estudio de tal motivo de casación alegado, ya que tampoco fue el saneamiento objeto de la contrademanda de don José Joaquín, ni materia de pronunciamiento en la sentencia. No podría alegarse que lo expresado en la parte motiva del fallo del Tribunal pudiera afectar al demandado para exigir el saneamiento de quien corresponda, porque es que los efectos del fallo se circunscriben única y exclusivamente a los que fueron parte en el juicio y con respecto al asunto **sub judice.** Por lo tanto, la Corte no encuentra procedente el cargo.

Cargo segundo

Acusa la sentencia igualmente el recurrente por la primera de las causales del artículo 520 del C. J., en cuanto se violó, dice, la ley sustantiva consagrada en los artículos 950, 1805, 1806 y 1808 del C. C. y 1º y 7º de la ley 28 de 1932.

Rechaza la doctrina sentada por la Corte y reproducida por el Tribunal de Ibagué, según la cual los bienes pertenecientes a las sociedades conyugales existentes en primero de enero de 1933, fecha de la vigencia de la ley 28 de 1932, quedaron sujetos a la administración dual de marido y mujer, de tal manera que para la enajenación de uno de los bienes es necesario la concurrencia de ambos cónyuges al acto dispositivo.

Para el recurrente los bienes sociales adquiridos bajo el imperio del C. C., están bajo la administración única del marido como jefe de la sociedad conyugal.

"No sé, dice, de dónde se ha sacado que la mujer tenga en los bienes de la sociedad la calidad de condueña. Al contrario, durante la sociedad conyugal que estaba regida por el C. C., bajo el imperio del cual fueron adquiridos los bienes que se reputan sociales, la mujer no tenía derecho alguno a ellos (artículo 1808 del C. C.). Para que su derecho naciera y tuviera realidad era necesario que se presentara uno de los eventos de disolución de la sociedad conyugal, con la consiguiente liquidación y distribución de bienes gananciales".

Considera que el sentenciador ha violado el artículo 1º de la ley 28 de 1932, en cuanto da aplicación a esta disposición para regir bienes que no están bajo su órbita y ha contrariado el artículo 7º de la misma ley, en cuanto le da a esta disposición aplicación y alcance indebidos, toda vez que ella se dictó precisamente para poner a tono las sociedades conyugales existentes el 1º de enero de 1933 con las normas de la nueva ley, para que pudiera trabajar bajo su imperio. Sostiene que han sido violados los artículos 1º de la ley 28 y 1805, 1806 y 1808 del C. C.

La Corte considera:

Las razones expuestas y la jurisprudencia de la Corte reproducida en la primera parte de esta sentencia, son aplicables al nuevo aspecto presentado por el recurrente al sustentar el segundo cargo de su demanda de casación, cuyo argumento principal estriba en afirmar que la ley 28 de 1932, no es de aplicación para el patrimonio de las sociedades conyugales que la ley encontró vigentes en el momento de entrar a regir, por ser el marido administrador único de ese patrimonio, sobre el cual tiene la esposa una mera expectativa, situación que sólo puede modificar una liquidación provisional como la reglamentada por el artículo 7º de la precitada ley.

Como lo tiene establecido la Corte en repetidas decisiones interpretativas de la ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, este estatuto es aplicable a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean establecidas con anterioridad a su vigencia, o formadas con posterioridad a ella, y que en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales.

La mujer casada y mayor de edad posee plena capacidad civil a partir del primero de enero de 1933, en virtud del estatuto legal en referencia, que se la confirió sin atenuación ni reservas, comoquiera que la capacidad de la mujer para administrar sus bienes rige inmediatamente por la ley posterior (artículo 23 de la ley 153 de 1887). En virtud de esa capacidad la mujer está actualmente investida de toda personería.

Es verdad que la administración de la sociedad conyugal competía bajo el régimen del código exclusivamente al marido, el cual era un administrador que ante terceros dejaba de serlo para adquirir la calidad de dueño de los bienes sociales. Como jefe de la sociedad conyugal, no sólo administraba el patrimonio de ésta, sino los bienes propios de la mujer. El artículo 1808 recalca que la mujer por sí sola no tiene derecho alguno sobre los bienes sociales durante la sociedad.

La ley 28 consagró un nuevo régimen patrimonial entre esposos, y eliminó así el tradicional sistema de la administración única de la sociedad conyugal por el marido y por lo tanto el de dueño

xclusivo ante terceros de los bienes sociales. Perlió el marido también de manera lógica y necearia sus antiguas facultades dispositivas administrativas sobre el conjunto de los bienes de la soiedad antigua, los cuales vinieron así a quedar por el fenómeno de la aparición de otro jefe con guales facultades a las del marido bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Lo cual entraña, por consiguiente, que para disponer de tales bienes, los esposos deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ocurrido ellos a verificar la distribución provisional del haber social, conforme al derecho que le otorga el artículo 7º de la citada ley.

Afirma el recurrente que para que la mujer pueda gozar de la facultad dispositiva de bienes que pertenezcan al haber social existente en el momento de entrar a regir la nueva ley, es necesaria la liquidación provisional prevista por el artículo 7º de la ley 28. "Mientras esto no ocurra, dice, el régimen del C. C. debe mantenerse porque no se ha producido el único cambio que puede alterar la situación legal de los bienes sociales; ese cambio consiste en la disolución de la sociedad".

La liquidación provisional de que habla el artículo 7º es una facilidad que la ley ofrece a los consortes, en quienes es potestativo o no: y no es, en manera alguna un requisito necesario para la libre disposición de bienes por parte de la mujer, ni razón para que ésta deje de tener la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiera aportado a él, como de los demás que por cualquiera causa hubiera adquirido o adquiera.

Sobre esta materia dijo la Corte en la memorada sentencia de 20 de octubre de 1937:

"Este artículo 7º de la ley 28 fue dado con el único y exclusivo objeto de facilitar a los cónyuges la manera de acomodarse a las prescripciones del nuevo sistema. Con la autorización allí contenida y mediante la distribución provisional de los bienes sociales, cada socio saca de la masa los que le hubieran de corresponder en una liquidación general y definitiva. Así deslindados los dos patrimonios, o en proporción distinta si así lo acordaren los dos cónyuges en esa distribución provisional, cada uno de los cónyuges toma la administración autónoma de lo que en la distribución se le ha asignado. Pero ni el cumplimiento de los arreglos previstos en este artículo tiene por objeto complementar la capacidad jurídica de la mujer, comoquiera que esa capacidad es prerrogativa que emana de todo el articulado de la ley, y que no está sometida a plazo o condición; ni la naturaleza de los arreglos hace que, antes de llevarse a término, la mujer esté colocada en imposibilidad de iniciar las acciones encaminadas a proteger la integridad de la masa partible contra los actos que haya ejecutado el marido, pues solamente sobre esa masa, integrada con todos los bienes que real y efectivamente han de formarlas, tendrá verdadera equidad y justicia el deslinde patrimonial".

Lo anterior es suficiente para concluír que no se han violado las disposiciones citadas y que, en consecuencia, debe rechazarse el cargo.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha 21 de febrero de 1945.

Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la G. J. y devuélvase.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Arturo Tapias Pilonieta.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca.—Manuel José Vargas. Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR AEREO.—ANALOGIAS DEL DERECHO AEREO CON EL MARITIMO.—EL RIESGO EN EL CONTRATO DE TRANSPORTE AEREO.—EXTENSION DE LA RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR AEREO.—ALCANCE JURIDICO DE LA CLAUSULA, APARENTEMENTE EXONERATORIA O LIMITATIVA DE RESPONSABILIDAD, SEGUN LA CUAL "TODO VIAJE ES A ENTERO RIESGO DEL PASAJERO".

1.—Las acciones, principal de petición de pago de perjuicios extracontractuales, y la subsidiaria que pide se declare no cumplido un contrato, son incompatibles entre sí. No pueden, pues, involucrarse en una misma relación jurídica la responsabilidad delictual y la contractual. Y es que autorizar al acreedor para que, prescindiendo del contrato, acuda a la responsabilidad delictual, es tanto como negarle fuerza obligatoria a la convención, colocando al deudor en situación de manifiesta desigualdad frente a la contraparte.

2.—Las únicas disposiciones referentes a los transportes aéreos, susceptibles de ser tomadas en consideración, son el Decreto gubernamental Nº 66 del 12 de enero de 1934 y la ley 89 de 1938, sobre aeronáutica civil. El artículo 48 de aquel Decreto es una disposición por sí inútil e inoperante en lo atinente a resolver las cuestiones de responsabilidad civil del transportador aéreo en relación con los pasajeros de transporte, como quiera que sin ella ocurriría lo mismo, es decir, que los jueces, encontrando en las disposiciones sobre transportes terrestres y fluviales algunas que sean compatibles con el carácter especial de la aviación, tendrían que aplicarlas por razones de analogía. Y en cuanto al artículo 68 de la ley 89 debe tenerse en cuenta que tal precepto contempla la responsabilidad del empresario o dueño de un aeródromo por razón de los daños y perjuicios sobrevenidos por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo aeródromo. El precepto está redactado en términos confusos y contradictorios, pero el sentido es el que se deja anotado, si se ha de relacionar con los preceptos anteriores, con los subsiguientes y con el epígrafe del capítulo correspondiente de la misma ley.

3.—Dicen los tratadistas que el Derecho aéreo tiene más afinidades con el marítimo que con el derecho comercial terrestre. Tal es también el criterio del legislador colombiano, conforme al artículo 31 de la ley 89 de 1938.

4.—El pasajero que celebra un contrato de transporte aéreo asume, como sabedor de ellos, los riesgos del vuelo, porque de lo contrario era libre de movilizarse por otra vía más tranquila y segura, como el ferrocarril o el automóvil, o el barco. La obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no puede ser sino de simple prudencia y diligencia, las cuales no pueden imponerle al transportador un grado tal de perfección que, agotando la previsión de la mente humana, releve al pasajero de todo peligro. El pasajero acepta los peligros inherentes a todo viaje aéreo; si es víctima de accidente por la caída del avión o por aterrizaje forzado, lo equitativo es que exija la prueba de que el empresario obró con prudencia y diligencia, mas no imponerle de todas maneras y en todos los casos la prueba del hecho preciso o la causa determinante del accidente, pues en la mayoría de las veces será imposible esa prueba para el transportador, ya que, como lo anotan los autores, es en el transporte aéreo donde más frecuentemente ocurre que la causa precisa del accidente permanece oculta. Exigir, pues, al empresario público de transporte aéreo la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor para exonerarlo de la responsabilidad contractual originada en accidente aéreo, equivaldría a echar sobre sus hombros una obligación más gravosa de la que razonablemente asume. El

transportador garantiza que tomará todas las precauciones en relación con las condiciones satisfactorias de la máquina, la pericia del piloto, el cumplimento de los itinerarios y rutas señaladas, etc., pero no puede dar garantía ilimitada contra los llamados riesgos del aire.

5.—El régimen legal a que están sometidos los empresarios públicos de conducciones en lo concerniente a la extensión de la responsabilidad originada en el contrato de transportes es aplicable a las compañías de navegación en cuanto sea compatible con la navegación aérea. El compromisó del transportador aéreo es sólo el de emplear prudencia y diligencia en el vuelo; le basta demostrar el cumplimiento de todas aquellas previsiones posibles tendientes a evitar el daño, pues si éste ocurre por causas que permanecen desconocidas, debe ser absuelto; su compromiso probatorio no va al extremo de tener que acreditar la fuerza mayor, el caso fortuito, o la intervención de elemento extraño, que comportan una prueba específica más rigurosa y que en el transportador aéreo es imposible cuando el accidente se ha originado en el aire.

6.—La prueba de la ausencia de culpa en el acaecimiento del accidente aéreo, originado en el riesgo del aire, exonera al transportador aéreo de responsabilidad por inejecución del respectivo contrato de transporte. No hay obligación de acreditar la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. La cláusula sobre limitación de la responsabilidad del transportador aéreo, según la cual "todo viaje es a entero riesgo del pasajero", como en el caso del tiquete de transporte expedido y a que alude el pleito, no implica limitación ninguna de responsabilidad contractual que la empresa contrajo, conforme al derecho colombiano. Esa cláusula no significa que la empresa pueda cometer culpas sin consecuencia; significa, en sentir de la Corte, que si a pesar de todas las previsiones de la Compañía y de la observancia de las medidas aconsejadas normalmente para garantizar el vuelo, el avión es víctima en el aire de un accidente cuya causa cierta y concreta no puede atribuírse a culpa, la Compañía no puede ser responsable. Por consiguiente, con cláusula o sin cláusula exonerativa de los riesgos del aire, a la empresa le bastará demostrar que el accidente no fue generado por su culpa; es suficiente así la prueba de la mera ausencia de culpa que, como la Corte ha explicado varias veces, es diferente de la prueba de la ocurrencia del caso fortuito, de la fuerza mayor o intervención de agente extraño, como únicos medios hábiles en el camino de alcanzar la demostración de inculpabilidad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El sábado 10 de marzo de 1934 un avión de la entonces llamada Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), hoy Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), cúmplía el itinerario acostumbrado por la ruta del Chocó, entre Quibdó y Cartago, cuando a eso de las once de la mañana se vino a tierra en el interior de las extensas selvas del territorio chocoano. El avión fue el **Von Krohn,** que llevaba como piloto al Sr. Hans Walter Janhke, como mecánico y operador de radio al Sr. Ernest Janhke, y como pasajeros a los señores A. Notz, Julio C. Zúñiga y Newton C. Marshall. De los ocupantes de la máquina pereció en el acto el señor Zúñiga, el señor Notz resultó herido, muriendo a los pocos días en presencia solamente del señor Marshall, único sobreviviente rescatado, pues el piloto Geck y el radio-operador Janhke, habiéndose internado en la selva para buscar salida desde el domingo día siguiente al del accidente, también sucumbieron en ella.

He aquí cómo relata el señor Marshall el suceso, después de su rescate, en declaración extrajudicial que rindió ante el juez primero del circuito de Pereira el 10 de abril siguiente, yacente todavía en su lecho de enfermo por las heridas que recibió en el accidente y las penalidades que sufrió en la selva. Esta declaración aparece incorporada por el gerente de la Scadta en la ampliación de la escritura de protesto relacionada con el mismo siniestro aéreo, otorgada ante el notario del circuito de Barranquilla, y su texto completo dice:

"El suscrito Juez Primero del Circuito de Pereira, en asocio de su Secretario, se trasladó a la casa del doctor J. F. Gallway, en esta ciudad, con el fin de tomar la declaración solicitada al señor

Newton Marshall, quien se encuentra en su lecho de enfermo. Mr. Marshall protestó estar a la verdad bajo la gravedad del juramento en el siguiente relato: "El diez de marzo último salí de Andagoya en el avión 'Von Krohn', a las ocho de la mañana, con dirección a Quibdó. La tripulación se compuso del piloto capitán W. Geck y como mecánico el señor Jahnke. Salimos de Quibdó a las nueve y veinte con los pasajeros Julio Zúñiga y A. Notz. Hubo necesidad de ascender bastante sobre las nubes por razón de que estaba muy nublado. A esta altura estuvo volando el avión, sin que pueda precisar el tiempo que volaba directo, hasta que observé que el avión empezaba a dar vueltas circulares, por lo cual supuse que el avión, preparaba el modo de aterrizar sin que sospechara o se notara nada anormal en el aparato. Se notó que pronto el avión dejó de dar vueltas y tomó la dirección sur, descendiendo con menor velocidad porque mermó la fuerza de los motores, según pude observarlo. Por la oscuridad que presentaba la neblina no se pudo observar tierra ni montaña. De una manera súbita y cuando creía que iba a aterrizar el 'Von Krohn' perdí el conocimiento. Cuando volví en mí me acordé del reloj y al verlo marcaba la una y media de la tarde. Los tres pasajeros íbamos en la parte delantera de la cabina del avión. Pude observar que el señor Julio Zúñiga estaba muerto a mi lado y Mr. A. Notz gravemente herido. El piloto y el mecánico acudieron con prontitud en nuestra ayuda y pudimos observar que ellos también estaban fuertemente lesionados por las manifestaciones de sangre en la cara. El mecánico hizo esfuerzos por reponer el aparato de radio para su funcionamiento pero le fue imposible hacerlo. Esa noche el piloto y el mecánico nos arreglaron modo de dormir en la misma cabina, para lo cual desalojaron el cadáver del señor Zúñiga y otros objetos que iban allí. Al día siguiente, domingo 11 de marzo, el piloto y el mecánico salieron diciéndonos que iban a conseguir recursos y que los esperáramos allí. Esperamos varios días inútilmente la vuelta de nuestros compañeros W. Geck y Janhke. El señor A. Notz seguía agravándose momento por momento y murió el jueves 15 del mismo marzo, después de haberle prestado los auxilios que me fueron posibles. Habiendo quedado solo y empezado a perder las esperanzas de auxilio o socorro en el punto donde estaba, pues aun cuando sentí el ruido de aviones varias veces y en distintos días inmediatos al suceso, no me fue posible divisarlos y menos aún que fuera divisado o visto, por razón de la continua niebla, que se cernía sobre la montaña, resolví tomar camino por la selva hasta lograr descender de la montaña a un río que supe después se llama "Uribe". Seguí el curso del río hasta que el día martes veintisiete a medio día me encontré con cuatro hombres que corresponden a los nombres de los señores Noel Jaramillo, Reinaldo Echeverri, Jesús Ocampo y Alejandro Arango, quienes me dieron noticia de haber encontrado horas antes el cadáver de un hombre. Seguí con estos señores hasta el lugar donde estaba el cadáver, sin que lograra identificarlo, pero convencido sí de que era uno de los compañeros del avión, o sea el piloto o el mecánico. Infiero que el cadáver fuese el del señor W. Geck porque cuando salieron del avión éste era el que llevaba una pistola de luces, que fue encontrada cerca del cadáver. También pude observar que el traje del cadáver correspondía al de uno de los dos, por razón de que se vestían uniformes. Seguí con los mismos señores hasta su campamento, donde encontramos dos más de sus compañeros llamados Justo Arias y Darío Moreno. Demoré un día en el campamento reponiendo fuerzas. Tres de los del campamento se trasladaron al lugar del avión con los datos dados por mí y con el objeto de que me trajeran mi maleta, para lo cual contraté este servicio con ellos por la suma de sesenta pesos ($ 60.00). Los nombres de estos señores que regresaron al avión en busca de mi maleta son Reinaldo Echeverri, Justo Arias y Jesús Ocampo. Al día siguiente salí del campamento por la trocha de los señores que me encontraron en la selva y en compañía de los otros tres. Se leyó la declaración, la encontró corriente y firma en constancia, advirtiendo que esta declaración la rindió el declarante en presencia del suscrito Juez y de su secretario y la redactó personalmente el exponente".

Además del testimonio anterior del único sobreviviente de la dramática caída del **Von Krohn** en la selva, existen los mensajes inalámbricos que la nave iba lanzando desde que despegó en Quibdó a las 9.20 de la mañana, y que fueron interceptados por la oficina receptora más próxima, Medellín. Ilustra sobremanera conocer el texto de esos mensajes, sobre cuya autenticidad nadie ha discutido y que también fueron incorporados por el gerente de la Scadta en la primera escritura notarial de protesto.

A las 9:26 lanzó la nave el primer radio: "**Von Krohn** salió de Quibdó 9:20, 3 pasajeros".

A las 9:40 decía: "Imposible determinar posición, 10.000 pies de altura, curso 150 grados, volando sobre nubes".

A las 10 lanzó la tercera emisión: "Estamos volando aún sobre espesas capas de nubes, presumo estar sobre el Valle del Cauca, el avión está en perfecto estado".

A las 10:18 un cuarto mensaje: "Avión en perfectas condiciones, podemos bajar atravesando las nubes".

A las 10:38, anunciaba: "Aún no hemos localizado Cartago".

A las 10:51, el quinto mensaje era ya de alarma: "Atención! Estamos volando ciegos entre las montañas, conserven la comunicación con nosotros". Entonces contestó la oficina de Medellín: "Muy bien, conservaremos comunicación constante".

Inmediatamente después el radio del avión dio la señal "V" cuatro veces consecutivas, buscando de esa manera sostener la comunicación permanente con la estación de Medellín. En seguida de la cuarta "V" transmitió la palabra "lluvia", y luego la llamada con la "V". Después de la tercera "V" de una nueva serie la conexión inalámbrica se rompió repentinamente y cesaron los mensajes.

CAPITULO I

Demanda civil de Marshall

En el mes de mayo de 1937 el señor Marshall demandó en juicio civil ordinario a la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), representada por su gerente, solicitando se la condenara a pagarle la cantidad de doscientos mil pesos ($ 200.000), o en su defecto la cantidad que se determine legalmente, como valor de los perjuicios que recibió con el siniestro del avión **Von Krohn,** representados en los daños físicos y económicos y en los sufrimientos morales a que se vio sometido.

En subsidio pide se declare que la sociedad demandada no cumplió el contrato de transporte celebrado con el demandante, en virtud del cual se obligó a conducirlo a Bogotá en avión de propiedad de la misma, que partiendo de Buenaventurá haría escalas en Andagoya, Quibdó, Cartago, y Medellín; en consecuencia de lo cual debe pagarle los perjuicios que la sociedad le causó por ese incumplimiento.

El libelo contiene cincuenta y un hechos en los que Marshall hace la relación circunstanciada del viaje desde que el día 8 de marzo compró en Andagoya, municipio de Istmina, en la agencia de la sociedad demandada, el tiquete o billete de asiento número 0399 para ser conducido de allí a Bogotá con escala en las poblaciones mencionadas, la caída del avión, su angustiosa situación en la selva durante 16 días, desde el del accidente, 10 de marzo, hasta que fue rescatado casualmente por unos **guaqueros** antioqueños, el 26 de marzo, catorce de los cuales pasó al pie del aparato destruído y de los cadáveres de Zúñiga y de Notz, que cada momento ponían la atmósfera más irrespirable por el mal olor de la descomposición, pues sólo el 23 de marzo "desesperado del regreso del piloto y el mecánico, y habiendo recobrado ya, a pesar de la falta absoluta de alimentos fuerzas suficientes para internarme en la montañá, resolví ponerme en marcha, con la sola provisión de las ocho onzas de chocolate que en una lata herméticamente cerrada había encontrado en el avión; y descendiendo penosamente a través de la intrincada selva logré llegar a un río, que después supe era el Uribe, afluente del Sipí, y seguí su curso aguas abajo, con las mayores penalidades, cambiando de orilla cuando así lo exigía la aspereza de la ribera, descansando con frecuencia y pasando las noches bajo la lluvia, entre la maraña, hasta encontrarme, el 26 de marzo, providencialmente con los guaqueros que me salvaron, cuyos nombres que nunca podré olvidar son: Justo Arias, Reinaldo Echeverri, Jesús Ocampo, Noel Jaramillo, Alejandro. Arango y Darío Moreno, vecinos de Naranjal, caserío situado entre Betania y Bolívar". Describe después la continuación de la marcha a pie por entre la selva, acompañado y auxiliado ya por los **guaqueros** "atravesando inmensas montañas escabrosas, colmadas de precipicios, de cuestas, de profundos valles, valiéndome por mí mismo, ayudado en los pasos difíciles, hasta llegar en la noche del 3 de abril a la finca llamada "El Danubio", en donde ya se me dio caballo, en el cual llegué el 4 por la noche a Betania y el 5 a la finca de "La Llanada", pasando por El Naranjal, pueblo éste en que se me cambió la cabalgadura".

En La Llanada dice que fue atendido por el médico doctor Calloway, que expresamente había salido a su encuentro desde Pereira, y quien llegó en la misma noche del 5, y al día siguiente por él y el doctor Luis H. Garcés, llevado éste desde Cali por el doctor Alberto Holguín, abogado de la

Compañía Minera Chocó Pacífico, y quienes habían llegado a la madrugada, acompañados de la enfermera Lily Hall.

"En compañía de las personas indicadas me trasladé a caballo, el día 6 de abril, a la población de Bolívar, en el departamento del Valle del Cauca, y de allí seguí con el doctor Galloway a Pereira, en donde permanecí hospitalizado, bajo el cuidado de dicho médico, hasta el primero de junio de 1934, en que por la vía Cali-Buenaventura regresé a Andagoya, en la Intendencia Nacional del Chocó, lugar de mi residencia y donde desempeñaba entonces y desempeño todavía la gerencia de la Compañía Minera Chocó Pacífico, S. A., allí domiciliada, y la representación de otras sociedades anónimas".

La última parte de la relación de hechos está destinada a referir las dolencias que luego le aparecieron localizadas especialmente en la frente, sobre la ceja del ojo izquierdo, precisamente en el sitio en que sufrió una de las heridas del accidente, la agravación de esas novedades y los tratamientos a que tuvo que someterse viajando inclusive a los Estados Unidos en donde fue operado.

El juez segundo civil del circuito de Barranquilla, quien conoció del negocio falló en primera instancia la controversia condenando a la Scadta al pago de cien mil pesos ($ 100.000) al señor Marshall como indemnización por perjuicios morales y materiales.

Apelada la sentencia por la parte demandada, el tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla revocó el fallo de primera instancia y absolvió a la sociedad demandada, con el voto disidente de un magistrado.

CAPITULO II

Los fundamentos de la absolución por el tribunal

Nervio de la motivación de la sentencia recurrida son los pasajes que se citan a continuación:

"El caso que se examina —dice el tribunal— nace del contrato de transporte, en virtud del cual la empresa denominada Sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), hoy Aerovías Nacionales de Colombia (Avianca), se comprometió a transportar a Bogotá, mediante cierta escala y el pago de la suma de $ 112.50, al demandante señor Newton C. Marshall, a quien se le expidió el correspondiente billete o asiento número 0399, por medio del agente de la referida empresa en Andagoya; y cuando se efectuaba el vuelo en buenas condiciones del aparato, como lo afirma el demandante, repentinamente se vieron envueltos en nubes, que obligaron al aviador a hacer ciertas maniobras que dieron por resultado que el avión se estrellara en el lugar ya conocido".

"De acuerdo con esta síntesis, ha de examinarse, pues, si el accidente obedeció a un caso fortuito o a fuerza mayor, que exonere a la empresa demandada de la responsabilidad que se le imputa".

Luego de detenerse el tribunal a examinar las nociones de **caso fortuito** y **fuerza mayor**, analiza las pruebas traídas al debate, y como conclusión acepta que el caso fortuito en el acaecimiento del accidente de aviación de que fue víctima el señor Marshall en las selvas del Chocó, está demostrado.

Son estos los párrafos de la sentencia:

"El caso fortuito está, pues, demostrado en **prima facie**, y por tanto, exime a la empresa demandada de toda responsabilidad, según se desprende de las afirmaciones que el mismo demandante consigna en su demanda, en los hechos 13, 14 y 15, que, aun cuando están insertos al comienzo de este fallo, el Tribunal cree necesario insertarlos de nuevo para fundamentar lo que ha expuesto sobre la teoría de la prueba en cuanto a que la obligación de probar no radica en determinada parte, sino que basta que aparezca en el expediente para que el guzgador lo tome en cuenta, si es que de los hechos aparece la certeza legal en qué fundamentar su fallo".

"Esos hechos, que sirven de base al Tribunal, son los siguientes:

"13.—El avión comenzó a ascender y más o menos una hora después de la salida de Quibdó, volando sobre nubes que no permitían vislumbrar siquiera los altos cerros de Torrá y Tatamá, noté que comenzó a describir un amplio círculo, y supuse que estábamos sobre Cartago y que el piloto trataba de buscar una abertura entre las nubes para aterrizar".

"14.—Me hallaba sentado al lado izquierdo, detrás del piloto y por encima del hombro de éste podía ver el compás, lo que me permitió darme cuenta de que, por espacio de otra hora, más o menos, estuvimos volando en grandes círculos sobre las nubes, pero en una atmósfera despejada alrededor y encima de nosotros".

"15.—Por breves momentos alcanzamos a divisar, al través de una abertura en las nubes, una alta montaña. El avión comenzó a descender, pero las nubes nos envolvieron entonces completamen-

te y el piloto se vio obligado a ascender de nuevo sobre ellas y continuaron los vuelos en grandes círculos, mientras aquél y el mecánico se comunicaban a gritos".

Tampoco puede acusarse a la empresa de haber incurrido en descuido o negligencia ante el lamentado accidente, ni que el aviador demostrara abandono ante los auxilios que requería el demandante, pues éste mismo, en el hecho 19 del libelo de demanda, dice que cuando el aviador le preguntó que si estaría en disposición de caminar, la negativa se la hizo por medio de un gesto, debido a los vendajes que le había puesto en la boca el aviador (es de suponer), que le impedían hablar; luego entonces el aviador acudió a suministrarle auxilios. Asimismo manifiesta el demandante que oía el ruido de los aviones que permanentemente se hallaban en la búsqueda del avión y de sus tripulantes, pero que por carecer de elementos para hacer señales y hacerse visible, no pudo lograrlo, debido a que la pistola que encontró en la cabina del avión no disparaba, porque los cartuchos eran de papel de mala calidad y estaban esponjados. Sin embargo, aparece acreditado por las declaraciones de los "guaqueros", señores Reinaldo Echeverri, Justo Arias, Jesús Ocampo, Noel Jaramillo, Alejandro Arango y Darío Moreno, quienes salvaron la vida del demandante y cuyas declaraciones fueron evacuadas con asistencia de la parte demandante, que el señor Marshall les manifestó que hacía fogatas con el fin de que fuese localizado por los aviones que lo buscaban, pero que desgraciadamente el tiempo era lluvioso y las montañas impedían que la claridad reflejara y el humo se expandiera hasta la penetración de ser divisado por los aviones".

CAPITULO III

El recurso de casación

La parte demandante, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del tribunal.

El recurrente invocando la causal primera del artículo 520 del código judicial formula contra la sentencia los siguentes cargos desarrollados cada uno de ellos en forma clara y extensa en la demanda de casación:

El primer cargo, consiste en que el tribunal interpretó erradamente los artículos 1º de la ley 95 de 1890, 1604 y 1733 del código civil y 306 del código de comercio; aplicó indebidamente los artículos 27 y 31 del código civil; y dejó de aplicar, siendo pertinentes, los artículos 1494, 1527, 1602, 1603, 1610 ordinal tercero, 1613, 1614, 1615, 1738, 2070, 2073, y 2078 del código civil; 258, 318, 322, ordinal cuarto y 329 del código de comercio; 8 de la ley 52 de 1919 y 48 del decreto número 66 de 1934.

El segundo cargo se formula por error de derecho en la interpretación de las pruebas, que aparece de modo manifiesto en los autos, violando con ello el tribunal los artículos primero de la ley 95 de 1890, 66, 1604, 1733, 1757, 1768 del código civil, 306 del código de comercio, y 472, 593, 601 y 661 del código judicial. En síntesis se dice que el tribunal incidió en error de derecho en la apreciación de las pruebas porque, estando probado el contrato de transporte celebrado entre la Scadta y el señor Marshall y estando establecido igualmente el incumplimiento del contrato por parte de la Scadta, a causa del accidente del avión **Von Krchn,** da por probado el **caso fortuito** alegado por la empresa demandada, no estándolo, relevando a dicha empresa de la prueba que le correspondía con la tesis de que no es necesaria dicha prueba por aparecer el caso fortuito a **prima facie,** sin tener en cuenta que para alegar la irresponsabilidad por tal causa es necesario comprobar la falta de **culpa,** esto es, que se empleó la diligencia y cuidados necesarios; porque no tuvo en cuenta que la **culpa** se presume; porque sienta la tesis de que para eximirse de la **culpa** basta probar diligencia o cuidado con hechos posteriores al suceso o hecho que ha ocasionado el daño, y, finalmente, porque sostiene asimismo que en caso de duda en materia de prueba de la responsabilidad, no obstante presumirse la culpa y ser la presunción "la dispensa de la prueba" que sólo puede destruírse probando el hecho contrario, debe resolverse en favor del demandado".

El tercer cargo versa sobre el error de derecho en que incurrió el tribunal en la apreciación de la prueba, por cuanto estando probado el accidente que causó el daño al señor Marshall, las lesiones sufridas por éste, los perjuicios que se le ocasionaron, la naturaleza de los daños y el monto de tales perjuicios, así como la relación de causalidad entre el daño y el hecho que le produjo, la responsabilidad concreta de la sociedad demandada es incontrovertible, y no obstante, se abstuvo de condenarla, apoyándose en la falsa tesis de la irresponsabilidad de la Scadta, para absolverla de los cargos de la demanda. Los conceptos periciales referentes a la estimación de los perjuicios oca-

sionados al señor Marshall, están plenamente fundados y tienen, por lo tanto, innegable eficacia probatoria. Al desconocerle su valor jurídico el tribunal cometió error de derecho en la apreciación de la prueba. Como consecuencia de este error el tribunal violó los artículos 1610 ordinal 3º, 1613, 1614, 1615, 1604, 1616, 1757 y 1769 del código civil; 306, 318, del código de comercio; 472, 593, 601, 705, 721, 722 del código judicial.

Motivo del **cuarto cargo** es el hecho de que no habiéndose deducido en la sentencia contra la sociedad demandada la responsabilidad extracontractual, habiéndose planteado en la demanda y estando probada en autos, violó el tribunal las siguientes disposiciones, por interpretación errónea y por haberlas dejado de aplicar siendo pertinentes: Artículos 63, 1494, 1527, 1613, 1614, 2341, 2347 y 2356 del código civil; 34 de la ley 57 de 1890, 306 y 318 del código de comercio y 209 del código judicial.

Tanto la demanda de casación como las réplicas de la parte opositora, son ilustrados e inteligentes estudios alrededor del trascendental tema de la responsabilidad del transportador aéreo, punto nuevo de controversia en derecho colombiano, sobre el cual la Sala de Casación tendrá que pronunciarse por primera vez. En esta tarea se siente aliviada por el esfuerzo intelectual de los distinguidos abogados que asistieron a las partes, quienes con singular pericia dilucidan sus encontradas tesis, ofreciendo así a la Corte un vasto panorama de doctrinas y de soluciones, que le facilita escoger las que mejor encuadren dentro de nuestras instituciones de derecho privado y se compaginen con el carácter y naturaleza del contrato de transporte aéreo.

Capítulo IV

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

—A—

La inejecución de obligaciones puramente contractuales no genera responsabilidad delictual.

El señor Marshall ejercita en la demanda en forma principal una acción extracontractual de perjuicios, y subsidiariamente la acción de incumplimiento del contrato por medio del cual la Scadta se obligó a conducirlo por avión de Andagoya a Bogotá, según el tiquete que le dio derecho al viaje.

El tribunal fallador descartó la primera acción, afirmando que la cuestión debía juzgarse no como hecho nacido de culpa aquiliana, sino como resultado de accidente generado durante la ejecución de un contrato.

Al resolver así el punto el tribunal obró con sujeción plena a la sana doctrina jurídica.

Esta Corte ha tenido ya ocasión, varias veces, de condenar esa acumulación de acciones por su naturaleza incompatibles entre sí. En fallo de casación de 1º de diciembre de 1938, publicado en la GACETA JUDICIAL, tomo XLVII, pág. 454, colum. 2ª, dijo:

"Con esta pretendida infracción legal se plantea una cuestión de responsabilidad por culpa, que no estuvo ni podría estar sometida a la consideración y análisis del sentenciador al decidir el problema de nulidad contractual dentro de las normas legales en que están previstos y determinados los efectos que se producen con este fenómeno jurídico. Con la cita del artículo 63 del Código Civil, que define y clasifica la culpa civil, disposición referente por sus características propias a la culpa contractual, lo mismo que el artículo 1613, citado también como infringido, parece que el recurrente considera que es culpa contractual la que le imputa al demandado; pero al propio tiempo parece hacer alusión a la culpa extracontractual al citar como quebrantadas por el tribunal las disposiciones de los artículos 2341 y 2356 del Código citado que gobiernan la responsabilidad común por los delitos y las culpas. En esta forma, fuera de la inconducencia del cargo como cuestión de responsabilidad por culpa, se involucran de manera inaceptable la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual en una misma relación jurídica. 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. Lo que puede acontecer es que hay hechos que además de tener la calidad de culposos con relación a determinado contrato, por su propia mesmedad jurídica, independientemente de todo arrimo contractual, pueden 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. En casos como el de

autos, en que el hecho que se señala como raíz de la responsabilidad, en el supuesto de que el pedimento de indemnización de perjuicios fuera procedente, no puede considerarse sino como inseparablemente vinculado a un contrato, resulta evidentemente fuera de lugar cualquier esfuerzo encaminado a sacar el punto de la responsabilidad del plano contractual para llevarlo impertinentemente al campo de la responsabilidad por los delitos y las culpas, que es la enfocada por los artículos 2341 y 2356 del Código Civil".

El recurrente defiende el planteamiento de las dos acciones en la demanda, diciendo que la responsabilidad de los conductores está considerada como **mixta,** es decir **ex-contractu** y **ex- lege. El** conductor, al propio tiempo que está obligado al cumplimiento del contrato de transporte, tiene la obligación legal de velar por la seguridad de los viajeros. De manera que desde este punto de vista responde de dos obligaciones. Tiene, pues a su cargo una doble responsabilidad con origen en dos fuentes distintas: el contrato y la ley. En ausencia de culpa contractual la ley protege a la víctima erigiendo la culpa extracontractual. En apoyo de la tesis de la acumulación de responsabilidades cita al italiano Giorgi y a los franceses Planiol y Ripert.

Es verdad que hay autores que parecen defender la tesis de la acumulación de responsabilidades, o mejor opción, en el sentido de que la víctima puede invocar bien el contrato o ya la ley según mejor convenga al fin perseguido de obtener la reparación. Mas en cambio otros que son mayoría y la jurisprudencia rechazan esa clase de acciones mixtas. Y con razón. Porque de aceptarse la teoría en la forma absoluta con que algunos la propugnan se derrumbaría toda la estructura de la culpa contractual. Esta noción desaparecería, puesto que siempre que se adujera una responsabilidad por incumplimiento de lo pactado, debido a culpa del deudor, como toda culpa es contraria a la ley surgiría siempre configurado la responsabilidad fuera de contrato, fundada en los artículos 2341 y 2356 del código civil.

Van Ryn, expositor belga citado con mucha oportunidad por el apoderado de la parte opositora al recurso de casación, dice lo siguiente:

"¿La responsabilidad delictual puede también sancionar la inejecución de obligaciones puramente contractuales? En otros términos, ¿esta inejecución puede ser considerada como un delito o como un cuasidelito que cae bajo la apreciación de los artículos 1382 y 1383?

"La afirmativa ha sido sostenida. Desconocer una obligación contractual, dicen ciertos autores, es un acto ilícito, un delito, lo mismo que desconocer una obligación legal; la naturaleza, el origen de la obligación violada, son indiferentes; desde luego, no hay ninguna razón para eliminar en este caso las reglas fundamentales de la responsabilidad civil, que sanciona todos los actos perjudiciales contrarios al derecho".

"Algunos refuerzan la argumentación, haciendo notar que todas las obligaciones derivan de la ley, aún las que a primera vista parecen tener su fuente en el contrato. El acto jurídico, dice M. Bonnecase, tanto como el hecho jurídico no es sino el "motor de la ley", fuente suprema de todas las obligaciones".

"Nosotros no podemos unirnos a esta tesis. No entraremos en una discusión a la cual podría dar lugar el sistema de M. Bonnecase, lo que implicaría especialmente el examen de la naturaleza exacta de la fuerza obligatoria de los contratos, y nos alejaría del objeto de nuestro estudio. Nos basta constatar que este sistema es inconciliable con el derecho positivo belga y francés en materia de responsabilidad".

"Al dictar las reglas particulares que constituyen lo que se llama la responsabilidad contractual, el legislador ha manifestado claramente su voluntad de dar a las obligaciones contractuales una **sanción propia,** distinta de la que organizan los artículos 1382 y siguientes. Violar una obligación contractual y violar una obligación legal, no son, en verdad, cosas radicalmente desemejantes; pero el legislador ha reglamentado de modo diferente las consecuencias de cada una de estas violaciones; admitir la intervención de la responsabilidad delictual para sancionar obligaciones creadas por un contrato, sería volver estériles, sin objeto, las reglas particulares de la responsabilidad contractual".

"La conclusión de un contrato abre pues a la responsabilidad, por la creación de obligaciones nuevas, **un campo de aplicación nuevo**, de donde la responsabilidad delictual está excluída, y que constituye el dominio propio y exclusivo de la responsabilidad contractual". (Responsabilidad Aquiliana y Contractual, págs., 256 y 257).

De otro lado Savatier hablando del concurso de una falta contractual y una delictual expone lo siguiente en su obra TRATADO DE RESPONSABILIDAD CIVIL EN DERECHO FRANCES, tomo 1º, números 152, 199 y 200, que aclara muy bien la cuestión:

"La violación del compromiso contractual engendra exclusivamente una responsabilidad contractual. Para que sea concebible una acumulación de responsabilidades, es necesario que a esa violación se agregue una falta perjudicial distinta. Y esto supone, a la vez, dos cosas: por una parte que el hecho incriminado haya sido la violación de un deber independiente del contrato, por ejemplo, de una obligación legal exterior, o de un deber moral distinto, tal como el de no mentir; por otra parte, que el perjuicio causado por este acto exista independientemente del contrato mismo, en otros términos, que el acto incriminado haya atentado a un bien patrimonial o moral perteneciente a la víctima, fuera del contrato".

"En virtud de la primera idea, no podría contemplar la acumulación de dos responsabilidades cuando el demandado no ha violado ningún deber distinto del que resulta de los compromisos contractuales, y esto, siempre que la violación de estos últimos haya sido voluntaria, dolosa. Cualquier mala fe que el contratante haya puesto para apartarse de sus deberes contractuales, desde el momento que su falta no ha violado sino deberes de esta clase, su responsabilidad no puede ser sino contractual..."

"El asilo que se ha encargado convencionalmente de la guarda de un alienado, no es responsable sino contractualmente de la falta de vigilancia en esa guarda; pero su responsabilidad puede hacerse delictual si algún empleado infringe al loco golpes o heridas inútiles".

"Así, sobre el terreno de la falta perjudicial, es indispensable la reunión de dos condiciones esenciales a toda acumulación de una responsabilidad delictual a una responsabilidad contractual: la violación de un deber extracontractual, la realización de un perjuicio extracontractual". (Pág. 199 y 200 del Tomo 1).

Por último, examinando los hermanos Mazeaud la responsabilidad proveniente del contrato de transportes, y la obligación de seguridad que tal contrato comporta, expresan:

"Durante largo tiempo la jurisprudencia se negó a encontrar en el contrato de transporte de personas una especial obligación de seguridad, y afirmó que la responsabilidad, en caso de accidente ocurrido durante el viaje, no podía ser sino delictuosa. Pero la Corte de Casación, seguida por todos los tribunales, ha adherido a la opinión contraria, defendida por el procurador general Sarrut: hoy es uniforme la jurisprudencia en decidir que el contrato de transportes obliga al conductor a garantizar la seguridad del viajero, y por consiguiente, la responsabilidad del transportador de personas, en caso de accidente, es contractual".

(Traite Théorique et Practique de la Responsabilité Civile Delictuelle et Contractuelle, tomo 1º Nº 154 pág. 194).

En derecho colombiano la solución tampoco puede ser distinta. Autorizar al acreedor para que prescindiendo del contrato acuda a la responsabilidad delictual, es tanto como negarle fuerza obligatoria a la convención, colocando al deudor en situación de manifiesta desigualdad frente a la contraparte.

Empero ello no quiere decir que, a semejanza del caso que propone Savatier, por la circunstancia de que exista contrato se descarte la consideración de hechos sancionados directamente por la ley por entrañar culpa extracontrato, cuando esos hechos tienen realización fuera de la órbita de la convención pero ocasión de ella. Podría citarse como caso típico el del deudor que golpea al acreedor en el curso de una discusión sobre la existencia del crédito: la del conductor del vehículo que hiere al viajero que transporta con el fin de robarlo, etc.

El caso planteado en la demanda por el señor Marshall, de indemnización por el daño que recibió en el siniestro aéreo del avión VON KROHN, en que era conducido de Andagoya a Bogotá, a virtud del respectivo contrato de transporte, es meramente de culpa contractual por incumplimiento de las obligaciones de la empresa transportadora que omitió poner toda la diligencia y el cuidado requeridos tendientes a garantizar la seguridad del viaje.

De consiguiente, el correspondiente cargo formulado en la demanda de casación contra la sentencia del tribunal, por el aspecto examinado, es inadmisible.

—B—

Régimen legal aplicable al contrato de transporte de personas por vía aérea.

1º.—**Ausencia en la legislación de un derecho especial sobre la responsabilidad del transportador aéreo.** La aeronavegación, como medio de transporte constituye una actividad que nació a la vida hace apenas pocos lustros. En los principios de este siglo nadie podía imaginar que llegaría un día en que las naves aéreas surcarían el espacio llevando a todas partes de la tierra carga y pasa-

jeros, superando así ventajosamente en rapidez al ferrocarril y al automóvil. Cuando las naciones perfeccionaron sus estatutos sobre comercio terrestre y marítimo, incorporando en ellos regulaciones sobre los medios de locomoción rudimentarios entonces existentes, en el siglo pasado, estuvieron lejos de imaginar que en el nuevo siglo surgiría otro sistema de locomoción, tan desconcertante por su maravillosa concepción, que si en aquella época de pronto hubiera cruzado el cielo uno de los modernos transportes aéreos habría sido tomada por una visión fantástica.

Por su índole, naturaleza y medio en que actúa, el avión tiene bastantes diferencias con los transportes terrestres y marítimos. De ahí que gran número de países como Francia, Alemania, Estados Unidos, Méjico, Brasil, Argentina, Chile, Perú, etc., hayan expedido estatutos especiales reglamentarios de la responsabilidad del transporte aéreo, con tendencia uniforme a limitar a sumas precisas y determinadas el monto de las indemnizaciones, a objeto de que las compañías sepan de antemano de qué daños responden y cuánto deben, eliminándose de esta suerte las enojosas y largas controversias judiciales por razón de accidentes aéreos.

En Colombia se echan de menos disposiciones semejantes. Corresponde entonces a la jurisprudencia llenar el vacío, estructurando la doctrina que mejor armonice con nuestro orden jurídico general, sin olvidar la característica especial del transporte aéreo y la necesidad que tiene el país de estimular su incremento y desarrollo.

El artículo 8º de la ley 153 de 1887 prescribe que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

Esta disposición es un rico venero de contenido jurídico, y como algunos comentadores hanlo observado fue una feliz anticipación al método moderno de interpretación científica.

Cuando el texto de la ley no comprende expresamente una cuestión determinada se recurre ante todo a la aplicación de leyes análogas, lo cual se funda en la idea de que siendo las situaciones parecidas es posible que el legislador hubiera consagrado la misma regla y por consiguiente que establecida una de las hipótesis debe ser también aplicada a la semejante. **Eadem est legis dispositio, ubi eadem ratio, idem jus.**

Por el procedimiento de analogía el intérprete puede ensanchar el sistema jurídico organizado por el legislador. Interpretando su voluntad se llega a decidir que como él reglamentó una materia de determinada manera, la semejante que él no previó hubiérala reglamentado en forma más o menos igual. Pero el procedimiento de analogía debe ser descartado cuando quiera que conduzca a dar una prescripción contraria no solamente a la voluntad presunta del legislador sino aún a la propia ley, tomada según exprésalo Geny, "como elemento objetivo de la organización social, absolutamente desprendida de aquella voluntad, con valor propio, en calidad de parte componente de la organización jurídica positiva".

En defecto de leyes análogas, de acuerdo con el artículo 8º, se recurre a los principios generales de derecho, es decir, a las reglas fundamentales que gobiernan el orden jurídico general, dentro del marco de la constitución nacional.

Las únicas disposiciones concernientes a los transportes aéreos susceptibles de ser tomadas en consideración son el decreto gubernamental número 66 de 12 de enero de 1934 y la ley 89 de 1938, sobre aeronáutica civil.

Del decreto número 66 son las siguientes disposiciones: "CAPITULO VII.—INSPECCION.—Artículo 47.—Por el hecho de adquirir una empresa de transportes públicos la autorización del Gobierno para establecer líneas aéreas, queda sometida a la inspección que éste ejerza por medio de sus agentes tanto en lo técnico como en lo administrativo. Artículo 48.—Son aplicables a estas empresas las disposiciones sobre transportes terrestres y fluviales que no sean incompatibles con las disposiciones de este decreto y con el carácter especial de la aviación".

La ley 89 de 1938 sobre responsabilidad del transportador dice lo siguiente: "Artículo 63. Los daños y perjuicios sobrevenidos dentro o fuera de un aerodromo o aereopuerto, por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo, son de cargo del empresario de éste, cuando puedan imputarse a negligencia de parte suya o de sus empleados, la cual se presume, salvo prueba en contrario. Los empresarios quedan en libertad de repetir contra los responsables directos del daño".

Aun cuando la ley 89 no podría regir el caso del accidente del avión VON KROHN, sin embargo su cita es oportuna en esta anotación de carácter general que se está haciendo de la falta de normas pertinentes sobre responsabilidad del transportador aéreo.

El artículo 48 del decreto número 66, es una disposición por sí inútil e inoperante en lo atinente a resolver las cuestiones de responsabilidad civil del transportador aéreo en relación con los pasajeros que transporte, como quiera que sin ella ocurriría lo mismo, es decir, que los jueces, encontrando en las disposiciones sobre transportes terrestres y fluviales algunas que sean compatibles con el carácter especial de la aviación, tendrían que aplicarlas por razones de analogía.

Y en cuanto al artículo 63 de la ley 89, debe tenerse en cuenta que tal precepto contempla la responsabilidad del empresario o dueño de un aeródromo por razón de los daños y perjuicios sobrevenidos por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo aeródromo. El precepto está redactado en términos confusos y contradictorios, pero el sentido es el que se deja anotado, si se ha de relacionar con los preceptos anteriores, con los subsiguientes y con el epígrafe del capítulo correspondiente de la misma ley.

Los tratadistas que se han ocupado de la moderna ciencia del Derecho aéreo, observan que éste tiene más afinidades con el marítimo que con el derecho comercial terrestre. Por el medio en que se mueve y los riesgos que corre es más adecuada la comparación de un avión con un barco, que con el ferrocarril o el automóvil, que tienen la tierra por base de todos sus movimientos y que cuentan con rutas fijamente preestablecidas.

En el particular es oportuna la observación de Marcel Le Goff: "Las analogías del Derecho Aéreo con el Marítimo son numerosas. En el campo del derecho público el barco y la aeronave tienen una nacionalidad. La matrícula, el registro aeronáutico, los libros de a bordo, el control de las condiciones de aptitud para navegación, son todas formalidades emprestadas al Derecho Marítimo. Asimismo, las reglas de fiscalización del régimen aduanero del derecho aéreo están emparentadas con las correspondientes del Derecho Marítimo".

El legislador colombiano se muestra inclinado al mismo criterio, en el único caso en que ha tenido ocasión de expresarse. Y es así como en la ley 89 de 1938, asimila el comandante de una aeronave al capitán de un buque, pues según el artículo 31, "El comandante de una aeronave es el jefe superior a bordo de ésta; a él le corresponde la conservación del orden y disciplina a bordo de la misma; teniendo el deber de cumplir y hacer cumplir las leyes, reglamentos y demás órdenes oficiales, y está investido de las facultades que se otorgan a los capitanes de buques".

2º.—**El factor riesgo en el contrato de transporte aéreo.** Para precisar el límite de las obligaciones contractuales de seguridad del transportador aéreo, debe jugar papel preponderante el factor riesgo. Los peligros a que se expone el pasajero que toma asiento en un avión son más variados que los de cualquier otro medio de transporte; y él los conoce. Sabe que la empresa sólo puede garantizarle una seguridad relativa en el viaje mediante las precauciones usuales y reglamentarias previsoras de accidentes; pero que no obstante esas precauciones el espacio ofrece peligros desconocidos susceptibles en cualquier momento de imprimirle al vuelo final trágico. Si sabiendo todo esto el pasajero celebra el contrato, ello quiere decir que de su parte asume también los riesgos del vuelo, porque de lo contrario libre era de movilizarse por otra vía más tranquila y segura, como el ferrocarril o el automóvil. De ahí que con razón la Corte de casación francesa haya dicho en sentencia de 21 de julio de 1930 citada por Le Goff en su TRATADO TEORICO Y PRACTICO DE DERECHO AEREO, número 1279: "El transporte aéreo no se emplea aun sino por una clientela advertida y hay de la parte del transportado la aceptación de un riesgo que él podría generalmente evitar utilizando las vías terrestres y marítimas".

El mismo autor comenta: "Imponer al transportador la carga de los riesgos del aire sería crear en su contra una responsabilidad legal, transformarlo en asegurador obligado de los pasajeros y de las mercancías, y con el pretexto de que los riesgos del aire son más numerosos que los de otro medio de locomoción, imponerle la carga de ellos aunque sean completamente extraños a su actividad personal".

Por tal causa la obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no puede ser sino de simple prudencia y diligencia. Es justo que se le exija a aquél la mayor diligencia y cuidado para la seguridad de los pasajeros, pero el carácter y la índole esencialmente peligrosa de la aviación tampoco puede imponerle un grado tal de perfección que agotando la previsión de la mente humana releve al transporte del pasajero de todo peligro. El pasajero acepta también los peligros inherentes a todo viaje aéreo; si es víctima de accidente por la caída del avión o por aterrizaje forzado lo equitativo es que exija la prueba de que el empresario obró con prudencia y diligencia, mas no imponerle de todas maneras y en todos los casos la prueba del hecho preciso o la causa determinante del acciden-

te, pues en la mayoría de las veces esa prueba será imposible para el transportador, ya que como lo anotan los autores, en el transporte aéreo es en donde más frecuentemente ocurre que la causa precisa del accidente permanece oculta.

Exigir pues al empresario público de transporte aéreo la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor, para exonerarlo de la responsabilidad contractual originada en accidente aéreo, equivaldría a echar sobre sus hombros una obligación más gravosa de la que razonablemente asume. El transportador garantiza que tomará todas las precauciones en relación con las condiciones satisfactorias de la máquina, la pericia del piloto, el cumplimiento de los itinerarios y rutas señaladas, etc.; pero no puede dar garantía ilimitada contra los llamados riesgos del aire. Frecuentemente ocurre que el avión arranca de la tierra bajo el mejor signo de buen tiempo en toda la ruta que debe recorrer. De repente el horizonte se ensombrece y la tempestad arrecia. El piloto está volando sobre alguna gran cordillera, tal vez sobre espesa selva. Tiene que cambiar de ruta, o remontarse a grandes alturas en busca de visibilidad. Quizá debe permanecer por largas horas en el espacio oteando un lugar abierto antes de que el combustible se agote. Quizá su experiencia y habilidad le aconsejan un aterrizaje forzado como medida relativamente salvadora de la situación. Consigue que el avión descienda, pero su pericia no puede impedir por lo accidentado del terreno que lo reciba el choque violento de la máquina y probablemente también el sacrificio de su propia vida precisamente en el momento angustioso en que ponía a prueba toda su habilidad técnica y la fortaleza y buenas condiciones de la máquina, en el supremo esfuerzo para salvarse, y con él salvar a los pasajeros. ¿Cuál el hecho concreto determinante del accidente que se hubiera podido evitar? Aventurado sería suponerlo. Pasado el accidente es muy fácil retrospectivamente forjar hipótesis: que el piloto había podido devolverse al punto de partida; o tomar otra ruta; aterrizar con más anticipación, etc. Pero todas son composiciones de lugar, inadmisibles en ánimo imparcial y desprevenido. Lo único cierto en caso tal es que el avión fue víctima de los llamados riesgos del aire.

Esta la razón para que en Francia bajo el solo imperio del derecho común, y aún antes de que se expidiera la ley de 1924 que permitió expresamente la cláusula de exoneración de la responsabilidad del transportador aéreo, especialmente por los riesgos del aire, incluída en los billetes destinados a los pasajeros, la jurisprudencia consideró válida esta cláusula. Y aún más. El profesor Ripert, citado por Le Goff llega hasta a decir que en el contrato de transporte aéreo existe una convención tácita de exoneración por riesgos del aire asimilable a la convención expresa. Esta es la cita de Ripert hecha por Le Goff en el número 1283 de su obra:

"Es necesario concluir, dice M. Ripert, que la obligación de seguridad no existe en todos los contratos de transporte con el mismo carácter. Los hay en que ella se impone al transportador, porque el accidente es un riesgo de la explotación que debe ser previsto o impedido. Tal es evidentemente el caso del transportador por vía férrea. Hay otros en que puede ser evitada por la convención de las partes, porque la explotación no está bastante perfeccionada para que se pueda obligar al transportador a garantizar la seguridad del viajero. Se puede llegar hasta el extremo de decir que hay medios de transporte en los cuales la obligación de seguridad no puede existir. El transporte aéreo es de esta clase, ya que el viajero sabe al emplearlo que se expone al peligro. Se puede aún decir que en este medio de transporte hay una convención tácita de exoneración, asimilable a la convención expresa".

3º.—**Extensión de la responsabilidad del transportador según los códigos civil, de comercio y marítimo.** El código civil —artículo 2070— define el contrato de transporte diciendo que es aquel en que una parte se compromete, mediante cierto flete o precio, a transportar o hacer transportar una persona o cosa de un paraje a otro. Y en el código de comercio —artículo 258— el transporte es un contrato, en virtud del cual uno se obliga por cierto precio a conducir de un lugar a otro, por tierra, canales, ríos navegables, etc., pasajeros o mercancías ajenas, y entregar éstas a la persona a quien vayan dirigidas. Hay empresarios **particulares** y empresarios **públicos** de conducciones (artículo 271, ibidem). Los primeros son los que, ejerciendo la industria, no han ofrecido al público sus servicios, y se encargan libremente de la conducción de personas o mercaderías a precios convenidos. Y los segundos son los que tienen anunciado y abierto al público un establecimiento de conducciones, y las ejecutan en los períodos, por el precio y las condiciones que prefijan los anuncios.

Las compañías de navegación aérea destinadas a la movilización de carga y pasajeros, pertenecen a la categoría de empresarios públicos de conducciones. El régimen legal a que están sometidos

estos empresarios en lo concerniente a la extensión de la responsabilidad originada en el contrato de transportes, es aplicable a las mencionadas compañías en cuanto sea compatible con la navegación aérea. La incompatibilidad haría que el problema se desplazara sobre el régimen de la navegación marítima, en busca de disposiciones acordes con la índole de los vuelos por avión.

Ya está visto que en un régimen general de derecho abstracto el transportador aéreo sólo tiene poder para garantizarle al pasajero una seguridad relativa, en cuanto no esté perturbada por los llamados riesgos del aire, que muchos autores asimilan a la ocurrencia del caso fortuito; y que la obligación del transportador es así de mera prudencia y diligencia, pero que no se extiende a garantizarle la vida al viajero en todo evento, porque las compañías de navegación aérea no asumen aquellos riesgos, pues no son compañías de seguros. Según la doctrina y la jurisprudencia, en la obligación de prudencia y diligencia, para liberarse el deudor le basta demostrar el cumplimiento de todas aquellas previsiones posibles tendientes a evitar el daño, y si ésta sin embargo ocurre por causa que permanece desconocida, debe ser absuelto; su compromiso probatorio no va al extremo de tener que acreditar la fuerza mayor, el caso fortuito, o la intervención de elemento extraño, que comporta una prueba específica más rigurosa, y que en el transportador aéreo es imposible cuando el accidente se ha originado en el aire.

Esta misma Corte —sala de negocios generales— en sentencia de 23 de abril de 1941, publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo LI, pág. 461, encontró que los artículos 306 y numeral 4º del artículo 322 del código de comercio terrestre, hacen diferencia en cuanto al grado de la culpa de que responde el porteador, según se trate de un empresario de transportes particulares (artículo 306), o de empresario público (artículo 322). Consiste la diferencia "en que el empresario particular para exonerarse de toda responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones que le impone el transporte, **"deberá probar que el caso fortuito no ha sido preparado por su culpa, y que su cuidado y experiencia han sido ineficaces para impedir o modificar los efectos del accidente que ha causado la pérdida, la avería o el retardo"**. Es decir, que el empresario particular sólo se exonera de la presunción de culpa probando el caso fortuito, fuerza mayor o intervención de agente extraño".

"En cambio el empresario público de transportes, al tenor del artículo 322 está en circunstancias más favorables ya que este artículo en modo alguno exige la prueba del caso fortuito, sino de la mera ausencia de culpa. Está obligado a indemnizar a los pasajeros" el daño que sufrieren sus personas, por vicio del carruaje, por su culpa, la de los conductores o postillones". Lo que significa que la exigencia probatoria es más benigna para el empresario público, que para el empresario privado, debido sin duda alguna a que el primero, por las circunstancias públicas en que actúa está bajo la vigilancia severa de la autoridad y sometido a reglamentos oficiales destinados precisamente a garantizar en condiciones normales la seguridad de los pasajeros y la eficacia de los servicios que cada empresa transportadora ofrece al público".

El código civil también exonera de responsabilidad al transportador de personas mediante la sola prueba de la ausencia de culpa. En efecto; el primer miembro del artículo 2072 prescribe que el acarreador es responsable del daño que sobrevenga a la persona transportada, por la mala calidad del carruaje, barca o navío en que se verifica el transporte; en contraste con el segundo miembro de la disposición relativo al transporte de cosas, que hace responsable al transportador por la destrucción de la carga a menos que pruebe el vicio de ella, fuerza mayor o caso fortuito. Esta diferencia se explica ante la situación distinta entre el transporte de personas y el transporte de cosas incluyendo los animales: el viajero, como lo observan los hermanos Mazeaud, conserva en el viaje la libertad de todos sus movimientos, y el transportador no tiene sobre él sino un derecho de dirección limitada; y él también, soporta obligaciones correlativas encaminadas a facilitar el cumplimiento de los reglamentos dados para garantizar la seguridad de los pasajeros; al contrario, los demás seres, o son animales, o cosas más o menos inertes, con respecto a las cuales el transportador tiene un derecho de dirección absoluta, de donde no es exagerado exigirle la responsabilidad de todos los riesgos.

4º.—**La prueba de la ausencia de culpa en el acaecimiento del accidente aéreo, originado en un riesgo del aire, exonera al transportador aéreo de responsabilidad por inejecución del respectivo contrato de transporte. No hay obligación de acreditar la ocurrencia de caso fortuito o fuerza mayor.**

Unicamente en el evento de que los artículos del código de comercio terrestre que se dejan exa-

minados admitan la interpretación que se les ha señalado, de limitar la obligación de seguridad contenida en el contrato de transporte de personas ajustado por el empresario público de conducciones, al grado de mera prudencia y diligencia, que excluye la necesidad de que dicho empresario tenga que suministrar la prueba del caso fortuito como único medio exonerante de responsabilidad civil respecto del pasajero, por incumplimento del contrato, generado en accidente durante el viaje, podría aceptarse que esas disposiciones, en ausencia de derecho especial, establezcan un criterio legal, compatible con el carácter y contenido del contrato de transporte aéreo, susceptible de gobernar también este contrato.

Empero, si ello no fuere así entonces dichas disposiciones serían inaplicables como guía para deducir la responsabilidad civil del transportador aéreo. Habría que acudir al código de comercio marítimo o al código civil. Investigar allí cuál es el régimen imperante, y hallado compatible con el contenido aceptable de la obligación de seguridad envuelta en el contrato de transporte aéreo, regir éste por un criterio semejante al establecido en aquellos códigos.

Ya se vio cuál es el régimen que establece el artículo 2072 del código civil.

En el código de comercio marítimo impera también el régimen de la ausencia de culpa, según el artículo 353. Y aún más: en ese estatuto no existe ninguna disposición similar al artículo 306 del código de comercio, relativa a las empresas privadas de transporte. Tampoco existe allí disposición que prohiba las cláusulas de exoneración de la responsabilidad civil del transportador, cláusula que según la doctrina de los expositores de derecho marítimo no tienen por qué ser descartadas de la navegación, debido al riesgo inherente a ella y a la imposibilidad en que se encuentra el empresario de vigilar y controlar la nave confiada a la pericia del capitán y de la tripulación, por lo cual la estipulación de irresponsabilidad de las faltas personales leves y de las faltas de otro, se estiman lícitas.

De consiguiente, así como el artículo 306 del código de comercio que obliga al empresario privado de transportes a probar el caso fortuito para exonerarse de la responsabilidad por daño de lo transportado, es incompatible con el carácter de la navegación aérea, sucede lo propio con el artículo 329 del mismo código y con el artículo 8º de la ley 52 de 1919 sobre limitación de la responsabilidad, limitaciones que son aceptables en el régimen común del derecho civil (artículo 1416), claro que no basta dejar impune el dolo del deudor, sino con sentido de aminorar su responsabilidad pecuniaria, o de excusarlo de ciertas culpas leves no intencionadas.

Ya está visto que en razón de la peligrosidad en ocasiones incontrolable de los vuelos en el transporte por aire la obligación de seguridad que comporta el respectivo contrato en relación con el pasajero, razonablemente no se debe extender, salvo estipulación en contrario, hasta el grado de garantizar contra los llamados riesgos del aire. De ahí que la cláusula según la cual "todo viaje es a entero riesgo del pasajero", inserta en el tiquete de transporte que la Scadta expidió al señor Marshall en Andagoya, para trasladarlo a Bogotá, no implica limitación ninguna de la responsabilidad contractual que la empresa contrajo, según el derecho colombiano. La cláusula no significa que la empresa pueda cometer culpas sin consecuencias; significa, en el sentir de la Corte, que si a pesar de todas las previsiones de la compañía y de la observancia de las medidas aconsejadas normalmente para garantizar el vuelo, el avión es víctima en el aire de un accidente, cuya causa cierta y concreta no puede atribuírse a culpa, la compañía no puede ser responsable. Por consiguiente, con cláusula o sin cláusula exonerativa de los riesgos del aire, a la empresa le bastará demostrar que el accidente no fue generado por su culpa; es suficiente así la prueba de la mera ausencia de culpa, que como esta Corte ha explicado varios veces, es diferente de la prueba de la ocurrencia del caso fortuito, de la fuerza mayor o intervención de agente extraño, como únicos medios hábiles en el camino de alcanzar la demostración de inculpabilidad.

Capítulo V

AUSENCIA DE CULPA EN LA EMPRESA DEMANDADA

El tribunal, en la sentencia recurrida, creyó encontrar acreditado el caso fortuito que ocasionó la caída del avión Von Krohn en la selva con la propia relación que del vuelo hace el actor en el libelo de la demanda, especialmente en los hechos 12, 14 y 15.

Sea que ese acontecimiento, tal como lo relata el demandante, ostente o no los signos distintivos del caso fortuito y alrededor de la cuestión los abogados en el recurso de casación se trabaron en interesante y larga controversia, lo que sí es-

tablece ese relato, puesto en relación con los mensajes inhalámbricos que el piloto emitió desde la nave desque que salió de Quibdó a las nueve y veinte de la mañana, que guardan armonía perfecta con los datos del señor Marshall, es que la caída del avión Von Krohn, constituye elocuente ejemplo del cumplimiento durante el vuelo de un riesgo del aire: la máquina, en buenas condiciones sale de Quibdó con buen tiempo, conducida por experto y probado piloto, según está acreditado en autos; avanzando en el espacio encuentra cerradas capas de nubes, por sobre las cuales se desliza; el piloto presume "estar sobre el Valle del Cauca" (radiograma de las 10), es decir, sobre el primer objetivo, que era Cartago; en perfectas condiciones el avión se prepara a atravesar las nubes (radiograma de las 10 y 18), probablemente con el fin de buscar el campo de aterrizaje en Cartago; no localiza la tripulación ese lugar (radiograma de las 10 y 38); se dan cuenta entonces de que están volando sobre las montañas (radiograma de las 10 y 51). Por espacio de otra hora más o menos continuó el avión "volando en grandes círculos sobre las nubes" (hecho 14 de la demanda), probablemente buscando salida; "por breves momentos alcanzamos a divisar, al través de una abertura de las nubes, una alta montaña. El avión comenzó a descender, pero las nubes nos envolvieron entonces completamente y el piloto se vio obligado a ascender de nuevo sobre ellas y continuaron los vuelos en grandes círculos, mientras aquél y el mecánico se comunicaban a gritos" (hecho 15 de la demanda). En este vuelo ciego, bien porque el avión chocara contra la montaña, o ya porque el aviador realizara en la selva un aterrizaje forzado en un último esfuerzo de salvación ante el inminente agotamiento de la gasolina; se produjo el accidente.

El demandado trajo al juicio un abundante arsenal probatorio tendiente a establecer, entre otras cosas, las buenas condiciones en que se encontraba la máquina para volar, la observancia de los reglamentos oficiales, la autorización también oficial para volar en la ruta Quibdó-Cartago y que el piloto Geck y el mecánico Janke reunían excepcionales condiciones de pericia y habilidad.

El piloto Geck volaba en su último viaje en la Scadta después de completar un record de 500.000 kilómetros de vuelos. Sus amigos lo esperaban para agasajarlo con este motivo en Medellín, antes de emprender el regreso a su patria, Alemania.

En todo caso, la navegabilidad de la aeronave no es objeto de controversia, debido a que el demandante no sólo no ha puesto en duda su buen funcionamiento, sino que lo ha reconocido de manera categórica, por ejemplo en el hecho 37 de la demanda, en que dice: "El siniestro del Von Krohn no se debió a daño alguno en el avión sino al lugar inadecuado en que aterrizó al cual no cayó sino que descendió por voluntad del piloto, como para hacer un aterrizaje ordinario, hasta tropezar con la montaña..."

El demandante ve la culpa de la empresa demandada en las siguientes circunstancias que apuntó durante las instancias y sobre las cuales insiste en la demanda de casación, donde las resume:

Primero.—El aviador tomó la ruta más larga y peligrosa, o sea la línea Quibdó-Tadó-Opogodó-Río Sipí-Valle del Cauca-Cartago, que no era la adoptada por la Scadta, línea esta última que solamente cubre una distancia de ciento treinta y dos kilómetros (132), según el mapa de la Oficina de Longitudes, que obra en autos.

Segundo.—Veinte minutos después de haber emprendido el vuelo con buen tiempo, el aviador encontró nubes bajas que le impedían determinar la posición y que lo obligaron a subir a 10.000 pies, no intentando el regreso, pudiendo hacerlo, lo que acusa no sólo falta de **diligencia y cuidado**, sino temeridad e imprudencia dadas las condiciones desfavorables para el vuelo en la ruta seguida

Tercero.—La Scadta no tenía estación radiotelegráfica en Quibdó ni en Cartago. Este hecho acusa imprevisión, pues sin las estaciones de Quibdó y Cartago no era posible darse cuenta del estado del tiempo, mucho menos en una ruta tan larga como la seguida por el piloto.

Cuarto.—El avión no llevaba suficiente provisión de gasolina para afrontar dos horas de vuelo, lo que implica falta de previsión. La carencia de gasolina se pone de manifiesto por el hecho de que estando el avión en vuelo ciego, el piloto determinara descender en medio de las montañas y con tan poca probabilidad de un aterrizaje en buenas condiciones.

Quinto.—Sin tener seguridad, ni siquiera la más leve probabilidad de la posición en que se encontraba, el aviador bajó abandonando la zona clara y despejada sobre las nubes, atravesándolas en su descenso en vuelo ciego, entre las montañas, lo que acusa imprudencia o falta de combustible. Si la provisión de gasolina era suficiente, el vuelo ha debido continuar horizontalmente hasta encontrar alguna zona despejada que le permitiera al piloto orientarse, o regresar a Quibdó. Las maniobras realizadas por el piloto, que constan en los

mensajes que envió, indican sin duda que la causa que le impedía continuar el vuelo o regresar no era otra que la falta de gasolina, "ya que el avión se hallaba en buenas condiciones".

Las causas anteriores pueden reducirse a dos, radicada la primera en el piloto y la segunda en la empresa: en el piloto, por haber seguido una ruta más larga para llegar a Cartago, y no haberse devuelto cuando advirtió nubes bajas, lo que originó que el vuelo se prolongara hasta agotarse la gasolina; y en la empresa, por no tener instalaciones radiotelegráficas en Quibdó y Cartago.

La Sala no halla justificado el cargo que se hace al piloto de haber seguido ruta distinta de la línea recta entre Quibdó y Cartago. Hay pruebas de que el piloto Geck acostumbraba viajar por la ruta Quibdó-Tadó-Sipí para llegar a Cartago y en ello no se ve qué falta cometiera, condenada por la técnica. Por la naturaleza del vuelo la función del piloto es algo fundamentalmente distinta de la función del conductor de vehículos automotores en tierra, obligado a ceñirse a la zona determinada de una carretera. Al contrario se hace necesario que el piloto posea en el aire amplia libertad de acción precisamente a fin de ponerlo en capacidad de que conjure el peligro y acuda a los medios que sus conocimientos y experiencias le aconsejen conducentes a cumplir el vuelo en las condiciones más satisfactorias en orden a su propia y personal seguridad y a la de los pasajeros. Teniendo en cuenta estas circunstancias, hoy podrá seguir una recta que lo lleve a su objetivo, pero mañana, ante nuevos factores de tiempo podrá desviarse y describir un rodeo, como en el caso del piloto Geck, de acostumbrar aquel rodeo, aun a costa de mayor tiempo de vuelo, si creía encontrar, aun en buen tiempo, una atmósfera más propicia a la sustentación de la máquina. Y si de tal libertad debe gozar el piloto cuando vuela sobre regiones suficientemente conocidas y pobladas, cómo habría de negársele en regiones de abruptas cordilleras y extensas selvas, cual el Chocó, y durante la época en que estaba recién abierta la ruta aérea que atravesaba ese territorio?

Igual rechazo merece el cargo relativo a que el piloto ha debido devolverse al lugar de partida cuando advirtió las nubes bajas que le cerraron la visibilidad de la tierra, en lugar de prolongar el vuelo con el resultado de intentar un aterrizaje forzado antes de que se le agotara la gasolina.

Por ser reflexiones que surgen en la mente de cualquier persona, impuestas por la realidad de la navegación aérea y la responsabilidad del piloto, quien va arriesgando inclusive su propia vida, la Sala reproduce los pasajes pertinentes del escrito del abogado de la compañía demandada, en el recurso de casación, en que contesta las críticas que el demandante hace a la actuación del piloto:

"La indicación que a posteriori hace el demandante y en la cual insiste ahora su abogado, de que el piloto había podido y debido regresar a Quibdó al presentarse las condiciones atmosféricas desfavorables, es un concepto empírico, como el del profano que presencia una partida de billar y que desde sentado hace todas las carambolas mentalmente".

"Nadie mejor que el piloto, entendido, enterado, con todos sus cinco sentidos, conocimientos y destreza en juego, e impulsado por el móvil más poderoso, el instinto de conservación obrando dentro de la conciencia del peligro, podía saber si era o no posible regresar. Y en la desorientación en que estaban todos no se puede asegurar que el aviador no intentara el regreso".

"A este respecto el expositor Le Goff, estudiando la culpa generadora de responsabilidad de las empresas de navegación aérea sostiene que es muy difícil precisarla y para ser apreciada no debe dejar de tenerse en cuenta "la libertad que debe tener el aviador para escoger los medios de salvación oportunos en caso de peligro inminente, sin sentirse ligado por reglas imperativas".

"Comentando el autor citado un fallo de la Corte de Montpellier, de 2 de julio de 1930 en que se sienta y desarrolla esa tesis de la autonomía del piloto para proceder como mejor le parezca en caso de peligro, dice lo siguiente."

"Una maniobra audaz, peligrosa en sí misma, no está prohibida en caso de urgencia: conviene dejar al piloto una libertad muy grande de iniciativa y de acción. La Corte hace observar cómo es de fácil, después del choque, a los expertos determinar lo que el piloto ha debido hacer; pero agrega "que es más fácil discutir después del choque la oportunidad de la maniobra escogida en razón de la importancia de la avería constatada, pero que el piloto está mucho mejor colocado que los testigos o los expertos para juzgar **inmediatamente** las consecuencias de la ruptura de la hélice, cuya gravedad él no puede apreciar en momentos en que las vibraciones y el desequilibrio del avión imponen una decisión rápida". En efecto, solamente el piloto aprisionado entre las dificultades del momento puede conocer los medios que debe emplear para asegurar o tratar de asegurar la sal-

vación del aparato. Después, es muy fácil probar que él había podido muy bien ensayar otro medio mejor que evitara el accidente. No es posible, para la navegación aérea poner los frenos al piloto con reglas demasiado precisas, porque los fenómenos atmosféricos son bruscos y sorpresivos, y las aeronaves, aparatos delicados. Es difícil prever todos los casos que puedan presentarse y fijar para cada uno de ellos una regla; hay una parte de imprevisto, muy amplia, que debe dejarse a la habilidad del piloto. El será juez, casi único, de la maniobra que deba intentar en caso de peligro urgente".

Por último, también se ha dicho por la parte demandante que a pesar de que la sociedad demandada había dado al servicio la línea Quibdó-Cartago no tenía en dichas ciudades estaciones de radio.

El hecho anotado tampoco constituye culpa de la empresa demandada. Los aeródromos de Quibdó y Cartago se encontraban autorizados como tales por el gobierno nacional. El primero es de propiedad de la Intendencia del Chocó y el segundo de la Nación, entidades que los dieron desde su construcción y establecimiento al servicio público. No se explica que se hubieran dado al servicio esos aeródromos si no eran aptos para el arribo y partida de aeronaves. El aeródromo nacional de Cartago permaneció sin servicio de radio hasta el mes de diciembre de 1937, según declaraciones traídas al juicio, y el de Quibdó seguía prestando servicio sin ese elemento, por lo menos hasta cuando se instauró el juicio.

El decreto número 66 de 1934, en su artículo 14 estableció que no podría darse al servicio ningún aeródromo o aeropuerto, "para el aterrizaje, acuatizaje o ascensión de aeronaves de servicio público sin que medie autorización del ministerio respectivo".

El artículo 47 del mismo decreto precisa el derecho de inspección que tiene el Estado sobre las empresas de transportes aéreos que operen en Colombia.

Luego si la autoridad pública permitió el uso de los aeródromos de Quibdó y Cartago sin servicio de radio, autorizando allí por consiguiente el ascenso y descenso de las naves aéreas de servicio público, fue porque no estimó, en aquel tiempo, esencial el buen funcionamiento de esos aeródromos de las instalaciones correspondientes. Sobre el particular no debe perderse de vista que hay que presumir que en el ejercicio del derecho de inspección sobre los aeródromos y las empresas de aviación el gobierno obra por medio de técnicos; de consiguiente, desde que a los aeródromos de Quibdó y Cartago se permitía la llegada de aviones en el año de 1934, era porque la falta de instalaciones de radio en esos lugares y en esa época no constituía ninguna irregularidad que fuera en amenaza de la vida de pilotos y pasajeros. Por otro aspecto es notoria la falta de relación entre el accidente y la carencia de servicio de radio en Cartago, o mejor, que el accidente fuera precisamente producido a causa de no existir radio en Cartago. Con demasiada frecuencia ocurre que la presencia de nubes bajas sobre los aeródromos haciendo invisibles las pistas de aterrizaje, impida el descenso de los aviones por más que allí existan las instalaciones de radio. Aún con los últimos adelantos de la aeronavegación todos los días vemos las dificultades que confronta el avión que intenta descender en el mejor dotado aeródromo debido a la niebla que cubre las pistas, que cuando es muy densa obliga a los aviadores a buscar en otra parte terrenos de emergencia que estén despejados.

Capítulo VI

APLICACION DE LAS ANTERIORES DOCTRINAS AL RECURSO DE CASACION

La aplicación de las doctrinas expuestas en la motivación contenida en los dos capítulos anteriores, lleva lógicamente a desestimar los cargos, basados en ideas contrarias, del recurso de casación.

1º Desde que es inadmisible la teoría de la acumulación de una culpa delictual a una culpa contractual, tal como la entiende el recurrente y tal como se propuso en la demanda inicial del pleito, el Tribunal hizo bien en descartar la primera, ya que el caso materia de controversia esencialmente versa sobre responsabilidad derivada del incumplimiento de las obligaciones inherentes al transportador en el contrato de transporte aéreo. En consecuencia es infundado el cargo de violación de las leyes que cita el recurrente, porque el tribunal rechazara la súplica enderezada a deducir responsabilidad delictual o extracontrato.

2º El Tribunal en la sentencia recurrida dictamina que el contrato de transporte aéreo de personas le impone al empresario la carga de la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor, para exonerarse de la responsabilidad por el incumplimiento del contrato proveniente de la caída de

la máquina. La corte rectifica, con la aserción de que la obligación de seguridad del pasajero en el contrato de transporte aéreo no va hasta el extremo de garantizarle la vida asumiendo el transportador la responsabilidad por los llamados **riesgos del aire**; al transportador en caso de accidente en el aire, al cual la máquina está expuesta desde que arranca hasta que aterriza o acuatiza, le basta dar la prueba de la ausencia de culpa en orden a libertarse respecto del pasajero de toda responsabilidad por el incumplimiento del contrato. Es excesivo exigirle en tal evento la prueba del hecho concreto causante del accidente, constitutivo de fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elemento extraño.

Sin embargo, la rectificación de la tesis del tribunal no produce la infirmación del fallo, debido a que absolvió al demandado, basado en su inculpabilidad, por la ocurrencia de un caso fortuito, cuyos caracteres encontró reunidos en la forma como el accidente tuvo desarrollo. Para la Corte, aun cuando el accidente no revelara los signos del caso fortuito, sí relieva a todas luces la ausencia de culpa del demandado, viniendo a representar la consumación de un típico **riesgo del aire**.

En consecuencia, la labor de la Corte se limita en el presente caso a exponer su doctrina, según como ella la entiende.

Y siendo su conclusión, aunque por razones distintas, igual a la del Tribunal, debe rechazar también el cargo de interpretación errónea de los artículos mencionados por el recurrente bajo lo que él titula el **primer cargo** de la demanda de casación; entre esas disposiciones están incluídas, según viose en el capítulo III de este fallo, los artículos 1º de la ley 95 de 1890, 1604 y 1733 del código civil y 306 del código de comercio; 27 y 31 del código civil, como indebidamente aplicados; y 1494, 1527, etc., del código civil, del código de comercio, de la ley 52 de 1919 y del decreto 66 de 1934, como dejadas de aplicar, debiendo serlo.

La argumentación del recurrente encaminada a fundar el mencionado **segundo cargo**, gira en derredor de las nociones del **caso fortuito** y **fuerza mayor**; en seguida intenta desvirtuar la tesis del Tribunal de que el acaecimiento del accidente revela **prima facie** un caso fortuito liberatorio; sostiene que no solamente no está acreditado tal caso, sino que está acreditada la culpa de la compañía demandada, es decir la falta de diligencia y cuidado que ha debido emplear; argumenta sobre la presunción de culpa que pesaba sobre la empresa, y cómo, al tenor del artículo 306 del código de comercio terrestre, el transportador no puede destruír esa presunción sino con la prueba del caso fortuito; y por último, trae a cuento los artículos 329 del mismo estatuto y 8º de la ley 52 de 1919, esto con el objeto de hacer ver que las cláusulas exonerativas de la responsabilidad del empresario de transportes son inadmisibles por estar expresamente vedada su inclusión en los tiquetes de transporte.

3º Tema de otro cargo, que tampoco prospera, es el de violación de la ley originada en el error de derecho en que incidió el sentenciador en la apreciación de las pruebas y que se resume así:

"Estando probado el contrato de transporte celebrado entre la Scadta y el señor Marshall y estando establecido igualmente el incumplimiento del contrato por parte de la Scadta, a causa del accidente del avión **Von Krohn**, da por probado el **caso fortuito** alegado por la empresa demandada, no estándolo, relevándo a dicha empresa de la prueba que le correspondía con la tesis de que no es necesaria dicha prueba por aparecer el caso fortuito a **prima facie**, sin tener en cuenta que para alegar la irresponsabilidad por tal causa es necesario comprobar la falta de **culpa**, esto es, que se empleó la diligencia y cuidado necesarios; porque no tuvo en cuenta que la **culpa** se presume; porque sienta la tesis de que para eximirse de la **culpa** basta probar diligencia o cuidado con hechos posteriores al suceso o hecho que ha ocasionado el daño, y, finalmente, porque sostiene asimismo que en caso de duda en materia de prueba de la responsabilidad, no obstante presumirse la culpa y ser la presunción la "dispensa de la prueba" que sólo puede destruírse probando el hecho contrario, debe resolverse en favor del demandado".

Por otro aspecto también ataca el recurrente el fallo, diciendo que incidió en error evidente en la apreciación de las pruebas. En el siguiente aparte puede encontrarse puntualizado el cargo:

"El Tribunal, como se ha visto, aceptó como hecho probado haberse celebrado el contrato de transporte entre la Scadta y el señor Marshall; aceptó igualmente, como probado, el hecho de que la empresa obligada no cumplió el contrato celebrado; aceptó también que el avión "Von Krohn" en que debía verificarse la conducción del señor Marshall hasta el término de su viaje fue estrellado entre Quibdó y Cartago; también aceptó que a consecuencia del siniestro del avión no se cumplió el contrato y que el señor Marshall sufrió gravísimos perjuicios morales y materiales,

hechos todos acreditados plenamente por el demandante. Pero al hacer el análisis de los hechos que motivaron el incumplimiento del contrato y la apreciación de las pruebas para deducir la responsabilidad de la empresa acarreadora, el Tribunal no solamente pierde de vista la **omisión de las pruebas** que la Scadta ha debido presentar, para demostrar la falta de culpa, si se consideraba exenta de ésta, con el empleo de la diligencia y cuidado que le correspondía observar para evitar el accidente, llegando a la conclusión de que esa diligencia y cuidado están probados, sino que desecha las pruebas presentadas por el demandante y con las cuales se demuestra plenamente la culpa, además de la presunción, y, consiguientemente, la responsabilidad de la sociedad demandada".

El cargo es infundado, porque ya se vio que la empresa demandada probó la ausencia de culpa en el siniestro.

4º Por último, el cargo referente a violación de la ley, y que en la demanda de casación corresponde al **tercero**, fundado en que estando acreditado el accidente que causó el daño, las lesiones que sufrió Marshall, los perjuicios que se le ocasionaron, la naturaleza de los daños, sin embargo el Tribunal se abstuvo de condenar al demandado, dejando de tener así en cuenta los dictámenes periciales y demás pruebas tendientes a establecer el perjuicio en concreto por daño material y moral, carece de objeto examinarlo, como, que contempla ya la condena al monto líquido de los daños, lo cual sería estudio consecuencial al hecho de que se hubiera hallado responsable a la Compañía. Como así no sucedió tampoco procede el examen de los perjuicios en concreto.

CAPITULO VII

Sentencia

A mérito de lo expuesto la sala de casación civil de la corte suprema, administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del tribunal superior del distrito judicial de Barranquilla, materia del presente recurso de casación.

Sin costas el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, devuélvase el expediente a la oficina de origen y publíquese el presente fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION DE UNA FINCA RAIZ VENDIDA POR UNO DE LOS CONYUGES SIN ANUENCIA DEL OTRO DURANTE EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

1. — Sobre el demandante reivindicador pesa la carga de la prueba: debe justificar el derecho de propiedad que pretende; no le bastaría demostrar simplemente que el demandado carece de él. La prueba de este derecho ofrece en la práctica serias dificultades. La propiedad de los bienes se transmite frecuentemente de una persona a otra. Para que el poseedor actual sea propietario es necesario que su autor lo haya sido igualmente y así indefinidamente remontándose de poseedor en poseedor. Esta prueba absoluta ha sido designada por los tratadistas como la prueba diabólica, desechada por motivos prácticos. Hoy día exige la jurisprudencia la prueba que en presencia de la del demandado la haga preferible a la de su adversario.

2. — Es doctrina constante de la Corte la de que vendida por uno de los cónyuges, sin anuencia del otro, una finca raíz de la sociedad conyugal, éste puede reivindicarla para la sociedad, pues la venta debió verificarse por ambos cónyuges y no por uno solo de ellos, toda vez que no habiéndose verificado la liquidación provisional de la sociedad conyugal los bienes que constituyen ese patrimonio son bienes sociales y forman un condominio SUI GENERIS del cual no pueden disponer sino marido y mujer obrando de consuno. Si se enajena por uno solo de los cónyuges una finca de tal patrimonio se vende cosa ajena, sujeta a las consecuencias legales que tal acto entraña.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día 26 de agosto de 1897, Octavio Rojas contrajo matrimonio eclesiástico con Rosa Zapata en la Parroquia de Yocoto, Departamento del Valle.

Por medio de la escritura pública número 311 de 29 de julio de 1922, otorgada ante el notario de Buga, el citado Rojas adquirió a título de permuta un potrero de 28 fanegadas y 5.357 varas cuadradas, de propiedad de Mariana Lince de Zabala, ubicado en el paraje de "El Chircal", del distrito municipal de Buga. Como a la sazón Rojas estaba casado con la señora Zapata, el bien adquirido lo fue para la sociedad conyugal (artículo 1781 del C. C.).

Ya vigente la ley 28 de 1932 que estableció un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, Octavio Rojas vendió a Samuel Pino el inmueble que se acaba de mencionar, acto que se legalizó por medio de la escritura pública número 72 de 3 de mayo de 1940 otorgada ante el notario público del Circuito de Guacarí, y registrada en la oficina respectiva de la ubicación del inmueble.

Samuel Pino, a su vez, vendió el mismo bien al señor Rafael García Z., demandado en el presente juicio, por acto notarial que lleva número 72 de 22 de mayo de 1940. La entrega se hizo por los linderos detallados en las escrituras citadas en los apartes segundo y tercero de la demanda.

Fundada en que a partir del 1º de enero de 1933, fecha en la cual entró a regir la ley 28, la mujer casada fue capacitada al igual que su marido, para administrar sus bienes y para disponer de ellos libremente y en que a virtud del nuevo estatuto el marido dejó de ser jefe único de la sociedad conyugal y representante legal de su esposa, necesitándose, por consiguiente, para la enajenación de bienes sociales que pertenecían en común a marido y mujer al entrar a regir la nueva ley el consentimiento de la mujer, para que el marido pudiera disponer de ellos, la señora Rosa Zapata de Rojas, el día 3 de abril de 1940, instauró demanda en juicio ordinario contra los señores Octavio Rojas, su marido, contra Samuel Pino y Rafael García Z., actual poseedor, para que en sentencia definitiva se declarara lo siguiente:

"A) Que es nulo el contrato de compraventa celebrado por los señores Octavio Rojas y Samuel

Pino y solemnizado por medio de la escritura número 62 de 3 de mayo del corriente año, de la notaría de Guacarí y consiguientemente nulo el registro de ese instrumento.

"B) Que son nulos los contratos de compraventa e hipoteca otorgados por los señores Samuel Pino y Rafael García por medio de la escritura pública número 72 de 22 de mayo del año en curso y consecuencialmente, nulo el registro de esa escritura.

"C) Que es nulo el contrato de hipoteca celebrado entre los señores Ramón Pérez y Octavio Rojas por medio de la escritura número 694 de 11 de octubre de 1937, escritura otorgada en la notaría de esta ciudad, y consecuencialmente nulo el registro de ese instrumento.

"D) Que el potrero de "El Chircal" de que trata el hecho tercero es de la sociedad conyugal constituída por el matrimonio celebrado por la peticionaria y el señor Octavio Rojas.

"E) Que el señor Rafael García debe restituír, una vez ejecutoriada esta sentencia, el potrero de "El Chircal" a la sociedad conyugal constituída por Octavio Rojas y la demandante, ya que ese bien es de la sociedad y a la sociedad debe volver.

"F) Que los demandados deben pagar las costas y costos del juicio si lo afrontaren".

Sentencia de primera instancia

El señor Juez del Circuito de Buga, que fue el del conocimiento, por providencia de fecha 4 de noviembre de 1942, desató la litis negando la declaratoria de nulidad de los referidos contratos y en cuanto a la acción reivindicatoria instaurada expuso lo siguiente:

"Primero. Pertenece a la sociedad conyugal constituída por Octavio Rojas y Rosa Zapata el potrero denominado "El Chircal" a que se refiere el contrato de permuta efectuado por la escritura número 311 de 22 de julio de 1922, otorgada en la notaría de esta ciudad, inmueble ubicado en jurisdicción de este distrito y determinado por los linderos indicados en el hecho tercero de la demanda.

"Segundo. Consecuencialmente, condénase a Rafael García Z., mayor de edad y vecino, a restituír a dicha sociedad conyugal Rojas-Zapata, una vez ejecutoriada esta sentencia, el denominado potrero de "El Chircal" por los linderos mencionados.

Los motivos de casación

Es decir, el Juzgado acogió la acción reivindicatoria encaminada a recuperar para la sociedad conyugal formada por Rosa Zapata de Rojas y Octavio Rojas, el dominio y posesión a que alude el citado fallo.

La sentencia recurrida

Contra la providencia del señor Juez del conocimiento, interpuso apelación el señor Rafael García Z., actual poseedor del inmueble. El juicio luego de sufrir la tramitación correspondiente, fue fallado por sentencia de fecha 15 de diciembre de 1943 por el Tribunal Superior de Buga, que confirmó en todas sus partes la del inferior.

Contra este fallo interpuso el demandado García recurso de casación, el cual diligenciado en forma legal, pasa la Corte a decidir.

Los motivos de la casación

Las causales de casación, que se estudiarán en su orden, las expone someramente el recurrente en los siguientes términos:

"I.—La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida de algunos textos legales concernientes a la acción reivindicatoria y a la tradición.

"II—La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea, proveniente de error manifiesto de hecho por falta de apreciación de unas pruebas.

"III—La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea de la misma ley, proveniente de apreciación equivocada de unas pruebas, habiendo incurrido el Tribunal fallador en error de derecho que se destaca de modo evidente en los autos".

Estudio de los cargos

Primer cargo. La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por aplicación indebida de algunos textos legales concernientes a la acción reivindicatoria y a la tradición. (Causal 1ª del artículo 520 del C. J.).

Las razones del recurrente pueden sintetizarse así:

a) La acción reivindicatoria corresponde al dueño de un bien singular de que no está en posesión, para que el poseedor sea condenado a res-

tituírlo (artículo 946 del C. C.). Si la actora pretendió en su demanda que el inmueble objeto de su petición pertenece a la sociedad conyugal que tiene formada con Octavio Rojas, ha debido acreditar necesariamente para que aquélla pudiera prosperar, que tal sociedad es la dueña de dicho bien. Como no se acreditó el derecho de dominio de la sociedad conyugal y sin embargo el Tribunal lo reconoció, se violaron por tal motivo los artículos 950, 959, 961, 966, 969 y 970 y concordantes del C. C.

b) A juicio del recurrente no basta que la actora hubiera demostrado que Octavio Rojas adquirió a título oneroso durante el matrimonio la finca en litigio, como consta de la escritura pública número 311 de 29 de julio de 1922, en la cual aparece el contrato de permuta celebrado por Rojas con Mariana Lince de Zabala, sobre el inmueble en cuestión, pues, dice que como en Colombia la venta de cosa ajena vale (artículo 1871 del C. C.) y también puede ser objeto de permuta (artículo 1958 del C. C.), la escritura de contrato entre Rojas y la señora Lince de Zabala es insuficiente para acreditar el derecho de dominio que la sociedad conyugal Rojas-Zapata pudiera haber adquirido sobre el bien litigioso. Si el tradente no es dueño, el adquirente no obtiene el dominio de ese modo (artículo 740 del C. C.).

Termina sosteniendo que como en el caso de autos no se acreditó el dominio de la permutante sobre el bien que traspasó a la sociedad conyugal Rojas-Zapata, el Tribunal erró al aplicar el artículo 740 citado, al considerar que el simple contrato de permuta era suficiente para acreditar el dominio de la sociedad conyugal para la cual se reivindica.

c) En defensa de su tesis hace un estudio de la tradición imperfecta o irregular de que hablan los artículos 752 y 753 del C. C., en los cuales se establece 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 la tradición otros derechos que los transmisibles del mismo tradente sobre la cosa entregada. Que si el tradente adquiere después el dominio se entenderá haberse éste transferido desde el momento de la tradición. Que la tradición permite al adquirente ganar por prescripción el dominio de que el tradente carecía en los términos de la ley. Que la tradición irregular puede sanearse ya por ratificación del dueño, ya cuando el tradente irregular adquiere posteriormente la propiedad y mediante la prescripción adquisitiva del dominio. Que en el caso de autos no aparece demostrada ninguna de tales circunstancias que revalidan la tradición irregular o imperfecta. Que para que el juzgador pueda hacer una declaración tan grave como la de que una persona o entidad cualquiera es propietaria de un bien, condenando al poseedor a restituírlo, es necesario que compruebe plenamente que en realidad lo es, para destruír así la presunción de dominio que favorece al poseedor quien conforme a la ley es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. Sostiene que por estos conceptos se violaron, como atrás se dijo, los artículos 740, 752 y 753 del C. C.

La Corte considera:

La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que se pretende dueña. Se funda en la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin la obtención de la posesión.

De una manera general, al poseedor actual le corresponde en la acción de reivindicación, el papel de demandado, por tener a su favor la presunción de dueño, mientras no se demuestre lo contrario (artículo 762 del C. C.).

Sobre el demandante pesa la carga de la prueba: él debe justificar el derecho de propiedad que pretende; no le bastaría demostrar simplemente que el demandado carece de él.

La prueba de este derecho ofrece en la práctica serias dificultades. La propiedad de los bienes se transmite frecuentemente de una persona a otra. Para que el poseedor actual sea propietario, es necesario que su autor lo haya sido igualmente y así indefinidamente remontándose de poseedor en poseedor. Esta prueba absoluta ha sido designada por los tratadistas como la prueba diabólica, desechada por motivos prácticos. Hoy día exige la jurisprudencia la prueba que en presencia de la del demandado la haga preferible a la de su adversario.

Sobre este punto ha dicho la Corte:

El carácter de dueño, exigido por el artículo 946 del C. C., y la noción de propiedad, prescrita por el 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas. Aunque el dominio es un derecho sin respecto a determinada persona, suficiente para que su titular goce y disponga de la cosa mientras no atente contra la ley o contra derecho ajeno, la existencia del que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor y se prueba sólo frente a éste. La de-

claración de propiedad, que en juicio reivindicatorio precede a la de entrega, no da ni reconoce al reivindicante un dominio absoluto o ERGA OMNES. Apenas respectivo, es decir, frente al poseedor. Y la sentencia de absolución proferida en juicio de esta clase no constituye título de propiedad para el demandado absuelto. Al dueño que quiere demostrar propiedad le toca probar su derecho, pero exhibido el título no hay por qué exigirle la prueba del dominio de su causante, cuando la fecha del registro de tal título es anterior a la posesión del reo. Si se pide esa demostración, lógicamente podría obligársele también a comprobar la solidez de todas las piezas que componen una cadena infinita. Sería la PROBATIO DIABOLICA, que el buen sentido rechaza como necesaria para decidir conflictos sobre propiedad privada entre particulares".

En el presente caso es mucho más sencillo el problema. Demandante y demandado tienen como título anterior a su derecho de dominio la permuta celebrada entre el señor Octavio Rojas, como representante de la sociedad conyugal Rojas-Zapata, según las voces de la escritura pública número 311 de 29 de julio de 1922 de la notaría pública de Buga. El demandado tiene como fundamento de su propiedad la escritura de traspaso de dominio que le hizo el señor Octavio Rojas, como consta de la escritura pública número 72 de 3 de mayo de 1940 de la notaría de Guacarí, debidamente inscrita. El señor Rojas, aun cuando aparece comprando en el año de 1922 no podía en 1940 traspasar el dominio de lo adquirido, porque la primitiva adquisición, la permuta con la señora Lince de Zabala, la hizo durante la sociedad conyugal contraída por el hecho del matrimonio con la señora Rosa Zapata a virtud de lo dispuesto en los artículos 180 y 1781 del C. C. y también desde ese día entró a formar parte de la sociedad conyugal. Vendió en el año de 1940, cuando a virtud de lo dispuesto en la ley 28 de 1932, el marido había dejado de ser el jefe único de la sociedad conyugal. Existía para el momento de la venta otro jefe de esa sociedad con iguales facultades a las del marido, la esposa.

Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges han debido obrar conjuntamente por cuanto la masa social estaba indivisa por no haber ocurrido ellos al verificar la distribución provisional de esos bienes conforme al artículo 7º de la mencionada ley.

No habiendo concurrido la señora Rojas al acto del otorgamiento de la escritura de venta hecha por su marido al señor Samuel Pino y careciendo el esposo de facultad para enajenar los bienes de la sociedad conyugal, a virtud del nuevo régimen patrimonial en el matrimonio (ley 28 de 1932), el marido vendió cosa ajena y si bien es cierto que la venta de cosa ajena vale en nuestro derecho y da origen a un título traslaticio y justo de dominio constituye, según lo enseñan los expositores, uno de los fenómenos inconfundibles y típicos 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 efecto el contrato de compraventa, conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes.

La venta que el marido hizo del bien social, aún sin ser dueño es un contrato válido al tenor del artículo 1871 del C. C. pero este contrato, como lo dice la misma disposición, no es oponible al verdadero dueño.

Basta demostrar en el presente caso, como se demostró, el origen del título del demandado para decidir el litigio a favor de la sociedad conyugal demandante, ya que uno y otro tienen como base la permuta celebrada por Octavio Rojas con la señora Mariana Lince de Zabala.

Está demostrado el derecho de dominio por parte de la sociedad demandante y el demandado exhibe como único respaldo de su propiedad un título de quien no podía transferirle el dominio.

Al respecto debe consultarse la sentencia de 27 de julio de 1945, aún no publicada.

Se declara, pues, sin fundamento el cargo.

Cargo segundo

Dice el recurrente:

"La sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea, proveniente de error de hecho que consta evidentemente en los autos, por falta de apreciación de una prueba.

"Esta causal, que fluye de la anterior y que es una consecuencia lógica de ella, consiste en que en el cuasi contrato de la litis contestatio, se halla establecida, con toda la certidumbre legal, la calidad de poseedor que tiene el demandado señor Rafael García Z. sobre el inmueble litigioso y aún más: la calidad de poseedor regular, que es todavía mejor que la de poseedor irregular, y, sin embargo, el Tribunal fallador dejó de apreciar tal

prueba en todo su valor legal, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 762 del C. C., que estatuye que "el poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo".

"Como no aparece acreditado en los autos que la sociedad conyugal Rojas-Zapata de Rojas sea dueña del inmueble en litigio, y sí aparece debidamente acreditada la calidad de poseedor regular del demandado, la sentencia recurrida, violó el expresado artículo, al no reconocerle a éste la calidad preferente de dueño que se destaca manifiestamente en los autos, sobre el derecho de dominio que alega y que no logró acreditar debidamente la parte demandante".

La Corte considera:

Por haber perdido el marido desde la vigencia de la ley 28 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 a quedar así, 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 esposos 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 otorga el artículo 7º de la mencionada ley. (Sentencia de 20 de octubre de 1937, G. J. tomo 45, página 643).

La presunción de dominio que establece en favor del poseedor material el inciso 2º del artículo 762 del C. C., tiene que desaparecer en presencia de un título anterior de propiedad que contrarresta esa posesión, porque entonces el poseedor demandado queda en la obligación de exhibir otro título que acredite un derecho igual o superior al del actor como se desprende nítidamente del artículo 951 del mismo código y el demandado no presentó ninguno.

En el caso en estudio, ya vimos, en los antecedentes de este litigio que la sociedad conyugal formada por el hecho del matrimonio entre Rosa Zapata y Octavio Rojas, adquirió por permuta celebrada con la señora Mariana Lince de Zabala, una finca situada en la región del Chircal del Municipio de Buga, que tal adquisición del dominio se hizo por medio de la escritura pública número 311 de 29 de julio de 1922 debidamente inscrita.

Que para la fecha de la venta a Samuel Pino, mayo de 1940, el marido había dejado de ser gerente único de la sociedad conyugal a virtud de la vigencia de la ley 28 de 1932, existiendo para entonces un nuevo jefe, su mujer, con iguales facultades y que para enajenar bienes pertenecientes al patrimonio de la sociedad conyugal existente en el momento de regir el nuevo estatuto legal, se necesita que los dos representantes de tal entidad, marido y mujer, obren de consuno, si es que no se han dividido tal patrimonio y liquidado la sociedad conyugal provisionalmente como lo permite el artículo 7º de la memorada ley.

Sabido es que la tradición del dominio de los bienes raíces se verifica por medio de la inscripción del título en la oficina de registro de instrumentos públicos y privados de la situación de los mismos, según lo preceptúa el artículo 756 del C. C. La posesión regular de un inmueble la constituyen precisamente el justo título debidamente registrado y la buena fe del adquirente, como lo estatuye el artículo 764 ibidem. A quien alega el dominio como base de la reivindicación le basta con presentar un título anterior a la posesión del demandado, siempre que éste no presente otro que lo contrarrestre, como lo enseñan los artículos 950 y 951 del C. C.

La señora Zapata de Rojas, ha presentado un título de propiedad a favor de la sociedad conyugal, anterior al título del actual poseedor.

"En esta clase de juicios —como lo tiene establecido la Corte en constante jurisprudencia—, se investiga quién tiene mejor derecho para poseer: porque el carácter de dueño exigido por el artículo 950 de la misma obra, son figuras esencialmente relativas".

Aparece de autos acreditado que la sociedad conyugal Rojas-Zapata es dueña del inmueble en litigio, título al cual no es oponible el del demandado por tener un origen viciado.

Se declara, pues, no probado el cargo.

Cargo tercero

Dice el recurrente: la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por interpretación errónea de la misma ley, proveniente de apreciación equivocada de unas pruebas, habiendo incurrido el Tribunal al fallar en error de derecho que se destaca de modo evidente en los autos.

En apoyo de su tesis expresa en síntesis, lo siguiente:

a) Si se admite que el inmueble litigioso pertenece a la sociedad conyugal Rojas-Zapata no puede menos de aceptarse que el marido al vender a Samuel Pino, por lo menos transfirió la mitad del proindiviso que le corresponde en tal bien.

El Tribunal en su sentencia olvidó "que si el condueño transfiere la totalidad del bien que le pertenece en común, al menos transmite los derechos que le correspondan como lo establece el artículo 752 del C. C.

b) Con respecto a los patrimonios de las sociedades existentes en la época de la vigencia de la ley 28 de 1932, el artículo 7º de la misma permite a los cónyuges efectuar una liquidación provisional, para que cada cónyuge pueda recibir el bien o bienes que le corresponde como gananciales, y tener cada uno de ellos su libre administración. Dos opiniones han surgido alrededor de este asunto: 1º Las sociedades conyugales existentes a la vigencia de la ley han quedado disueltas; y 2º Los bienes de estas sociedades adquiridos con anterioridad a la vigencia de la ley misma han entrado en el período de comunidad o masa partible.

Considera el recurrente que la primera tesis no es admisible porque la simple liquidación provisional no entraña la liquidación definitiva; que la ley habla de que la provisional deberá tenerse en cuenta al hacer la liquidación final de la sociedad conyugal. Que la provisional sólo tuvo en mientes permitir a la mujer gozar también de los beneficios con que a ella vino a proteger el nuevo estatuto legal.

Concluye su argumento sosteniendo que cualquiera que sea la teoría que se acepte sobre la materia, "ambas llevan a la conclusión de que los bienes adquiridos por las sociedades conyugales existentes el día en que entró en vigencia la ley 28 de 1932, han entrado desde entonces en el período de la comunidad o masa partible de bienes, adquiridos antes de la vigencia de la ley; y si esto es así, el cónyuge Rojas al vender a Pino el inmueble de la sociedad conyugal que hoy se reivindica, le transfirió al menos el derecho que pudiera corresponderle".

En apoyo de su tesis cita algunos de los párrafos de la sentencia del Tribunal en la cual al estudiar la nulidad propuesta de la hipoteca del mismo bien hecha por Pino a favor de un tercero, se declaró que era extemporánea la solicitud mientras no se liquidara el condominio provisional o definitivamente.

La Corte considera:

La ley 28 de 1932, que se ha venido comentando en el curso de esta sentencia, lejos de decretar la disolución de las sociedades conyugales, las dejó en pleno vigor limitándose a modificar su sistema administrativo: si antes de la ley 28 era el marido el representante de la mujer, el que manejaba los bienes sociales, el que aparecía ante terceros como dueño de ellos, en el nuevo régimen la mujer es plenamente capaz y cada cónyuge maneja y dispone con entera libertad, tanto los llamados anteriormente bienes propios, como de los adquiridos por cada cual después del 1º de enero de 1933.

La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, como lo ha dicho la Corte, ha producido, a no dudarlo, como inevitable efecto jurídico del cambio 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 C. C., 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 artículo 7º de la mencionada ley 28.

Véase sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 27 de julio de 1945, no publicada.

No habiéndose verificado la liquidación provisional que autoriza la ley, o consumado la definitiva en los términos en ella expuestos, los bienes que integran ese patrimonio constituyen una comunidad universal, un condominio **sui generis**, del cual no pueden disponer sino marido y mujer obrando de consuno. Mientras tal liquidación no se realice, ninguno de los esposos puede considerarse como propietario de todo o de una cuota parte. Si se enajena por uno solo de los cónyuges un bien de tal patrimonio, se vende cosa ajena, sujeta a las consecuencias legales que tal acto entraña.

Está visto que el inmueble materia del pleito fue enajenado por el marido Octavio Rojas, siendo de la sociedad conyugal y estando ésta vigente.

Como de conformidad con el nuevo régimen en el matrimonio, de los bienes determinados de la exclusiva propiedad de la sociedad conyugal ilíquida en 1º de enero de 1933, no podía disponer uno solo de los cónyuges, y a la vez ninguno de ellos tenía o podía tener un derecho de cuota, proindiviso o de comunero sobre el citado bien, que en su totalidad pertenecía a la masa indivisa como cuerpo cierto y como tal fue vendido. Síguese de lo dicho que el vendedor no pudo transmitir al señor García ninguna cuota del inmueble y tan sólo vendió cosa ajena, fuente de obligaciones personales a su cargo. Porque bien sabido es, por otra parte, que mientras no se liquide definitivamente la sociedad conyugal en virtud de su disolución o no se haga la liquidación provisional que permite el artículo 7º de la ley 28, no puede decirse que cada cónyuge tenga derecho exclusivo y directo de dominio in re, sobre un bien social, ya que cada uno de éstos puede adjudicarse en su totalidad, o en parte a uno solo de los socios en la partición, luego de hacerse previamente las deducciones y compensaciones que ordena la ley, si fuere el caso.

De aceptarse la tesis del recurrente se llegaría al absurdo de que es posible la existencia de sociedades conyugales en las cuales personas distintas de los cónyuges fueran copartícipes o socios de las mismas entidades.

De todo lo anterior se deduce que no está probado el cargo en referencia.

Sentencia

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, con fecha quince de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, notifíquese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Manuel José Vargas.—Arturo Tapias Pilonieta.—El Oficial Mayor en propiedad, **Emilio Prieto H.**

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS.—RECONVENCION PETITORIA DE INDIGNIDAD PARA SUCEDER A DETERMINADA PERSONA.—INCONGRUENCIA. PRUEBA INDICIAL

1.—Para que sea aplicable el artículo 1025 del Código Civil se necesitan dos sentencias: la que en lo criminal invista, por decirlo así, de la calidad de atentado grave a ciertos hechos de tal entidad o categoría, y la que, ya con ese fundamento, en el juicio civil correspondiente, declare al autor de ese atentado indigno de suceder. Los términos en que está redactado el numeral 2º de ese artículo no permiten duda al respecto. En algo tan trascendental, a la vez que excepcional como es esa sanción, el juzgador no puede ir más allá que el legislador, como iría si prescindiera de las exigencias que éste hace para que se pueda llegar a ese resultado. La ley no acepta como base el mero concepto o apreciación directa que de los aludidos hechos o conducta hagan los interesados o el mismo juez civil, sino que precisamente requiere para la declaración de indignidad, que es lo del resorte de éste, la prueba del atentado en sentencia ejecutoriada, en forma que sin el lleno previo de este requisito, no obrando en el proceso civil sobre indignidad ese preciso comprobante, ella no se puede declarar porque, legalmente hablando, la causal no se ha producido.

2.—Sobre el motivo 2º del artículo 520 del C. J. ha dicho repetidamente la Corte que la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones de los litigantes, que es lo que constituye ese motivo, relacionado con la parte final del artículo 471 del mismo Código, está en que se haya dejado de decidir algo de lo puesto SUB JUDICE o en que se haya decidido EXTRA o ULTRA PETITA; pero no en que el fallo no colme las aspiraciones de tal o cual de las partes; y ha dicho insistentemente también que, en lo general, una sentencia absolutoria, abarcando así todo lo contendido, está libre de aquellas faltas.

3.—En la prueba indicial la ley defiere al convencimiento del juzgador. De ahí que la posibilidad de casar una sentencia por quebranto de leyes sustantivas surgido por error o falta de apreciación de pruebas consistentes en indicios, no ocurra sino cuando el Tribunal ha dado por probados los respectivos hechos básicos sin estarlo, o absteniéndose de tomar en cuenta los comprobados cuya estimación impondría solución contraria a la de su sentencia, o dejado de relacionar los indicios entre sí cuando de esta labor precisamente habría de deducirse esa solución contraria, o establecido una relación reñida con la lógica en la vinculación entre causa y efecto. Por eso en varios fallos uniformemente ha expresado la Corte cómo no podría infirmar uno de Tribunal fundándose en que ella crea que, a haber sido Tribunal, habría llegado al convencimiento a que éste no llegó o no habría llegado al que sí llegó éste en su sentencia recurrida en tal o cual pleito, por obra de apreciación de indicios. Para lo que ha solido llamarse soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas pone a la ley una cortapisa en el citado artículo 520, inciso 2º de su numeral 1º; y dentro de esta cortapisa, a su turno, existe la limitación de que se viene hablando cuando se trata de indicios, consistente en las reglas que para la estimación de esta prueba da el C. J. en sus artículos 660 y siguientes, principalmente en cuanto, como ya se anotó, defieren al convencimiento del juzgador, esto es, a algo que mira a su conciencia y a su fuero mental.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Luis Gaitán Hurtado demandó en vía ordinaria a sus hermanos José y María Gaitán

Hurtado y al marido de esta señora, señor Timoleón Pedraza por sí y como representante legal de sus menores hijos Jaime, Yolanda, Orlando, Efraín Humberto, Timoleón Edgardo, Enrique e Hilda, y los demandados contrademandaron al prenombrado Luis. Ambas partes contendoras fueron absueltas de los cargos de una y otra demanda por el Juzgado 5º Civil de este Circuito, donde se tramitó la primera instancia y se cerró con fallo de 16 de febrero de 1942, confirmado por el Tribunal Superior en el de la segunda el 24 de noviembre de 1944, contra el cual se interpuso el recurso de casación que aquí se decide.

Antecedentes

En la escritura Nº 560, otorgada ante el Notario 2º de Bogotá el 23 de enero de 1927, la señora María Hurtado de Gaitán se declaró deudora del Banco Agrícola Hipotecario por principal de doce mil pesos pagaderos con sus intereses en cuotas trimestrales de amortización gradual, en el plazo de dieciocho años, lo que indica como monto total de la deuda, según ese instrumento, $ 25.992,72. Y para garantizar sus obligaciones la señora hipotecó la finca llamada Gioconda (Cuaderno 3º, folios 60 a 68).

Como ese dinero lo recibió su hijo Luis, éste en compromiso privado con ella asumió tales pagos.

Por escritura Nº 403, otorgada en la Notaría de Facatativá el 11 de agosto de 1930 (Folios 59 a 61 **ibidem**), la señora Hurtado de Gaitán vendió al doctor Efraín Gaitán Hurtado los varios inmuebles ubicados en Cota allí determinados, a saber: el Jardincito o Pueblo Viejo, La Escuela y Gioconda o Roso, que fue el hipotecado al Banco en la citada escritura de 1927.

Por escritura Nº 615, otorgada ante el Notario 1º de Bogotá el 26 de abril de 1932, el doctor Efraín Gaitán H. donó a la señora María Gaitán de Pedraza el mencionado inmueble La Escuela (Folios 62 a 64 **ibidem**).

Muerto el doctor Gaitán Hurtado, su madre, la prenombrada señora Hurtado de Gaitán, cedió sus derechos en la sucesión de él a José Gaitán H. y María Gaitán de Pedraza, en escritura Nº 199, otorgada en la Notaría de Facatativá el 12 de agosto de 1934 (Folios 52 a 54 **ibidem**).

Luis Gaitán H., diciendo ver en estos contratos una maniobra encaminada a privarlo de su herencia materna, pide que se invaliden; fundado en que Efraín asumió en su citada compra la obligación para con el Banco, pide se le devuelva por indebidamente pagado lo que después de esa compraventa alcanzó Luis a pagarle al Banco, y pide también, en subsidio de dicha invalidación, que esa compraventa se resuelva por no haber atendido el comprador la deuda del Banco y haber faltado así al pago del precio. Tales son las súplicas de la demanda inicial del presente juicio que extiende al señor Pedraza, afirmando que éste recibió la tercera parte del dinero tomado al Banco en el citado contrato de mutuo de 1927. Los demás demandados lo son en su calidad de sucesores de la señora Hurtado y del doctor Efraín Gaitán Hurtado; además, en lo que hace a la señora María de Pedraza, como donataria de La Escuela.

Los contrademandantes piden se declare a Luis indigno de suceder a su madre y se le condene a pagar a la sucesión de Efraín los $ 2.148,52 que se especificarán adelante y las costas del juicio ejecutivo a que corresponde ese dinero, y solicitan asimismo se declare a Luis obligado a pagar lo pendiente del crédito en el Banco, que señalan en $ 19.152,16, y que se hallen bien pagados por él, por ser el verdadero deudor, los $ 6.479,55 que tenía cubiertos al Banco cuando se otorgó la citada compraventa. En subsidio piden se le condene a pagar los iniciales $ 12.000 del principal de esa deuda con sus intereses a partir de la fecha en que se contrajo.

La indignidad consiste en haber cometido Luis atentado grave contra la vida, honor y bienes de la señora Hurtado de Gaitán y de su hijo Efraín. Las peticiones sobre la obligación de pagar Luis al Banco las fundan los contrademandantes en que él se comprometió a esto con su madre porque ella se obligó para con el Banco sólo para beneficio de Luis, quien recibió cuanto el Banco entregó en préstamo. Y la súplica sobre los $ 2.148,52 y costas aludidas la fundan en esto: Efraín ejecutó a Luis por suma de pesos proveniente de causas distintas de las aquí mencionadas y Luis excepcionó de compensación invocando el pago que en varias cuotas había hecho al Banco por esa suma después de la citada compraventa, es decir, de haber asumido Efraín el pago al Banco, y la excepción le prosperó. Ahora los contrademandantes, dentro de su concepto de que esa obligación es de Luis, sostienen que esa compensación vino a ser pago de lo no debido y, además, que en el juicio ejecutivo debió ser condenado en costas porque la excepción no debió aceptarse.

Es de advertirse, para claridad del relato, que el doctor Efraín Gaitán H. testó y que su testamento cerrado vino a protocolizarse en la Nota-

ría 5ª de Bogotá por instrumento Nº 1578, él 30 de octubre de 1934 (Cuaderno 3º, folios 55 a 58). En él asigna a su señora madre la mitad de los inmuebles Gioconda y Jardincito; deja a sus sobrinos Pedraza Gaitán la otra mitad de Gioconda, y a su hermano José Gaitán H. la otra mitad de Jardincito, y en las asignaciones de esta finca descuenta el lote llamado Jataco que asigna a los hijos de Balbina González.

Sentencias de instancia

El Juzgado observa ante todo que la demanda de Luis pide a un mismo tiempo la declaración de nulidad absoluta, de simulación absoluta y de simulación relativa de los contratos que ataca, que son la venta de la señora Hurtado de Gaitán a su hijo Efraín de los varios inmuebles mencionados, la cesión que hizo ella a sus hijos José y María de sus derechos en la sucesión de Efraín y la donación de éste a su hermana María. El Juzgado, no sin censurar esa inadmisible promiscuidad de acciones, entra a estudiar el ataque considerando que consiste, cualquiera que sea el nombre de aquéllas, en que no hubo venta de la señora Hurtado de Gaitán a su hijo Efraín sino en apariencia, porque en realidad le donó los bienes que dijo venderle, y porque otro tanto sucedió con sus hijos María y José al donarles en realidad los derechos en la sucesión de Efraín que aparentó cederles; y que tales donaciones adolecen de ilicitud por encaminarse a desheredarlo en el hecho, dejando sin patrimonio alguno a su madre, para lo cual ella se desprendió de cuanto tenía al traspasar sus bienes todos a Efraín al punto de quedar entonces sin nada, y, consecuentes con aquel propósito, cuando tuvo un nuevo haber por la muerte de Efraín, se apresuró a hacer otro tanto, cediendo.

El Juzgado observó que Efraín había sostenido insistentemente la verdad de su compra y que la señora Hurtado hizo otro tanto, pues en las múltiples ocasiones en que Luis la sometió a absolver posiciones y en las actuaciones judiciales de que adelante se hablará, esta señora, si incurrió en contradicción, fue sólo al hablar del precio, acerca del cual confesó que no había sido de los $ 30.000 declarados en la escritura, sino de los $ 20.000 que recibió efectivamente, porque los restantes $ 10.000 que la escritura de compraventa dice que quedaron en poder del comprador Efraín para atender a la hipoteca del Banco fueron una ficción.

Tampoco halló el Juzgado confesión que infirmase la cesión de la señora Hurtado viuda de Gaitán a sus hijos María y José. Y de ahí y de la insuficiencia de los indicios aducidos por Luis contra la realidad de esos contratos y en pro de la finalidad que les atribuye, dedujo aquél su fallo negativo respecto de la demanda inicial.

Cuanto a la de reconvención, dijo no ser el caso de declarar la indignidad de Luis para suceder a su madre, porque la causal alegada es la del numeral 2º del artículo 1025 del C. C. que, si efectivamente hace indigno de suceder al que cometió atentado grave contra la vida, el honor o los bienes del difunto o de cualquiera de sus descendientes legítimos, que es lo afirmado aquí por los contrademandantes, termina con esta exigencia: "Con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada". La falta de esta sentencia decidió sobre la negativa del Juzgado. En cuanto a las demás súplicas antedichas, éste vio que lo pactado en la citada compraventa en el sentido de dejar la vendedora señora Hurtado en manos del comprador $ 10.000, parte del precio, para que atendiese a pagar al Banco, implica la prescindencia de ella del compromiso contraído para con ella por Luis y la consecuencial relevación a éste de esa carga que ella impuso a Efraín al venderle todos sus inmuebles; de manera que no se puede declarar a Luis obligado a ese pago, ni se puede desconocer que lo que pagó después de la fecha de esa compraventa, no siendo ya de cargo suyo sino de Efraín, estuvo bien reputado como crédito eficaz en la aludida ejecución de Efraín contra Luis para acoger la compensación que se acogió, por lo cual no puede prosperar ahora el reclamo de la respectiva suma como pago que Efraín hiciera de lo no debido.

Otra súplica formulada en la contrademanda es la de nulidad de la transacción a que obedeció el desistimiento de la señora Hurtado de su demanda de reconvención en pleito con Luis, acerca de lo cual dicen ahora los contrademandantes que hubo dolo de él para arrancarle ese desistimiento a su madre y que mal puede entenderse que hubiera transacción, habiendo continuado ese pleito, a más de que la señora ninguna ventaja compensatoria obtuvo. El Juzgado, no hallando comprobado el dolo y observando que la mera liberalidad puede ser causa suficiente, se abstuvo de pronunciar esta otra declaración de la contrademanda.

El Tribunal, aunque en parte por razones distintas, llegó a las mismas conclusiones. De ahí que su sentencia fuese confirmatoria.

La aludida diferencia de conceptos está en que el Juzgado dio fuerza de cosa juzgada y el Tribunal no se la encuentra a la sentencia que puso fin a pleito anterior de Luis sobre invalidación de la compraventa entre la señora Hurtado y su hijo Efraín, que fueron los demandados. Esa sentencia fue adversa al actor.

El Tribunal deriva su opinión negativa de que lo que decidió aquel pleito, que no versó sobre la cesión aquí también atacada, sino, como es obvio, sólo sobre la compraventa, fue que Luis, viviendo aún su madre, carecía de interés jurídico y por ende de la acción ejercitada. En efecto, la sentencia traída en apoyo de la excepción de cosa juzgada, que fué la dictada por el Tribunal en dicho pleito el 18 de noviembre de 1937, cuya casación negó la Corte en la de 6 de septiembre de 1938, fallos cuyas copias se hallan en el Cuaderno 4º, del folio 45 al 66, dice en lo pertinente:

"Del hecho de haber dispuesto la señora de Gaitán, madre del demandante, de los bienes de su propiedad, deduce éste su interés jurídico para demandar la nulidad de esa venta, porque estima que ella "dejó cortadas y sin resolver no solamente las relaciones de familia que imponían al menos la obligación moral de conservar su patrimonio en favor de todos sus hijos, sin excluír precisamente a uno, lo cual constituye como interés moral la base de un interés comercial". Estima pues el demandante, que la venta hecha por la señora viuda de Gaitán le perjudicó sus cálculos herenciales, ya que la expectativa ilusionada de recibir la herencia sufrió quebranto definitivo y grave en la realización de este contrato, pues con la venta desapareció el interés moral o el ligamiento que daba razón a sus relaciones con su madre, quien según se afirma, diz que tenía obligación de conservar sus bienes para a su muerte dejarlos, entre otros, al actor de estas diligencias. En los casos en que la ley para dar paso a la personería de un demandante requiere que exista perjuicio, no se considera como tal cualquiera consecuencia desfavorable que pueda derivarse de la ejecución del acto que se acuse sino que es preciso que éste hiera directa, real y determinadamente sus derechos reales o existentes, ya porque puedan quedar anulados, ya porque sufran desmedro o deprecio en su integridad. Un daño eventual y remoto, ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que apenas pueda entreverse en las estipulaciones de un contrato, no es elemento suficiente para constituír el perjuicio jurídico que requiere la ley. La esperanza, expectativa, o posibilidad o perspectiva de recibir una herencia es cosa meramente eventual que no pertenece al patrimonio real de una persona y que no es susceptible de estipulación ni de negocio. El cálculo interesado y un tanto vil que pueda hacer un hijo en relación con la herencia de sus padres, no justifica, no puede justificar nunca el interés jurídico de que habla la ley para estos casos, porque corresponde a un mismo fin, a un mismo motivo, el interés o el deseo de recibir herencia y el que pueda deducirse de ver defraudada esa esperanza. De esta situación puede deducirse un innoble despecho, pero no el interés jurídico de que habla la ley, porque, como lo tiene establecido la jurisprudencia de la Corte, se repite: el interés que la ley exige en el demandante para demandar la declaratoria de nulidad absoluta de un acto o contrato, debe ser actual y directo, no eventual o no de mera expectativa".

En vista de que esa fue la razón determinante de aquella sentencia y la senda por donde llegó a conclusión adversa al demandante Luis, ahora el Tribunal en su fallo materia del presente recurso estima que el problema de fondo no quedó juzgado entonces y que, por lo mismo, bien pudo Luis plantearlo nuevamente, no ya ante una mera expectativa de herencia, sino en su calidad de heredero que le asiste desde el momento que su madre falleció.

Por lo demás, no halla comprobada la simulación, tanto porque sobre la confesión de los contratantes la situación es la que indicó el Juzgado, cuanto porque los indicios aducidos por Luis no convencen al Tribunal de que se haya destruído la verdad que aparece de las respectivas escrituras, esto es, de las que solemnizaron la compraventa y la cesión. Y opina que no estando infirmada la realidad de esos contratos, no cabe el concepto de que tuvieran la finalidad ilícita que Luis les atribuye.

Dos de los litigantes, Luis y José Gaitán Hurtado, por medio de sus abogados interpusieron los recursos de casación que, tramitados debidamente, aquí se deciden.

El recurso

Se estudia en primer lugar el del abogado del contrademandante José Gaitán, en atención a que la reconvención versa ante todo sobre indignidad

de Luis para suceder a su madre y a que, en el evento de prosperar esta súplica, queda Luis sin personería para su demanda principal en lo que mira a las peticiones correspondientes al ejercicio de acciones para la sucesión, incoadas en su calidad de heredero de la señora Hurtado de Gaitán, su madre.

El abogado del recurrente José Gaitán acusa la sentencia recurrida haciéndole los varios cargos que en seguida se analizan, dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., así:

Violación del artículo 1025 del C. C., por no haberlo aplicado, derivada de error en la apreciación de las pruebas que señala al efecto y que son las que acreditan algo así como manía persecutoria de Luis contra su madre y contra su hermano Efraín, a quienes asedió con sus pleitos, reclamos y querellas y a quienes injurió en memoriales escritos con acritud inaceptable entre extraños y vituperables tratándose de esos seres, sobre todo la madre, contra quien nunca hay razón. Con tan desnaturalizado proceder a ambos amargó y aún acortó la vida. Esto se acredita con la lectura de los agresivos e insultantes memoriales de Luis, con la tenacidad y aun sevicia con que sometió a su madre a absolver posiciones, y también a su hermano, cuantas veces pudo, y aun con el hecho mismo de demandarlos para invalidarles un contrato en que ellos procedían con la autonomía que les daba su calidad de personas **sui juris** y su consecuencial capacidad de disponer libremente de lo suyo.

Resumidas así las quejas del recurrente, se agrega que en todo ello ve él un atentado grave para deducir de aquí la causal de indignidad de Luis cuya declaración solicita.

Esa causal la establece el citado artículo 1025 en su numeral 2º que termina exigiendo sentencia ejecutoriada como prueba; de manera que, después de decir que es indigno de suceder al difunto quien contra él o cualquiera de sus descendientes legítimos —concretando al caso— ha cometido atentado grave contra su vida, honor o bienes, advierte: "con tal que dicho atentado se pruebe por sentencia ejecutoriada".

Así pues, se necesitan dos sentencias: la que en lo criminal invista, por decirlo así, de la calidad de atentado grave a ciertos hechos de tal entidad o categoría, y la que, ya con ese fundamento, en el juicio civil correspondiente declare al autor de ese atentado indigno de suceder. Los términos en que está redactado dicho numeral 2º no permiten duda al respecto.

En algo tan trascendental, a la vez que excepcional como es esta sanción, el juzgador no puede ir más allá que el legislador, como iría si prescindiera de las exigencias que éste hace para que se pueda llegar a ese resultado. La ley no acepta como base el mero concepto o apreciación directa que de los aludidos hechos o conducta hagan los interesados o el mismo juez civil, sino que precisamente requiere para la declaración de indignidad, que es lo del resorte de éste, la prueba del atentado en sentencia ejecutoriada, en forma que sin el lleno previo de este requisito, no obrando en el proceso civil sobre indignidad ese preciso comprobante, ella no se puede declarar porque, legalmente hablando, la causal no se ha producido.

No puede reputarse, por tanto, quebrantado el artículo 1025 en la sentencia del Tribunal.

De otro lado, es de observarse que la iniciación del citado juicio ordinario de Luis contra su madre y su hermano fue anterior, así como parte de su adelantamiento, al 24 de noviembre de 1934, fecha del testamento de la señora Hurtado de Gaitán en que instituye herederos a sus hijos, entre ellos Luis (Cuaderno 3º, folio 93), lo que, al menos en lo tocante al hecho de entablarle pleito, así como a las agresiones de los memoriales y demás actos aludidos de Luis contra ella y Efraín anteriores a esa fecha, obliga a recordar y aplicar el artículo 1030 del C. C., según el cual, "las causas de indignidad mencionadas en los artículos precedentes no podrán alegarse contra disposiciones testamentarias posteriores a los hechos que la producen..."

Se rechaza, pues, el cargo.

Tampoco prospera el relativo a la solución que el Tribunal da al problema de quien debía cargar con la deuda del Banco, si Luis o Efraín. Como ya se dijo, la sentencia lo decide absolviendo a Luis, en vista de que la escritura pública de obligación señala a la señora Hurtado de Gaitán como deudor y la escritura pública de compraventa refrenda esa situación al declarar la señora allí, como vendedora, que parte del precio queda en poder del comprador cabalmente para atender a aquel pago. No es que el Tribunal desoiga o niegue el compromiso privado de Luis para con su madre de pagar él por haber sido para él el dinero del Banco, sino que da prevalencia sobre este pacto a la declaración de la señora al vender años más tarde.

Así pues, no podía declararse a Luis bajo este deber contraído por él con su madre, de que ella lo relevó; ni podía considerarse ilegal la compensa-

ción antedicha en la que, como ya se vio, se reconoció como crédito de Luis a cargo de Efraín lo pagado al Banco por Luis después de la citada compraventa. De ahí que no se justifique el cargo de violación del artículo 2313 del Código Civil que el recurrente sostiene debió aplicarse para condenar a Luis, por pago de lo no debido, a devolver a Efraín, hoy su sucesión, lo que por esa compensación se reconoció en favor de Luis en el mencionado juicio ejecutivo.

Más todavía: el 5 de mayo de 1934 instauró Luis su referida demanda contra su madre y su hermano Efraín sobre invalidación de esa compraventa, y la señora lo contrademandó para que se le declarara obligado en el crédito del Banco, formulando ella las solicitudes principal y subsidiaria que no es necesario discriminar ahora. El Juzgado 5º del Circuito, tramitada la instancia, sentenció el 28 de septiembre de ese año en esta forma: por carecer Luis de interés jurídico, se abstuvo de decretar lo demandado por él, y lo condenó al tenor de la contrademanda a pagarle a la señora, parte desde luego y parte a medida que se fueran venciendo las supradichas cuotas trimestrales, en un total de $ 19.152,16, así: lo ya pagado a la sazón y lo pagadero en lo sucesivo hasta la amortización, todo en el concepto de que la señora era y seguía siendo el deudor del Banco, que no había aceptado el cambio de deudor, y al propio tiempo Luis estaba obligado para con ella por haber sido para él el dinero del Banco.

La señora desistió de su contrademanda, importante detalle que se estudiará adelante aquí, y por virtud de ese desistimiento quedó en pie sólo la demanda inicial de Luis, cuya apelación contra el fallo del Juez dio lugar a la segunda instancia decidida por el Tribunal en su sentencia ya citada aquí y parcialmente transcrita y no casada por la Corte, según se vio también. Claro es que, suprimida la contrademanda por aquella desistencia, ya estos fallos no versaron sino sobre la demanda de Luis. Conviene recordar que refrendaron el concepto del Juez sobre carencia de interés jurídico y, por ende, de personería en Luis para demandar.

El artículo 462 del C. J. dice: "La desistencia de una demanda repone las cosas al estado que tenían antes de ser intentada; y no se puede proponer nuevamente por la misma parte y en la misma vía, salvo lo convenido expresamente en el escrito de desistimiento".

Mientras esté en pie el de la señora Hurtado de Gaitán de que acaba de hablarse, esta disposición legal ha de tener su cumplido efecto, y así las cosas, esta sola consideración bastaría para no infirmar la sentencia materia del presente recurso en cuanto denegó lo pedido contra Luis por los contrademandantes en el sentido de declararlo obligado a los pagos y devoluciones antedichos.

Se rechaza, por tanto, el cargo o grupo de cargos formulados al respecto, entre los cuales figura el de quebranto del artículo 2313 del C. C. por no haberse aplicado al no dar a la mencionada compensación la calidad de pago de lo no debido.

Se rechaza también el cargo de violación de los preceptos legales sobre fuerza de la cosa juzgada, fundado en que tiene tal fuerza la que se dictó en el referido juicio ordinario incoado por Luis y a pesar de eso se le ha admitido el ejercicio de la misma acción de entonces en el presente pleito.

Se advierte desde luego que aquél versó sobre la tantas veces mencionada compraventa entre la señora Hurtado y su hijo Efraín, por lo cual, lo juzgado ya, en su caso, sería lo relativo a ese contrato y la excepción no podría extenderse a los demás contratos cuya invalidez pide ahora el demandante. Y, en lo tocante a la compraventa misma, no es procedente la excepción ni lo es, por tanto, el cargo nacido de no admitirla, porque es estrictamente legal el concepto de la sentencia hoy recurrida según el cual, habiéndose abstenido la de entonces de conocer en el fondo por la carencia de personería del demandante, el problema no quedó entonces decidido, sin que a ello, que fue lo condensado en la parte resolutiva y lo que la impuso, pueda obstar el que en la parte motiva se expresaran ocasionalmente opiniones sobre el problema en sí. Ello es que en la sentencia que ahora se pretende fundar la excepción de cosa juzgada contra la actual demanda de Luis, no se decidieron los problemas que hoy presenta.

En relación con el referido desistimiento, atándolo con la transacción a que se dijo que él obedecía, se formula otro grupo de cargos contra la sentencia recurrida, así: el Tribunal miró sólo hacia el desistimiento y a la materialidad de su formulación y presentación y pasó por alto su fuente y que ésta no se produjo, porque aparece como tal una transacción y en ésta faltaron los elementos requeridos legalmente para que la haya y aún el consentimiento de la señora. Para conceptuar así el recurrente arguye que la transacción precisamente ha de precaver un litigio eventual o terminar un litigio efectivo y que el pleito que estaba en curso no terminó porque, quedando en pie la demanda de Luis, para ésta siguió el juicio tramitándose; y de otro lado, él se valió de

engaño para arrancar a su madre dolosamente el desistimiento de contrademanda que ella ya tenía ganada en el Juzgado, sin que nada obtuviera ella en cambio, ni siquiera la ventaja de quedar libre del pleito, lo que significa a la vez falta de causa y vicio del consentimiento. Porque el Tribunal negó lo demandado contra el desistimiento, el recurrente acusa de violación de los artículos 2469, 2476 y 1740 y siguientes del C. C., por una parte, y por otra, de los artículos 1500, 1502, 1508, 1511 y 1524 del mismo.

Se considera: respecto de causa, el Tribunal funda su negativa en que la mera liberalidad puede ser causa suficiente según dicho artículo 1524. La Sala no puede corregir o hallar infundado ese concepto, dada esta disposición legal y no hallando prueba en contrario en los autos ni acusación por error en estimación de pruebas que condujera a quebrantar ese artículo. Y en cuanto a que el litigio continuó y por lo mismo no cabe el concepto de transacción, se observa que cuando hay demanda y contrademanda, si en verdad es una sola la cuerda por economía procesal, ello no impide que, se suprima la reconvención que, no por seguirse así ha perdido su autonomía o independencia; de suerte que perfectamente puede sobrevenir un arreglo en cuya virtud cesen las diferencias sobre lo que es materia de la contrademanda, arreglo en que bien puede presidir la liberalidad de una de las partes, y entonces, no habiéndose extendido él a lo que forma la materia de la demanda principal, sobre ésta continuará el juicio su curso, sin que pueda por esto decirse que el litigio sobre lo otro no ha terminado.

Se rechaza, pues, el cargo, no sin hallar justificada la extrañeza con que el abogado recurrente mira la situación mencionada en que la señora, que ganaba el pleito en primera instancia, prescinde de su reconvención sin siquiera obtener la tranquilidad de no seguir pleiteando.

No sobra recordar que el dolo no se presume, según el artículo 1516 del C. C. y que aquí no se ha probado el que los contrademandantes atribuyen a Luis en su obtención de dicho desistimiento. Tampoco sobra recordar que el Tribunal se limita, a este respecto, a reconocer que en el expediente no está comprobado ese dolo, y no incurre en el aplauso a la conducta de Luis con su madre sugerido por el recurrente.

Se ha entrado en este estudio con el fin de no dejar de considerar todas las acusaciones de los recurrentes. En rigor habría bastado anotar que, tratándose de invalidar una transacción, era indispensable presentar el contrato mismo y el análisis de sus estipulaciones, sin lo cual ha faltado la sujeta materia del ataque.

Pasa a estudiarse la demanda de casación del abogado del señor Luis Gaitán H.

Aduce los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Sobre el 2º apenas habrá para qué decir una vez más lo que tan repetidamente ha dicho esta Sala poniendo de presente que la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones de los litigantes, que es lo que constituye ese motivo, relacionado con la parte final del artículo 471 del mismo Código, está en que se haya dejado de decidir algo de lo puesto **sub judice** o en que se haya decidido **extra** o **ultra petita**; pero no en que el fallo no colme las aspiraciones de tal o cual de las partes; y ha dicho insistentemente también que, en lo general, una sentencia absolutoria, abarcando así todo lo contenido, está libre de aquellas faltas. Tal del presente juicio.

Dentro del motivo 1º formula varios cargos en cada uno de los cuales agrupa varias disposiciones legales sustantivas para indicarlas como violadas directamente o por efecto de error en la apreciación de ciertas pruebas que señala. Resumidos en el orden que se presentan, son:

a) Artículos 66, 1757 y 1768 del C. C., por haber prescindido el Tribunal "de establecer las presunciones que las pruebas del expediente establecen".

b) Artículos 1494, 1495, 1502 y 1524 **ibidem**, porque el Tribunal dio por válidos los contratos objeto de su demanda, no obstante haber demostrado que carecen de requisitos legales.

c) Artículos 1546, 1602 y 1618 del mismo Código, porque el Tribunal no halló en mora a los demandados y por esto negó la acción resolutoria y la indemnizatoria ejercitadas en la demanda.

d) Artículos 1684 y 2341 de ese Código y 14 de la Ley 95 de 1890, que tratan del beneficio de competencia y del pago de perjuicios cuando se infiere daño, porque el Tribunal no los aplicó a la deuda del demandante para con su madre y desconoció el daño que a él causaron los demandados con "la serie de actos y contratos que aparecen demostrados en el juicio".

Los referidos errores de hecho y de derecho en la apreciación de pruebas, tacha que complementa con la de error en la apreciación de la demanda, los detalla en varios capítulos de su alegato con el nombre de motivos, así:

1º Olvidó el Tribunal que la nulidad está expresamente demandada y se contrajo a la simulación, por lo cual dejó de considerar aquella acción y sólo a la luz de la que estudió fue como estimó las pruebas. De ahí que no tomara en cuenta las contradicciones en que incurrieron la señora Hurtado de Gaitán, vendedora, y el doctor Efraín Gaitán Hurtado, comprador, en el anterior juicio sobre su compraventa incoado por Luis y al responder las posiciones que en varias oportunidades absolvieron a solicitud de él; ni tomara en cuenta el desistimiento que de su contrademanda hizo allí la señora, demostrativo de que ella reputaba injusto cobrar a Luis lo del Banco después de traspasar ella todos sus bienes a Efraín; ni tomó en cuenta la contradicción que hay entre considerar a Luis obligado a pagar al Banco y al mismo tiempo sostener que el precio de esa compraventa fueron $ 30.000, lo que no se explica, habiendo pagado el comprador sólo $ 20.000, sino por la destinación de los restantes $ 10.000 al pago de esa deuda, tal como en la compraventa consta que se estipuló; ni tuvo en cuenta que la cesión de derechos en la sucesión de Efraín hecha por la señora Hurtado a sus hijos José y María apenas murió aquél, revela la intención de excluír de toda herencia materna a su otro hijo, hoy demandante; ni tuvo en cuenta que en la donación de La Escuela hecha por Efraín a María no insertó la respectiva escritura pública la autorización judicial que dice haberse obtenido, sin que en este proceso aparezca tampoco que se obtuviera esa insinuación.

2º El hecho de conferir los demandados su poder en el presente juicio en los términos en que redactaron el respectivo memorial con facultad especial de demandar la declaración de indignidad de Luis, demuestra su propósito de excluírlo de la herencia de su madre y el de impedirle aprovechar la orden de ella de descargarlo de la deuda del Banco, orden implicada en haberle impuesto ella esta carga a Efraín al venderle sus bienes por precio de que expresamente destinó una parte ($ 10.000) dejándola a tal fin en poder del comprador.

El avalúo de los bienes de Efraín en su mortuoria hace ver lo exiguo o irrisorio del precio de la cesión que su madre hizo a José y María y corrobora el concepto de que esa cesión se hizo para privar a Luis de toda herencia cuando falleciera su madre.

El inventario en la mortuoria de Efraín demuestra que no cumplió la obligación de pagar al Banco asumida por él al comprar a su madre los mencionados inmuebles, porque en esa diligencia figura este crédito en el pasivo.

En el mismo sentido obra en el proceso la escritura de esa deuda sin nota de cancelación, y obra la confesión de los demandados y su insistencia en que no es Efraín sino Luis el obligado, y obra también el certificado del Banco sobre pagos de Luis posteriores a esa compraventa.

La señora Gaitán de Pedraza no presentó espontáneamente, sino mediante requerimiento, el testamento de su madre en que esta señora, lejos de pronunciar desheredación contra Luis, lo instituye su heredero.

Las preguntas de los demandados en las posiciones pedidas a Luis hacen ver que en la familia reinaba cordialidad hasta que por firmar la señora Hurtado la obligación con el Banco e hipotecarle una de sus fincas, todo en beneficio de Luis, los hermanos de éste lo indispusieron con su madre llenándola de recelos y la obligaron a desprenderse de todos sus bienes en venta ficticia a Efraín y así crearon un ambiente de pugnacidad que llevó a Luis a atacar esta compraventa en el referido pleito contra su madre y hermano. Muerto éste, perseveraron José y María en su empeño de no dejarla con nada que pudiera heredarle Luis y la forzaron a aparecer cediéndoles lo único que después de aquella compraventa vino a haber en su patrimonio, que fue la herencia de Efraín.

3º Bajo el epígrafe "Apreciación errónea de pruebas", el alegato presenta como motivo 3º las varias de que forma larga lista, de las cuales quedan algunas ya relatadas y las otras son:

La contradicción en que incurrió la señora Hurtado al afirmar que el precio de dicha compraventa fue el de los $ 30.000 declarados en la escritura y al afirmar, de otro lado, que fue sólo el de los $ 20.000 que recibió, por ser mera ficción o simulados los otros $ 10.000. El recurrente cita y transcribe las respectivas posiciones, y deduce de esta contradicción un indicio de la simulación de ese contrato.

Acusa al Tribunal de haber prescindido de este indicio para relacionarlo con los demás, así como de no dar importancia al hecho comprobado de constituír los mencionados inmuebles el patrimonio único de la señora Hurtado cuando los vendió a Efraín; e insiste en que debió relacionar este hecho con la ulterior cesión referida para reconocer que ésta y la compraventa tenían la finalidad de privar a Luis de su herencia materna.

El consentimiento de la señora sobre pagos de Luis al Banco después de la venta de ella a Efraín, es otro indicio de la simulación de este contrato, como lo es la oposición de Efraín en su citado juicio ejecutivo contra Luis a que a éste se le admitieran en compensación los pagos hechos por él al Banco después de esa compraventa, y como lo es la contrademanda misma del presente juicio con sus súplicas acerca de la responsabilidad de Luis por la deuda del Banco no obstante lo pactado en la escritura de compraventa en el sentido de asumir esta deuda Efraín como parte del precio.

Halla otro indicio de esa simulación en el sigilo con que procedieron a la compraventa su madre y su hermano empeñados en ocultársela, y reclama porque el Tribunal dejara de tenerlo en cuenta como significativo del propósito de aquéllos de privarlo de dicha herencia.

Otro tanto sucede con motivo de la carta de quejas de la señora Hurtado contra Luis, en cuanto se ha presentado como de ella y es un hecho que ella no la firmó; igualmente reclama por no haberse dado valor al hecho de que Pedraza llame **donatarios** a los adquirentes en la compraventa y cesión, en carta dirigida a José, en lo cual encuentra el abogado de Luis otro elemento de presunción de que esos contratos no fueron efectivos.

Está acreditado que Luis giró en favor de Pedraza un cheque por $ 3.825,10 al recibir aquél el dinero del Banco. Confesado esto por Pedraza, deriva de ahí el abogado de Luis la prueba de que Pedraza es deudor en una tercera parte del crédito del Banco, y reclama porque se desestimara esta prueba y se dejara de hacer a cargo de Pedraza la consecuencial condenación suplicada en la demanda.

Acusa, no sólo de desestimación de esos elementos probatorios considerados uno a uno, sino de no habérseles relacionado entre sí y sostiene que por estos errores se tuvieron por verdaderos aquellos contratos y se desconoció la nulidad absoluta de que adolecen por carecer de causa o por ser ilícita al consistir en el insano propósito de privar a Luis como heredero de su madre de toda participación en el patrimonio de esta señora.

Quedan expuestos, en resumen, los cargos del abogado del demandante Luis dentro del motivo 1º del artículo 520 del C. J.

Se considera:

En la prueba indicial la ley defiere al convencimiento del juzgador. De ahí que la posibilidad de casar una sentencia por quebranto de leyes sustantivas surgido de error o falta de apreciación de pruebas consistentes en indicios, no ocurra sino cuando el Tribunal ha dado por probados los respectivos hechos básicos sin estarlo, o abstenídose de tomar en cuenta los comprobados cuya estimación impondría solución contraria a la de su sentencia, o dejado de relacionar los indicios entre sí cuando de esta labor precisamente habría de deducirse esa solución contraria, o establecido una relación reñida con la lógica en la vinculación entre causa y efecto.

Por eso en varios fallos uniformemente esta Sala ha expresado cómo no podría infirmar uno de Tribunal fundándose en que ella crea que, a haber sido Tribunal, habría llegado al convencimiento a que éste no llegó o no habría llegado al que sí llegó éste en su sentencia recurrida en tal o cual pleito, por obra de apreciación de indicios. Para lo que ha solido llamarse soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas pone la ley una cortapisa en el citado artículo 520, inciso 2º de su numeral 1º; y dentro de esta cortapisa, a su turno, existe la limitación de que se viene hablando cuando se trata de indicios, consistente en las reglas que para la estimación de esta prueba da el C. J. en sus artículos 660 y siguientes, principalmente en cuanto, como ya se anotó, defieren al convencimiento del juzgador, esto es, a algo que mira a su conciencia y a su fuero mental.

El recurrente pretende que la Corte invalide el fallo recurrido invocando la larga lista de hechos que presenta como indicios distintos, porque, según él, demuestran los vicios y fallas de que adolecen los contratos demandados; de suerte que la negativa de su demanda implica violación de las disposiciones sustantivas mencionadas.

Varios de esos indicios son uno mismo, lo que hace disminuír lo crecido de su cifra. No se dice con esto que sea el número de ellos lo decisivo, concepto contra el cual bastaría citar el artículo 663 del C. J., relativo al indicio necesario, y el 664, según el cual una sola presunción puede probar plenamente "cuando a juicio del juez tenga caracteres de gravedad y precisión suficientes para formar su convencimiento". Así pues, con aquella observación tan sólo se alude al artículo 657 **ibidem** que dice: "Cuando muchos indicios se refieren a uno solo, y cuando los argumentos sobre un hecho dependen todos de un solo argumento, la suma de éstos, por numerosos que sean, no forma plena prueba, y todos juntos no constituyen sino un solo indicio o un solo argumento".

Algunos de los hechos señalados como indicios por el recurrente no tienen el respaldo probatorio requerido por el artículo 666 del C. J. Así, por ejemplo, para destruir el alcance de la aludida carta de la señora Hurtado en que se queja de Luis, éste comprobó que ella no la había firmado; pero quedó en pie lo cardinal, en cuanto se ha visto que no la firmó por enfermedad, pero que la dictó o autorizó. Análogamente, si Pedraza confiesa haber recibido de Luis el antedicho dinero, no lo hace sin aclarar y explicar que correspondía a negocios que tenían los dos distintos de la operación con el Banco, y la confesión debe admitirse así por mandato del artículo 609 del C. J.

La carta de Pedraza en que llama donatarios a los adquirentes en los contratos en cuestión, esto es, a Efraín en la compraventa y a María y José en la cesión de derechos herenciales, no puede estimarse como algo distinto de un concepto de Pedraza, que no fue comprador ni cesionario, por más que sea el marido de la cesionaria María.

El Tribunal no dio valor de indicios de la simulación e ilicitud afirmadas por Luis a estos hechos. Cabe agregar que el recibo de dicho dinero por Pedraza de manos de Luis en la cifra y oportunidad antedichas sugiere la participación de aquél en el dinero del Banco; pero esto, que puede ser o no mera coincidencia, no puede prevalecer legalmente sobre lo que el citado artículo 609 dispone como queda ya recordado.

Indudablemente la señora Hurtado de Gaitán incurrió en contradicción respecto del monto del predio de su compraventa a Efraín, declarando unas veces, por ejemplo en la escritura, que fue la suma de $ 30.000 y otras, en posiciones, que fue la de $ 20.000, o sea sólo lo que recibió, porque fueron una ficción los restantes $ 10.000. Pero el Tribunal no da a esta contradicción la trascendencia y alcance que les da el abogado de Luis, como no se la da tampoco a los demás hechos rememorados, que el Tribunal no deja de relacionar entre sí. Ello es que lo aducido por Luis es un grupo de indicios, ninguno de ellos necesario, y que el Tribunal no los halla suficientes para convencerle de que los contratos demandados fueron, como sostiene y de allí deduce el demandante, una maniobra encaminada a que su madre al morir apareciera sin patrimonio alguno y prácticamente dejándolo desheredado.

Si la demostración de que en todo ello no hubo sino esa ficción y esta finalidad ilícita surge de los indicios o, más claramente, consiste en apreciar los indicios como lo hace Luis y en tener por indicios todos los que él presenta como tales, y si es por su fingimiento e ilicitud por donde han de caer, según la demanda, los contratos cuya invalidación ella busca, es evidente que ella no podía prosperar ante el Tribunal, dado el pensamiento que éste siguió en su sentencia, y es evidente, del propio modo, que el recurso de casación contra ella no puede prosperar, así fuese tan sólo por la decisiva razón de que, en fuerza de las consideraciones legales ya expresadas aquí, la Corte no puede alterar lo que para el Tribunal fue su propio convencimiento.

El reclamo relativo a la donación de Efraín a María es infundado. Para reconocerlo así basta observar que el demandante no fue parte en ese contrato y que éste no lo afecta. Para que lo afectara sería preciso que Luis hubiera triunfado en su empeño de invalidar la venta hecha por su madre a Efraín, porque entonces, volviendo los mencionados inmuebles al patrimonio de ella, hoy de su sucesión, participaría en ellos Luis como heredero. Pero, permaneciendo en su validez aquella compraventa, nada interesa legalmente a la vendedora o a los herederos de la vendedora lo que el comprador hiciera con los bienes comprados. Por tanto, estaría fuera de lugar por inoficioso indagar si la donación que de uno de esos bienes hizo el comprador Efraín a su hermana María adolece de vicio o informalidad, como, por ejemplo, la falta de insinuación o cualquiera otra.

También es infundado el reclamo por no haber declarado el Tribunal la resolución de la compraventa.

Claro es que si las cosas pudieran mirarse a la luz sencilla en que las presenta el recurrente, se impondría la aplicación del artículo 1930 del C. C. ante la evidencia de no haber pagado Efraín, destinándolos a las cuotas del Banco, los diez mil pesos del precio que la escritura dice quedar en su poder con este fin. Pero las peculiaridades del caso impiden considerar el problema en esa forma. La señora vendedora confesó que esos diez mil pesos eran una ficción y que en realidad el precio fueron los $ 20.000 que recibió. Así las cosas, mal podría haber ella incoado acción resolutoria de la compraventa fundándose en falta del comprador al pago del precio. Y si la señora, como resalta de estas circunstancias, carecía o habría carecido de esa acción, no es posible que sus herederos, como tales, se hallen o crean investidos de la misma. Se advierte que es en tal calidad de heredero de la señora vendedora como Luis ejercita aquí tal acción.

El resultado que acaba de verse para esa confesión respecto de la señora confesante, no puede ser el mismo respecto de Luis, quien en manera alguna, fuese con confesión o de otro modo, ha infirmado o concurrido a infirmar las ventajas y consecuencial derecho nacido para él del desistimiento de la declaración escrituraria de su madre, deudora del Banco, en el sentido de afrontar ella esta deuda y destinar al efecto parte del valor de los bienes que vendía. En otras palabras: el solo dicho de ella no puede destruir esa situación que ella misma en escritura pública y su referido desistimiento creó en favor de Luis, al paso que ese mismo dicho sí tiene que producir, no tratándose ya de tercero sino de ella misma, el efecto que legalmente tiene una confesión, la cual, como es sabido, perjudica a quien la hace.

El demandante ha sostenido en el curso del pleito y ahora en casación que, no sólo los contratos demandados, sino otras gestiones de sus opositores le han causado perjuicios, entre ellos el de haberle frustrado las negociaciones que en su época adelantó para obtener del Banco las rebajas a que daban lugar las disposiciones legales sobre deudas en general y principalmente sobre las bancarias, y acusa porque el fallo recurrido le niega la correspondiente indemnización.

Inadmisible el cargo. De esos perjuicios no obra en el proceso la prueba necesaria. Además, si los atribuye a dichos contratos, siendo válidos, su celebración no puede ser fuente de indemnización, por no serlo de daño alguno a él, y si los da por provenientes del mencionado litigio anterior, mal podría él quejarse de su propia obra y alegarla como daño que se le hubiera de indemnizar.

Las reyertas, rencores y odiosidades de familia expuestas en este pleito y ahora en la casación con prolijidad tal que pareciera que los litigantes se hayan propuesto exhibirlas todas, para que por fuera o en silencio no quedase nada de lo que los encona y divide, apenas habrá para qué decir que, salvo en lo que se han estudiado en relación con el pleito mismo, nada de ello, a despecho de lo deplorable que es, puede ser materia de análisis y decisión en un fallo como el presente.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el veinticuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Sin costas.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Firmados:

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Emilio Prieto H., Ofic. Mayr.

ACCION PRINCIPAL PETITORIA DE RESPONSABILIDAD POR LA INUNDACION DE UN PREDIO Y SUBSIDIARIA SOBRE PAGO DE PERJUICIOS.—RELACIONES DE VECINDAD ENTRE LOS DUEÑOS DE LOS PREDIOS COLINDANTES.—ERROR DE HECHO.

1.—El caso del pleito halla un verdadero fundamento en el campo de la ilicitud civil, de la culpa dañosa, enfocada a la luz de las llamadas relaciones de vecindad que imponen ciertos deberes cuya inejecución acarrea una culpa. La omisión en que incurrió el demandado al no reforzar ni elevar los camellones del río Bojacá en el trayecto correspondiente a las fincas usufructuadas por él, no puede estimarse como una omisión lícita, porque ese proceder constituye indudablemente un error de conducta a la luz de la moderna noción consagrada ya en la Constitución Nacional, que le da a la propiedad un sentido social y una acción positiva de solidaridad que la hace servir para atenuar los resultados del egoísmo y los azares de la naturaleza. Es equivocado hablar del derecho de los riberanos a dejar inundar sus predios, pudiendo evitarlo, si al propio tiempo se causan inundaciones ruinosas en predios inferiores. Estas tesis, basadas inconsideradamente en el principio de que no incurre en culpa quien usa de la cosa propia, están rectificadas por antisociales en el campo del derecho en el que cada día tiene el JUS ABUTENDI menos significado del que le correspondía en el concepto escuetamente jurídico de la propiedad.

2.—El error de hecho, dentro del mecanismo jurídico del recurso de casación, es la evidencia contraria a la del juzgador, puesta de manifiesto en la prueba mal apreciada o en la que dejó de estimarse; de tal modo que no puede tenerse por tal error la que no es más que una solución o conclusión distinta fundada en razonamientos analíticos de otras pruebas.

3.—Lo fundado del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador y que la Corte no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o manifiesto en los autos. En casación resulta impertinente atacar la fundamentación del dictamen pericial si no es para demostrar un manifiesto error de hecho con incidencia en violación de la ley sustantiva.

4.—En copiosa jurisprudencia tiene establecido la Corte que la condena en costas procesales es asunto que escapa a la casación cuando se basa en la temeridad con que el litigante ha sostenido una acción o una excepción, porque la apreciación de esta circunstancia es cosa que corresponde al arbitrio de los Tribunales y porque, como materia accesoria que es, no puede dar base de estudio por sí sola sin haber prosperado el recurso sobre las cuestiones esenciales de la controversia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Se ha originado este pleito sobre responsabilidad civil extracontractual en los siguientes hechos:

En jurisdicción municipal de Bojacá, sobre la margen derecha del río de este nombre, existen cuatro predios riberanos, colindantes entre sí, denominados "Cortés", "Las Animas", "Galindo" y "La Arcadia", los dos primeros pertenecientes a Soledad Soto H., dados en arrendamiento a Luis Londoño. El tercero de propiedad de Víctor Julio Zea, quien a su vez es arrendatario de "La Arcadia", perteneciente a Carlos Rocha.

De estos fundos riberanos del río Bojacá, que en ese trayecto es de curso lento por el poco desnivel del terreno, los de Cortés y Las Animas ocupan el plano superior, de modo que Galindo y La Arcadia están situados a más bajo nivel. Esta situación topográfica de los predios en relación con el río de cambiante caudal los somete desde siempre a tener que levantar tambres en el cauce para

poder beneficiarse de las aguas en épocas de estiaje, y en invierno, debido a las caudalosas avenidas, a sostener dentro de sus respectivos linderos camellones o jarillones para defender los fundos de las inundaciones. En el año de 1938, por los meses de marzo, abril y mayo, a consecuencia del fuerte invierno que por entonces azotó la región, se inundaron totalmente los predios bajos de Galindo y La Arcadia, cultivados por Víctor Julio Zea, perdiéndose por esa causa las sementeras de papa, trigo y maíz e inutilizándose por largo tiempo las tierras para su explotación agrícola.

Estimó Zea que la inundación que arruinó totalmente sus cultivos había entrado a sus sementeras por los predios de "Cortés" y "Las Animas", usufructuados por Luis Londoño, y que el desborde del río había ocurrido por no haber éste arreglado o compuesto sus camellones de defensa, como estaba obligado a hacerlo, no obstante habérselo pedido oportunamente y en previsión del invierno el propietario de Galindo y habérsele notificado, a pedimento de Zea, por el Alcalde Municipal de Bojacá que debía proceder a cumplir el deber de reparar los jarillones, como siempre se hacía.

Con apoyo en estos hechos esenciales Víctor Julio Zea, en libelo de fecha 13 de abril de 1939, repartido al Juzgado 8º Civil de este Circuito, demandó en juicio ordinario a Luis Londoño y Soledad Soto H. para que se declare que son solidariamente responsables de la inundación de los predios de Galindo y La Arcadia, en las circunstancias ya dichas causada por las aguas del río Bojacá, que entraron por los fundos de Cortés y Las Animas debido al mal estado de los camellones en el trayecto riberano de estas fincas, y que por tanto deben indemnizarle los perjuicios que le causaron con la pérdida de sus sementeras y el lucro cesante de sus fincas, en la cuantía de $ 42.000,00, o en lo que pericialmente se determine, más las costas del juicio.

Subsidiariamente se pide que se declare la responsabilidad civil por el hecho culposo y dañoso preindicado y la consiguiente obligación indemnizatoria en la cuantía dicha a cargo de Luis Londoño, en primer término, en su condición de tenedor de los predios "Cortés" y "Las Animas", y en su defecto, a cargo de Soledad Soto H. como propietaria de las fincas, y también a pagar las costas procesales.

Surtido el traslado legal de la demanda, la demandada Soto negó los hechos fundamentales de la acción, se opuso a las pretensiones del actor y alegó las excepciones perentorias de carencia de acción, caso fortuito y la que resulte del hecho de haberse expuesto imprudentemente el demandante al daño causado por la inundación por haber construído azudes y atajadizos en el lecho del río. El demandado Londoño también se opuso a la demanda, alegando no tener ninguna responsabilidad en los acontecimientos. Negó la mayor parte de los hechos y aceptó algunos, entre otros, la obligación en que están los dueños y tenedores de los predios riberanos del Bojacá de mantener arreglados y levantados los camellones que cierran el río, para impedir el desbordamiento de sus aguas, advirtiendo que en la parte correspondiente a las fincas que tiene en arrendamiento cumplió con esa obligación, "para evitar las inundaciones, no porque se lo indicara el señor Zea, sino porque esa es su obligación como arrendatario". Añadió el demandado Londoño que el río se desbordó por el predio de "Cortés" por causa del fuerte invierno constitutivo de caso fortuito y especialmente por el tambre que el demandante hizo construír en el lecho del río en su predio y que olvidó destruír a la llegada del invierno.

Trabada así la litis, el Juez del conocimiento, al término de la actuación del grado, desató la controversia en sentencia del 4 de diciembre de 1942, absolviendo completamente a los dos demandados. Sin costas.

Sentencia acusada

Llevado el negocio por apelación de la parte actora al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fue decidido en segunda instancia por sentencia definitiva de 20 de junio de 1944, en la cual revocó la recurrida y en su lugar declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas; declaró que el demandado Luis Londoño es civilmente responsable, en concurrencia con el demandante Zea, de la inundación que destruyó los cultivos de éste, y que, en consecuencia, debe pagarle, a título de indemnización, seis días después de ejecutoriado el fallo, la suma de $ 16.550,00. Se confirmó expresamente la absolución de la demandada Soto H. y no se hizo condenación en costas.

Entre las dos tesis enfrentadas en el litigio sobre la causalidad del hecho dañoso, —la que atribuye exclusivamente a culpa de omisión y descuido del demandado Londoño como arrendatario de las fincas por donde se precipita en las aguas sobre los cultivos del actor, y la que la vincula

a la ocurrencia de un caso fortuito y a la culpa del propio demandante Zea por no haber destruído el tambre que él mismo constituyó en el límite del predio "Galindo",— el Tribunal se colocó en posición intermedia, y sobre el mérito que dedujo de la nutrida prueba testimonial traída a los autos, de la inspección extrajudicial y de la prueba pericial que se practicó, concluyó que el hecho mismo de la inundación, como consecuencia del fenómeno invernal, previsible y de ocurrencia ordinaria y periódica, no puede considerarse jurídicamente como caso fortuito, y que no hay duda de que fue causado o determinado por el descuido en que indudablemente incurrió el demandado Luis Londoño por no haber hecho las obras acostumbradas de conservación y refuerzo de los camellones, para lo cual fue requerido en la debida oportunidad; pero estimó asimismo que esta omisión no fue la causa exclusiva del hecho dañoso, sino que a ello contribuyó también una culpa del actor, consistente, como ya se vio, en la construcción de un tambre o atajadizo dentro del cauce del río, que no fue retirado a la entrada del invierno de 1938, considerado también de excepcional intensidad.

Dentro de este planteamiento jurídico del caso, con aplicación del artículo 2357 del C. C., por concurrencia probada de culpas, redujo el sentenciador el monto de la indemnización que por promedios de los avalúos periciales se fijó en la suma de $ 33.100, a la mitad, o sean los $ 16.550,00, cifra ésta a que monta la condena del demandado Londoño. Y por lo que hace a la condenada Soledad Soto H. su absolución se funda en la circunstancia de que por estar ella ausente del país en la época del suceso, está desligada de la culpa personal de su arrendatario Londoño, a cuyo cargo, según los términos del contrato, corría la obligación del sostenimiento de las obras de defensa contra los desbordamientos del río.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segunda instancia, sintetizada en sus fundamentos esenciales, interpusieron oportunamente ambas partes el recurso de casación que hoy se decide al final de sus trámites correspondientes.

Recurso de la parte demandada

Se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., y desarrolla su acusación, en lo referente a quebranto de ley sustantiva, en un extenso libelo que divide en cuatro cargos, cada uno en capítulo separado, y destinados todos a demostrar que la sentencia es violatoria de los artículos 882, 888, 889, 1495, 1602, 1769, 1997, 1998, 1999, 2005, 2341 y 2356 del C. C.

Destaca el recurrente las dos imputaciones que el Tribunal hace al demandado Londoño para deducirle culpa y sustentar sobre ella su condena, a saber: incumplimiento de las obligaciones que le competían como arrendatario de Soledad Soto H. de conservar y reparar los camellones de las fincas "Cortés" y "Las Animas" sobre la ribera del río Bojacá, de acuerdo con las cláusulas del contrato de arrendamiento, e incumplimiento de la obligación extracontractual proveniente de relaciones de vecindad de conservar en buen estado esos camellones a fin de evitar que las avenidas del río descendieran por los predios que tenía el arrendatario hacia los de "Galindo" y "La Arcadia", cultivados por el demandante Zea. Llama la atención el recurrente como base esencial de todas sus acusaciones contra la sentencia, a la circunstancia de que el Tribunal no imputa al demandado Londoño haber hecho cosas que causaran el deterioro de los camellones riberanos de "Cortés" y "Las Animas", sino simplemente haber dejado de hacer lo necesario para que esos terraplenes o jarillones estuvieran en capacidad de resistir las avenidas o crecientes del río Bojacá. Sobre estas bases se edifican todos los razonamientos de la demanda, que a continuación se sintetizan usando para ello los compendios que ofrece la demanda misma en el encabezamiento de los capítulos, que permiten su estudio global.

"El demandante Zea carece de derecho para exigir del demandado Londoño responsabilidad por el supuesto incumplimiento de obligaciones que se derivan del contrato de arrendamiento celebrado entre este señor y la señorita Soledad Soto H.", porque Zea no es parte ni causabiente de ninguna de las partes en ese contrato.

"No existe obligación legal de hacer, conservar ni mejorar, en beneficio de terceros, camellones o terraplenes que impidan el desbordamiento de las aguas de un río y las inundaciones que por esta causa puedan ocurrir". La pretendida obligación de mantener en buen estado y elevar convenientemente, en beneficio de predios inferiores, los terraplenes que los propietarios riberanos de Bojacá han construído por su iniciativa, a sus expensas y para su utilidad, constituiría una servidumbre pasiva semejante a la del artículo 900 del C. C. Si existiera esta obligación legal a que se

acaba de hacer referencia, ella pesaría exclusivamente sobre la dueña de las heredades de "Cortés" y 'Las Animas", y de ninguna manera sobre Luis Londoño, simple arrendatario de tales predios. "El Tribunal debió absolver al demandante Londoño, declarando de oficio que está probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo o de un modo indebido, por no haber propuesto el demandante la acción personal de responsabilidad como corolario o consecuencia de la acción confesoria de servidumbre", porque la acción indemnizatoria por el hecho de no haber conservado los camellones es subordinada de la declaración judicial de la existencia de la servidumbre positiva que impusiera esa obligación, de modo que no se puede discutir la responsabilidad del arrendatario sin plantear al propio tiempo con la dueña la obligación de la servidumbre.

En este caso no hay responsabilidad extracontractual, puesto que la fuente de ésta es el hecho ilícito, esto es, el acto o la omisión en que se incurra sin derecho propio o contraderecho ajeno. No elevar o reforzar los camellones sobre el río Bojacá en el trayecto correspondiente a los predios usufructuados por el demandado Londoño constituye indudablemente una omisión que no puede considerarse ilícita ya que desde el derecho romano se sabe que no incurre en culpa quien usa de su derecho. Las aguas de la creciente del Bojacá, que dañaron los cultivos del actor no fueron metidas o traídas artificialmente al predio arrendado por Londoño, sino que allí entraron por virtud de fuerzas naturales. "La omisión que se imputa a los demandados es, por lo tanto, una omisión lícita, luego ellos no incurrieron en ninguna culpa que los haga responsables de los perjuicios sufridos por el demandante".

Considera la Corte:

Las cuatro fincas aludidas—"Cortés"; "Las Animas", "Galindo" y "La Arcadia"—son riberanas y contiguas en la margen derecha del río Bojacá, y las dos ocupadas por el demandado Londoño, como ya se dijo, quedan en la parte superior con relación a los predios cultivados por el demandante. Desde mucho tiempo, por imposición de la naturaleza de las cosas y en utilidad común y recíproca, dentro de la reglamentación de la autoridad, los dueños de estos predios, como los de toda la región y de ambas riberas del Bojacá, para defender sus tierras de las inundaciones periódicas causadas por el desbordamiento invernal del río, han construído camellones o caballones para elevar sus márgenes y mantener de esta manera sus aguas excesivas dentro del cauce ordinario.

En esta situación de hecho determinada por las aguas fluviales del Bojacá que a la vez que son factor de riqueza y prosperidad son también elementos de ruina y devastación cuando se desbordan sobre las propiedades aledañas, no es posible configurar jurídicamente ninguna de las servidumbres naturales, impropiamente catalogadas como tales en el Código Civil, porque en realidad el fenómeno de que aquí se trata respecto de aguas nacionales en relación con los propietarios de los fundos riberanos carece de las características propias que distinguen la servidumbre como figura jurídica limitadora del dominio. No se ve, en efecto, en este régimen general defensivo de los fundos riberanos, exigido por la naturaleza y las necesidades comunes de la coexistencia social, el gravamen impuesto a los predios de que era arrendatario el demandado Londoño en favor de los cultivados por el demandante Zea, esencial para la existencia del derecho real, limitativo de la propiedad. No se puede decir que se trata de una servidumbre positiva porque no existe la obligación de dejar hacer, impuesto al predio sirviente; ni de una negativa porque tampoco existe la prohibición para el predio sirviente de hacer algo que sin la servidumbre le sería lícito hacer. Aunque el fenómeno aludido proviene de la especial situación de los lugares, no encaja dentro de ninguno de los casos o situaciones especialmente descritos y reglamentados en el código como servidumbres naturales. La preexistencia de los camellones o caballones marginales del río y la obligación de conservarlos a que adelante se hará referencia, saca el caso de autos del previsto en el art. 891 del C. C. porque aquí no se trata del libre descenso y escurrimiento natural de las aguas, en la forma y condiciones requeridas por la citada disposición del Código. Resultaría absurdo hablar de la servidumbre natural de dejarse inundar por las avenidas de un río, para evitar las cuales se han construído por los riberanos obras que bien conservadas son capaces de impedirlas.

No se puede enfocar la cuestión jurídica fundamental del pleito en la forma incompleta de presentarla como una obligación de los predios de "Cortés" y "Las Animas", o de sus dueños, de construír, reparar y conservar los camellones de encauzamiento del Bojacá con el exclusivo objeto de que los fundos de "Galindo" y "La Arcadia" no sufran inundaciones, como si se tratara de una directa vinculación real o gravamen de predio a predio, cuando la verdadera situación que se con-

templa y de la que se hace provenir el derecho demandado es de carácter general, vinculado a la utilidad pública y al interés recíproco y común de los propietarios de la región, ya que las obras riberanas de que se ha hecho mención están por su propia naturaleza condicionadas en su eficacia por el cuidado y conservación de todos sus beneficiarios. Se trata en realidad del régimen hidrográfico del río Bojacá, cuya reglamentación corresponde a las autoridades administrativas, al Gobierno Nacional como supremo administrador de los bienes de uso público y en busca de una adecuada utilización de las aguas y en prevención de las inundaciones destructoras de la riqueza agrícola. Contemplando por este aspecto el problema, las disposiciones citadas del título 11, del libro 2º del C. C. pierden su operancia y aplicabilidad, porque tratándose de bienes de uso público resulta impertinente hablar de servidumbres con ocasión de la obligatoria sujeción a las limitaciones y reglamentaciones de la autoridad pública. El C. C. (artículos 889 y 899) da preferencia sobre sus preceptos en materia de aguas a los contenidos en las codificaciones de policía y otras leyes, todas las cuales están subordinadas al principio fundamental contenido en el artículo 677 del C. C. que estatuye que los ríos y todas las aguas que corren por cauces naturales son bienes de la Nación, de uso público en los respectivos territorios. Bien sabido es que las leyes y decretos que reglamentan la distribución, la racional utilización y todo lo concerniente al régimen de las aguas fluviales pertenecen al orden público económico ya que a ellas se vinculan íntimamente todos los aspectos de la economía nacional y del interés social.

A este respecto son numerosas las citas de disposiciones de carácter administrativo y de régimen policivo contenidas en las sentencias de instancia y en otras piezas del proceso, constitutivas y originarias a no dudarlo de la obligación legal de los riberanos de conservar en buen estado el cauce del río Bojacá y en cuyo quebranto y desobedecimiento por parte del demandado Londoño puede hallarse perfectamente la culpa, fuente de la responsabilidad demandada, que sólidamente se arraiga en un concepto de solidaridad económico y social. Consta, en efecto, que a principios del año de 1936, a pedimento del Alcalde Municipal de Bojacá, consecuencial de quejas de unos riberanos contra otros que se negaban a levantar los camellones de la orilla del río para evitar las inundaciones del invierno que se avecinaba, los ingenieros oficiales del departamento inspeccionaron la región y en informe rendido al Director de Obras Públicas (septiembre de 1936) conceptuaron que los propietarios riberanos debían proceder a limpiar y desbarrar el cauce del río en el trayecto correspondiente a las fincas de "Cortés", "El Salitre" y "Galindo", en la margen derecha levantando y reforzando los camellones a la altura y capacidad de los existentes en la margen opuesta. Este ordenamiento administrativo se funda, en varias disposiciones contenidas en el Código de Policía de Cundinamarca y en otras Ordenanzas. El artículo 1º de la Ordenanza 44 de 1925, dice: "El canal de los ríos deberá tener una anchura proporcional a la cantidad de las aguas en invierno, y los ribereños estarán en la obligación de mantener siempre limpio el cauce que el ingeniero del departamento haya fijado". Y en el artículo 1º de la Ordenanza 34 de 1925 se lee: "La obligación impuesta a los riberanos de mantener siempre limpios los cauces de los ríos, canales y vallados laterales se hará efectiva por las autoridades de policía.....", y en su artículo 2º añade: "Los Alcaldes vigilarán especialmente sobre la limpieza de los cauces y de los canales y desagües que una vez destruídos pudieran causar inundaciones en cualquier terreno".

Pero es que al margen de toda reglamentación legal, sin necesidad de vincular la responsabilidad al incumplimiento de una concreta obligación generada en la ley, la cuestión jurídica del pleito halla un verdadero fundamento en el campo de la ilicitud civil, de la culpa dañosa, enfocada a la luz de las llamadas relaciones de vecindad, como aparece tratada en la sentencia acusada, en el pasaje que en seguida se transcribe: "Si acogemos la definición corriente de la culpa como un error de conducta en que no hubiera incurrido una persona prudente y diligente, colocada en las mismas circunstancias externas, observamos que con razón la doctrina asienta que la culpa, provenga ella de acción o de omisión, debe ser el fundamento jurídico de la responsabilidad civil, en caso de molestias de vecindad. Y que la jurisprudencia acepta que 'omitir la medida de las obligaciones ordinarias de vecindad' es cometer una culpa, en los términos del derecho común, por lo cual es culpable el vecino o colindante que no obra como hombre diligente para evitar a su vecino incomodidades o daños que exceden o agravan las consecuencias normales de los fenómenos de la naturaleza. En la concepción actual del derecho no basta mantenerse dentro de los confines objetivos

del dominio, de la posesión o del uso propios: es preciso conducirse en función de cooperación social respecto a la conservación de la riqueza ajena".

Existentes como un sistema hidrográfico general las obras de defensa contra las inundaciones del río Bojacá, construídas a la vez en beneficio y utilidad de cada fundo y de todas las fincas aledañas, la conducta y actividades de los riberanos en relación con estas obras, con su conservación y cuidado, no puede considerarse dentro de la esfera exclusiva del dominio determinado por los confines de cada fundo, ni en relación tampoco con las consecuencias jurídicas producidas por la existencia o inexistencia de vínculos de servidumbre predial, sino en el campo de la responsabilidad civil, más amplio que el en que se mueven las acciones confesorias y negatorias de servidumbres, como consecuencia de hechos culposos originarios de la obligación de reparar los perjuicios causados. Tratándose del derecho real de propiedad, es la función económica de este derecho fundamental la que le da principalmente la fisonomía social que permite considerarlo como fuente de obligaciones en la órbita de las relaciones de vecindad. La omisión en que incurrió el demandado Londoño al no reforzar ni elevar los camellones de la orilla del río en el trayecto correspondientes a las fincas usufructuadas por él, como oportunamente se lo ordenó la Alcaldía Municipal, no puede estimarse como una omisión lícita, según las tesis del recurrente, porque ese proceder constituye indudablemente un error de conducta a la luz de la moderna noción consagrada ya en la Constitución Nacional, que le da a la propiedad un sentido social y una acción positiva de solidaridad que la hace servir para atenuar los resultados del egoísmo y los azares de la naturaleza. Es equivocado hablar del derecho de los riberanos a dejar inundar sus predios, pudiendo evitarlo, si al propio tiempo se causan inundaciones ruinosas en predios inferiores. Estas tesis, basadas inconsideradamente en el principio de que no incurre en culpa quien usa de la cosa propia, están rectificadas por antisociales en el campo del derecho en el que cada día tiene el **jus abutendi** menos significado del que le correspondía en el concepto escuetamente jurídico de la propiedad.

Pero no hay en realidad gran interés en averiguar y discriminar el origen y naturaleza de la obligación de cuidar y conservar los referidos camellones del río Bojacá, cuya infracción por parte del demandado Londoño, perfectamente demostrada en el juicio, es la fuente de la responsabilidad civil de que se trata porque está expresamente aceptado por éste en la contestación de la demanda que tal obligación existía y que su cumplimiento corría a su cargo.

El hecho 4º de los fundamentales de la demanda dice: "Los dueños y tenedores de los predios riberanos del río Bojacá, siempre mantienen y están obligados a mantener dentro de sus respectivos radios, arreglados y levantados los camellones o paredones que encierran el río Bojacá, para evitar los desbordamientos del agua y las invasiones de los predios vecinos". Contestó el demandado: "Es cierto, pero en las partes donde los camellones son necesarios para impedir los desbordamientos de las aguas del río Bojacá".

El 5º dice: "Cuando se aproxima la época del invierno el Alcalde de Bojacá reconviene a los riberanos para que limpien el río y mantengan sus camellones en condiciones de evitar las invasiones del río por mal estado de aquéllas". Contestó Londoño: "Es cierto en algunos casos".

El 6º dice: "Al principiar el invierno de 1938 solicité del señor Luis Londoño que, como arrendatario de los predios de Cortés y Las Animas de propiedad de la señorita Soledad Soto H., limpiara la parte del río Bojacá y levantara o compusiera los camellones en el trayecto de dichos predios, para evitar que el río se desbordara por el mal estado de ellos y me inundara mis sementeras de papa y maíz puestas por mí en los predios colindantes de Galindo y La Arcadia". Contestó Londoño: "Es cierto que el suscrito hizo arreglar los camellones en la forma debida, en la parte que corresponde a las fincas que tiene en arrendamiento, para evitar las inundaciones, no porque se lo indicara el señor Zea, sino porque esa es su obligación como arrendatario".

El demandado Londoño no ha negado que tuviera la obligación de conservar en buen estado, en la parte que le correspondía, las obras de defensa contra las inundaciones del río Bojacá. Nada importa para el caso averiguar si se originaba en el contrato de arrendamiento con Soledad Soto o le correspondía como dueño del goce de fincas sometidas a un régimen general hidrográfico. El error de conducta, constitutivo de la culpa por omisión de que se ha hablado, se encuentra tanto desde el punto de vista de la violación de una obligación determinada como desde el quebranto de la obligación general de cuidado y diligencia. La tesis de que no existe la obligación de conservar las obras de defensa del Bojacá porque la ley

no establece esa servidumbre ni se ha adelantado la respectiva acción confesoria, es de última hora y sólo se ha agitado en el recurso ante la Corte. Desde luego, el demandante Zea no está pidiendo reparación por quebranto de obligaciones nacidas en contrato de arrendamiento en que no es parte, posición que le atribuye el recurrente para decir que carece de acción indemnizatoria; la acción de responsabilidad se ha planteado al margen de todo contrato con origen en culpa aquiliana contra quien se consideró sujeto jurídico de la acción como autor de la omisión culposa.

Las consideraciones que se llevan expuestas dan base ya para concluír que se acusa sin razón la sentencia por lo que hace a la violación de los artículos 882, 888, 889, 891, relativos a servidumbres y contentivos, los dos primeros, de meras definiciones, no susceptibles por tanto de la infracción que pueda fundar la casación; y de los artículos 1495, que define simplemente el contrato, y 1997, 1998, 1999 y 2005, referentes a obligaciones entre arrendador y arrendatario cuya infracción no es la fuente de la responsabilidad que se ha agitado en este pleito.

También se acusa la sentencia por quebranto indirecto del artículo 2341 del C. C. por haber el Tribunal considerado al demandado Luis Londoño como coautor de los hechos que causaron la inundación por efectó de errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas sobre estas causas, consistentes en que no se tuvieron en cuenta estas tres declaraciones:

La de Olinto Blanco, que dice: ".....La inundación del río Bojacá que tuvo lugar por aquella época desbordó no solamente por la parte que colinda con Cortés y Las Animas sino que también por la parte que colinda con los terrenos inmediatamente anteriores".

La de Ramón Barón, que dice: ".....el río desbordó y la inundación se produjo por tierras del general Zea".

Y la de Luis F. Ardila, que dice: "Yo sí ví pasar agua por una parte del camellón del señor Zea sin que yo crea que esta fuera la causa de la inundación, pues el agua que desborda del río no es suficiente para causar tales inundaciones...."

El cargo, según lo explica la demanda, se hace consistir en que el sentenciador no se fijó en estos testimonios, pues si hubiera advertido que las aguas desbordaron también en los predios del actor a pesar de que el río se había descargado ya en "Cortés", habría tenido que aceptar, a través de un simple razonamiento, que la inundación de "Galindo" y "La Arcadia", habría ocurrido fatalmente.

El error de hecho, dentro del mecanismo jurídico del recurso de casación, es la evidencia contraria a la del juzgador, puesta de manifiesto en la prueba mal apreciada o en la que dejó de estimarse; de tal modo que no puede tenerse por tal error lo que no es más que una solución o conclusión distinta fundada en razonamientos analíticos de otras pruebas, como es este caso.

La sentencia tiene por completamente probado el hecho de que la inundación que arruinó las sementeras del demandante se produjo, como concausa con el tambre hecho por el actor en el cauce del río y que imprudentemente omitió destruír, por no haber el demandado Londoño reforzado y compuesto los camellones del río en la riberanía de los predios de "Cortés" y "Las Animas", porque debido al mal estado de estas defensas el agua entró a estos fundos y descendió luego sobre los del demandante Zea. Esta conclusión probatoria, raíz y fuente de la responsabilidad declarada, se asienta en el análisis minucioso y discriminado que el Tribunal hace de numerosos testimonios legalmente rendidos en las instancias del juicio, de la inspección ocular y la prueba pericial practicadas al efecto, de las cuales resulta establecido con mérito perfecto el mal estado y abandono de los camellones de defensa en el trayecto riberano de "Cortés" y "Las Animas" y el bienestar de los mismos en la parte correspondiente a los predios de la parte inferior cultivados por Zea, lo mismo que el hecho consecuencial de que las aguas desbordaron por los predios del demandado Londoño y después de inundarlos descendieron sobre los de Galindo y La Arcadia, arrasando sus cultivos. El mismo demandado acepta al contestar la demanda que tal fue el camino y forma de la inundación, aunque señala como única causa la represa determinada por el tambre en predios del actor.

En estas condiciones, sin atacar ni mencionar siquiera este vigoroso acervo de pruebas, salta a la vista la invalidez del cargo por error de hecho con base en los testimonios aludidos e insertados en lo pertinente.

En cargo subsidiario se refiere el recurrente a errores de hecho y de derecho en la apreciación de la prueba pericial sobre el monto del valor del perjuicio, que señala como inductivo del quebranto indirecto del artículo 2341 del C. C. en cuanto se condena al demandado a pagar más del verda-

dero importe del daño y que hace consistir en haberlo aceptado por el Tribunal tomando el medio aritmético cuando hay dos peritos en completo acuerdo, y en darle mérito de prueba completa que no merece por las graves deficiencias y errores fundamentales de que adolece el dictamen, como son la suma de factores heterogéneos puesto que dos peritos avalúan 2.500 cargas de papa y el otro 1.200; avaluar con exceso de las pretensiones del actor la carga de papa; señalar equivocadamente la fecha de la inundación; calcular deficientemente y con visibles diferencias los gastos de recolección, barbechos, deshierbas, arrendamientos de tierra, etc.

El examen de la prueba pericial, producida para avaluar el monto de la indemnización del perjuicio sufrido, visible a folios 62 a 66 y 68 a 70 del Cuaderno Nº 3º, revela que en realidad incurrió el Tribunal en la equivocación legal de deducir el mérito probatorio del dictamen tomando el medio aritmético de tres cantidades distintas como si hubiera existido desacuerdo en la cifra numérica fijada por los tres peritos que intervinieron en la diligencia, en las condiciones del artículo 721 del C. J., cuando lo que de los conceptos periciales escritos resulta es que dos de ellos, los de los doctores Fernando Anzola y Pedro A. Gómez Naranjo, son completamente uniformes y coincidentes en la fijación de la suma de $ 39.300 como valor total de los daños sufridos por el demandante Zea. (La operación promedial del Tribunal arroja la cifra de $ 33.100).

Mas, a pesar de esta evidente irregularidad en que incurrió el sentenciador al deducir legalmente el mérito probatorio del peritaje, no puede la Corte enmendarla porque el reajuste legal del experticio conduciría a tener como plena prueba el dictamen uniforme de los dos peritos y esto produciría una agravación de la condena de la parte recurrente, cosa que no autoriza la ley. El recurrente, por otra parte, advierte que no aduce la anotada informalidad como cargo, por ser contrario al interés de su poderdante. "A mi parte no le interesa ese error —dice la demanda—, pero lo anoto para que se vea la ligereza del fallo, debida al trabajo agobiador de las Salas de Decisión del Tribunal de Bogotá".

Los demás reparos que se formulan a la prueba en el minucioso análisis que el recurrente hace de la pericial en busca de su desestimación total, son completamente infundados como que versan sobre circunstancias vinculadas a la fundamentación del dictamen que según invariable doctrina de la Corte es condición que aprecia libremente el juzgador y que ella no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparece de bulto o manifiesto en los autos. Y tal no es el caso presente como se ve claramente de la discriminación que en la sentencia se hace de las razones y bases del peritaje. Desde luego, es infundado el reparo que se hace con base en el justiprecio de la carga de papa y en la diferencia del número de éstas a que aluden los avaluadores, porque no tratándose de apreciar determinado número de cargas sino un perjuicio global, este dato es apenas uno de los elementos o bases de cálculo de que se sirvieron los peritos para su avaluación, que no se circunscribe o limita al valor del daño emergente por pérdida de las plantaciones de papa, maíz y pastos sino que comprende también el lucro cesante representado en la imposibilidad de goce de las tierras mientras estuvieron cubiertas por las aguas. Es desacertado además decir que los avaluadores sumaron cantidades heterogéneas por haber tenido bases numéricas distintas para el cálculo final; porque no hay la diversidad de naturaleza que podría darle alguna base a la imputación. Por lo demás, son éstas circunstancias que por su propia naturaleza dan lugar al ejercicio de la facultad del artículo 719 del C. J., que permite, por iniciativa de las partes u oficiosa del Juez, limpiar la prueba pericial de oscuridad o deficiencia, o a la concedida por el artículo 720 **ibidem** que autoriza objetar el dictamen por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción por los trámites de una articulación y en busca de mejores fundamentos para la prueba de peritos. En casación resulta impertinente atacar la fundamentación del dictamen pericial si no es para demostrar un manifiesto error de hecho con incidencia en violación de ley sustantiva.

Finalmente, en capítulo entreverado con los referentes a la causal primera, acusa el recurrente la sentencia por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes porque "el Tribunal falló en el fondo la acción confesoria de servidumbre, no obstante no haber sido ejercitada en la demanda".

Ya se dejó visto en el lugar adecuado de este fallo que las argumentaciones que se hacen en relación con pretendidas servidumbres de los predios de "Cortés" y "Las Animas" en favor de los de "Galindo y "La Arcadia" por las obras riberanas de defensa contra las inundaciones del río Bojacá carecen de fundamento en la ley y en la realidad

de este proceso, y que solamente se han propuesto en el juicio por primera vez en la demanda de casación, con la falta de razón y la ineficacia que oportunamente se hicieron ver al estudiar la cuestión, propuesta dentro del cargo por violación legal. Nada hay sobre acción confesoria de servidumbre en la demanda y su respuesta, ni nada, por consiguiente, en la sentencia que desató la controversia trabada y decidida exclusivamente en torno de un caso de responsabilidad civil y la indemnización correspondiente. Así las cosas, la falta de consonancia que puede advertirse es entre las pretensiones de la demanda y el uso legalmente adecuado de la causal segunda del artículo 520 del C. J.

Recurso de la parte demandada

Se apoya también el recurso de esta parte en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. y desarrolla su acusación en dos capítulos en que se enfocan y citan, como cuestiones vinculadas al interés del recurrente, las relativas a la declaración sobre concurrencia de culpas y consecuencial reducción del monto de la indemnización, a la absolución de la demandada Soledad Soto H. y la negativa a condenar en costas procesales al demandado.

I.—Dentro de la causal por violación legal afirma el recurrente que "la sentencia es violatoria, por apreciación errónea, de los artículos 2341, 2342, 2343, 2356, 63, 892, 997 del C. C., y violatoria por aplicación indebida, de los artículos 2339 y 2357 **ibidem**".

Con el objeto de determinar el ámbito jurisdiccional de este recurso conviene recordar que la sentencia de segunda instancia acusada, condena al demandado Luis Londoño, como civilmente responsable en concurrencia de culpas con el demandante Zea, a pagar la mitad de la suma en que fueron apreciados los perjuicios demandados, y que a esta resolución llegó el Tribunal con aplicación del artículo 2357 del C. C., por haber considerado que en la causalidad del hecho dañoso cooperaron igualmente el descuido y negligencia del demandado en la conservación de los caballones en la parte que le correspondía, y la imprudencia del demandante que al no destruír oportunamente el atajadizo o azud de que se ha hecho mérito, obstaculizó la corriente del río.

Es enmarcando los cargos dentro del interés del recurrente, alinderado por los términos en que está concebida la parte resolutiva de la sentencia, como pueden y deben estudiarse por la Sala para no detenerse en el análisis y consideración de aspectos inútiles y sin trascendencia en la decisión del recurso, como acontecería con ocho de los nueve artículos de cuya violación acusa al Tribunal el apoderado del actor inexplicablemente desde su posición de litigante que ha triunfado en la litis. La sentencia en manera alguna desconoce, enfocada sobre los resultados alcanzados por el demandante, la doctrina de los artículos 2341 que consagra la obligación general indemnizatoria, 2342 y 2343 que señalan los sujetos activo y pasivo en la acción de responsabilidad civil extracontractual; 2356 que establece la obligación de reparar consagrando algunas presunciones de culpa; 63 que clasifica en tres la culpa civil, improcedente tratándose de culpa aquiliana; 892 y 997 referentes al uso que los riberanos pueden hacer de las aguas de dominio público.

Sobre preceptos legales, aunque algunos citados incidentalmente en el fallo pero cuyo quebranto no puede incidir en la solución del recurso por contrariar el interés del recurrente, puesto a salvo en la demanda de casación, el cargo resulta en realidad inoperante y baldío.

La única parte del libelo fundamental del recurso del demandante Zea que ofrece base de estudio a la Sala por vincularse al extremo de la sentencia que redujo a la mitad la apreciación del daño sobre la conclusión de culpa concurrente de la víctima, es la contentiva del cargo de que el Tribunal "ha incurrido por error de derecho por la violación de los artículos 2339 y 2357 del C. C. por mala interpretación e indebida aplicación" y como consecuencia de los errores cometidos en la apreciación de las pruebas, —los diez testimonios aducidos por la parte demandada, acogidos a pesar de ser menos numerosos; los veintiocho traídos al juicio por el actor y las inspecciones oculares con intervención de peritos—, porque sobre el mérito de estas pruebas se tuvo por demostrada la culpa concurrente de Zea en la causalidad de la inundación, cuando el hecho que se le atribuye —la construcción de un tambre y sus efectos— no es susceptible de probarse testificalmente por versar sobre circunstancias técnicas, y porque los testigos de los demandados no declaran propiamente sino que conceptúan y se contradicen, a la vez que los del actor desnaturalizan totalmente la pretendida concausa de la inundación atribuída al demandante Zea.

Al considerar esta acusación es preciso comenzar rechazando por impertinente el cargo de quebranto del artículo 2339 del C. C. que contempla y define un caso cuasi-contractual de comunidad

cuyos elementos constitutivos y característicos nada tienen qué ver con el de la controversia. Es cierto que el Tribunal lo cita entre paréntesis, desde luego innecesaria y desacertadamente, al final de un párrafo de su fallo donde atribuye al actor una de las causas de la inundación "ya que su conducta fue culpable cuando construyó un tambre o atajadizo dentro del río y no lo retiró al comenzar el invierno de 1938", para advertir que el proceder de Zea se resiente así de la misma falta de sentido de cooperación para evitar el daño y por no haber ofrecido al demandado Londoño, cuando lo requería privadamente para la reparación de los camellones, su espontánea contribución económica para el gasto, como lo exigía la simple equidad natural. Pero en manera alguna funda el sentenciador ninguna de sus conclusiones en este texto legal, que no tuvo ni podía tener incidencia en el fallo, y cuya violación, por consiguiente, carece de sentido como cargo en casación.

La rebaja en el monto de la indemnización se basa en lo dispuesto por el artículo 2357 del C. C. "El tambre o represa artificial levantada por el general Zea en el límite de su predio de Galindo —dice el Tribunal—, cuya existencia a la fecha de la inundación aparece demostrada según se ha visto, debe contarse entre las causas directas de la inundación, que perjudicó al mismo demandante, y, en consecuencia, debe acogerse la defensa del demandado señor Luis Londoño que atribuye al demandante cierto grado apreciable de culpabilidad y consiguiente responsabilidad del daño que sufrió, al no haber retirado totalmente el dique o represa del río cuando comenzó el invierno de 1938 en esa región... Las disposiciones vigentes que obligan a los riberanos a hacer limpiar y desbarrar el cauce de los ríos en el trayecto que les corresponde, también rezan con el señor Zea como propietario y arrendatario de fincas colindantes con el río Bojacá... Al tenor del artículo 2357 del C. C. y como corolario de las conclusiones que anteceden, la apreciación del daño sufrido por el demandante debe reducirse a la mitad, por haber concurrido con su culpa para que se realizara..."

Por lo que hace al cargo de indebida aplicación de este texto legal por efecto de errónea apreciación de pruebas, se observa.

Estima la Sala que no hay inconducencia en aceptar la prueba de testigos para demostrar el hecho de la existencia del tambre o atajadizo de que se trata, como simple realidad de un obstáculo en el cauce del río; ni ineludible necesidad legal de acreditar pericialmente que un determinado obstáculo en el cauce de la corriente contribuye al desbordamiento de sus aguas. Los testigos que de esta manera depusieron no emitieron concepto sino que constataron la existencia de hechos reales y perceptibles sensorialmente.

La convicción judicial a este respecto, formada y sostenida a través de un discriminado análisis probatorio, no se afecta ni desnaturaliza, como lo pretende el recurrente, confrontándola con la verdad que puede deducirse de la copiosa prueba testimonial aducida por el actor. De esta prueba no se deduce la inexistencia del tambre referido; por el contrario, algunos de los declarantes hacen referencia a él y el resto ni niegan ni afirman que tal atajadizo existiera, cosa explicable porque el hecho a cuya demostración se destinaba esta prueba era el del mal estado de los camellones en la riberanía de "Cortés" y "Las Animas" y el hecho de que por tal causa se produjo el desbordamiento del río. "Las 28 declaraciones del actor —dice el recurrente— son la contraprueba de la existencia del tambre en "Galindo" y de ser la causa del desbordamiento del río por el predio de "Cortés", declaraciones que la sentencia no analizó ni apreció en su valor probatorio, dado que el hecho negativo de la no existencia del tambre y de ser la causa de la represa del río y consiguiente inundación, no se podía probar sino demostrando que la causa era otra o sea la del abandono y mal estado de los camellones o jarillones de Cortés, que es lo que han declarado los 28 testigos presenciales de los hechos, traídos por el actor Zea".

En esta forma el propio recurrente pone a la vista la imposibilidad de ocurrencia del error que le imputa al Tribunal, porque el hecho plenamente establecido por los testimonios que aduce no es excluyente del otro, esto es, que el azud o atajadizo construído por Zea contribuyó con la negligencia de Londoño a causar en las circunstancias ya vistas, el desbordamiento del río. Lo cual traducido a la técnica de la casación, quiere decir que no hay error de hecho en la estimación de la prueba porque de ella no aparece la contradicción evidente con lo que al respecto afirma la sentencia.

Infundados son, pues, los cargos por la causal primera.

II.—En el capítulo II de su demanda, bajo el epígrafe "La solidaridad entre coautores de la culpa", se acusa el fallo por incongruencia así: "La segunda causal alegada, consistente en no estar en consonancia con lo demandado, la fundamento en

que absolvió a la demandada señorita Soledad Soto H".

Dentro de la naturaleza y fines que legalmente corresponden a la causal por incongruencia del numeral 2º del artículo 520 del C. J., establecida en guarda de la forma esencial del enjuiciamiento que manda que las sentencias tengan consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes, carecen de procedencia y efecto las consideraciones que se hagan en derredor de la violación de la ley sustantiva. Sólo lo que esté dentro del concepto formal de desarmonía entre lo demandado y lo fallado es lo que puede fundar esta causal. Lo relacionado con el fondo de la cuestión controvertida que conduzca a calificar legalmente las razones jurídicas del fallo no puede tenerse en cuenta sino dentro de la causal primera, que engloba todas las formas de violación legal.

Como lo pregona el título mismo que el recurrente da al capítulo fundamental de la causal segunda, la materia de su acusación en esta parte es una de las cuestiones de derecho que fueron largamente debatidas en el pleito para deducir si la obligación indemnizatoria debía declararse en forma solidaria contra los dos demandados a la luz del artículo 2344 del C. C. que establece la solidaridad para los casos de pluralidad de responsables de la culpa. Pero fuera de la impropiedad de las razones alegadas, lo que más pone a la vista la inconducencia con que se aduce la causal segunda es que la sentencia acusada es trasunto fiel de los pedimentos subsidiarios de la demanda, formulados precisamente, como atrás se vio, para el caso de que no se considerara conforme a derecho la condena solidaria de los dos demandados.

Al término de su demanda pide también este recurrente que se infirme la sentencia por no haberse condenado en costas al demandado como procedía legalmente por haberse opuesto a la acción. Para no dar acogida a este último cargo basta recordar cómo en copiosa jurisprudencia tiene establecido esta Sala que la condena en costas procesales es asunto que escapa a la casación cuando se basa en la temeridad con que el litigante ha sostenido una acción o una excepción, porque la apreciación de esta circunstancia es cosa que corresponde al arbitrio de los Tribunales, y porque como materia accesoria que es no puede dar base de estudio por sí sola sin haber prosperado el recurso sobre las cuestiones esenciales de la controversia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 20 de junio de 1944, 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.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.".

ACCION RESCISORIA POR LESION ENORME Y REIVINDICACION.—ERROR DE DERECHO.

1.—La devolución del precio, la purificación del inmueble y la cancelación de la escritura y su registro son consecuencias legales de la rescisión del contrato por lesión enorme, ya que es la manera de volver a las partes al estado que tenían antes de haber contratado, y por ello tales pronunciamientos debe hacerlos el juez aun sin petición de parte, es decir, oficiosamente.

2.—Conforme lo ha decidido la Corte en reiterada jurisprudencia el error de derecho no puede existir sino cuando se da a una prueba un valor que legalmente no tiene, o al contrario, se desconoce el que tiene conforme a la ley.

3.—Si el Tribunal sentenciador habla incidentalmente de nulidad o rescisión o de contrato que se anula o se rescinde, lo hace siempre teniendo en cuenta o tomando por base la lesión enorme como hecho generador de la rescisión o nulidad y probablemente considerando que si bien el Código Civil no incluye la lesión entre los vicios generales del consentimiento sí la considera como un vicio excepcional del mismo que da lugar a la rescisión en la compraventa de inmuebles y en otros contratos especialmente señalados por la ley. Las consecuencias jurídicas de la rescisión por lesión o por nulidad son las mismas con las excepciones o diferencias anotadas y de allí que genéral o indistintamente se hable de nulidad relativa o de rescisión de los contratos afectados por el vicio de lesión enorme.

4.—El contrato de compraventa es fuente de obligaciones para los contratantes y como la acción rescisoria por lesión enorme se otorga para destruirlo o invalidarlo, restituyendo, en consecuencia, las partes a su estado anterior, implicaría un notorio contrasentido exigir previamente que el contratante que ha sufrido la lesión cumpla con la obligación que le impone un contrato ineficaz e inválido para solo después de ese cumplimiento reconocerle o conferirle el derecho a ejercitar la acción rescisoria.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Pedro Pablo González propuso ante el Juez 5º Civil del Circuito de esta ciudad juicio ordinario contra Julio E. Pardo S., para que en sentencia definitiva se declarase nulo y rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 578 de 30 de diciembre de 1938, otorgado ante el Notario del Circuito de La Mesa, por medio del cual el primero aparece vendiendo al segundo de los nombrados un lote de terreno denominado El Ciprés, junto con las mejoras en él existentes, ubicado en jurisdicción de aquel Municipio, cuyos linderos se determinaron en el citado instrumento; para que se condene a Pardo S. a la consiguiente restitución del inmueble referido, al pago de los frutos naturales y civiles que el mismo hubiere producido, a contar de la fecha de la notificación de la demanda y al pago de las costas del juicio.

Como hechos fundamentales de su demanda expuso el actor, entre otros, los siguientes: que el precio de la venta de El Ciprés con sus mejoras, estipulado en la referida escritura fue el de $ 1.500 moneda corriente, el cual es inferior a la mitad del justo precio que la finca con sus mejoras tenía el 30 de diciembre de 1938, fecha en que se celebró el contrato; que el comprador Pardo inmediatamente que se firmó la escritura mencionada, entró en posesión material del inmueble con todas sus mejoras y ha continuado en esa posesión sin interrupción alguna y que además tiene también la posesión inscrita del mismo y de sus mejoras.

Como fundamentos de derecho citó los artículos 1946, 1947, 1740, 1741 in-fine, 1746 y concordantes del Código Civil.

Admitida la demanda el demandado la contes-

tó aceptando únicamente lo relacionado con la celebración del contrato de compraventa y el pago del precio por su parte; negando los demás hechos fundamentales y manifestando su expresa oposición por cuanto que el vendedor no le hizo entrega real y material ni de la finca ni de sus mejoras, como era su obligación hacerle como vendedor.

A la vez Pardo S. propuso demanda de reconvención contra González R. fundándose en que éste no le entregó materialmente la finca "El Ciprés" ni las mejoras que le había dado en venta, para que se le condenase a hacerle la entrega correspondiente de aquél y de éstas, al pago de los frutos naturales y civiles desde el día de la venta hasta que la entrega se verifique, más las costas del juicio.

González contestó la contrademanda como aparece del escrito de 29 de mayo de 1942, y tramitado de allí en adelante el juicio doble por sus trámites de rigor, el Juzgado del conocimiento lo decidió en sentencia de primero de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio de la cual despachó favorablemente las súplicas de la demanda principal y condenó al demandado en las costas del juicio.

Por recurso de apelación interpuesto por Pardo subió el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, en donde previa la tramitación propia de la segunda instancia se decidió la alzada en sentencia de 23 de enero de 1945, en la que se reformó la apelada y en su lugar se falló el pleito así:

"1º.—Declárase rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura pública número quinientos setenta y ocho (578) de fecha treinta de diciembre de mil novecientos treinta y ocho (1938) de la notaría principal del circuito de La Mesa, en la que fue materia el siguiente bien raíz: "Un lote de terreno denominado "El Ciprés", ubicado en jurisdicción del Municipio de La Mesa, junto con las mejoras existentes en él y que le pertenezcan, finca señalada en el catastro bajo el número 21036, que mide una extensión de veinticuatro fanegadas, tres mil quinientas cincuenta y dos varas cuadradas (24 fs. 3552 vs. cs.) y veintiséis milésimos, según el plano levantado por el ingeniero doctor Jorge Obando Plata y que linda por el pie o Sur, con la hacienda de Payacal que fue de Leocadio González y que pertenece al doctor Pedro Sánchez Barriga, cerca de piedra de por medio, desde la quebrada de Florián, hasta encontrar un mojón situado al pie de un chorro; por el costado izquierdo, u occidente, con tierras que fueron de León y Juana González y Claudia Martínez, hoy de Fermín Barreto, Felipe Lozano, Manuel Torres, Anacleto Reyes, Jesús Rodríguez, José Romero, hoy Zacarías Ortiz; por la cabecera, o sea por el Norte, con propiedad de Ramón Mendoza y Jenaro Franco, hoy Custodio Castillo, y por el otro costado, o sea por el Oriente, con la hacienda de La Margarita de propiedad de Londoño Hermanos, quebrada de Florián de por medio, aguas abajo hasta encontrar la cerca de piedra ya citada que divide "El Ciprés" de la hacienda llamada Payacal".

"2º.—Condénase al demandado Julio E. Pardo S. a restituír al demandante Pedro Pablo González dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, la finca inmueble determinada en el numeral anterior, junto con sus frutos naturales y civiles percibidos y que haya podido percibir a partir de la fecha de la contestación de la demanda origen de este pleito.

"**Parágrafo.**—El demandado deberá, antes de hacer la restitución, purificar el inmueble que se le ordena devolver de las hipotecas u otros derechos reales que haya constituído sobre él.

"3º.—El demandante Pedro Pablo González debe restituír al demandado Julio E. Pardo S. la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500) moneda corriente, junto con sus intereses legales, que recibió como precio del contrato que se anula o rescinde.

"4º.—Una vez cumplidas las anteriores prestaciones, cancélese en la Notaría de La Mesa la escritura Nº 578 de fecha 30 de diciembre de 1938, así como la inscripción que de este mismo título se hizo en la oficina de registro del circuito de La Mesa. Para el efecto, líbrense oportunamente por el señor Juez del conocimiento las respectivas comunicaciones.

"5º.—Asimismo cancélese oportunamente la inscripción de la demanda con que se inició el presente juicio, para lo cual se librará el pertinente oficio.

"6º.—Condénase al demandado Julio E. Pardo S. al pago de las costas del presente juicio en ambas instancias. Tásense.

"7º.—Queda a salvo el derecho que tienen los contratantes para consentir en la rescisión, o en su caso, completar el precio, en la forma y términos indicados por el artículo 1948 del C. C.; y,

"8º.—No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda de reconvención".

Como motivación de la precedente decisión consideró el sentenciador que dados los términos de

las peticiones de la demanda claramente se entendía que la acción propuesta es la de rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa, concedida por el artículo 1946 del Código Civil y que consistiendo la lesión enorme para el vendedor en que el precio de la cosa vendida sea inferior a la mitad del que era justo y que tenía la misma para el día del contrato, correspondía averiguar si ese extremo se había acreditado en autos mediante el dictamen pericial correspondiente, que a su juicio es la prueba más indicada para poder definir con acierto acciones sobre rescisión por lesión enorme como la contemplada en el presente litigio. Y ocupándose en estudiar el que a petición de parte se practicó en la primera instancia, acogió y reprodujo como fundamentos de su sentencia las consideraciones que sobre el particular expuso en la suya el Juzgado, el cual, en vista del desacuerdo habido entre los peritos en relación con el avalúo dado por ellos al lote y a las mejoras y en ejercicio de la facultad que otorga el artículo 721 del Código Judicial, estimó y reguló el valor de esos bienes el día de la venta en la suma de $ 5.566.17, encontrando así como debidamente comprobado y establecido que el justo precio de la cosa a la fecha del contrato ascendía a más del doble de lo que el comprador pagó por ella, y que, por ello, la acción rescisoria suplicada debía prosperar.

Tomando en consideración lo dispuesto en los artículos 1741, 1948 y 1953 del Código Civil estimó el Tribunal que debía reformarse la sentencia apelada, ordenando que el vendedor restituya al comprador la suma de $ 1.500.00, precio pagado por la compraventa, y disponiendo de conformidad con lo preceptuado en los dos textos legales últimamente citados.

Refiriéndose a la demanda de reconvención, acogió también la determinación del Juzgado de estimarla improcedente en atención al resultado favorable de la demanda principal, "desde luego que pidiéndose en ella en forma directa el cumplimiento del contrato y declarándose éste nulo, no es posible estudiar las peticiones de la mutua petición".

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que ahora se decide por encontrarse debidamente preparado.

El recurrente acusa la sentencia con fundamento en las causales primera y segunda de casación de que trata el artículo 520 del Código Judicial, y con respecto a la última, que es la que debe ser estudiada en primer lugar, dice en síntesis lo siguiente:

Que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones de los litigantes porque dejó de fallar sobre cuestiones propuestas en la demanda y porque falló sobre cosas que no se habían pedido al Juez. Sostiene que "la demanda, en la súplica primera busca que se declare nulo el contrato de compraventa; y en la tercera, exige la entrega no sólo del predio, sino de sus mejoras" y el fallo nada resolvió sobre la nulidad de la convención ni tampoco sobre la restitución de las mejoras; que por el contrario éste contiene mandatos no solicitados tales como los relacionados con la orden de purificar el inmueble de las hipotecas u otros derechos reales que el demandado haya constituído sobre él; la disposición de que el vendedor restituya al comprador la suma de $ 1.500, importe del precio y la cancelación de la escritura 578 y su registro.

Se considera:

El cargo es improcedente, por las siguientes razones:

Primera.—Porque en la súplica primera de la demanda se pidió que se declarase "nulo y rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa" a que se refiere la litis y el sentenciador entendió y dijo muy claramente en la sentencia que la acción propuesta es la rescisoria por lesión enorme consagrada en el artículo 1946 del C. C. y en el punto primero de aquélla se decretó la rescisión por ese motivo. La nulidad de que habla dicha súplica y a que incidentalmente se refirió el sentenciador no se hace provenir de hecho o circunstancia distintos que del vicio de lesión enorme de que adolece el contrato y que le fue imputado con toda nitidez en los hechos 3º y 4º de la demanda. Luego es evidente que el Tribunal no debió estudiar, como no lo hizo, una nulidad con fundamento distinto del invocado en el libelo;

Segunda.—Porque la restitución de las mejoras sí está decretada. En efecto, en el punto 2º de la parte resolutiva de la sentencia se condenó al demandado a restituír al actor "la finca inmueble determinada en el numeral anterior", y en ese numeral se habla de "un lote de terreno denominado 'El Ciprés", ubicado en jurisdicción del Municipio de La Mesa, junto con las mejoras existentes en él y que le pertenezcan"; y

Tercera.—Porque la devolución del predio, la purificación del inmueble y la cancelación de la escritura y su registro son consecuencias legales

de la rescisión del contrato, ya que es la manera de volver a las partes al estado que tenían antes de haber contratado, y por ello, tales pronunciamientos debe hacerlos el Juez aun sin petición de parte, es decir, oficiosamente.

De otro lado no se comprende cómo, fallada la litis adversamente para el recurrente, pueda éste tener interés en impugnar una decisión que le favorece, tal como la que ordena al vendedor restituírle la suma que recibió como importe del precio, junto con sus intereses.

Por lo tanto se rechaza el cargo.

Con fundamento en la causal primera el recurrente propone cinco cargos más contra la sentencia, que se estudiarán separadamente, en el orden en que vienen formulados.

En el aparte de la demanda de casación intitulado "Primer motivo" dice en síntesis el recurrente que la orden contenida en el punto segundo de la parte resolutiva de la sentencia que impone a Pardo la obligación de restituír a González la finca 'El Ciprés' con sus frutos, implica necesariamente el hecho anterior de que éste hubiera entregado a aquél el lote vendido y la prueba suficiente de ese hecho, tanto más cuanto que al contestar la demanda y al proponer la de reconvención, el demandado afirmó categóricamente que el vendedor no le ha entregado la cosa; que de manera expresa nada dice el fallo sobre el particular pero que implícitamente considera que hubo entrega de la cosa y la dio por establecida; que el Tribunal incidió en error de hecho al formarse tal concepto, pues la verdad está en el hecho contrario, o sea que el vendedor González no entregó al comprador Pardo el predio 'El Ciprés', cuya posesión no tenía; que con las pruebas traídas en el curso del juicio consistentes en confesiones del demandante, declaraciones de testigos y escrituras públicas, que el recurrente cita y analiza al desarrollar el cargo, se demostró el hecho contrario al que el Tribunal dio por establecido, como es el de que no hubo entrega ni de la tierra ni de las mejoras y que como el Tribunal dio por sentado que esa entrega se realizó incurrió en error de hecho evidente, que lo indujo a declarar la rescisión de la venta y a ordenar la entrega de la cosa con sus frutos, por lo cual se infringieron los artículos 1947 y 1746 del C. C., ya que ninguno de ellos tendría aplicación en la emergencia de haber faltado la entrega de la cosa vendida, y los artículos 1849, 1864, 1880, 1884 ibídem, por el mismo concepto, toda vez que interpretándolos rectamente se infiere de ellos que a un comprador a quien no se ha entregado la cosa vendida tampoco se le podrá obligar a restituírla.

Se considera:

El actor acompañó a su demanda copia debidamente autenticada y registrada de la escritura pública número 578, otorgada ante el Notario Público del Circuito de La Mesa, en la cual consta que el vendedor González hizo entrega real y material al comprador Pardo del inmueble vendido, y las declaraciones que a ese respecto hicieron los otorgantes de dicho instrumento, hacen plena fe en contra de ellos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1759 del C. C.

Esa declaración no resulta desvirtuada con los elementos probatorios que cita el recurrente en los numerales 1 a 5 del cargo que se estudia. No lo está, con los enunciados en el punto número 1, porque González afirmó en las demandas allí referidas que Pardo tiene, por uno u otro motivo, la posesión de la finca a que se refiere la litis y ese es el hecho esencial que aquí se controvierte. Tampoco lo está la aseveración que el apoderado de la parte demandante hizo en el memorial de pruebas de 12 de junio de 1942 sobre que las mejoras existentes en el predio 'El Ciprés' para la época de la venta "son de propiedad de los arrendatarios", porque ese reconocimiento no se opone al hecho de que el mismo inmueble hubiera sido en realidad entregado al comprador. En cuanto a la prueba testifical citada en el aparte número 3 del cargo en estudio, se observa lo siguiente: la declaración de Abelardo Fernández (fs. 10 y 11, cuaderno número 6), es contradictoria y por ello debe desecharse, pues si por una parte el declarante afirma en el punto 4º del interrogatorio que Pardo ha estado y se encuentra desde el mes de enero de 1939 hasta la fecha de la declaración en posesión del lote denominado 'El Ciprés', en el punto quinto del contrainterrogatorio afirmó lo contrario al decir que quien está en posesión del mismo lote y de sus mejoras son los señores Pedro Sánchez Barriga, Benedicto Bohórquez y otros. Igual cosa ocurre con el testimonio de Agustín Barrera, como puede constatarse con sus respuestas a los puntos 4º del interrogatorio, y 2º, 3º y 5º del contrainterrogatorio. Quedaría, pues, como testimonio hábil entre los citados por el recurrente el de José Valero Aldana (fs. 13 y 14, cuaderno número 6), al cual, como es obvio, no podría otorgársele eficacia para desvirtuar la confesión del comprador sobre el hecho de la entrega y consiguiente recibo del inmueble contenido en la escritura pública arriba citada.

Por último, las escrituras números 366 y 398 de 18 de noviembre de 1916 y 15 de noviembre de 1918, respectivamente, citadas en los apartes 4 y 5 del cargo en estudio, referentes al origen del derecho de dominio que al vendedor González pudiera corresponderle en el predio 'El Ciprés', serían pruebas pertinentes en un debate judicial en que se discutiera sobre la propiedad del referido predio; pero esa cuestión es completamente ajena a la presente controversia que rueda sobre otros extremos muy distintos, y porque ya sea o no el actor González el verdadero titular de dicho derecho de dominio, ello no se opone a que el inmueble vendido haya sido en realidad entregado al comprador, como así lo constata la escritura número 578 en referencia.

De todo lo dicho se desprende que el sentenciador no ha incurrido en el error de hecho evidente que le imputa el recurrente, al dar por establecida la entrega material del predio vendido junto con sus mejoras.

No se admite, por tanto, el cargo.

En el "Segundo motivo" dice el recurrente que el Tribunal incurrió no sólo en error de hecho ya comentado, sino en error de derecho por no haber apreciado o por haber apreciado mal las pruebas citadas en el motivo anterior, al hacer la declaración de rescisión del contrato dando por establecido implícitamente que el vendedor González entregó al comprador Pardo el inmueble antes mencionado. Puntualiza los mismos elementos de convicción que citó en el cargo anterior e invoca las disposiciones legales según las cuales a dichos elementos hay que otorgarles el valor de plena prueba y dice con respecto a todos ellos que "por la no estimación del Tribunal, incidió en error de derecho, con quebranto consecuencial de las disposiciones" que allí cita.

También en aparte especial de este cargo se refiere el recurrente al dictamen pericial practicado en la primera instancia sobre avalúo del inmueble y sus mejoras y dice al respecto que si el Tribunal hubiera apreciado la verdad de él, habría llegado a la conclusión de que las mejoras con la superficie del terreno que ocupa, sobre las cuales los peritos están conformes que pertenecen a otras personas, no fueron entregadas por el vendedor al comprador que por consiguiente no se puede ordenar a éste que las restituya junto con el suelo respectivo, y concreta así la acusación:

"En este sentido, el Tribunal incidió en error de derecho y en error de hecho al apreciar el dictamen. Lo primero porque no vio que las mejoras no eran del demandado, ni vio que el terreno ocupado por ellas no fue entregado por González a Pardo. Lo segundo porque el dictamen pericial demuestra que las mejoras no fueron objeto de la venta en cuanto a la entrega por el vendedor y su precio o valor no puede tenerse en cuenta para la rescisión, como lo manda el artículo 1947 del C. C., cosa que constituye error de derecho por apreciación ilegal de la prueba".

"Ese error condujo a la consiguiente violación de los citados artículos 705 del Código Judicial y 1947 del Civil".

Se considera:

El cargo está mal formulado. En efecto el recurrente imputa al Tribunal error de derecho por no haber estimado o tomado en cuenta las pruebas a que la acusación se refiere, y sabido es que conforme lo ha decidido la Corte en reiterada jurisprudencia el error de derecho no puede existir sino cuando se da a una prueba el valor que legalmente no tiene, o, al contrario, se desconoce el que tiene conforme a la ley y como lo ocurrido en el caso de autos es que en realidad el Tribunal omitió apreciar o tomar en cuenta tales pruebas, ese error sería de hecho porque el Tribunal no vio ni tomó en cuenta elementos probatorios que existen en el expediente y no de derecho, porque éste consiste exclusivamente en lo que ya se dijo.

Estas razones son también aplicables al cargo de error de derecho y de hecho que el recurrente imputa al sentenciador en la apreciación del dictamen pericial, porque allí se incurre nuevamente en la confusión que le asiste al recurrente en entender por error de derecho el que consiste en un mero error de hecho y viceversa.

Empero, además, en el caso de haber estado debidamente enderezada la acusación, ella tampoco tendría incidencia sobre el fallo, porque como atrás se dijo las pruebas aludidas no tienen eficacia suficiente para desvirtuar la confesión del comprador contenida en la escritura número 578 de haber recibido real y materialmente el inmueble vendido.

Por tanto se rechaza el cargo.

En el "Tercer motivo" de la demanda alega el recurrente que el Tribunal al hacer las declaraciones contenidas en el parágrafo del punto segundo y en los puntos tercero, cuarto y quinto de la parte resolutiva de la sentencia, "consideró nulo el contrato de venta por la pequeñez del precio" y para demostrarlo cita varios apartes de la sentencia en que el sentenciador habla de nulidad relativa del contrato producida por el vicio de le-

sión enorme y cita el artículo 1741 del C. C. para con fundamento en él ordenar la restitución del precio, y al efecto dice el recurrente:

"Para el Tribunal, pues, la rescisión de la venta por pequeñez del précio, es una nulidad del contrato, y en ese concepto aplicó al caso del pleito el artículo 1741 del C. C., expresamente, y el artículo 1746, tácitamente, y así hizo los pronunciamientos de la sentencia, ya indicados.

"Estimo que con estos conceptos el Tribunal quebrantó los dichos cánones, por inteligencia errada, y al aplicarlos con los artículos 1946 y 1947 del C. C., infringió éstos".

Más adelante agrega:

"La rescisión por lesión enorme no es una nulidad. La rescisión a que se refieren los artículos 1946 y 1947, es una consecuencia del menoscabo en la cosa o en el precio.

"De manera que confundir la rescisión de una venta por lesión enorme con las nulidades de los contratos, parece cosa bastante errónea y contraria a los principios jurídicos.

"Esa incorrecta inteligencia de la nulidad, de los artículos 1740 y 1741 con las consecuencias a que se refiere el artículo 1746 del Código Civil, constituye violación de ellos, y al confundir sus efectos con la reglamentación de la lesión enorme hecha en los artículos 1946 y 1947 de la misma obra, resultaron éstos quebrantados, pues se les hizo dar un alcance mayor que el que tienen.

"A los casos de rescisión de ventas por lesión enorme, no pueden aplicarse los preceptos de las nulidades absolutas o de las nulidades relativas, como los citados.

"Es tan cierto que la venta no es nula, que pronunciada la sentencia de rescisión puede subsistir, sin ratificación en los casos definidos por el art. 1948 del C. C.".

Se considera:

1º El Tribunal entendió, sin lugar a dudas, que la acción entablada en el juicio materia del recurso es la rescisória por lesión enorme. Así lo expresó con toda claridad en la parte motiva del fallo cuando dijo:

"Vistos los términos de las peticiones de la demanda, claramente entiende la Sala falladora que la acción del pleito es la concedida por el artículo 1946 del Código Civil de este tenor: "El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme".

Consecuente con ese punto de vista declaró en el numeral primero de la parte resolutiva de la sentencia "rescindido por lesión enorme el contrato de compraventa de que da cuenta la escritura número 578";

2º.—Para decidir la controversia materia del pleito el Tribunal se ha fundado expresamente en lo dispuesto en los artículos 1946, 1947 y 1948 del C. C. y no en los artículos 1740 y 1741 ibidem, que por tal motivo no ha podido quebrantar.

Es cierto que para decretar la restitución del precio que el comprador pagó por el inmueble, el sentenciador invocó el artículo 1741, pero en ello no se descubre sino un simple error de cita, pues el texto de la disposición que transcribió no corresponde sino al del art. 1746, que así es aplicable para regular las consecuencias de la rescisión del contrato por lesión enorme, con las excepciones que para el caso especial de ésta consagran los artículos 1948, 1951, 1952, 1953 y 1954 del C. C. Así lo tuvo en cuenta el sentenciador al decidir la litis.

3º.—Si el Tribunal habla incidentalmente de nulidad o rescisión o de contrato que se anula o se rescinde, lo hace siempre teniendo en cuenta o tomando por base la lesión enorme como hecho generador de la rescisión o nulidad y probablemente considerando que si bien el Código Civil no incluye la lesión entre los vicios generales del consentimiento sí la considera como un vicio excepcional del mismo que da lugar a la rescisión en la compraventa de inmuebles y en otros contratos especialmente señalados por la ley.

Las consecuencias jurídicas de la rescisión por lesión o por nulidad son las mismas con las excepciones o diferencias anteriormente indicadas y de allí que general e indistintamente se hable de nulidad relativa o de rescisión de los contratos afectados por el vicio de lesión enorme.

Sobre este último aspecto dice con toda propiedad el expositor Arturo Alexandri, lo siguiente:

"La expresión nulidad es genérica y comprende toda nulidad; pero en un sentido más restringido se aplica únicamente a la nulidad absoluta, y se llaman actos nulos los que adolecen de esa especie de nulidad, porque la nulidad relativa se llama por la ley rescisión, y los actos que adolecen de ella se llaman anulables o rescindibles, y la acción para su anulación se llama rescisoria". (Contratos, pág. 78).

Y el Profesor Barrios Errázuris, dice:

"La lesión enorme es un vicio que produce acción rescisoria o de nulidad relativa, esto es, que afecta el contrato desde su nacimiento, en lo cual se distingue de la resolución, que supone el in-

cumplimiento de un contrato válido en su origen". (Derecho Civil, volumen 3º, pág. 172).

La Corte le ha llamado también "acción de nulidad por lesión enorme" (Casación, Tomo XXXIX, junio de 1931, pág., 142, 1ª, Nº 1880), y en sentencia de 11 de marzo de 1942 repitió el mismo concepto cuando dijo: "la acción de nulidad por causa de lesión, que excepcionalmente consagra la ley como manera de reparar el perjuicio sufrido en la celebración de determinados actos jurídicos, es acción que corresponde a ambas partes en los casos en que está autorizada en los contratos bilaterales". (Tomo LIII, pág. 115, número 1983).

Lo dicho es más que suficiente para rechazar, como en efecto se rechaza, el cargo en estudio.

En el "Quinto motivo" dice el recurrente que el Tribunal decretó la rescisión de la compraventa, fundándose en la estimación que hizo de los dictámenes periciales rendidos por Luis M. Martínez, José Patiño Ch. y Carlos Pabón y que en la apreciación de esa prueba incurrió en un claro y evidente error de hecho, al mismo tiempo que un error jurídico; que el primero estriba en haberse calculado un precio total para la tierra y para las mejoras, confundiendo así lo que entró en la venta y lo que no fue parte de ella por pertenecer a terceros que han poseído desde antes del contrato hasta la fecha actual; que los peritos hicieron la debida separación entre el valor de las mejoras y el del terreno de 'El Ciprés' que no quedó vendido en toda su integridad, de manera que del justiprecio total era preciso descontar el valor correspondiente a las mejoras pertenecientes a personas distintas de González y Pardo, cosa que no tuvo en cuenta el Tribunal para determinar el precio de la cosa vendida el día de la venta; que el error de derecho estriba en que la sentencia da valor de plena prueba al dictamen pericial y sobre esa base tomó el medio aritmético, resultando el total de $ 5.566,17 como valor del inmueble; que para la determinación del precio no constituía el dictamen plena prueba, ni era del caso tomar un promedio, comoquiera que, según lo reconoce el fallo, la diferencia entre los extremos excede en un 50% de la cantidad menor, y en este caso toca, conforme al artículo 721 del Código Judicial, hacer una regulación equitativa o procurar un nuevo avalúo por peritos; que al tomar el Tribunal el medio aritmético de los dictámenes, no los estimó conforme a la ley ni su criterio se apoyó en la hermenéutica científica; que por ambos errores fueron infringidos los artículos 705, 721 y 723 del C. J. y sin incurrir en ellos no se habría podido aplicar al caso del pleito el artículo 1947 del C. C., de manera que al aplicarlo se le quebrantó.

Se considera:

Una simple observación es suficiente para descartar la imputación que al sentenciador se formula sobre error de hecho en la apreciación del dictamen pericial, y es la de que en el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública número 578 de 1938 se comprendió no sólo el lote de terreno denominado 'El Ciprés' sino también "las mejoras existentes en él", para todo lo cual se acordó entre los contratantes como precio la suma de $ 1.500 y, por consiguiente, para determinar el justo precio de las cosas a la fecha del contrato, era preciso avaluar y tomar en cuenta todas las que fueron materia de la compraventa, y aún en el caso de que ocurriera como lo afirma el recurrente, que una parte de ellas, o sean las mejoras, no pertenecieran al vendedor, porque como el contrato de compraventa sólo genera obligaciones para los contratantes, no había para qué entrar a averiguar para los efectos de determinar la lesión sufrida por el vendedor si las cosas que éste dijo vender eran o no de su propiedad.

En relación con el segundo extremo de la acusación, conviene anotar que el Tribunal, reproduciendo y acogiendo los conceptos del Juzgado, se refirió al dictamen pericial en los siguentes términos:

"Los dictámenes rendidos por los peritos, se hallan en legal forma ya que, sus conceptos fueron explicados y debidamente fundamentados; por tanto, hacen plena prueba, al tenor del artículo 721 del C. C.

"Existe desacuerdo entre los peritos, en relación con el avalúo dado por ellos al lote y a las mejoras; y como la diferencia entre los dos extremos excede de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, el Juzgado, de conformidad con el artículo 721 del C. J., procede a hacer la regulación, y para ello, toma como base el medio aritmético tomado de los avalúos hechos por los tres peritos, y entonces nos da el siguiente resultado: la suma de $ 4.012,84, como valor del lote; y la cantidad de $ 1.553.33, el valor de las mejoras, o sea, un total de $ 5.566,17.

"En consecuencia, el Juzgado, estima y regula el valor del lote con sus mejoras el día de la venta, en la suma de cinco mil quinientos sesenta y seis pesos con diez y siete centavos ($ 5.566, 17) moneda corriente".

Por lo transcrito se destaca que lo ocurrido en realidad fue que tanto el Juzgado como el Tribunal, sobre la base que les suministraban los tres dictámenes periciales rendidos en legal forma, estimaron y regularon por sí mismos el valor de los bienes vendidos en la suma de $ 5.566,17, y como el inciso 2º del artículo 721 del C. J. en casos como el presente le otorga al Juez la facultad de hacer "la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso", o de decretar de oficio un nuevo avalúo por medio de peritos que él designe, es claro que, habiendo escogido el juzgador el primer camino y ejercitando con ello una facultad que a él solo le corresponde cumplir por ministerio de la ley, siguiendo un criterio de equidad, en esa regulación, que de otro lado no está acusada, ya que el cargo se plantea por otro aspecto que por lo visto no es el que en realidad se presenta en la sentencia, no puede encontrarse un error de derecho.

Por tanto, se rechaza el cargo.

Finalmente en el "Sexto motivo" el recurrente plantea la siguiente cuestión:

"¿Puede el comprador que retiene ilegalmente la cosa vendida por menos de la mitad de su valor, o puede el comprador que la adquiere por más del doble, pero reteniendo ilegalmente el precio, ejercitar la acción de lesión enorme?" El recurrente se pronuncia por la negativa y formula algunas disquisiciones jurídicas para demostrarla y remata su alegación en los siguientes términos: "Por todo eso se puede concluír, que si el comprador (sic) no entregó la cosa, no tiene la acción de lesión, y que para tenerla debe ponerse en paz con el comprador, y que ésta es la legítima interpretación de los artículos 1946 y 1947 del C. C. y como el Tribunal no los interpretó así, los violó".

Se considera:

El cargo es notoriamente infundado. El contrato de compraventa es fuente de obligaciones para los contratantes y como la acción rescisoria por lesión enorme se otorga para destruírlo o invalidarlo, restituyendo, en consecuencia, las partes a su estado anterior, implicaría un notorio contrasentido exigir previamente que el contratante que ha sufrido la lesión cumpla con la obligación que le impone un contrato ineficaz e inválido para sólo después de ese cumplimiento reconocerle o conferirle el derecho a ejercitar la acción rescisoria. Unicamente en un texto expreso de la ley, que aún no ha tenido existencia, podría encontrar fundamento la tesis del recurrente; empero los artículos 1946 y 1947 del C. C. no dan asidero a semejante interpretación, que es contraria a elementales principios jurídicos y a toda razón de conveniencia práctica.

De otro lado, ante el insuceso que han tenido las acusaciones encaminadas a demostrar el hecho de la no entrega del inmueble por parte del vendedor, se echa de menos la premisa o base indispensable que pudiera sustentar el cargo que se considera, y en tales condiciones es manifiesta su improcedencia y así se declara.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintitrés de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en este juicio.

Con costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

REIVINDICACION.—REGISTRO.

El caso en que la inscripción en el registro público, inexistente o mal hecha, es la raíz primordial de la cuestión debatida y sujeta a decisión judicial, por ejemplo, cuando se vincula a nulidad por estar fuera del comercio una finca vendida, o cuando se trata de decidir sobre la prevalencia en caso de doble venta del mismo inmueble u otros análogos en que se litigue precisamente por irregularidades en el registro, se explica y justifica plenamente, por el significado y papel que corresponde a la LITIS CONTESTATIO como base inmodificable del pleito que jurídicamente no pueda alterarse o modificarse su base esencial, el hecho originario del litigio y su razón de ser. Pero cuando la circunstancia vinculada al registro no asume esta importancia y trascendencia, sino que aparece como detalle secundario que legalmente no produce otro efecto que el de suspender la fe que corresponde a la escritura pública, no hay razón que impida, como acontece con todos los elementos probatorios, que se perfeccione su capacidad de prueba en el desarrollo normal de las instancias, añadiendo o corrigiendo la inscripción omitida o defectuosa. En este caso con la legalización que se hizo del registro durante la segunda instancia no se ha variado el contenido de la acción ni de la defensa, en las bases sobre las cuales se obligaron las partes a aceptar el resultado de la litis. Y desde el punto de vista del efecto retroactivo del registro de los títulos, los demandados carecen de interés jurídico para oponerse como partes que fueron en los contratos recogidos en tales instrumentos. El principio de la retroactividad del registro sólo es inoponible a terceros, respecto de los cuales ningún título sujeto a registro surte efecto legal sino desde la fecha de su inscripción.

2.—Hay diferencias sustanciales que no permiten confundir la acción de petición de herencia con la reivindicatoria o de dominio, aunque ambas son reales: en esa el objeto que se reclama es el derecho de la universalidad de un patrimonio o a una cuota de esa universalidad, y en la reivindicación se persiguen cosas hereditarias particularmente consideradas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de la escritura pública número 2191, otorgada ante el Notario 1º del Circuito de Bogotá, el 25 de noviembre de 1931, Luis J. Pinilla R. vendió a Pedro Morales "todos los derechos y acciones que le correspondan o puedan corresponderle a cualquier título al otorgante Pinilla R., en la sucesión de su finado padre legítimo señor Ismael Pinilla, por concepto de compra que de tales derechos había hecho a su madre legítima la señora Dionisia Rodríguez v. de Pinilla, según escritura número 577 de 30 de agosto de 1930 y luego por compra de los mismos derechos y acciones que Luis J. Pinilla había vendido a la señorita Ana F. Pinilla R., según escritura número 684 de 17 de octubre último otorgada también en la Notaría de Zipaquirá, y los cuales derechos y acciones, es decir, los que correspondían a la señora Dionisia Rodríguez v. de Pinilla, en la sucesión de su mentado esposo como cónyuge sobreviviente y a cualquier título, ha vuelto a comprar el compareciente Luis J. Pinilla a la señorita Ana F. Pinilla R., según escritura número 2190, otorgada hoy ante el suscrito Notario, de lo cual doy fe". Se estipuló pacto de retroventa, y se convino que si Pinilla R. no pagaba el precio de la retroventa, dentro del plazo fijado "la presente enajenación quedará en firme y Morales podrá sin necesidad de intervención de autoridad alguna, entrar en uso, posesión y usufructo de los bienes que representan los derechos y acciones que hoy adquiere, bien sea antes o después de liquidada la sucesión del nombrado señor Ismael Pinilla y que le hayan correspondido a la mencionada señora Dionisia Rodríguez v. de Pinilla como cónyuge sobreviviente y a cualquier título y que para

entonces será representada por su subrogatario o subrogatarios o cesionarios correspondientes".

Se siguió hasta su terminación en el Juzgado 1º del Circuito de Zipaquirá el juicio mortuorio de Ismael Pinilla, en el cual Pedro Morales, según su título de adquisición de los derechos de la cónyuge, se comprometió a no intervenir. De tal modo, en la partición sucesoral le fueron adjudicados a la viuda Rodríguez de Pinilla, a título de gananciales y en pago de gastos, los bienes que se determinan en la correspondiente hijuela.

La cónyuge cedente entró en posesión de los bienes que se le adjudicaron en la partición herencial y se negó a reconocer eficacia a la cesión que había hecho, por lo cual el cesionario Pedro Morales, en libelo de fecha 13 de julio de 1942, ante el Juzgado 1º Civil del Circuito de Zipaquirá, demandó a Dionisia Rodríguez v. de Pinilla y a Luis J. Pinilla R. para que en sentencia de juicio ordinario se "declare que las hijuelas y adjudicaciones que se le hicieron a Dionisia Rodríguez v. de Pinilla en la sucesión de Ismael Pinilla, tanto por concepto de sus derechos como cónyuge sobreviviente y a título de gananciales, como para pagarle deudas y gastos del juicio de sucesión, con sus sentencias aprobatorias y registros respectivos, deben entenderse hechas a favor del suscrito demandante, y que de consiguiente pertenecen al suscrito y el suscrito es dueño, de los bienes relacionados en dichas hijuelas los cuales se determinan por su situación y linderos en los hechos 6º, ordinales a), c) y d), y en el hecho 7º de la demanda"; que, como consecuencia de esta declaración los demandados, como poseedores de mala fe, deben entregar al actor los bienes referidos, junto con sus frutos, y que si se oponen se les condene al pago de las costas procesales.

Surtido el traslado de la demanda, Luis J. Pinilla se abstuvo de contestarla, y la demandada Rodríguez v. de Pinilla la contestó oponiéndose a que se hagan las declaraciones pedidas, por carecer el demandante de título sobre los bienes que quiere reivindicar, y pertenecer a ella por efecto de la adjudicación que se le hizo en el juicio mortuorio de su marido.

Agotados los trámites correspondientes, el Juzgado del Circuito sentenció el primer grado del juicio el 14 de julio de 1943, denegando los pedimentos de la demanda y absolviendo, en consecuencia, a los demandados de todos sus cargos. Sin costas. Esta sentencia absolutoria se funda, en resumen, en que, no estando registradas en el libro número 2º de la Oficina de Registro de Bogotá, lugar de su otorgamiento, las escrituras números 2190 y 2191 de 25 de noviembre de 1931, no pueden estimarse como pruebas al tenor de los artículos 2655, 2641, inciso 2º y 2673 del C. C.

Sentencia acusada

Por recurso de apelación de ambas partes subió el negocio al Tribunal Superior de este Distrito Judicial que decidió la segunda instancia en sentencia definitiva del 22 de septiembre de 1944, revocando la apelada y resolviendo en su lugar:

"1º Declarar que la hijuela y la adjudicación hechas a Dionisia Rodríguez v. de Pinilla, con su sentencia aprobatoria y registro, en la sucesión de Ismael Pinilla, por concepto de gananciales, deben entenderse a favor de Pedro Morales; y que en consecuencia éste es dueño de los bienes relacionados en dicha hijuela, o sea: de un derecho proindiviso de dominio por valor de novecientos veintiseis pesos trece centavos ($ 926.13) con relación al avalúo de mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00) dado a todo el inmueble que es el especificado en el ordinal 'A' del hecho sexto de la demanda; y de la totalidad de los inmuebles especificados en los ordinales 'C' y 'D' del referido hecho sexto, y del individualizado en el hecho séptimo de la demanda.

"2º Condenar a la parte demandada a restituír al demandante los inmuebles y los derechos individualizados en el numeral anterior de esta sentencia.

"3º Condenar a Dionisia Rodríguez v. de Pinilla a pagar a Pedro Morales el valor de los frutos naturales y civiles de los referidos bienes, producidos desde el siete de noviembre de mil novecientos treinta y tres hasta el día de la restitución, con deducción de los gastos ordinarios que se demostrare haber invertido en producirlos.

"El importe de esta condena se fijará en el incidente de ejecución de esta sentencia sobre las bases expuestas en la parte motiva.

"4º Negar las demás peticiones de la demanda.

"5º En consecuencia se declara que la hijuela y la adjudicación hechas a Dionisia Rodríguez v. de Pinilla, con su sentencia aprobatoria y registro, en la sucesión de Ismael Pinilla, por concepto de gastos hechos por ella dentro del referido juicio de sucesión, por valor de cuatrocientos veintitrés pesos ochenta y siete centavos ($ 423.87.00) moneda legal con relación a mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00), que es la proporción de lo adjudicado en el inmueble especificado en el

ordinal 'A' del hecho sexto de la demanda, son válidas.

"6º No están probadas las excepciones perentorias invocadas por el demandado.

"7º Condénase a los demandados al pago de las costas del juicio en ambas instancias. Tásense".

Consideró el Tribunal, para motivar esta resolución, que la acción incoada es de petición de herencia (arts. 1321 y 1325 del C. C.) y que la demanda de Morales debe prosperar por ser él el verdadero dueño de las cosas adjudicadas a la demandada Rodríguez de Pinilla en virtud de las cesiones que le hicieron ocupar su lugar en la liquidación sucesoral de Ismael Pinilla. "La acción de petición de herencia —dice el Tribunal— es, por así decirlo, la acción de reivindicación de la universalidad herencial. Partida ésta y adjudicados los bienes a los partícipes, es obvio que el heredero verdadero tenga contra éstos acción para que le restituyan los bienes que se les adjudicaron por considerarlos herederos sin serlo en realidad, o con un derecho inferior al de aquél. La restitución se impone en razón de que estos seudoherederos carecen de título, o exhiben uno inferior al del verdadero heredero. En estas condiciones la acción de petición de herencia que persigue la restitución de la universalidad ilíquida, la herencia, se concreta a la restitución de los bienes singulares adjudicados. Se opera una especie de fusión de las acciones reivindicatoria y de petición de herencia. Así surge de la doctrina de los artículos copiados".

Subsanada durante la segunda instancia la deficiencia probatoria por razón de registro de las escrituras aducidas por el actor como título de su dominió, quedó completamente probada la cesión de derechos de Dionisia Rodríguez de Pinilla en la sucesión de su marido Ismael Pinilla, de los cuales es dueño el demandante, cesión comprensiva a la vez de derechos hereditarios y de su parte de gananciales como socia conyugal, como se desprende de la amplitud de los términos usados para la cesión y de la confesión ficta de la demandada, tomada como explicación o interpretación del contrato.

Estudia luego la sentencia las excepciones de prescripción y cosa juzgada propuestas por la demandada y las declara sin fundamento. Considera a Dionisia Rodríguez v. de Pinilla como poseedora de mala fe para efecto de frutos, y solamente decreta la restitución de los bienes adjudicados a la cónyuge sobreviviente en la parte que lo fueron a título de gananciales, declarando válida la adjudicación hecha a la viuda por concepto de gastos hechos por ella, por estimar el Tribunal que la cesión no comprende lo debido por expensas del juicio mortuorio.

El recurso

Ambas partes interpusieron contra este fallo el recurso de casación que hoy se decide. Separadamente se consideran las dos demandas, comenzando, por razones de orden lógico, por la de la parte demandada.

Recurso de la parte demandada.—Se apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J. y desarrolla sus acusaciones en ocho capítulos que se estudian en la forma y orden en que están presentados.

Primer cargo.—Las escrituras números 2191 y 2190 del 25 de noviembre de 1931, otorgadas en la Notaría 1ª del Circuito de Bogotá, carecen de valor por no estar registradas al tiempo de la demanda en la Oficina de Registro de su otorgamiento, pues no estando entonces efectuada la tradición del derecho vendido, el demandante no tiene acción o por lo menos la instauró antes de tiempo, y el registro hecho en la Oficina de Bogotá con posterioridad a la iniciación del juicio es inoportuno e inaceptable porque sería darle un efecto retroactivo que la ley no autoriza. Al aceptar como prueba títulos registrados después de surtida la primera instancia y estimar que los demandados son partes en ambos contratos cometió el Tribunal doble error evidente de hecho y de derecho y violó los artículos 2655, 2673 y 2674 del C. C.

Se considera.

El caso en que la inscripción en el registro público, inexistente o mal hecha, es la raíz primordial de la cuestión debatida y sujeta a decisión judicial, por ejemplo cuando se vincula a nulidad por estar fuera del comercio una finca vendida, o cuando se trata de decidir sobre la prevalencia en caso de doble venta del mismo inmueble u otros análogos en que se litigue precisamente por irregularidad en el registro, se explica y justifica plenamente, por el significado y papel que corresponde a la **litis contestatio** como base inmodificable del pleito, que jurídicamente no pueda alterarse o modificarse su base esencial, el hecho originario del litigio y su razón de ser. Pero cuando la circunstancia vinculada al registro no asume esta importancia y trascendencia, sino que aparece como detalle secundario, que legalmente

no produce otro efecto que el de suspender la fe que corresponde a la escritura pública, no hay razón que impida, como acontece con todos los elementos probatorios, que se perfeccione su capacidad de prueba en el desarrollo normal de las instancias, añadiendo o corrigiendo la inscripción omitida o defectuosa.

En este caso con la legalización que se hizo del registro durante la segunda instancia no se ha variado el contenido de la acción ni de la defensa, en las bases sobre las cuales se obligaron las partes a aceptar el resultado de la litis. Y desde el punto de vista del efecto retroactivo del registro de los títulos, los demandados carecen de interés jurídico para oponerse a él como partes que fueron en los contratos recogidos en tales instrumentos. El principio de la retroactividad del registro sólo es inoponible a terceros, respecto de los cuales ningún título sujeto a registro surte efecto legal sino desde la fecha de su inscripción. Apenas hay que advertir que no son terceros, en la acepción jurídica del vocablo, cedentes y cesionarios, como es el caso.

"Cierto es también —dijo esta Sala en caso análogo— que el artículo 2647 del C. C., establece el principio de que 'ningún título sujeto al registro surte efecto legal respecto de terceros sino desde la fecha de la inscripción o registro'; pero si todos estos antecedentes son verdaderos, no es sin embargo exacta la conclusión que de ello deriva el recurrente de haber sido inoportuna la acción del recurrente y erróneo el fallo del Tribunal que halló cumplida la condición de la venta. La tesis del recurrente se aparta de ciertos principios de derecho civil relativos al registro. La inscripción del título de compraventa de bienes raíces es acto que, siendo necesariamente posterior al contrato, tiene en cuanto a la tradición del dominio efectos que se retrotraen a la fecha en que la convención se celebró. El artículo 2674 del C. C. consagra ciertamente una excepción a ese principio cuando establece la reserva de que, respecto de terceros, ningún título sujeto al registro presta mérito legal sino desde la fecha de su inscripción; pero esta disposición no ha de entenderse en la acepción lata e ilimitada que le presta el recurrente, sino en el sentido de que el efecto retroactivo del registro no puede oponerse a los derechos que los terceros hayan adquirido respecto del bien enajenado en el interregno entre la fecha del contrato y la del registro del título, o los que pudiera tener o crear respecto del patrimonio del vendedor como en los casos de quiebra". (**Gaceta Judicial**, Tomo XXVIII, p. 51).

Por esto se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Violación directa por indebida aplicación de los artículos 1321 y 1325 del C. C., disposiciones especiales para casos de petición de herencia, inaplicables en este litigio en que no se controvierten acciones de herederos.

Se considera:

Salta a la vista el error jurídico en que incurrió el Tribunal al plantear la cuestión de esta litis como un caso de petición de herencia. "Esta acción finca —como lo ha dicho la Corte— en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro, derecho que dimana del carácter de heredero que compruebe como prevaleciente sobre esta misma calidad que pretenda tener el ocupante de los bienes hereditarios. El punto principal de dicha acción es la determinación de tal calidad". Hay diferencias sustanciales que no permiten confundir la acción de petición de herencia con la reivindicatoria o de dominio, aunque ambas son reales: en esa el objeto que se reclama es el derecho a la universalidad de un patrimonio o una cuota de esa universalidad, y en la reivindicación se persiguen cosas hereditarias particularmente consideradas.

En el caso de estudio no se trata de acción de heredero contra heredero para la posesión de la herencia, ni hay dos vocaciones hereditarias enfrentadas con pretensiones sobre una universalidad herencial, sino de una acción generada en un contrato de venta de derechos sucesorales en que un cesionario (que no puede serlo de la calidad de heredero), liquidada ya la herencia, persigue la eficacia de su derecho pidiendo que se le declare dueño de las cosas adjudicadas a su cedente y se le entreguen en consecuencia. Mas a pesar del equivocado planteamiento de la cuestión debatida, en que se funda el cargo, el recurso no prospera, porque el desacierto jurídico en que incurrió el Tribunal en la parte expositiva de su sentencia no incide ciertamente sobre la resolutiva con que desató la controversia, de acuerdo con la ley y el derecho demostrado. Para casos tales tiene establecido la jurisprudencia de esta Sala que, restableciendo en la parte motiva del fallo la que, en su concepto, es la verdadera doctrina legal, se cumple a cabalidad el objeto primordial de la casación.

Cargo tercero.—Violación de los artículos 1618 y 2221 del C. C., "por errónea interpretación y consiguiente aplicación indebida" en que incurrió

el Tribunal al llamar contrato de compraventa al recogido en la escritura número 2191, ya citada, pues el que quisieron en realidad celebrar Morales y Pinilla fue un contrato de préstamo con garantía.

Se considera:

La sola enunciación de este cargo pone de manifiesto la sinrazón con que se formula, pues fuera de la improcedencia de las citas legales como materia de casación, hace referencia a un problema de simulación completamente ajeno a la cuestión **sub-judice**, sin posible incidencia en la decisión del recurso.

Cargo cuarto. — El Tribunal cambió la esencia del contrato recogido en la escritura pública número 2191 del 25 de noviembre de 1931 al concluír que la venta allí perfeccionada comprende los gananciales de Dionisia Rodríguez de Pinilla y no solamente los derechos hereditarios, que son cosas distintas. La participación en las ganancias de la sociedad conyugal no se originaron en la sucesión. "Interpretación innecesaria y falsa—dice el recurrente—porque todos los títulos traídos a los autos hablan expresa y terminantemente de derechos y acciones, por tanto el fallador no tenía por qué buscarle una interpretación **ad hoc**. Por haberlo hecho así violó los artículos 27, 28 y 29 del C. C., ya que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes".

Se considera:

Motivo de consideración detenida que forma la materia de un capítulo especial de la sentencia acusada, fue por parte del Tribunal este de la interpretación del contrato en que apoya sus pretensiones el actor, para esclarecer y determinar el contenido y alcance de las declaraciones que lo forman. La conclusión a que llegó de que la viuda Rodríguez de Pinilla incluyó en la cesión de los derechos que pudieran corresponderle en la sucesión de su marido a cualquier título, lo que por gananciales le correspondía, la funda el Tribunal, en primer término, en la amplitud con que está redactada la cláusula de cesión; en la circunstancia de que habiendo ya la viuda, al tiempo de la cesión, optado por su derecho a gananciales, ha de entenderse que fue éste el objeto de la venta al tenor del artículo 1620 que manda preferir en materia contractual la interpretación efectiva a la estéril; en qué siendo presumiblemente persona de buena fe la vendedora hay que aceptar que quiso enajenar lo único que tenía; y en que en las posiciones en juicio en que fué declarada confesa por no comparecencia aceptó la viuda que el objeto de la cesión fue lo que le pudiera corresponder como gananciales en la sociedad conyugal que tuvo con su marido Ismael Pinilla.

Esta conclusión adoptada por el Tribunal sobre el examen de la cuestión de hecho acerca de la interpretación del contrato, se ataca en la demanda imputándole quebranto de los artículos 27, 28 y 29 del C. C., disposiciones concernientes a la interpretación de la ley, a cuya cita inadecuada se dejó llevar el recurrente por el equivocado y excesivo alcance que le da a la palabra ley, usada en el artículo 1602 del C. C. en un sentido de mera asimilación para expresar la fuerza obligatoria de los contratos legalmente celebrados, pero en manera alguna equivalente a "declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional", como define la ley el artículo 4º del código citado.

El único reparo enderezado contra la apreciación probatoria a que se hizo referencia consiste en afirmar que el sentenciador acogió una prueba inconducente y legalmente ineficaz al admitir la confesión ficta de Dionisia Rodríguez v. de Pinilla como prueba de una venta de derechos sucesorales, para la cual exige la ley la solemnidad de la escritura pública, con lo cual violó los artículos 1857 del C. C. y 596 y 605 del C. J.

Sobre este particular basta advertir que la prueba aludida no fue estimada en la sentencia con el objeto que le atribuye el recurrente, sino como elemento circunstancial, como dato de especial importancia acerca de la extensión del contrato para interpretarlo en busca de la verdadera intención de las partes. Esta acusación resulta inexplicable en presencia de este aparte de la sentencia: "Esta explicación hecha en posiciones de la cláusula en estudio, en un litigio entre partes contratantes y causahabientes de una de ellas, sirve perfectamente para fijar el contenido de la cesión, por no existir prohibición alguna al respecto; porque no se trata de probar el contrato sino el contenido del mismo, o más exactamente, de explicar este último, en litigio posterior entre las mismas partes contratantes".

Cargo Quinto.—El Tribunal declaró improbada la excepción perentoria de prescripción "que la demandada invocó con carácter subsidiario" por no ser, en su concepto, la viuda Rodríguez de Pinilla, poseedora regular por carecer de justo título y buena fe, lo cual es injurídico porque ella no enajenó gananciales, ni menos cuerpos ciertos; porque lo que está poseyendo es el fruto de su trabajo en colaboración con su marido, y porque

para que pudiera imputársele mala fe habría sido necesario que el demandante la probara. "Por haberlo hecho así —dice el recurrente— se violaron los artículos 2512 y 2518 del C. C. Interpretó erróneamente los artículos 764, 768, infringió directamente el 769 según las razones expuestas, lo mismo que el 766 todos del C. C.".

Se considera:

En el desarrollo de esta acusación, en que no es fácil seguir el pensamiento del recurrente para examinarlo dentro de los requisitos legales de la casación, harto desatendido en la elaboración de la demanda, no se encuentran propiamente sino proposiciones contrarias a las del fallo, pero no un análisis jurídico con referencia a los elementos probatorios respectivos que ofrezcan base de estudio. Para el Tribunal la defensa prescriptiva opuesta por la demandada en su alegato de primer grado carece de los elementos jurídicos indispensables, como son el justo título para poseer puesto que lo había cedido, y la buena fe porque la venta de sus derechos es incompatible con la conciencia de haber adquirido legítimamente el dominio de los bienes que se le adjudicaron en una sucesión en que ya no era partícipe, y cuyo lugar, jurídicamente, estaba ocupado por su cesionario.

En concepto de la Sala no hay reparo de ilegalidad que pueda hacerse con justicia a esta conclusión de la sentencia acusada, y menos en forma que pudiera conducir a modificar el fallo, porque las disposiciones sobre prescripción, citadas por el recurrente, se limitan, la una, a definirla como modo de adquisición, y la otra, a señalar las cosas prescriptibles.

Cargo Sexto.—Fue desconocida por el Tribunal la excepción de cosa juzgada, también oportunamente invocada por la demandada, "argumentando que las peticiones de uno y otro juicio son distintas", cuando entre los dos hay identidad de personas, de objeto y de causa. "El no haber tenido en cuenta esto el Tribunal lo llevó a violar directamente el artículo 468 del C. J. y a colocarse también por este otro aspecto bajo la 1ª causal de casación".

Se considera:

Bastaría para desechar este cargo advertir que su formulación es inconducente por violación directa de la ley, sin atacar las pruebas en que se asienta la conclusión del fallo, y que el precepto legal citado como infringido, fuera de ser simplemente objetivo, es impertinente. Pero ni aun en el caso de que en este cargo hubiera acertado el recurrente en el uso de los preceptos de la casación prosperaría su reparo, porque el juicio en que pretende haberse producido el fallo que alcanzó la fuerza de la cosa juzgada es diferente en el objeto y en las personas, del que ahora se estudia. En aquél, adelantado en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, Luis J. Pinilla demandó a Pedro Morales para que declarara simulado y en subsidio resuelto el contrato recogido en la escritura número 2191 del 25 de noviembre de 1931, y éste, en reconvención, pidió que le fueran entregados los bienes que en la partición de la herencia de Ismael Pinilla correspondientes a los por él comprados en el mismo contrato. (Folios 6 y siguientes del Cuaderno Nº 6). Las características de este litigio quedaron enunciadas al comienzo de este fallo.

Séptimo Cargo.—"El Tribunal tomó para establecer dominio sobre bienes raíces la sentencia de un juicio especial. Para el efecto toma la escritura Nº 177 de marzo 1º de 1939 de la Notaría de Zipaquirá, y contentiva de una sentencia en un divisorio adelantado entre Pedro Morales y Luis Alberto Cárdenas, cuyo valor es necesario desconocer en absoluto". De este modo el Tribunal violó el artículo 773 del C. C.

Se considera:

Esta acusación, hecha sin ninguna explicación ni referencia, en forma tan descarnada que resulta casi ininteligible, se relaciona con el bien singularizado en el hecho 7º de la demanda, uno de los contenidos en la acción de dominio sentenciada a favor del actor. Como las demás, carece completamente de fundamento. El derecho del demandante sobre este inmueble, lo mismo que respecto de los demás enlistados en la demanda, tiene su fuente y razón en la circunstancia de habérsele adjudicado a la cónyuge supértite Rodríguez de Pinilla en la sucesión de su marido, como aparece de la correspondiente hijuela de adjudicación, traída al juicio en forma legal bajo la escritura número 631 del 22 de noviembre de 1933, de la Notaría de Zipaquirá, bajo la cual fue protocolizado el juicio sucesoral de Ismael Pinilla. La sentencia en juicio de división material a que alude el recurrente se cita en la sentencia, no como fundamento del derecho del demandante, sino a efecto de singularizar por linderos precisos, como se hace en el hecho 7º de los fundamentales de la demanda, la cuota de dominio proindiviso que en el referido inmueble le fue adjudicada por gananciales a la viuda demandada.

Octavo Cargo.—Se destina a acusar la sentencia por inconsonancia con las pretensiones opor-

tunamente deducidas por los litigantes, que hace consistir en el hecho de haber condenado también al pago de costas al demandado Luis J. Pinilla a pesar de que Morales no pudo probarle ningún cargo. "Por tanto la sentencia —dice la demanda— al condenarlo en costas se colocó bajo la segunda causal de casación, violó la garantía constitucional consagrada en el artículo 20 de la Carta, ya que Pinilla no ha violado ni la Constitución ni la ley, para que pueda ser penado con dichas costas".

Como se ve, tampoco acertó el recurrente en el manejo técnico de esta segunda causal de casación, que es vía inconducente para acusar por cuestiones relacionadas con la demostración del derecho debatido. Esto, sin parar mientes en la extravagancia de las citas constitucionales que se hacen con ocasión de costas procesales que, por otra parte, no pueden catalogarse entre las pretensiones a que alude la causal de incongruencia (numeral 2º del artículo 520 del C. J.), porque la condena en costas es punto que la ley impone como resolución especial en toda sentencia y autos interlocutorios que deciden un incidente. (Artículo 574 del C. J.).

Recurso de la parte demandante

También lo apoya en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J.

El interés de este recurrente está determinado por él mismo en las siguientes palabras de su demanda: "En la sentencia que puso fin a la segunda instancia conceptúa el Tribunal, que el objeto de la venta en los citados títulos escriturarios fue únicamente los derechos que como gananciales tenía la señora Dionisia Rodríguez v. de Pinilla en la sucesión de Ismael Pinilla, mas no los derechos que tenía esta señora en la citada sucesión a título de acreedora y que le fueron adjudicados por tal concepto, y dijo en la sentencia que la petición de la demanda de mi poderdante es viable únicamente respecto a la adjudicación que se le hizo a la señora viuda de Pinilla para pagarle sus gananciales pero no respecto de la que se le hizo para pagarle deudas y gastos de la mortuoria porque la cesión se refiere a la primera mas no a la segunda. Consecuencia de esta apreciación del H. Tribunal fueron las resoluciones 4ª y 5ª de la sentencia contra las cuales se endereza este recurso de casación".

El cargo por la causal primera lo hace consistir el recurrente en que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho en la apreciación de las escrituras públicas contentivas de las cesiones de derechos en la sucesión de Ismael Pinilla, a que se ha hecho referencia, y de los certificados de los Registradores de Instrumentos Públicos de Zipaquirá y Bogotá sobre inscripción y vigencia de estos instrumentos, al concluír que en tales contratos de venta no quedó incluído el crédito que resultó a favor de la viuda Rodríguez de Pinilla por concepto de gastos hechos por ella en el juicio mortuorio. Estos pretendidos errores indujeron al sentenciador, en concepto del recurrente, a la violación de los textos legales que enumera y cuya simple lectura hace ver que todos traen al recurso puntos cuyo tratamiento resulta incuestionablemente impertinente, porque en manera alguna se relacionan con el asunto que es materia del recurso. Tales disposiciones son los artículos 1866, 1869, 740, 752, 745, 750 inc. 2º, 756 inc. 778, 789, 980, 2653, 2655 y 2673 del C. C.

Fuera de todo lugar es el cargo por error de derecho porque el sentenciador no ha apreciado en más ni en menos el mérito probatorio que legalmente corresponde a los instrumentos públicos a que se alude, y en materia de error de hecho la improcedencia y confusionismo con que se le imputa a la sentencia va hasta el extremo de decir que se produjo porque el Tribunal "apreció erróneamente o dejó de apreciar" las pruebas en referencia, como si la técnica legal inexcusable de la casación no exigiera que el error imputado se razone y demuestre poniéndolo a la vista, en forma de evidencia contraria, en la prueba mal apreciada o en la que dejó de apreciarse, o como si lógicamente pudiera coexistir la apreciación errada con la falta de apreciación.

Por lo demás, la Sala no encuentra que el Tribunal se haya equivocado al no dar a la cesión de que se trata la extensión que pretende el recurrente, porque para no ver ilegalidad en esta conclusión es bastante recordar que el derecho personal por razón de dinero suministrado por Dionisia Rodríguez v. de Pinilla para atender los gastos del juicio sucesorio de su marido no se origina en la sucesión por causa de muerte, como modo de adquirir, sino que es un crédito personal cuya cesión está especialmente reglamentada en el capítulo 1º del Título 25, libro 4º del C. C.

Esta razón de doctrina da base por sí sola para rechazar la acusación por la causal primera.

La causal por inconsonancia la funda el recurrente en que el Tribunal, al declarar en el punto 5º de la parte resolutiva de su fallo, que la adjudicación hecha a la viuda de Pinilla en pago

de los gastos hechos por ella, es válida, no resolvió en conformidad con los pedimentos de la demanda porque tal declaración no fue pedida.

Se considera:

Es verdad que lo demandado fue la declaración de que todas las adjudicaciones que figuran en la hijuela de la viuda de Pinilla, hechas a cualquier título, por gananciales o en pago de gastos, deben entenderse hechas a favor del demandante como cesionario de todos sus derechos; pero de esto no se deduce que la sentencia se haya afectado de **ultra petita** por haber adoptado la fórmula decisoria vista, en que se refleja exactamente la tesis jurídica adoptada por el Tribunal acerca de la comprensión o extensión de los derechos vendidos, desde el punto de vista del cesionario. Propiamente es una manera de denegar una de las pretensiones del actor, declarando que lo adjudicado a su cedente, por el concepto ya visto, no fue cedido y pertenece a la cónyuge sobreviviente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 22 de septiembre 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.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en ppdad.".

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA.—APRECIACION DE LOS PERJUICIOS MORALES.—PERJUICIOS FUTUROS.

1.—La conveniencia de que obre en un proceso una prueba tan completa como la que indica el Tribunal en el caso de autos, para probar la muerte de una persona por electrocución, es indiscutible, entre otras razones, como primaria, por la certeza que suministra; pero de ahí no puede deducirse que el sentenciador, a pretexto de no disponer de ese preciso elemento probatorio, esté autorizado para desoír los restantes que se hallen en un expediente. Por el contrario, está obligado a estudiarlos, a apreciarlos como manda el artículo 601 del C. J. y a recordar cuál es el objeto de los procedimientos y cuál el fundamento de las decisiones judiciales según los artículos 472 y 593 IBIDEM. Cuando la ley impone la solemnidad de un instrumento público, la falta de él no puede suplirse, y así lo previene el C. C. en su artículo 1760. De ello es ejemplo la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesión hereditaria, según el artículo 1857 de ese Código. Del propio modo, no hace fe el título sujeto a inscripción o registro cuando carece de esta formalidad (artículo 2673 de allí), por lo cual el artículo 630 del C. J. exige para la escritura pública esa nota como requisito para que se la acepte o estime como prueba.

2.—Para justipreciar los perjuicios morales la Sala, acorde con la de Negocios Generales ha recurrido, en defecto de guía más precisa y segura, al artículo 95 del Código Penal.

3.—Cuando se dispone de la base firme de una certidumbre, se abre el campo a los perjuicios futuros, como en el caso de muerte del padre de familia que con el fruto de su trabajo sostiene y habría de seguir sosteniendo mientras viviese a su mujer y a sus hijos, o a su madre. En este último caso, v. gr. tomando en consideración la duración probable de la vida de uno y otro, lo que éste producía, el costo de la vida, etc., se llega a la fijación del monto de una indemnización a cuya condena da base cierta el conjunto de estas circunstancias y las concomitantes; de suerte que, en estableciéndose la culpa y consecuencial responsabilidad, se decreta la indemnización. Pero cuando no se han producido tales circunstancias, la mera conjetura, presunción o esperanza de que habrían de producirse con el andar de los años, no da asidero al concepto de perjuicios efectivos ni, por ende, materia para condenar. Y, como es obvio, si ésta falta, no hay lugar a decreto de indemnización, pues sería ilógico pensar en ésta no habiendo aquéllos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario de Nieves Méndez y Erasmo del Valle contra la Compañía Colombiana de Electricidad, seguido en la primera en el Juzgado 1º Civil de ese Circuito, sobre indemnización de los perjuicios causados con la muerte del niño Alí Méndez, hijo de Nieves, en el concepto de que pereció electrocutado al contacto con los alambres conductores de la energía eléctrica de que la Compañía demandada se vale para prestar sus servicios en Girardot, donde acaeció esa desgracia el 25 de marzo de 1942. Es demandante el doctor del Valle junto con Nieves, porque ésta le cedió la mitad de sus derechos a la indemnización mencionada en documento que sirvió de base para la notificación que de la cesión se hizo judicialmente al gerente de la Compañía.

El Juzgado sentenció el 10 de julio de 1944 pronunciando la condena demandada, pero limitándola a los perjuicios morales, los que fijó en mil pesos divisibles por igual entre los dos actores,

sin costas. Por apelación de ambas partes se surtió la segunda instancia que el Tribunal decidió el 1º de junio de 1945 revocando el fallo del Juzgado y absolviendo a la Compañía, sin costas.

Para el Tribunal no está acreditada la electrocución, elemento indispensable, **sine qua non** para hallar la culpa de donde se deduzca la responsabilidad de la Compañía y su consecuencial obligación de indemnizar. Su pensamiento acerca de la falta de prueba de aquella circunstancia tan trascendental para el pleito está claramente expresado en su fallo en estos párrafos:

"Estima la Sala que es conveniente que en todo accidente, cualquiera que sea, para poder acreditar las consecuencias dejadas al accidentado, se hace necesaria, imprescindible la intervención de facultativos o personas versadas sobre la cuestión de que se trate. Sin duda alguna que, de la misma manera que en casos de heridas o de muertes exige la ley de procedimiento la intervención de los peritos médicos para que con sus conocimientos científicos desde luego den al funcionario luces sobre la forma y demás circunstancias inherentes al caso que se investiga, datos esos que revisten trascendentalísima importancia en los procesos penales porque esos dictámenes vienen a constituír una de las pruebas excelentes en la investigación de los delitos de sangre, en igual sentido se haría necesaria la intervención de facultativos para acreditar una muerte como la sufrida por el menor Alí Méndez".

"Para que se le pueda imputar a la Compañía demandada culpabilidad por la muerte del menor Alí Méndez, es necesario que aparezca en autos plenamente probado que la única causa que la originó fue la fuerza eléctrica que conducía el cable o alambre tendido en el suelo en el lugar que dicen los autos. En el expediente no aparece por ninguna parte certificado de ningún facultativo que hubiese diagnosticado la causa de la muerte del menor Alí Méndez; no aparece tampoco que se hubiese practicado autopsia del cadáver, como era lo indicado en casos como éste. No hay prueba alguna que acredite la capacidad del tantas veces citado alambre o cable para producir la muerte de una persona".

Como ya se dijo, son recurrentes los demandantes, cuyo abogado interpuso en tiempo el recurso que aquí se decide, después de recibir su tramitación legal en forma que, admitido por la Sala, se fundó en oportunidad por el recurrente en demanda que del propio modo respondió el abogado de la Compañía.

Varios son los cargos que formula el recurrente a la sentencia acusada, todos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., señalando las pruebas de cuya errónea apreciación deduce el quebranto de las varias disposiciones legales sustantivas que indica, entre ellas, ante todo, los artículos 2341 y 2356 del C. C. por no haberse aplicado.

Habiendo de prosperar este cargo por las razones que se verán en seguida, se prescinde de los restantes, de conformidad con el artículo 538 del Código Judicial.

Las razones a que acaba de aludirse son:

La conveniencia de que obre en un proceso una prueba tan completa como indica el Tribunal, es indiscutible, entre otras razones, como primaria, por la certeza que suministra; pero de ahí no puede deducirse que el sentenciador, a pretexto de no disponer de ese preciso elemento probatorio, esté autorizado para desoír los restantes que se hallen en un expediente. Por el contrario, está obligado a estudiarlos, a apreciarlos como manda el artículo 601 del C. J. y a recordar cuál es el objeto de los procedimientos y cuál el fundamento de las decisiones judiciales según los artículos 472 y 593 **ibidem.**

Cuando la ley impone la solemnidad de un instrumento público, la falta de él no puede suplirse, y así lo previene el C. C. en su artículo 1760. De ello es ejemplo la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesión hereditaria, según el artículo 1857 de ese Código. Del propio modo, no hace fe el título sujeto a inscripción o registro cuando carece de esta formalidad (artículo 2673 de allí), por lo cual el artículo 630 del C. J. exige para la escritura pública esa nota como requisito para que se la acepte o estime como prueba.

Se traen a cuento estos ejemplos por la claridad que suministra su contraste con un caso como el presente en que no hay disposición legal que exija como prueba **sine qua non** la intervención de facultativos y su deposición técnica, tanto para aceptar la muerte de una persona por cierta causa, cuanto para analizar ésta en sí. Aquí el Tribunal echa menos el dictamen médico sobre la muerte de Alí Méndez, la autopsia y peritación sobre si la corriente eléctrica conducida por los alambres tenía la intensidad necesaria para producir aquel resultado.

En las mismas causas criminales por homicidio llega la ley a prescindir de la necropsia como elemento indispensable al fallador. Bien se ve cuán absurdo sería que el homicida hubiera de ser ab-

suelto en cuanto no medie esa diligencia, por más que el proceso brinde otras pruebas acerca de que el difunto fue víctima de un delito.

En el presente juicio obra la declaración de un número plural de testigos, de cuyo dicho no puede prescindirse sin desobedecer el artículo 697 del C. J., que establece el hecho de que Alí Méndez fue enredado por el alambre conductor de la corriente eléctrica, que se debatía angustiosamente clamando por que lo salvaran, que en lo posible se esforzaron por hacerlo y que lo vieron expirar en actitud y forma que no deja duda sobre la electrocución, máxime si lo habían visto andando normalmente y, además, lo conocían como un niño robusto y sano. El funcionario de policía que en seguida ocurrió al levantamiento del cadáver, lo encontró con señales de quemadura en los puntos de contacto del alambre con el cuerpo y ordenó la inhumación con prescindencia de toda otra gestión de la autoridad.

Los testigos a que se alude fueron nimiamente repreguntados por el abogado de la Compañía, no sólo al responder sobre los puntos de que acaba de hablarse, sino también sobre el hecho de estar el alambre tendido por el suelo cuando ocurrió aquella desgracia y haber permanecido así todo el día, no obstante que la tempestad que lo reventó e hizo otros daños aquel día, había cesado en las primeras horas de la mañana.

Conviene citar y en parte transcribir algunas de esas declaraciones, las que se hallan en el Cuaderno 4º.

Adolfo Hernández (Fls. 10 y 11) dice: "...a eso de las seis y media de la tarde sentí unos gritos de un muchacho que decía que lo desenredaran, que no lo dejaran matar de la cuerda; yo salí a ver qué ocurría, pues mi casa queda en una callejuela que baja de la plaza de dicho barrio (Bárbula) al río Magdalena y frente, un poco diagonal, a uno de los postes de la luz eléctrica que pertenecen a la Compañía Colombiana de Electricidad, y entonces ví que uno de los alambres que conducen la fuerza eléctrica estaba caído por todo el camino abajo y que uno de sus extremos colgaba del poste, y que en el suelo estaba un muchacho enredado en el alambre; yo bregué con un palo a desenredarlo y estando en ese trabajo ví que el muchacho botó una bocarada de espumarajo y murió".

Carmen Acosta (Fls. 12 v. a 14) declara:

"Podrían ser las, seis y media de la tarde de dicho día veinticinco de marzo, estando yo sentada en el solar de mi casa, cuando oí unos gritos de un niño que decía: defiéndanme, porque me cogió la luz, no me dejen morir; me paré inmediatamente y me dirigí al lugar de donde salían esos lamentos, creyendo que era uno de mis hijos, llegué al sitio en que estaba caído el alambre y ví que un niño que apenas conocía de cara estaba enredado en el mencionado alambre, caído de medio lado; cogí un palo para ver si se podía favorecer, le puse el palo al alambre, salieron chispas azules, y en ese momento ví que el niño echó espumarajos con sangre de la boca y comprendí que había muerto".

Pedro Méndez (Fls. 5 v. a 7) declara: "En la madrugada del día veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos se presentó en esta ciudad una fuerte borrasca y gran aguacero que causó varios daños en las casas de la ciudad. La borrasca desentejó mi casa situada en el barrio del Bárbula, por lo cual estuve todo el día veinticinco arreglando los daños. Como a las seis y media de esa tarde, estando yo comiendo, se presentaron a mi casa varios vecinos a decirme que fuera a cortar una línea de la luz eléctrica que estaba chisporroteando candela, cuya empresa he oído decir es de la Compañía Colombiana de Electricidad y que no es municipal, que la línea estaba caída en el suelo sobre la calle, y entonces yo me fuí y llegué al sitio de la calle cuarta con carrera segunda de Girardot, o sea en el Alto de la Cruz. Al llegar yo allí ví un alambre de cobre de los que conducen la energía eléctrica que estaba descolgado del poste a tierra en dirección al otro poste. En ese momento me pusieron una escalera recostada contra el poste, subí a una altura aproximada de unos tres metros, y con los alicates que llevaba corté la línea; la corté, porque decían que tenía corriente y para evitar el daño que pudiera hacer. Después de que corté la línea nos bajamos todos los que allí estábamos, pues había un grupo de gente numeroso, bajamos unos treinta metros del poste más o menos y ví como a una distancia de unos cuatro metros el niño muerto con un canastico en el brazo, ahí dijimos que no se acercara ninguno a tocar el cadáver hasta que no llegara don Carlos Sohenm, el Inspector. Cuando llegamos nosotros al sitio en que vimos al niño muerto, oí que decía una señora que vivía ahí al frente, que cómo gritaba el chino, y cómo batallaba ahí enredado en el alambre, sin poderle prestar auxilio. En seguida yo me fuí para mi casa. Me consta por haberlo presenciado que el alambre de la energía eléctrica a que me he referido se hallaba tendido por tierra a lo largo de una

calle pública que comunica un caserío o barrio donde eran las bombas viejas hacia la orilla del río, con la plaza del barrio del Bárbula".

Carlos G. Schumm (Fls. 8 a 10) declara: "...a eso de las ocho de la noche fuí llamado por la misma policía para que hiciera el levantamiento del cadáver de un menor llamado Alí Méndez que, al llegar el suscrito Inspector al pie de dicho menor, se constató que el brazo derecho lo tenía sobre un alambre de la luz y presentaba huellas en el brazo y la mano de quemaduras. El cadáver se encontraba en una loma antes de llegar a una zanja y a unos pocos metros del poste de la luz, unas dos cuadras de la plaza del Alto del Bárbula. Se hizo el levantamiento del cadáver y se ordenó la inhumación definitiva en vista de que no había mano criminal".

Otros varios testigos corroboran estos sucesos. Se han transcrito sólo las declaraciones de quienes presenciaron aquel hecho capital de la muerte e intervinieron en su referidos detalles, porque con ellas basta para acreditarlo plenamente.

Ante ellas se encuentra el caso tan simple, desde el punto de vista relacionado con el concepto del Tribunal, que resalta la diferencia con casos en que, por concurrir factores múltiples, sobreviene una justa duda sobre el alcance de cada uno de ellos y su consecuencial determinación o mera participación en el suceso ocurrido, como, por ejemplo, el del jinete arrojado al suelo por su cabalgadura y que al caer choca con los alambres conductores de una corriente eléctrica. Muerto así, no se puede **prima facie** conceptuar si esto se debió a ambas causas o una sola de ellas y cuál, en este último evento.

Aquí no hay lugar a complejidad de esa índole, pues se trata exclusivamente del alambre conductor de la corriente tendido por el suelo en vía pública por la cual transitaba un niño sano que al contacto con él y enredado por él, sin que lo pudieran desprender, murió. No hubo la concausa de otro agente de daño. Tal como los testigos declaran dando cada uno la razón de sus percepciones y coincidiendo todos en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, el sentenciador puede y debe reconocer lo que así queda comprobado sin necesidad de certificado médico, ni de autopsia, ni de medición técnica del espesor del alambre y del voltaje de una corriente que demostrara su capacidad de ultimar a quien ultimó.

Así las cosas y dado lo que establece el artículo 697 del C. J., no puede menos de reconocerse que está comprobado que el niño Alí Méndez murió por electrocución.

Tampoco puede menos de reconocerse, dada la peligrosidad del género de las actividades de la compañía demandada, la presunción de culpa suya ante el artículo 2356 del C. C., lo que significa que para exonerarse de la responsabilidad consecuencial ha debido justificar las excepciones que opuso.

Estas son: en primer lugar la que, llamándola insistentemente fuerza mayor o caso fortuito, hace consistir en la borrasca mencionada y en lo extraordinario de su presentación y lo excepcional de su intensidad, circunstancias que hacen ver cómo no se trata de obra suya ni de algo habitual o frecuente que pudiera por lo mismo haberse previsto y conjurado.

En segundo lugar opuso su diligencia en reparar los daños causados por el siniestro, atendiendo a ello inmediatamente.

Se advierte ante todo que la demanda no se funda en que la Compañía dejara de prevenir los estragos de la tempestad, lluvia y huracán del 25 de marzo previendo el suceso, sino en que por su negligencia dejó de remediar oportunamente esos estragos y en que, por esto, se produjo la muerte del niño Méndez.

Así pues, la primera de aquellas excepciones es improcedente. En cuanto a la segunda, la Sala encuentra justificada la inculpación de negligencia de la empresa, tanto por el hecho de que, habiendo cesado la borrasca en las primeras horas de la mañana, todavía entrada la noche estuvieran los alambres tendidos por el suelo, cuanto, principalmente, por el de que no se hubiera tomado la elemental precaución de interrumpir la corriente eléctrica y de no reanudarla mientras hubiese peligro.

Tanto en las repreguntas del abogado de la Compañía a los testigos como en varias de las declaraciones de éstos, entre ellas la del funcionario Schumm, se asevera que entre las seis y las siete de la mañana comenzaron los trabajos de reparación de los daños en postes y alambres por los empleados y obreros de la empresa. De ahí que se diga que la tormenta cesó a primera hora. Y ya se vio en la declaración de Pedro Méndez, quien acudió con oficiosa caridad, cuán sencillo fue en breves minutos cortar el alambre.

En aquellas repreguntas insiste el abogado en la posibilidad de que el niño Méndez transitara más bien por otras calles evitando la vía en que estaba el alambre, así como en que esto era en

barrio apartado; pero no es aceptable censurar a Alí porque tomara el camino habitual sin cambiarlo por otro que exigía largo rodeo, como si estuviese obligado a presentir su adversa suerte; ni lo apartado de ese barrio, poblado por gentes pobres, podía autorizar el descuido de sus vidas.

El citado artículo 2356 dice en su encabezamiento: "Por regla general todo daño que pueda imputarse a malica o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta". En seguida expone, como otros tantos ejemplos en verdad de ese deber, expresando que a esa reparación están especialmente obligadas ciertas personas, casos de características tales que parecieran mirar hacia el de este litigio, por más que cuando ese Código se promulgó el fluído eléctrico y su aprovechamiento y manejo apenas se anunciaban.

No habiéndose descargado la Compañía de la presunción de culpa en que se halla desde luego por obra de esta disposición legal, se justifica el cargo de quebranto de ésta por virtud del error de apreciación de las pruebas mencionadas, en cuanto ellas establecen una situación tal que, aplicado aquel artículo, el decreto de indemnización se imponía.

La prosperidad del cargo determina la infirmación del fallo recurrido y su reemplazo, de acuerdo con el citado artículo 538.

La motivación de la sentencia que ha de reemplazar la del Tribunal queda adelantada ya con lo estudiado para el recurso. Se la complementa con estas otras consideraciones:

La indemnización se demanda por perjuicios materiales y morales. Estos últimos son incuestionables desde luego. Apenas habrá para qué poner de presente el dolor de una madre por la muerte de su hijo en todo caso.. Aquí se agrega que Alí era un niño robusto, juicioso y estudioso, de cuyas condiciones físicas, intelectuales y morales hablan elogiosamente los testigos.

Para justipreciar los perjuicios de esta índole que aquí con suma claridad son el **pretium doloris**, según algunos doctrinantes y sanción por la falta, según otros, esta Sala, acorde con la de Negocios Generales, ha recurrido, en defecto de guía más precisa y segura, al artículo 95 del Código Penal, según el cual, "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".

Al respecto son de citarse las sentencias de la Sala de Negocios Generales de 23 de abril de 1941 (G. J. Tomo LI, págs. 424 a 472) y la de la Sala de Casación Civil de 14 de agosto de 1944 (G. J. Tomo LVII, págs. 509 y siguentes).

Siguiendo el Juez de primera instancia esta senda y criterio, señaló, como ya se dijo, la cifra de mil pesos. Esta Sala estima de equidad elevarla a los dos mil pesos a que autoriza aquella disposición, teniendo en cuenta el dolor de la actora por la muerte de su hijo, tanto mayor y más justificado cuanto mejores eran las referidas condiciones de éste.

En cuanto a perjuicios materiales, para no condenar a indemnizarlos bastaría observar que no se han demostrado ningunos. Por fundadas que fuesen las esperanzas a que daban lugar las calidades del difunto; ello es que apenas acababa de cumplir once años y estaba estudiando. Lo que hubiera de ser en realidad más tarde no tiene por hoy más calidad que la de conjetura o hipótesis. Cuando se dispone de la base firme de una certidumbre, se abre el campo a los perjuicios futuros, como en el caso de muerte del padre de familia que con el fruto de su trabajo sostiene y habría de seguir sosteniendo mientras viviese a su mujer y a sus hijos, o a su madre. En este último caso, v. gr., tomando en consideración la duración probable de la vida de una y otro, lo que éste producía, el costo de la vida, etc., se llega a la fijación del monto de una indemnización a cuya condena da base cierta el conjunto de estas circunstancias y las concomitantes; de suerte que, en estableciéndose la culpa y consecuencial responsabilidad, se decreta la indemnización.

Pero cuando no se han producido tales circunstancias, la mera conjetura, presunción o esperanza de que habrían de producirse con el andar de los años, no da asidero al concepto de perjuicios efectivos ni, por ende, materia para condenar. Y, como es obvio, si esta falta, no hay lugar a decreto de indemnización, pues sería lógico pensar en ésta no habiendo aquellos.

A este respecto son de citarse, por haber sentado esta doctrina y expuesto amplia y detenidamente su motivación, las dos sentencias de la Sala de Negocios Generales de esta Corporación publicadas en el Tomo LI de la GACETA JUDICIAL, págs. 424 a 436 y 458 a 472, respectivamente, ambas de 23 de abril de 1941, y la sentencia de esta Sala Civil de Casación de 14 de agosto de 1944 (G. J., Tomo LVII, págs. 509 a 513), de que se habló ya en la presente con ocasión del importante detalle de la aplicabilidad del artículo 95 del C.

Penal para la fijación del **pretium doloris,** de los perjuicios morales no objetivados.

Lo dicho sobre indemnización significa que la sentencia de primera instancia debe confirmarse en principio y modificarse elevando al máximum legal la cifra que señaló.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla el primero de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, y reformando la de primera instancia, dictada por el Juzgado 1º Civil de este Circuito el diez de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, falla este pleito así:

1º Condénase a la Compañía Colombiana de Electricidad, con oficina principal de negocios en la ciudad de Barranquilla, a pagar en esa ciudad, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000) como valor de la indemnización de los perjuicios morales causados por la muerte del niño Alí Méndez, acaecida en Girardot el veinticinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, a su madre, la demandante Nieves Méndez.

Parágrafo.—De esos dos mil pesos corresponde la mitad al doctor Erasmo del Valle, codemandante, en virtud de la cesión que de esa cuota de sus derechos le hizo la prenombrada Nieves Méndez.

2º No hay lugar a decretar indemnización de perjuicios materiales, cargo de que se absuelve a la Compañía demandada.

3º No están probadas las excepciones opuestas, en lo pertinente.

4º No se hace condenación en costas en el recurso ni en las instancias.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA Y DE REIVINDICACION

Los términos en que está concebida la primera parte del artículo 35 de la ley 57 de 1887 revelan a las claras que él no contiene una prohibición, sino apenas una regla conforme a la cual los copartícipes mayores de edad pueden proceder a la división de la cosa común. Tampoco es de orden público esa regla porque está destinada a proteger los intereses particulares de índole patrimonial de los comuneros, desde luego que la partición implica una transferencia de dominio. Por otra parte, la prescindencia de un comunero en el acto de división realizado por los demás copartícipes no contraría formalidad alguna prescrita por la ley para el valor de aquel acto en consideración a la naturaleza de él, como sería, por ejemplo, la de la escritura pública en tratándose de una partición de bienes raíces. El acuerdo unánime es requerido en atención a las especiales condiciones en que se encuentran las personas de los comuneros al contratar o celebrar la partición, es decir, que se trata de un requisito subjetivo y que debe concurrir en el acto jurídico, no por ser tal o cual acto, sino por ser ejecutado por tales o cuales personas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho (28) de mayo de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ana Julia Pérez de González propuso ante el Juez Segundo Civil del Circuito de Sogamoso demanda ordinaria contra Santos Miguel Higuera para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Que es absolutamente nulo, o que carece de valor y efectos civiles, el convenio de partición celebrado entre la demandante y el demandado por escritura pública número 131 de 18 de febrero de 1934, pasada ante la Notaría 1ª del Circuito de Sogamoso, por el cual y con prescindencia del copartícipe señor Carlos Julio González, dividieron físicamente un terreno situado en la vereda de Suescún, jurisdicción de Tibasosa, en el sitio de San Rafael, en dos lotes denominados "Lote Número Primero" y "Lote Número Segundo", terreno que los contratantes comprendieron por los siguientes linderos generales: "por el pie, con de herederos de Aristides Calderón; por un costado y la cabecera, con del señor Carlos Julio González, cercas al medio; por el último, con de herederos de Lorenzo López y con de Marco Antonio Sanabria".

"Segundo.—Que se declare que la demandante es dueña de más de la mitad proindivisa de la finca denominada Casa Vieja, que está incluída dentro de los linderos anteriormente descritos y comprendida en el contrato de partición aludido y que se distingue por los siguientes linderos, conforme a la titulación de la demandante: por un costado y al pie, con tierras de Calderones, hoy de Jesuítas; por un costado y cabecera, con terreno que antes perteneció a la sucesión de Pantaleón Pérez y Delfina Flechas, hoy el terreno adjudicado a Carlos Julio González y que antes formó parte de la finca El Sembradero, de la citada sucesión.

"Tercero.—Que se declare que la demandante tiene derecho a la mitad de los frutos de la prenombrada finca, contados desde que el Juzgado primero Civil de este Circuito le entregó al señor Carlos Julio González la porción que le correspondió en el potrero denominado El Sembradero.

"Cuarto.—Que con motivo de la declaración de nulidad del referido contrato de partición material, por no haber intervenido todos los comuneros, se ordene la restitución de las cosas al estado anterior, entregándole a la demandante proindivisamente la cuota radicada en la citada finca.

"Quinto.—Que se ordene la cancelación de la escritura de partición, ya nombrada, y de su registro y el registro de la sentencia que solicito, para lo cual se deben librar los despachos del caso a Notario y Registrador correspondientes.

"Sexto.—Que si el demandado se opusiere, se le condene al pago de las costas, porque en este caso sería temeraria dicha oposición".

De los hechos en que esa demanda se fundamentó se transcriben los siguientes:

"7º Los copartícipes del terreno El Sembradero quedaron reducidos a Carlos Julio González, con la mitad; a la señora Ana Julia Pérez, con la cuarta parte; al señor Santos Miguel Higuera, con la otra cuarta parte. Los copartícipes del terreno Casa Vieja vinieron a ser el demandado y la demandante, en las proporciones dichas.

"8º Los dos terrenos son limítrofes y el señor Santos Miguel Higuera aprovechando esta circunstancia le propuso a la demandante que prescindiera de Carlos Julio González y acordaran un convenio de división material de los dos terrenos, haciendo de cuenta que ambos formaban un solo globo. La señora, falta de espíritu e ingenua, no consultó con el marido señor Carlos Julio González y procedió a aceptar la propuesta del demandado.

"9º Le dejaron a Carlos Julio González la parte norte de la finca El Sembradero, calculando como la mitad. El resto, unido a Casa Vieja, le dividieron entre sí aproximadamente de por mitad, cogiendo el demandado hacia los costados sur, sureste, una porción que consideró igual a las dos cuotas que le pertenecían en los dos citados terrenos de El Sembradero y Casa Vieja y dejándole a la demandante una zona intermedia entre la parte que le dejaron a Carlos Julio González y la que eligió el demandado, que está formada de parte del terreno El Sembradero y de parte del terreno Casa Vieja.

7º El lote que le correspondió al demandado fue llamado "Lote Número Segundo"; el que le correspondió a la señora fue llamado "Lote Número Primero" y sus linderos, según la escritura de partición, son: del lote "Número Segundo": por el pie, con de herederos de Aristides Calderón; por un costado, con el lote Número Primero, por mojones; por cabecera, con de Carlos Julio González; por el último, con de herederos de Lorenzo López. Los linderos del lote "Número Primero" son: por el pie, con de herederos de Aristides Calderón, vallado al medio; por un costado y cabecera, con de Carlos Julio González, cercas al medio; por el último, con el lote Número Segundo.

"8º El citado contrato consta en la secritura número 131 de 18 de febrero de 1934, de la Notaría 1ª de Sogamoso, la cual está registrada.

"9º Como el señor Carlos Julio González no interviene en aquel acto ni figura en el otorgamiento de la referida escritura y se consideró lesionado en sus derechos, por haber sido excluído del convenio, sin que hubiera podido hacer valer su interés, solicitó del Juzgado 1º Civil de este Circuito la partición del terreno El Sembradero, entre sus partícipes legales, señora Ana Julia Pérez y señores Carlos Julio González y Santos Miguel Higuera, la que obtuvo y que lleva fecha 17 de agosto de 1937, habiendo sido aprobada por sentencia de 25 de noviembre del mencionado año y ejecutoriada y registrada con la partición.

"10º En dicha partición se le adjudicó a Carlos Julio González la mitad de la finca El Sembradero, que está situada al lado opuesto de la mitad que le habían dejado la demandante y el demandado en su acto de partición personal y extrajudicial, produciéndose de ese modo una modificación fundamental en el convenio de la señora Pérez y del señor Higuera, en tales términos que la zona de tierra del Sembradero que a ella le había tocado pasó a ser de propiedad de Carlos Julio González, por virtud de la partición judicial.

"11º La porción que le correspondió a González en el juicio divisorio que al efecto se ventiló entre él y la señora Pérez y el señor Higuera le fue entregada por el Juzgado del conocimiento con fecha 22 de abril de 1938. De consiguiente, la señora Ana Julia Pérez perdió la posesión material de la porción del Sembradero que le había tocado en el acto extrajudicial.

"12º También está privada de su cuota en Casa Vieja por fuerza de la partición contractual con el señor Higuera, la cual hasta ahora no ha sido resuelta por las partes y ha estado produciendo efectos civiles, toda vez que desde la fecha de la correspondiente escritura dichos contratantes se hicieron entrega recípoca de sus lotes.

"13º En la partición judicial le correspondió a la señora Ana Julia su cuarta parte del Sembradero en un lote situado al norte de la adjudicación a González, que formaba parte del lote que ella y el señor Higuera le habían dejado al mismo señor González, donde también está situada la parte que le cupo al demandado por virtud de las compras en El Sembradero.

"14º Por cuanto el señor Higuera hizo concretar todas sus cuotas en el terreno de Casa Vieja, vino a corresponderle todo éste en la partición extrajudicial verificada con la demandante, de cuya posesión ella está privada, como digo.

"15º Dividido El Sembradero entre la demandante y el demandado y el señor González, por fuerza de la partición judicial, lógicamente se colige que la señora volvió a ser dueña de su cuo-

ta en Casa Vieja, porque de no ser así, se violaría el principio de "que no hay derecho de enriquecerse a costa ajena", en provecho del señor Higuera o de sus causahabientes.

"16º La señora demandante no está en posesión de cuota en Casa Vieja y tiene derecho a que se le reconozca el dominio y los frutos que ha dejado percibir desde la entrega que el Juzgado 1º Civil de Sogamoso le hizo de su lote en El Sembradero al señor Carlos Julio González.

"17º Sin la intervención de todos los interesados que tienen derechos proindivisos en una finca, la correspondiente partición queda adoleciendo de nulidad absoluta, por falta de parte de sus requisitos o formalidades esenciales".

Al evacuar el traslado que de esa demanda se le dio, el demandado propuso algunas excepciones perentorias, aceptó unos hechos y negó otros y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas (folios 27 a 29, cuaderno principal).

Surtido el trámite propio de la primera instancia, el Juzgado decidió el juicio en sentencia de 8 de febrero de 1943, en cuya parte resolutiva dispuso lo siguiente:

"a) Declárase absolutamente nulo, sin valor ni efectos civiles, el convenio de partición celebrado entre la demandante Ana Julia Pérez de González, mayor y vecina de Tibasosa, y el demandado Santos Miguel Higuera, también mayor y vecino de Paipa, convenio de partición celebrado por escritura pública Nº 131 de 18 de febrero de 1934 pasada ante la Notaría Primera de este Circuito, por el cual los mencionados Ana Julia Pérez de González y Santos Miguel Higuera, con prescindencia del copartícipe Carlos Julio González, dividieron físicamente el terreno de la ubicación y alinderación a que se refiere la primera petición de la demanda en los lotes y por los linderos a que se refiere la misma petición.

"b) Niéganse las declaraciones que se solicitan en la segunda, tercera y cuarta peticiones de la demanda.

"c) Cancélese la escritura de partición Nº 131 de 18 de febrero de 1934, y su registro y ordénase el registro de la presente sentencia, para lo cual se librarán los despachos del caso a quien corresponda.

"Las costas a cargo del demandado".

Por recurso de apelación concedido a ambas partes, subió el juicio al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, en donde se le puso fin a la segunda instancia en sentencia de fecha 22 de junio de 1944, por medio de la cual se reformó la apelada y se falló el juicio así:

"a) Declárase que carece de valor y efectos civiles el acto de partición celebrado entre Ana Julia Pérez de González y Santos Miguel Higuera, por medio de Escritura Pública Número 131 de 18 de febrero de 1934 pasada ante la Notaría Primera del Circuito de Sogamoso.

"b) Niéganse las declaraciones que se solicitan en la segunda, tercera y cuarta peticiones de la demanda.

"c) Cancélese la escritura de partición Nº 131 de 18 de febrero de 1934, y su registro y ordénase el registro de esta sentencia, para lo cual se librarán los despachos del caso a los funcionarios correspondientes.

"d) Sin costas en ninguna de las instancias".

En la parte motiva de esa sentencia consideró el Tribunal que en autos aparece plenamente demostrado que el convenio de división material de los terrenos "El Sembradero" y "Casa Vieja" celebrado entre demandante y demandado y que se hizo constar en la Escritura Pública Número 131 de 18 de febrero de 1934, corrida ante el Notario Primero del Circuito de Sogamoso, se llevó a cabo con prescindencia del comunero Carlos Julio González; y considerando ese como el motivo principal alegado por la parte actora en apoyo de la primera súplica de la demanda, pasó a considerar si, como lo determinó el Juzgado, aquella prescindencia implicaba de suyo la nulidad absoluta de la partición verificada y llegó a concluír que ese hecho "no es suficiente a producir una nulidad absoluta, comoquiera que el acto de división así realizado no perjudicaba intereses distintos a los que el mismo excluído pudiera tener en la cosa común".

"De acuerdo con nuestro sistema legal no se ve, pues, la razón para considerar que la facultad que otorga el artículo 35 de la Ley 57 de 1887, constituya un precepto de orden público, desde luego que sólo mira a los intereses particulares de los comuneros y por lo mismo cualquier defecto en su aplicación, sólo acarrearía una nulidad relativa y ratificable o subsanable, pero de ninguna manera nulidad absoluta, como lo estimó el Juzgado".

Y en relación con este mismo punto agregó el Tribunal lo siguiente:

"Pero si, como se deja dicho, el acto de partición no puede declararse nulo absolutamente, esto no quiere decir que se le deba reconocer perfecta validez, ya que su ineficacia legal es manifiesta por las razones que pasamos a puntualizar.

"Como se ve por lo expuesto, el acto de partición quedó afectado de nulidad relativa, por no haber intervenido en él la totalidad de los copartícipes; pero no es este solamente el reparo que se observa en la referida división. La consideración fundamental que sirve de base para no reconocerle validez ninguna al convenio de partición acordado entre Ana Julia Pérez y Santos Miguel Higuera, estriba en que aquel acuerdo fue interrumpido en su ejecución, en virtud de las dos particiones judiciales que se practicaron con posterioridad al convenio en cuestión, y en las cuales intervinieron todos los comuneros, en forma tal, que esa sola actitud estaba reconociendo de manera franca e inequívoca, que el acuerdo sobre división extrajudicial ya no tendría efecto alguno. Tan evidente fue la situación que dejamos anotada, que el mismo demandado señor Santos Miguel Higuera al consignar sus propias declaraciones en la escritura de venta que hizo a Julio Moreno y a Marco Sanabria (folio 25, cuaderno Nº 1), y refiriéndose a los terrenos materia de este litigio, manifestó que dichos lotes se hallaban proindivisos, y aun cuando hizo relación a la partición amigable, que recogió la escritura Nº 131, tantas veces citada, agregó: "Que por caso de que la heredera Ana Julia Pérez o tercera persona inicien la partición judicial, los compradores se someterán a ésta y recibirán por su cuenta y costa lo que les corresponda".

"Esta declaración está demostrando, por una parte, que el convenio de partición amigable no fue definitivo; y por otra, que los compradores no adquirían ningún derecho distinto al que pudiera corresponderles en una partición judicial.

"En resumen, tenemos que se ha demostrado suficientemente que el acuerdo sobre división material pactado entre demandante y demandado, fue interrumpido en su ejecución. De consiguiente es por este motivo que debe declararse inválido y no porque haya sido afectado de nulidad absoluta".

Las súplicas segunda y tercera de la demanda fueron declaradas improcedentes por el sentenciador, por considerar que ellas entrañaban una acción reivindicatoria y que el actor no singularizó la cosa ni demostró que el demandado estuviera en posesión de ella. Igual suerte corrió la cuarta petición, por estimar el Tribunal que ella era una consecuencia de la nulidad absoluta alegada, la cual había estimado improcedente. La quinta petición fue resuelta favorablemente, en atención a la resolución que recayó sobre la primera. Por último se concretó el sentenciador a examinar las excepciones propuestas por la parte demandada, las cuales encontró improcedentes.

Contra esa sentencia interpuso casación el demandado y por estar debidamente sustanciado ese recurso se procede hoy a decidirlo.

El recurrente invoca las causales primera y segunda previstas en el artículo 520 del Código Judicial. Como la Corte encuentra debidamente fundada la segunda, a ella ha de concretar de consiguiente el presente estudio.

Como fundamento de dicha causal segunda dice el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes, porque lo que se demandó por el actor fue la nulidad absoluta del contrato o acto de partición contenido en la Escritura Nº 131, de 18 de febrero de 1934, pasada ante el Notario Primero del Circuito de Sogamoso; que sobre ese punto se trabó la controversia y que el Tribunal le descartó en su sentencia y en cambio declaró la nulidad relativa del mismo contrato, que no había sido propuesta ni discutida entre las partes. Para demostrarlo así transcribe los apartes del fallo en que se hizo el estudio de esos puntos, y dice que la nulidad absoluta de un acto o contrato es una cuestión de hecho y de derecho absolutamente distinta de la nulidad relativa del mismo acto o contrato, y de consecuencias jurídicas muy diferentes entre sí. Asimismo ataca el recurrente, con fundamento en la citada causal, las apreciaciones del sentenciador que le sirvieron de base para declarar inválida la división material en referencia, por estimar que dicho acto había sido interrumpido en su ejecución, pues también sostiene que tal hecho no fue materia de la litis.

Se considera:

El cargo es fundado, porque indiscutiblemente la acción propuesta en el juicio fue encaminada a que se declarara la nulidad absoluta de la partición material de bienes, recogida en la Escritura Pública número 131 ya citada, en razón de haberse prescindido de uno de los comuneros, y sobre ese hecho fundamental giró la controversia. Para demostrarlo así basta tomar en cuenta las siguientes circunstancias: Que la actora confirió poder (folio 20, Cuaderno principal de la demanda) al doctor Primitivo Balaguer para que éste propusiera juicio ordinario contra Higuera a efecto de que solicitara "la nulidad absoluta de un contrato de partición material" que había celebrado con el último de los nombrados; que dicho apoderado en la primera súplica de la demanda pidió que se declarase "Que es absolutamente nu-

lo o que carece de valor y efectos civiles el convenio de partición celebrado entre la demandante y el demandado" por medio de la Escritura Pública referida celebrado entre ambos "con prescindencia del copartícipe señor Carlos Julio González"; que en el hecho diez y siete de la demanda se dijo: "sin la intervención de todos los interesados que tienen derechos proindivisos en la finca, la correspondiente partición queda adoleciendo de nulidad absoluta, por falta de parte de sus requisitos o formalidades esenciales"; que como razones de derecho se expusieron en la misma demanda y en relación con ese punto las siguientes: "el artículo 35 de la Ley 57 de 1887, según el cual, la intervención y acuerdo unánime de los comuneros es requisito esencial, sin cuya presencia toda partición queda afectada de vicio o nulidad absoluta".

"Los artículos 1740 y 1741 del C. C., conforme a los cuales la falta de elementos esenciales en los actos contractuales son causales de nulidad absoluta".

No obstante que sobre esas bases de tan inconfundible claridad se trabó la litis y que las partes a través de ambas instancias formularon sus alegaciones con ese entendimiento, el Tribunal en su sentencia tomó otro camino, al considerar que el vicio de que adolecía el acto de partición referido, por el hecho de haberse prescindido al celebrarlo de uno de los copartícipes, no era constitutivo de nulidad absoluta sino relativa y al declarar su ineficacia o carencia de efectos no con fundamento en la existencia de aquella nulidad absoluta alegada, sino principalmente por la consideración de que el convenio de partición había sido interrumpido en su ejecución, por virtud de las dos particiones judiciales que se practicaron con posterioridad con intervención de todos los comuneros, lo que vino a dejar aquella sin "efecto ninguno". "De consiguiente —concluye el Tribunal— es por este motivo que debe declararse inválido y no porque haya sido afectado de nulidad absoluta".

Si, pues, lo pedido en la demanda fue la declaratoria de nulidad absoluta de la partición con fundamento en el hecho de que al efectuarla se prescindió del comunero Carlos Julio González y si el Tribunal encontró que no existía la nulidad invocada y con fundamentos distintos, como ya se ha visto, declaró en el punto a) de la parte resolutiva de la sentencia "que carece de valor y efectos civiles el acto de partición celebrado entre Ana Julia Pérez de González y Santos Miguel Higuera" por medio de la escritura pública mencionada, salta a la vista que el sentenciador rompió con su sentencia las normas formales consagradas en el artículo 471 del C. J. y que por lo mismo la causal de incongruencia alegada por el recurrente es procedente.

Se impone, pues, la casación del fallo por ese motivo y para dictar el que ha de reemplazarlo, la Corte considera:

La sentencia de segunda instancia fue consentida por el demandante, ya que en su contra no interpuso recurso alguno. De consiguiente, como en esa decisión fueron negadas las súplicas segunda, tercera y cuarta de la demanda, el problema sub-judice se concreta exclusivamente al examen y decisión de las cuestiones que entrañan las súplicas primera y quinta de la acción instaurada.

Como ya se dijo, por medio de las referidas peticiones pretende la demandante que se declare la nulidad absoluta de la prenombrada partición extrajudicial de bienes raíces, con fundamento en el hecho de que al efectuarla se prescindió del comunero Carlos Julio González y como razones de derecho se invocan los artículos 35 de la Ley 57 de 1887 y 1740 y 1741 del Código Civil.

El artículo 35 de la Ley 57 citada prescribe, entre otras cosas, que se puede llevar a efecto la división de la cosa común o la venta de ella, con el fin de dividir su producto, sin necesidad de ocurrir a la autoridad judicial, "siempre que todos los comuneros acuerden lo uno o lo otro unánimemente, y que dicho acuerdo no se interrumpa en su ejecución".

En ese texto legal la parte demandante pretende encontrar una disposición de orden público, que contiene además una prohibición a los comuneros, la que le veda proceder a la división de la cosa común, sin que preceda el acuerdo unánime para ello, de lo cual deduce que hay objeto ilícito en la partición consumada en contravención a esa formalidad.

Para la Corte no es exacta la tesis del actor, pues los simples términos en que está concebido el aparte del texto legal citado revelan a las claras que él no contiene una prohibición, sino apenas una regla conforme a la cual los copartícipes mayores de edad pueden proceder a la división de la cosa común. Tampoco esa regla es de orden público, porque ella está destinada a proteger los intereses particulares de índole patrimonial de los comuneros, desde luego que la partición implica una transferencia de dominio.

De otro lado, la prescindencia de un comunero en el acto de división realizado por los demás copartícipes no contraría formalidad alguna prescrita por la ley para el valor de aquel acto en consideración a la naturaleza de él, como sería, por ejemplo, la de la Escritura Pública en tratándose de una partición de bienes raíces. El acuerdo unánime es requerido en atención a las especiales condiciones en que se encuentran las personas de los comuneros al contratar o celebrar la partición, es decir, que se trata de un requisito subjetivo, y que debe concurrir en el acto jurídico, no por ser tal o cual acto, sino por ser ejecutado por tales o cuales personas. Y como al tenor de lo dispuesto en el artículo 1741 del Código Civil, sólo la omisión de las formalidades que la ley exige en atención a la naturaleza misma del acto o contrato, son las que producen nulidad absoluta, de ello se deduce que de semejante vicio no adolece la partición de que da cuenta la Escritura Pública Número 131, que es materia del presente litigio.

Pero el comunero excluído, sin cuyo acuerdo o consentimiento se celebró dicho acto, es un tercero en relación con él, el cual por consiguiente, no le perjudica. Además cualquier lesión que hubiere afectado materialmente sus intereses como comunero en el lote "El Sembradero" hoy no tiene vigencia, porque, como lo ha afirmado el actor y está debidamente demostrado en el juicio, con posterioridad a la división extrajudicial verificada entre demandante y demandado, a solicitud de González y con intervención de aquéllos se practicó, aprobó y registró la partición judicial del lote mencionado, adjudicándosele a cada uno de los comuneros la parte que le correspondía.

De todo lo dicho se colige que tanto la súplica primera de la demanda, como la quinta, que es consecuencial de aquélla, no están llamadas a prosperar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CASA la sentencia de fecha veintidós de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y REFORMANDO la de primera instancia, FALLA este pleito así:

Primero: No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en la demanda y en consecuencia se absuelve al demandado de todos los cargos en ella formulados; y

Segundo: Sin costas en ninguna de las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SOLICITUD DE ACLARACI ON DE UNA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintiocho (28) de junio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

En el precedente memorial solicita el doctor Luis H. Vanegas que se aclare la sentencia de diez y ocho de mayo último, por medio de la cual esta Sala decidió el recurso de casación interpuesto por Julio E. Pardo S., poderdante del memorialista, en contra de la de veintitrés de enero del año próximo pasado, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario entablado por Pedro Pablo González contra Julio E. Pardo S.

Como fundamento de su solicitud alega el memorialista lo siguiente:

"Dice la sentencia (f. 24): 'De otro lado no se comprende cómo, fallada la litis adversamente al recurrente, pueda éste tener interés en impugnar una decisión que le favorece.

"La sentencia obliga a mi representado a restituír o entregar un inmueble y unas mejoras, que no tiene en su poder, lo cual establece a su cargo una obligación de imposible cumplimiento.

"Debe aclararse en el sentido de dejar sentado que tal restitución debe hacerse siempre y cuando que el recurrente tenga en su poder tales bienes, pues si no los tiene, por no habérsele entregado, mal puede restituírlos con frutos.

"Además, si mi representado tiene opción para completar el precio de la venta y quiere completarlo, no puede descartarse la obligación de su vendedor de entregarle la cosa vendida. Pues no se concibe la venta sin la entrega de la cosa vendida".

Para resolver se considera:

Por la cita trunca o incompleta que el peticionario hace uno de los apartes de la citada sentencia de 18 de mayo, aparece que la Corte hubiera incurrido en el dislate jurídico de sostener que a pesar de serle adversa la decisión del Tribunal, el recurrente carecía de interés para impugnarla en casación; pero la Sala ha estado muy distante de incurrir en semejante error, y para comprenderlo así basta leer la integridad del pasaje incompletamente transcrito, pues allí se dijo que la decisión que favorecía al recurrente y que por tanto éste carecía de interés jurídico para impugnarla es la que "ordena al vendedor restituírle la suma que recibió como importe del precio, junto con sus intereses". Este complemento no citado del aludido aparte despeja toda duda sobre el particular.

De otro lado, por virtud de la aclaración solicitada aspira, en síntesis, el doctor Vanegas a que la Corte modifique la obligación que a su representado le impuso la sentencia del Tribunal de restituír el inmueble y las mejoras materia de la controversia, decretando en su lugar otra distinta y condicional, como es la de que tal restitución deba hacerla "siempre y cuando que el recurrente tenga en su poder tales bienes" por habérsele entregado por el vendedor, cosa ésta que niega haberse cumplido; pero tal aspiración no encaja dentro de los alcances limitados y propios del recurso de aclaración de las sentencias, que está concretado apenas a aclarar "los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda" (artículo 482 del C. J.), porque la petición en estudio en realidad tiende a otra cosa muy distinta, como es la de obtener la reforma de la decisión del Tribunal sobre un punto materia de la litis.

Para destacar aún más, si cabe, la clara improcedencia de la solicitud que se considera, es oportuno observar que la sentencia de la Corte no casó la proferida por el Tribunal, que fue la que le impuso al recurrente la obligación de restitución mencionada, y en esas condiciones la decisión del sentenciador es intangible ahora, conserva todo su imperio y rigor, y por ello la Sala no puede modificarla o reformarla por vía de aclaración.

Lo expuesto es más que suficiente para negar, como en efecto se niega, la solicitud antes referida.

Notifíquese,

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

REPUBLICA DE COLOMBIA
BIBLIOTECA
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACION PENAL

HOMICIDIO.—CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—La causal 2ª no tiene aplicación en los juicios en que interviene el Jurado. Todo lo referente a pruebas, en juicios de que conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado, es materia de la libre apreciación de éste, sin sujeción a regla alguna de derecho. Luego aceptando un veredicto y perdida ya la oportunidad para declararlo contrario a la evidencia de los hechos, no cabe atacarlo en casación, finalizado el juicio, pues a ello equivale la crítica acerca de los elementos de convicción que le dieron base. De consiguiente, la causal 2ª, que trata precisamente de que se realice un nuevo estudio de tal aspecto de un proceso determinado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad.

2.—El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal prohibe recibir declaración contra el consorte, ascendiente, descendiente o hermano del declarante, pero no el hacerlo en forma que aparentemente favorezca a alguno de ellos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal. — Bogotá, enero veinticinco de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

El primero de junio de mil novecientos cuarenta y tres, murió Urbano Padilla, a consecuencia de siete heridas que sufrió en un ataque a mano armada, en el cual participaron Martín, Miguel Santiago y Gilberto Luis Marín, el veintiocho de mayo del año citado, en el sitio de "La Coibita", Corregimiento de Caracolí, Departamento del Atlántico.

Por este hecho fueron juzgados los mencionados Marín, y el Jurado, al terminar las audiencias públicas que se celebraron en los días seis, siete, nueve y once de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, contestó afirmando la responsabilidad de cada uno de los procesados, acerca de la cual los interrogó el señor Juez Primero Superior de Barranquilla, separadamente, así:

"El acusado..., es responsable de los siguientes hechos: haber dado muerte voluntariamente a Urbano Padilla, en concurso recíproco con otros, por medio de siete heridas causadas con arma cortante, que aparecen descritas en la diligencia de autopsia practicada por los señores médicos legistas, obrante a folio 23 del Cuaderno Nº uno (1) del proceso, habiéndolo atacado de sorpresa y con excesiva crueldad, mientras permanecía en acecho en medio de los arbustos del camino para esperar la pasada de aquél, con el fin preconcebido de ultimarlo; hechos ejecutados en las primeras horas de la mañana del día veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y tres, en el sitio denominado "La Coibita", fracción de Caracolí, jurisdicción municipal de Malambó. Todo de conformidad con el auto de proceder?".

De acuerdo con ese veredicto que, como ya se dijo, resulta simplemente afirmativo a pesar de la adición consistente en expresar que el delito era "consecuencia de viejas rencillas familiares que ocasionaron riñas en épocas anteriores", el Juez condenó a cada uno de los procesados a la sanción principal de diez y siete años de presidio.

Pero el Tribunal Superior de Barranquilla redujo tal sanción a quince años, por considerar que no se podían estimar como circunstancias de mayor peligrosidad los motivos fútiles que el Juez le cargó a los responsables, por tratarse de un hecho que sí tenía determinados antecedentes de pugnacidad entre agredido y agresores.

Contra esta sentencia interpuso recurso de casación el señor defensor de los procesados, y lo

ha sostenido ante la Sala invocando las causales 1ª, 2ª y 3ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que funda así:

La 1ª, o sea la que versa acerca de la mala interpretación o indebida aplicación de la ley penal, en haberse recibido declaración a los hijos del occiso.

La 2ª: a) en que se le dio al testimonio del ofendido, cuando se encontraba moribundo, un valor legal de que en realidad carece; b) en que la sentencia no tuvo en cuenta otros hechos, como el del acometimiento de parte de Padilla contra los procesados o contra uno de ellos; y c) en que el sentenciador guardó silencio acerca de las aseveraciones de los sindicados, según las cuales el único que intervino o tuvo una decisiva actuación en el lance fue Miguel Marín, contra quien, de consiguiente, debió adelantarse el juicio, relevando del cargo a los otros dos.

La 3ª, que trata de la falta de consonancia entre la sentencia y el auto de proceder, en cuanto a delimitación jurídica del delito, y en desacuerdo entre el veredicto y el fallo, la funda el recurrente en que habiéndose "descartado" en el auto de enjuiciamiento la premeditación, sin embargo se condenó por "asesinato", sin haberse precisado que el delito se cometió en alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 363 del Código Penal.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PUBLICO

El señor Procurador Delegado en lo Penal solicita que no se invalide la sentencia acusada, por no haberse probado ninguna de las causales a que se acogió el demandante.

En síntesis, presenta las siguientes razones:

a) Que no es pertinente la causal 2ª en los juicios en que interviene el jurado; b) que el demandante no precisó, al fundar la causal 1ª, qué disposiciones fueron violadas por el Tribunal, y que aún suponiendo que la crítica que se hace al procedimiento relativo a habérsele recibido declaración a los parientes del ofendido y a éste mismo, tuviera algún mérito, esa impugnación, que nada tiene que ver con la aplicación indebida de la "ley penal sustantiva", incidiría en la causal 2ª; y c) que la sentencia fue el desarrollo lógico del pliego de cargos concretados en el auto de proceder, en donde "se consignaron claramente los hechos constitutivos de esas modalidades específicas de asesinato".

Se considera:

Principia la Sala por declarar que la causal 2ª no tiene aplicación en este caso, por razones que son ya suficientemente conocidas, pero que no es inútil repetir aquí, muy sintéticamente, en esta forma: todo lo referente a pruebas, en juicios de los cuales conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado, es materia de la libre apreciación de éste, sin sujeción a regla alguna de derecho. Luego aceptando un veredicto y perdida ya la oportunidad para declararlo contrario a la evidencia de los hechos, no cabe atacarlo en casación finalizado el juicio, pues a ello equivale la crítica acerca de los elementos de convicción que le dieron base.

De consiguiente, la causal 2ª, que trata precisamente de que se realice un nuevo estudio de tal aspecto de un proceso terminado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad.

Causal 1ª

Indudablemente el reparo que el demandante hace a la sentencia del Tribunal, con apoyo en esta causal, está mal orientado. Porque si fueron, como él lo sostiene, de poco o de ningún valor las declaraciones que se utilizaron para concretar el cargo delictuoso de que aquí se trata, querría decir que el veredicto se fundaba en algo inexistente, y habría que desconocerlo. Pero como ya pasó esa oportunidad y, por otra parte, entre las causales de casación no figura la relativa a la contraevidencia, ni la Sala puede estudiar otras que no han sido expresamente invocadas (artículo 668 del C. de P. P.), no es admisible el fundamento expuesto con relación a ella. Además, la causal 1ª habla de "errónea interpretación e indebida aplicación de la ley penal", y no de la ley procedimental. Y, finalmente, el artículo 226 del Código de Procedimiento, citado por el demandante como violado, prohibe recibir declaración contra el consorte, ascendiente, descendiente o hermano del declarante, pero no el hacerlo en forma que aparentemente favorezca a alguno de ellos. Lo que podría ocurrir entonces sería que el testimonio podría calificarse de interesado, si con él se tratara de restarle gravedad al hecho ejecutado por el pariente, para fijarla en el adversario del mismo.

No está, pues, probada la causal 1ª.

Causal 3ª

Para refutar al demandante, quien afirma que el fallo versó sobre un cargo no deducido en el auto de proceder, o que se condenó por "asesinato", sin haber planteado previamente esa entidad delictuosa, basta transcribir las partes pertinentes de aquel auto, que dicen:

"...Sin embargo, cuando Urbano Padilla y sus menores acompañantes seguían desprevenidos por el camino, los señores Martín, Miguel Santiago Marín y Gilberto Luis Marín, apostados a ambos lados del camino y escondidos, detrás de una mata de zarza y los otros de una de corralero", (sic) "asaltaron al desprevenido Padilla, dándole de machetazos cada uno de ellos y ocasionándole siete heridas... (folio 112 Cuaderno 1º).

"De lo antes dicho se desprende que Urbano Padilla fue atacado por sorpresa y mientras los sindicados lo acechaban en un recodo del camino por donde éste había de pasar. Sin que mediara en el momento mismo del ataque circunstancia alguna que lo justificase... (folió 116).

"...Y a pesar del estado del proceso, por carencia de testigos presenciables, las circunstancias en que declaran los menores Padilla, en un todo de acuerdo con el dicho de su padre Urbano Padilla, mueven a la justicia a creer que Urbano Padilla fue atacado de sorpresa por los señores Marín, quienes permanecieron escondidos en medio de los arbustos del camino para esperar la pasada de aquél, con el fin preconcebido de ultimarlo, ya que no otra cosa puede inferirse cuando tres hombres atacan a machete a uno solamente". (Folio 116).

Claramente se mencionó en el auto de proceder la sorpresa con que se desarrolló el ataque en el cual perdió la vida Urbano Padilla. Y la sorpresa equivale a la alevosía. Esta y la acechanza se mencionan en el numeral 5º del artículo 363 como modificadoras de homicidio en el sentido de agravarlo. Y de la crueldad excesiva, que también aparece relatada en el auto de proceder y expresa en el cuestionario, figura que corresponde a la sevicia, se ocupa en el mismo sentido el numeral 7º del artículo citado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de seis de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, del Tribunal Superior de Barranquilla, en la cual se condenó, como homicidas, a Martín, Miguel Santiago y Gilberto Luis Marín, a la sanción principal de quince años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL 2ª DE CASACION.—INFRACCIONES CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS.—AVALUO DE DAÑOS.

1. Sobre la causal 2ª de casación ha dicho la Corte en numerosos fallos que no es procedente alegarla en los juicios en que interviene el Jurado, por ser éste libre para apreciar las pruebas procesales según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas conduciría a la posible declaración de injusticia del veredicto, que fue excluída de las causales de casación en la ley vigente, según lo dejó claramente establecido la Comisión redactora del nuevo Código de procedimiento. La contraevidencia del veredicto quedó, por tanto, como problema exclusivo de las instancias.

2.—El Código establece penas más severas para las infracciones de que sean víctimas los funcionarios públicos, no sólo como una protección especial a sus personas por la dignidad de que están investidos, sino principalmente como una garantía de que el natural ejercicio de sus funciones será cumplido a cabalidad. No es, pues, la simple investidura oficial lo que se tiene en cuenta para agravar la sanción. (Artículo 186 C. P.). Esta opinión se confirma al considerar que los particulares no responden sino por infracción de la Constitución o de las leyes, al paso que los funcionarios deben responder, además, por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio. (Artículo 20 de la Constitución). De esta suerte, no basta que la víctima de una infracción sea funcionario o empleado público para que por esa calidad sea sancionado más severamente el infractor, sino que es indispensable que el ilícito se haya realizado por razón o causa de las funciones oficiales del ofendido.

El empleado que obra "por provocaciones imprudentes" y da motivo para que se le irrespete y se le ataque, actúa fuera del ámbito de sus atribuciones y no representa a la autoridad.

3.—Lo jurídico, cuando no se haga el avalúo de los daños civiles causados por la infracción, es hacer una condenación IN GENERE o en abstracto, para que los interesados los hagan justipreciar por separado. (Artículo 92 C. P.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Santa Marta, en sentencia de 23 de julio de 1945, confirmó la del Juzgado Primero Superior del mismo Distrito por medio de la cual, Raúl Barrera Barrera fue condenado a sufrir la pena principal de catorce años y ocho meses de presidio, por haber dado muerte a Marcial Acuña, el 6 de marzo de 1943, en el Corregimiento de Astrea, del Municipio de Chimichagua, del Departamento del Magdalena.

El recurso de casación contra ese fallo le fue negado al reo, por haber dicho que apelaba para ante la Corte, siendo así que debía haber entendido el Tribunal que el único recurso viable era el de casación. Pero le fue concedido al defensor del procesado y ante la Sala presentó la demanda respectiva el doctor Humberto Gómez Naranjo.

Hechos:

En la fecha citada, como de las ocho a las nueve de la noche, se hallaban los citados Acuña y Barrera charlando en el "Bar Colombia" del Corregimiento nombrado, sobre el tema de que a veces a los agentes de la policía no les hacían caso en las notificaciones. Barrera le dijo, en fin, que a él no lo llevaban a la cárcel, a lo cual le replicó Acuña, que era agente de la mentada institución, que sí lo conducía y sacando su bayoneta se la arrimó al cuerpo a Barrera. Este le dijo que no estuviera creyendo que él era de los que se dejaban atropellar, que lo esperara un momento y, sin más, se retiró del establecimiento.

A otro rato regresó Barrera, y al ver que Acuña, que también había salido, pretendía entrar, le asestó una primera puñalada y se agarraron en lucha. De resultas de las heridas que recibió Acuña, falleció a otro rato.

Demanda de casación

En una ordenada demanda hace el recurrente el estudio de la sentencia acusada, para pedir a la Corte que invalide dicho fallo, por las causales 1ª, 2ª, 3ª y 4ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Pasa la Corte a estudiar la sentencia recurrida, en el orden que considera más lógico para los efectos procesales, o sea, principiando por las causales que no han de admitirse y, terminando por la que puede prosperar.

Causal segunda

Errada interpretación o apreciación de los hechos

"El Tribunal —dice el recurrente— aceptando la tesis del Juzgado sentenciador, incidió en errónea interpretación de los hechos, por cuanto al calificar el grado de responsabilidad del procesado tomó en cuenta circunstancias que no están establecidas para deducir de ellas la mayor peligrosidad, como es la de considerar que el agente Acuña, la víctima, se hallaba en ejercicio de sus funciones".

Sobre esta causal basta con observar que la Corte, en numerosos fallos ha repetido que no es procedente alegarla en los juicios en que el jurado interviene, por ser éste libre para apreciar las pruebas procesales según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas conduciría a la posible declaración de injusticia del veredicto, que fue excluída de las causales de casación en la ley vigente, según lo dejó claramente establecido la Comisión redactora del nuevo código de procedimiento. La contraevidencia del veredicto quedó, por tanto, como problema exclusivo de las instancias.

No prospera, pues, esta causal.

CAUSAL CUARTA

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

La fundamenta el recurrente así:

"...en la audiencia del jurado sólo actuaron cuatro de sus miembros, los señores Víctor M. Royero, M. Noguera, José de J. Chiquillo y M. Dz. Granados Cote. Tanto la contestación del cuestionario, o "pliego de cargos" como lo llama el Juzgado (folio 56 del expediente) como el acta de la audiencia (fol. 57 v.) sólo están firmados por los cuatro ciudadanos nombrados, debiendo ser cinco, como lo establece la ley (artículo 481 del código de procedimiento penal)".

La Procuraduría contesta:

"El cargo no puede prosperar. En efecto, el veredicto está firmado por el quinto miembro del jurado, señor Carlos Neri López, como lo está también el acta de la audiencia, en la cual se dice expresamente que concurrieron al acto "los cinco miembros del jurado".

Claramente se ve qué fue lo sucedido en el seno del jurado y en la colocación de las firmas puestas al pie del acta y de la respuesta dada al cuestionario: se nombró un "Presidente del Jurado", el doctor Víctor M. Royero, y un "Jurado Secretario", el señor Carlos Neri López, y éste en tal condición autorizó, firmando a lo último de sus restantes colegas, tanto el acta de la audiencia como el veredicto.

Seguramente debido a esta circunstancia, que no percibió el demandante, procedió a sustentar la causal de casación ameritada".

Como lo aseverado por la Procuraduría es cierto, la causal no puede prosperar.

CAUSAL TERCERA

No estar la sentencia en consonancia con los cargos formulados en el auto de proceder

"En efecto —dice el recurrente— la sentencia del Tribunal, acogiendo las mismas tesis erróneas del Juzgado de primera instancia, condenó al procesado Barrera no solamente por el homicidio, sino con la agravante de haberse consumado en un funcionario en ejercicio de sus funciones, no siendo esto así, y no haberse deducido esta circunstancia en los cargos formulados en el auto de proceder".

Como lo anota el Ministerio Público, es verdad que en el auto de enjuiciamiento, en ambas circunstancias, se menciona el cargo de agente de la policía que desempeñaba la víctima en los momentos en que recibió la muerte, pero en ninguna parte se afirma que el delito se hubiera consumado "por razón o a causa del ejercicio de sus funciones" como lo exije la ley (artículo 186 del C. P.).

En efecto, el código establece penas más severas para las infracciones de que sean víctimas los funcionarios públicos, no sólo como una protección especial a sus personas por la dignidad de que están investidos, sino principalmente como una garantía de que el natural ejercicio de sus funciones será cumplido a cabalidad. No es, pues, la simple investidura oficial lo que se tiene en cuenta para agravar la sanción. El texto mismo citado así lo dice:

"En todos los casos no previstos especialmente, al que cometa un delito contra un funcionario público, **por razón o a causa del ejercicio de sus funciones,** se le aumentará la pena que le corresponde por el delito cometido, de una sexta parte a la mitad" (subraya la Sala).

Opinión que se confirma al considerar que los particulares no responden sino por infracción de la Constitución o de las leyes, al paso que los funcionarios deben responder, además, por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio (artículo 20 de la Constitución). De esta suerte, no basta que la víctima de una infracción sea funcionario o empleado público para que por esa calidad sea sancionado más severamente el infractor, sino que es indispensable que el ilícito se haya realizado por razón o causa de las funciones oficiales del ofendido.

Siguiendo el pensamiento de la Procuraduría es forzoso concluír que en el presente caso, al decirse en el auto de proceder que el homicidio fue cometido "en la persona del agente de la Policía Municipal Marcial Acuña", sólo se quiso significar que la víctima tenía esa investidura cuando se le causó la muerte, pero en manera alguna ello implica que se le pueda imputar al procesado el cargo de haber procedido contra un empleado público "por razón o a causa del ejercicio de sus funciones", que es cosa sustancialmente distinta según lo dicho antes. Sólo se quiso, pues, individualizar o dar la filiación de la víctima del delito, nada más.

Y eso lo demuestra plenamente el desarrollo de los acontecimientos en los cuales perdió la vida el nombrado Marcial Acuña. En efecto, como se dejó relatado, por lo menos él estaba dedicado a tomar bebidas embriagantes; en su charla con Barrera llegó a una discusión, en la cual amenazó a Barrera con llevarlo a la cárcel, armado de bayoneta o "yatagán" y, finalmente, trabado en lucha con su agredido, recibió de éste varias puñaladas, que le ocasionaron la muerte.

Como se ve, el agente no estaba en ejercicio de las funciones de su cargo, porque no estaba cumpliendo ninguna orden de otra autoridad, ni haciendo guardar el orden, ni realizando ninguna actividad propia de su oficio, sino todo lo contrario. Estaba, pues, en actividades particulares y no fue el ejercicio de sus funciones la causa o razón del ataque de que fue víctima, sino sus propias e imprudentes provocaciones. En tal motivo debió fundarse el jurado para afirmar en su veredicto que los hechos se originaron "por provocaciones imprudentes de palabra de las partes".

Esta respuesta, como lo anota el Ministerio Público, destruye completamente la agravación del homicidio, aun en el caso de que el cargo se hubiera hecho en el auto de proceder, porque el empleado que obra "por provocaciones imprudentes" y que da motivo para que se le irrespete y se le ataque, actúa fuera del ámbito de sus atribuciones y no representa a la autoridad.

"Lo cual significa —concluye la Procuraduría— que la sentencia no solamente se halla en desacuerdo con el auto de enjuiciamiento, sino también con el propio veredicto del jurado, pues la pregunta que a éste se le formuló carece igualmente de los elementos necesarios para configurar el delito de homicidio como ejecutado en la persona de un servidor público en actual ejercicio de las funciones inherentes a su empleo.

"El objeto del auto de proceder, se ha dicho muchas veces, es formularle con toda precisión al responsable el conjunto de cargos que le apareja la investigación, para que él sepa de qué debe defenderse, así como también para que el Juez tenga un derrotero cierto y limitado al imponer las sanciones contra el reo. En dicha providencia debe, por lo tanto, hacerse una imputación neta y concreta al acusado sobre los elementos del delito, la época y lugar de su consumación, el agente responsable, el ofendido y todos los demás factores de la imputabilidad penal que puedan influír específicamente en la aplicación de las penas, exceptuando, como es obvio, el análisis de las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, que son de la libre apreciación del Juez en el momento de proferir la sentencia.

"Cierto es que en el art. 186 del código penal, a diferencia de las dos disposiciones que le preceden, no se configura un delito especial, sino una agravación de la pena por razón de las funciones públicas que se lesionan en quien es víctima de la infracción. Pero siendo así que ese aumento de la sanción está especialmente previsto y constitu-

ye un cargo grave contra el acusado, tal modalidad del hecho criminoso debe ser materia del auto de proceder y del cuestionario que se someta al jurado en los procesos en que éste interviene.

"Y como ello se omitió en este caso, la causal tercera resulta plenamente comprobada".

CAUSAL PRIMERA: Indebida aplicación de la ley penal

Esta causal tiene su fundamento en el hecho de haber sancionado al reo como autor, no de un simple homicidio, sino de un homicidio cometido en la persona de un empleado público por causa o razón del ejercicio de sus funciones, lo que no está demostrado, ni fue materia del juicio, según se dejó expuesto.

Como se ve, esta causal viene a ser una consecuencia de la tercera.

Hubo, pues, indebida aplicación del artículo 186 del código penal, que es el que establece un aumento de la sanción "de una sexta parte a la mitad" para el que ejecute un hecho delictuoso contra un funcionario o empleado público por razón o a causa del ejercicio de sus funciones.

Al invalidar la sentencia recurrida, la Corte asume el papel de fallador de instancia para dictar la que debe reemplazarla (art. 570 del C. de P. P., aparte a). A este fin, se observa:

La disposición penal aplicable al procesado es el artículo 362 del código penal, que señala una pena de presidio de ocho a catorce años para el responsable de un delito de homicidio.

En contra del procesado obran como circunstancias de mayor peligrosidad, el haber obrado por motivos innobles o fútiles (ord. 3º del art. 34 del C. P.), pues la discusión anterior no explica la reacción homicida sino como fruto de una personalidad por demás peligrosa para la sociedad; y, además, el modo de ejecución del hecho, que revela una marcada insensibilidad moral en el delincuente, supuesto que Barrera, después de clavarle el cuchillo a la víctima con el filo hacia abajo, lo torció haciéndolo salir con el filo hacia arriba, rompiéndolo en la punta y separando ampliamente las costillas (fls. 3 v., 9 y 14 v.), como para torturar a la víctima o para asegurar el daño mortal por un procedimiento inhumano (ord. 6 ibídem).

Como circunstancia de menor peligrosidad no puede reputarse sino la buena conducta anterior, debidamente comprobada (ord. 1º del art. 38 ibídem), pues no está probada la falta de ilustración que hubiera influído en la comisión del hecho.

En tales condiciones, estima la Corte que la pena principal que ha de sufrir el procesado es la de diez años de presidio.

Las penas accesorias no fueron señaladas debidamente, pues el Juzgado **a quo** dice que condena a Barrera a sufrir, además de la pena principal, "las accesorias correspondientes", sin especificar cuáles sean, y sobre ello nada dijo el Tribunal. La sanción se ha de individualizar para cada caso concreto, no sólo en cuanto a la pena principal, sino también en cuanto a las accesorias, pues esa es precisamente la misión peculiar del Juez de derecho al proferir una sentencia de condena. La Corte corregirá esta anomalía asumiendo las funciones que le corresponden al invalidar el fallo.

El Juzgado no condenó al pago de los perjuicios causados por la infracción. Por esto resolvió el Tribunal condenar a Barrera al pago de la suma de quinientos pesos, como multa a favor del tesoro nacional. "En este sentido —añade— debe **subrogarse** la sentencia apelada". Lo mismo repite en la parte final, en la cual resuelve "reformar la sentencia del inferior en el sentido de **subrogarla** condenando al procesado Barrera a pagar al Tesoro Nacional la suma de quinientos pesos, como multa.

Dos errores graves halla la Corte en esta parte del fallo:

El primero es el de decir que se **subroga** la sentencia del inferior, siendo así que subrogar es sustituír una cosa por otra, de suerte que si no dijera también que "se confirma en todo lo demás" la sentencia del inferior, habría que entender que la condena se limitaba al pago de esa multa.

El segundo es el de condenar esa multa de quinientos pesos a favor del tesoro público, cuando tal cosa sólo puede hacerse en el evento de que el delito "no hubiere causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente" (art. 94 del C. P.). En el presente caso, es evidente que el homicidio causó daños apreciables pecuniariamente; pero no se avaluaron, como hubiera podido hacerse, porque no lo pidió ninguna de las partes (art. 25 de la ley 4ª de 1943).

Lo jurídico, cuando no se haga el avalúo de los daños civiles causados por la infracción, es hacer una condenación **in genere** o en abstracto, para que los interesados los hagan justipreciar por separado (art. 92 del C. P.).

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida y en su lugar condena al procesado Raúl Barrera Barrera a sufrir la pena de diez años de presidio, la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal, la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, la publicación especial de la sentencia, y a resarcir a los interesados los perjuicios causados por el delito, que serán apreciados por separado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Francisco Bruno—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO

El solo fastidio, apatía o desgano que pueda sentir un apoderado contra un funcionario judicial porque este último esté constantemente en desacuerdo cón las opiniones del abogado no constituye prueba alguna de que exista enemistad entre el Magistrado y el apoderado. Inclusive, ya lo ha dicho la Corte, la enemistad debe ser recíproca y fundarse en hechos y antecedentes objetivos que permitan llegar a esa conclusión; pero la sola manifestación que una persona haga de enemistad contra otra, no prueba la existencia de ella porque la actitud primera es una singular manifestación de antipatía y nada más.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, abril diez de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

VISTOS:

En el proceso contra Ramón Martínez y otros que se adelanta en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, el Dr. Eliécer Pinilla Rodríguez como apoderado de los sindicados presentó, con fecha treinta de enero de mil novecientos cuarenta y seis, un memorial al Magistrado Dr. Rafael Manrique Lara solicitándole "se sirva retirarse del conocimiento del presente negocio, por existir la causal contemplada en el numeral quinto del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal".

El memorialista recuerda al Magistrado recusado cómo en otras ocasiones ha tenido que proponer insistentemente la misma solicitud y dá como fundamento para hacerlo las siguientes palabras: "...Sin embargo la continuada experiencia que la actuación del señor Magistrado me proporciona todos los días con su continuo desacuerdo con las tesis de la defensa, pero también con sus honorables colegas de esa Sala Penal, quienes sí encuentran aceptables jurídicamente tales tesis, me obliga de nuevo, a pesar de mi índole adversa a éstos forcejeos que le quitan grandeza a la función de justicia, solicitarle de nuevo el favor de separarse del conocimiento de este negocio y reconocer judicialmente una realidad que la más elemental delicadeza de espíritu obliga a no disimular y menos a negar".

El señor Magistrado Dr. Manrique Lara, al responder la solicitud que se le formuló, recordó cómo en providencia de 21 de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco en el proceso contra los señores Pablo y Hernando Mejía, respondiendo a igual recusación formulada por el mismo abogado había manifestado la inexistencia de la causal alegada, habiendo sido ratificada su actitud por la H. Corte Suprema de Justicia al decidir el incidente respectivo. Efectivamente con fecha octubre dos de mil novecientos cuarenta y cinco esta misma Sala estudió la recusación propuesta y aceptó las explicaciones que dio el Magistrado recusado, declarando como conclusión que no estaba impedido.

Según parece, son en este otro proceso las mismas razones que priman en el ánimo del Dr. Pinilla Rodríguez para solicitar precisamente al mismo funcionario su separación del conocimiento del proceso, pues, de las palabras que anteriormente se destacaron del memorial del recusante, no se desprende una circunstancia nueva que fundamente su petición. El solo fastidio, apatía o desgano que pueda sentir un apoderado contra un funcionario judicial porque éste último esté constantemente en desacuerdo con las opiniones del abogado no constituye prueba alguna de que exista enemistad entre el Magistrado y el apoderado. Inclusive, ya lo ha dicho esta Corte, la enemistad debe ser recíproca y fundarse en hechos y antecedentes objetivos que permitan llegar a esa conclusión; pero, la sola manifestación que una persona haga de enemistad contra otra, no prueba la existencia de ella porque la actitud primera es apenas una singular manifestación de antipatía y nada más. Para el caso presente, el Dr. Manrique Lara ha expresado en forma sobre la cual no es posible dudar dada la dignidad del cargo que ejerce, que entre él y el Dr. Pini-

lla no existe enemistad alguna sino una simple y constante disidencia en las opiniones que ellos sostienen en los procesos en que se encuentran, el uno como Juez, el otro como apoderado.

La función judicial implica de parte de los jueces un máximo de serenidad, discreción y mesura que da a la Corte la seguridad de que los funcionarios de la rama jurisdiccional procederán siempre sujetándose a las más rigurosas normas de equidad y de conciencia sin que su ánimo se desvíe o altere de la finalidad de la justicia porque haya personas que siempre estén en desacuerdo o sientan bien o mal con respecto a las providencias que profieren.

La Corte no encuentra por parte alguna un fundamento serio del cual pueda deducir la enemistad de que trata el numeral quinto del artículo 73 del C. de P. P. y a que se refiere el Dr. Pinilla Rodríguez con respecto al Magistrado Dr. Manrique Lara.

En mérito de las consideraciones expuestas la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara que el Dr. Manrique Lara no está impedido para seguir conociendo de este proceso.

Cópiese y devuélvase el expediente.

Francisco Bruno.—Agustín Gómez Prada.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

ACLARACION DE UNA SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

VISTOS:

El doctor Edilberto Arévalo Correal, solicita se aclare la sentencia dictada por esta Corporación con fecha doce de febrero del presente año, por medio de la cual se le condenó a la pena principal de seis meses de arresto y a las accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, en el sentido de que se suprima la interdicción de derechos, sanción que no contempla el artículo en cuya aplicación se dictó la condena aludida.

Dice el peticionario:

"Por el numeral 1º de la parte resolutiva se me condenó a la "interdicción de **derechos** y funciones públicas por el mismo tiempo" esto es por el lapso de seis meses.

"A mí se me consideró como infractor del artículo 180 del C. P., que, en armonía con el 179 ibidem, la pena accesoria es la de "interdicción para el ejercicio de funciones públicas".

"En mi humilde opinión la interdicción de **derechos** públicos no la trae como sanción la disposición que se dice infringida.

"Hago esta observación con el objeto de que si la Honorable Corte la estima justa, dentro del derecho que le confiere el artículo 194 del Código de Procedimiento Penal en armonía con el 482 del C. J., se sirva aclarar la sentencia proferida en el sentido ya indicado, esto es que no soy acreedor a la interdicción de derechos públicos sino solamente a la interdicción para "el ejercicio de funciones públicas".

La Sala observa:

Es verdad que el Código de Procedimiento Penal en su artículo 194 autoriza al funcionario que dictó una sentencia definitiva, a corregirla según lo mandado por el artículo 483 del Código Judicial el cual contempla el caso en que se haya incurrido en error aritmético o numérico. En el presente asunto, no tratándose de esa clase de yerro, los textos legales aducidos por el peticionario, no pueden tenerse en cuenta. Pero como la Sala reconoce que sí hay una oscuridad en los conceptos expresados en el numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de que se trata, ha de buscar otro camino legal que autorice la aclaración solicitada.

En efecto, el artículo 7º del Código de Procedimiento Penal dice que "son aplicables al procedimiento penal, en cuanto no se opongan a lo establecido en el presente código o en leyes especiales, las disposiciones comunes a todos los juicios contenidas en el Código de Procedimiento Civil". Al tenor de este texto debe convenirse que —si expresamente la ley procedimental penal, artículo 194, autoriza a corregir la sentencia definitiva cuando se ha incurrido en error aritmético— no hay por qué desechar la tesis de que también pueda aclararse la sentencia cuando en ella haya frases o conceptos oscuros, según lo dispone el artículo 482 del Código Judicial que a la letra dice:

"La sentencia no es revocable ni reformable por el mismo Juez o Tribunal que la ha pronunciado. Con todo, pueden aclararse los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda.

"Estas aclaraciones pueden hacerse de oficio dentro del día hábil siguiente al de la notificación de la sentencia, o a instancia de parte, hecha dentro de los tres días siguientes al de la notificación".

Sobre la base legal anotada, la Sala entra a decidir el tema fundamental de la aclaración pedida.

El artículo 58 del Código Penal dice que "por regla general y salvo las excepciones consignadas en la parte especial de este Código, las penas de presidio y prisión llevan consigo la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por un período igual al de la pena principal...", texto del cual se deduce que respecto de la sanción de arresto, no consignada en el citado artículo, las penas accesorias se regirán por

las excepciones consignadas en la parte especial del Código.

Ahora bien, el artículo 179 expresa la sanción imponible al infractor del artículo 180 —disposición aplicada en la condena de que se trata— el cual dice que "los empleados del orden judicial o los Agentes del Ministerio Público... incurrirán en arresto de un mes a dos años y en interdicción para el ejercicio de funciones públicas hasta por el mismo período". Como se ve, en este texto especial del Código el arresto va acompañado de la pena accesoria de la "interdicción para el ejercicio de funciones públicas" únicamente.

De lo expuesto se deduce que efectivamente, en el caso estudiado, al expresar la Sala que el condenado estará sujeto a la pena accesoria de "interdicción de derechos y funciones públicas" se incurrió en una confusión que es justo aclarar.

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, ACLARA: Que respecto del numeral 1º de la parte resolutiva de la sentencia de doce de febrero del presente año por medio de la cual se condenó al doctor Edilberto Arévalo Correal a la sanción de arresto por el lapso de seis meses e interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, donde dijo: "interdicción de derechos y funciones públicas" sólo quiso decir: "interdicción para el ejercicio de funciones públicas". Por tanto, en este riguroso sentido y con exclusión de la palabra "derechos" es como debe entenderse y aplicarse la sanción aludida.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

EXTRAVIO DE PROCESOS

La simple disculpa de un Juez no puede exonerarlo de la grave imputación que implica la desaparición de un expediente, pues la discriminación de funciones públicas y deberes, establecidos por la ley para sus agentes, se basa en una consecuente responsabilidad de éstos para contestar y sobrellevar los resultados de los actos y tareas puestos a su cuidado. Se aflojaría el resorte de la organización judicial y se desintegraría el ordenamiento de las jerarquías si un funcionario se limitara a dar cuenta de las irregularidades acaecidas en su despacho y en el desarrollo de sus funciones, sin que sobre el mismo recayera una responsabilidad por parte de sus actos realizados, o explicara suficientemente la conducta de sus subalternos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

VISTOS:

El señor N. N., ciudadano residente en..... denunció ante la Procuraduría General de la Nación al doctor X. X., Juez Segundo Superior de allí, por unas irregularidades consistentes en la desaparición de varios sumarios, pérdida a la cual el denunciante le daba un carácter delictuoso.

Desarrollada la correspondiente investigación, el Tribunal Superior vino a desatarla, por medio del auto de fecha nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, que dice textualmente en su parte resolutiva:

"Son suficientes las consideraciones que preceden para que el Tribunal Superior del Distrito, en Sala de Decisión Penal, conforme en parte con el concepto de la Fiscalía, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, resuelva: Primero: Sobreseer definitivamente, con aplicación del artículo 437 número 2º del Código de Procedimento Penal, a favor del doctor X. X., ex-Juez Segundo Superior del Distrito Judicial en relación con los cargos que le vienen hechos en este sumario. Segundo: Ordenar que se abra la correspondiente investigación en relación con el delito de "abuso de autoridad" en que pudo incurrir el expresado Dr. Tercero: Ordenar que se saquen copias de las piezas conducentes de este proceso para que, ante juez competente, prosigan estas sumarias en relación con el sindicado Z. Z. y con los que puedan resultar comprometidos en los hechos investigados; y Cuarto: Ordenar al señor Juez Segundo Superior la reposición del proceso extraviado, para lo cual también se sacarán copias de lo conducente de este proceso".

El fallo mencionado no fue suscrito por unanimidad, pues el señor Magistrado doctor M. salvó su voto, en la forma siguiente:

"Estoy en discrepancia con el fallo proferido en el sumario seguido contra el Dr. X. X., por las razones siguientes:

"1ª) Advierto que se omitió darle cumplimiento al artículo 421 del C. de P. P., es decir, que no se declaró cerrada la investigación y no se dio en traslado al Ministerio Público para que emitiera concepto. Las disposiciones procedimentales no son vanas formalidades. Su incumplimiento constituye graves anomalías en las que no se debe incurrir.

"2ª.) En el punto segundo de la parte resolutiva se ordena abrir una investigación por el delito de abuso de autoridad, en que pudo incurrir el ex-Juez X. X. Creo, que no debe abrirse esta investigación, pues, estando acreditado el hecho expresado, debe llamarse a juicio al responsable. Lo contrario, es desconocer, los principios que informan la economía procesal. Además, cuando venga a abrirse la investigación ya el delito estará prescrito".

El auto aludido ha venido en consulta a la Corte, por lo cual es el caso de decidir lo conducente.

El señor Procurador contestó el traslado legal con los siguientes conceptos:

"Como consecuencia de la denuncia dirigida a este Despacho por el no identificado señor N. N.,

se logró establecer en este sumario la pérdida del proceso contra el señor R. R., a que se refiere el denunciante y la de dos negocios más, o sean los sumarios contra A. y B. así como la del libro o libreta de recibos de entrega del H. Tribunal donde aparecía el recibo del expediente contra R. R., firmado por el señor Z. Z., como lo dejó expresamente advertido la Procuraduría en su anterior vista sobre este mismo asunto.

"Asimismo, en el auto consultado, se anota la demora de cerca de veintidós meses que el presente negocio tuvo injustificadamente en el Juzgado Segundo del Circuito Penal de..... (folio 40 del expediente).

"Ante tan gravísimos hechos sucedidos en el Juzgado Segundo Superior de....., todos debidamente comprobados en el expediente, no se justifica por ningún motivo el sobreseimiento definitivo proferido por el H. Tribunal a favor del doctor X. X.

"Si bien puede aceptarse que no se halla comprobado el cohecho, en lo referente a la pérdida del expediente en contra del señor R. R., en cambio sí es un hecho incuestionable la sustracción de ese proceso, y ello constituye delito al tenor del ordinal 9º del artículo 231 del Código Penal.

"Además, no debe confundirse el "abuso de autoridad" consistente en no haber dado el doctor X. X. (o los demás empleados de su Juzgado) la denuncia del caso por la pérdida del expediente, con el delito mismo que se cometió al ocultarlo o sustraerlo. Son dos cosas distintas.

"Lo cual quiere decir que la investigación debe seguir y agotarse por todos los cargos que pueden aparecerle al Juez, a fin de analizar y calificar su conducta en un mismo proceso y en una sola providencia (artículo 52 C. de P. P.).

"Por otra parte, debe también averiguarse la pérdida de los otros dos expedientes contra A. y B. desaparecidos del mismo Juzgado Segundo Superior, siendo el Juez acusado el titular de él.

"Igualmente procede ordenar la investigación por las demoras que este proceso sufrió en el Juzgado Segundo del Circuito Penal de....., para lo cual debe ordenarse sacar copia de lo conducente.

"Como al doctor X. X. se le hacen, además, cargos con relación a la investigación de los desfalcos en la Tesorería Municipal de..... y sobre ellos no se averiguó mayor cosa, es el caso de adelantar el sumario en tal sentido.

"Por razón de lo expuesto, la Procuraduría solicita atentamente a la H. Corte que revoque los puntos primero y segundo de la providencia consultada y se ordene que la investigación continúe.

"En cuanto a los puntos tercero y cuarto, procede su confirmación.

"Asimismo, este Despacho le pide con todo respeto a la H. Corte que ordene sacar las copias pertinentes para averiguar las demoras que se dejaron anotadas".

La Sala observa:

El Tribunal en su auto de sobreseimiento definitivo hace el siguiente relato del negocio:

"En su fallo anterior el Tribunal acogió la vista fiscal en relación con el sobreseimiento definitivo a favor del Juez X. X. en vista de no haber sido posible comprobar la veracidad del cargo de "cohecho" que se le atribuyó. Lo único que pudo establecerse durante el informativo fue la pérdida del proceso seguido a R. R., desconociéndose la causa de tan inexplicable suceso.

"Hay constancia, en efecto, de que dicho expediente subió a este Tribunal en apelación del auto de proceder dictado por el doctor X. X. el 14 de mayo de 1940. En 24 de octubre del propio año el Tribunal confirmó el auto de enjuiciamiento, cancelándose el negocio en el Libro de Repartos. Figura en el Libro Copiador de Autos y Sentencias, a folios 196, la providencia confirmatoria. Finalmente el negocio salió del Tribunal con destino al Juzgado, como resulta de la constancia que aparece en el Libro de Recibos, que a la letra dice: "Juzgado Segundo Superior. He recibido el Oficio Nº 200 y el sumario contra R. R. por el delito de homicidio. Consta de 100 hojas. Diciembre 10 de 1940. (Fdo.) Z. Z.

"Recibido el negocio por el señor Z. Z., Portero del Juzgado, ¿qué rumbo tomó el expediente? En saberlo fracasó la investigación. El portero Z. Z. no garantiza la autenticidad de su firma puesta en el recibo preinserto, pero agrega que bien pudo suceder que recibiera el negocio entre los muchos bajados del Tribunal. No es por tanto clara la conducta de Z. Z. y se impone abrir unas sumarias para que este empleado, ante juez competente, explique mejor su actuación al respecto.

"Con todo, la situación de Z. Z. se despeja un tanto a su favor al tener en cuenta la declaración del Dr. H. para entonces Secretario de la Sala Penal del Tribunal, quien en su declaración certificada a folios 82 sostiene que el apoderado de R. R., para la época de la pérdida, le manifestó que le habían notificado en el Juzgado un auto que ordenaba darle cumplimiento a lo resuelto

por esta Corporación, esto es lo resuelto por la providencia confirmatoria del enjuiciamiento. El apoderado no desmintió al doctor H., se limitó a decir que el dato no lo dio en forma categórica por tener algún tiempo de no saber del negocio en esa oportunidad.

"Conforme, pues, al resultado de la investigación es innegable que contra el doctor X. X. no puede formularse un cargo concreto como presunto autor del delito de cohecho, que sanciona el artículo 161 del Código Penal, o del de falsedad en documentos públicos, que sanciona el artículo 231, numeral 9º, **ibidem,** pues no viene comprobado en forma alguna que admitiera dinero para ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales ni que, abusando de sus funciones públicas, hubiera ocultado el expediente de marras.

"El artículo 435 del Código de Procedimiento penal dispone que si "no fuere el caso de proferir auto de proceder, el juez dictará auto de sobreseimiento temporal o definitivo". Es incuestionable que el proceso no arroja la prueba requerida por el artículo 429 de la misma obra para abrir causa criminal contra el doctor X. X.; y ante la disyuntiva de un sobreseimiento temporal o uno definitivo, esta Corporación toma este último camino, pues no hay prueba alguna, directa o indirecta, que incrimine, aunque deficientemente, al procesado, y que imponga la reapertura de la investigación por conducto de un sobreseimiento temporal.

"No ha hallado el Tribunal justificable, sin embargo, la conducta del Dr. X. X. en cuanto al cumplimiento del mandato contenido en el artículo 154 del Código antes citado, que a la letra dice: "Cuando se perdiere un proceso penal, el juez o tribunal donde esto sucediere deberá practicar todas las diligencias necesarias no solo para comprobar el hecho y descubrir los responsables, sino también para averiguar el paradero del proceso. Pero si pasados diez días éste no apareciere, se ordenará reponer el proceso desde un principio, cualquiera que sea la instancia en que se encontrare al momento de la pérdida. Si solamente se hubiere perdido un cuaderno o incidente, que fuere necesario tener presente para la sentencia definitiva, se repondrá la pieza perdida y se suspenderá entre tanto, si fuere preciso el curso del negocio. Para la reposición de las providencias judiciales se tendrá en cuenta lo dispuesto en el artículo 164". ¿Cuál fue la conducta del Juez X. X. al saber el extravío del negocio? Preguntado al respecto (fs. 55 y 55 vto.), respondió: "Cuando tuve conocimiento de la pérdida del negocio fue en los últimos días del mes en que concluía mi período y no tuve tiempo de hacer ninguna investigación al respecto".

"La respuesta del doctor X. X. no es satisfactoria en modo alguno. Teniendo en cuenta la gravedad y trascendencia del hecho, el funcionario aludido debió darle cumplimiento al preinserto artículo 154 con prelación a cualquier otro asunto. El artículo 172 del código penal sanciona con multa de diez a trescientos pesos al funcionario o empleado público que omita, rehuse o retarde la ejecución de algún acto a que legalmente está obligado, siempre que el hecho no tenga señalada otra sanción más grave. El doctor X. X. omitió cumplir lo dispuesto en el artículo 154, con grave menoscabo para la justicia, y se hace necesario, por tanto, que en un proceso aparte se investigue acerca de su responsabilidad al respecto".

Bien puede aceptarse, al comparar las consideraciones del Tribunal con las atinadas observaciones del señor Procurador, que éstas desintegran el fallo aludido.

En efecto, el mismo Tribunal acepta comprobada la desaparición del sumario contra R. R., hecho acaecido, según las constancias analizadas, en el seno del Juzgado. También acepta el Tribunal que de esta pérdida —el Juez acusado y el empleado cuya firma atestigua el recibo del expediente aludido— sólo dan razones y disculpas vagas. Igualmente acepta el Tribunal que la aserción del sindicado, al disculparse en su indagatoria, estructura la comisión de un ilícito que merece una nueva investigación. Sin embargo, para nada tiene en cuenta la acusación del denunciante N. N. que aunque brumosa, tiene en el presente asunto una fuerza indiciaria que no puede desecharse.

Al doctor X. X. se le acusó de haber vendido el sumario contra R. R. por una cierta suma. Este acto inmoral del sindicado no pudo comprobarse, pero, en cambio, la pérdida del sumario sí se estableció perfectamente. Indagado sobre el particular el acusado respondió: "Cuando tuve conocimiento de la pérdida del negocio fue en los últimos días del mes en que concluía mi período y no tuve tiempo de hacer ninguna investigación al respecto". Ingenua y equívoca respuesta. Sobre ella, que nada explica la pérdida misma del sumario, con la cual antes bien se pretende eludir el tema, el Tribunal construye una tesis exculpatoria, expresada en los siguientes ligeros

conceptos: "Conforme, pues, al resultado de la investigación es innegable que contra el doctor X. X. no puede formularse un cargo concreto como presunto autor del delito de cohecho, que sanciona el artículo 161 del Código Penal, o del de falsedad en documentos públicos, que sanciona el artículo 231, numeral 9º ibidem, pues no viene comprobado en forma alguna que admitiera dinero para ejecutar un acto contrario a sus deberes oficiales, **ni que, abusando de sus funciones públicas, hubiera ocultado el expediente de marras.** (Subraya la Sala).

No comprende la Sala, esta escueta aseveración del Tribunal según la cual si no está comprobado el delito de cohecho, por lo mismo se excluye el delito de falsedad en documentos públicos. La desaparición del sumario no ha sido explicada; si no se logró comprobar la dádiva entregada al Juez acusado, subsiste realmente la pérdida del documento; y la disculpa ofrecida por el Juez no explica el ocultamiento del expediente, antes bien, demuestra la falta del sentido de la responsabilidad del funcionario que ante la certeza de un hecho irregular en su despacho, opta por seguir una línea de menor resistencia, explicándose vagamente.

No puede confundirse —como bien lo observa el señor Procurador— el hecho de la pérdida del expediente, con la omisión en que incurrió el funcionario acusado, al pasar por encima de una terminante disposición legal que le obligaba a dar noticia de la desaparición acaecida e investigarla, máxime si se tiene en cuenta que debía entregar en correcta forma, el despacho a su cargo. La imputación del abuso de las funciones públicas por la pérdida del expediente aludido, subsiste independientemente de la omisión en dar cuenta de tal desaparición. Por tanto, la investigación de ambos ilícitos debe proseguirse y concretarse en este mismo proceso hasta su desenlace final.

Es importante recalcar que la simple disculpa de un Juez no puede exonerarlo de la grave imputación que implica la desaparición de un expediente, pues la discriminación de funciones públicas y deberes, establecidos por la ley para sus agentes se basa en una consecuente responsabilidad de éstos para contestar y sobrellevar los resultados de los actos y tareas puestas a su cuidado. Se aflojaría el resorte de la organización judicial y se desintegraría el ordenamiento de las jerarquías si un funcionario, se limitara a dar cuenta de las irregularidades acaecidas en su despacho y en el desarrollo de sus funciones, sin que sobre el mismo recayera una responsabilidad por la parte de sus actos realizados, o explicara suficientemente la conducta de sus subalternos.

En el presente caso el doctor X. X. debe demostrar clara y suficientemente su conducta relacionada con la desaparición del sumario en cuestión, puesto que a él como titular de la función que le otorgó el Organo Judicial, le corresponde la carga y el cuidado de sus funciones y de sus tareas y, después de liberado de la posible falta y aclarada su conducta, coadyuvar por la investigación de la eventual responsabilidad de sus subalternos.

No puede tenerse en cuenta, en el presente caso, su simple afirmación de que "cuando tuve conocimiento de la pérdida del negocio fue en los últimos días del mes en que concluía mi período y no tuve tiempo de hacer ninguna investigación al respecto". Esta aseveración es impropia de un funcionario judicial que está en la obligación de velar por la seguridad de los documentos a su cuidado y no lo exculpa de la imputación que corre en el presente negocio sobre la desaparición de un documento público. Mucho menos, si se tiene en cuenta, que con la aceptación de una falta al deber, que constituye un ilícito, no puede disculparse un hecho equívoco y doloso, del cual hay suficiente comprobación en el negocio de que se trata.

Por tanto, a este respecto, la Sala considera que no puede sobreseerse definitivamente en favor del ex-Juez X. X. por los cargos que se le han hecho en el negocio que se estudia y de consiguiente debe proseguirse esta investigación hasta aclarar ciertamente los sucesos denunciados.

En el proceso que se estudia se ha logrado comprobar la pérdida de dos expedientes más: los seguidos contra A. y B. desaparecidos del mismo Juzgado a cargo del doctor X. X. Sobre la pérdida de estos sumarios no se ha esclarecido la conducta del Juez ni de sus subalternos, por lo cual es necesario insistir sobre este suceso hasta hallar la causa de tales desapariciones.

Igualmente, al sindicado X. X. se le han hecho cargos en relación con la investigación de los desfalcos en la Tesorería Municipal de....., imputaciones sobre las cuales el Tribunal no ha averiguado concretamente, por lo cual es necesario también investigar de manera diligente las circunstancias de estos hechos.

El mismo Tribunal, en el auto consultado ha caído en la cuenta de una inexplicable demora sufrida en la tramitación del presente negocio en

el Juzgado Segundo del Circuito Penal de..... ..... El desgreño de esta investigación y la lentitud del trámite, han hecho posible que sobre tan graves sucesos —como los que se investigan en el presente asunto— principie a tenderse una sombra de confusión y nimiedad. La Sala cree necesario encarecer al Juez **a quo** del negocio analizado, se diligencie con la mayor prontitud y severidad el adelantamiento de esta investigación y el de la demora sufrida por el expediente estudiado a fin de no seguir cayendo en el mismo error que se trata de esquivar y para que no se vean burlados los intereses sagrados de la administración de justicia.

En mérito de las consideraciones hechas, 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, RESUELVE:

Primero: Revócase el auto de nueve de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, que se ha estudiado en la presente consulta, en cuanto a lo dispuesto en los puntos primero y segundo;

Segundo: Continúese la investigación de todos los cargos hechos al doctor X. X., en su carácter de Juez Segundo Superior de....., cuidando de llenar todas las formalidades exigidas por la ley;

Tercero: Sáquense copias de lo conducente, con el objeto de iniciar la investigación por la demora sufrida en el presente negocio en el Juzgado Segundo Penal del Circuito de.....

Cuarto: Confírmase lo dispuesto por los puntos tercero y cuarto de la aludida providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente a su lugar de origen.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

EL PROCESADO NO PUEDE FORMULAR DEMANDA DE CASACION

(Artículos 40 de la C. N., 1º y 2º de la ley 69 de 1945 y 563 y 565 del C. de P. P.).

De conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional y con los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945, que lo desarrollan, la demanda de casación en materia penal debe formularse por abogado titulado e inscrito en la Corte. El cumplimiento de este requisto es esencial, pues ninguna otra persona, a excepción del abogado titulado o del procesado que tenga esta calidad, puede formular la respectiva demanda. Si no se hiciere así, el recurso debe declararse desierto.

El procesado, en desarrollo de la acción penal, sin necesidad de apoderado, puede interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, o actuar en todas aquellas diligencias que la ley expresamente le señala, pero el derecho a interponer el recurso de casación no se extiende hasta el acto de formular o hacer la correspondiente demanda, porque ello se lo prohibe el artículo 1º de la citada ley, y bajo este aspecto, todo escrito presentado por el procesado con carácter de demanda, no puede ser estudiado por la Corte, puesto que viola el precepto del artículo 40 de nuestra Carta.

La demanda de casación debe presentarse en el término fijado por la ley de procedimiento penal (inciso 2º del artículo 563), o sea, dentro del término de quince (15) días a partir de la fecha en la cual se corre traslado al recurrente para que formule la demanda. Si ésta no se presenta dentro del término legal, la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, debe declarar desierto el recurso, teniendo en cuenta una presunción de abandono de ese derecho, por no haberse formulado en tiempo la respectiva demanda.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diez de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

En auto de 13 de noviembre de 1945, se declaró admisible el recurso de casación interpuesto por Gerardo Aristizábal Gómez (a. Cachipay) contra la sentencia de agosto 14 del mismo año, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que condenó al reo a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, como responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO (asesinato), cometido en la persona de Ana Luisa Londoño.

En la misma providencia se dispuso correr traslado al recurrente para que formulara la correspondiente demanda, y se comisionó al Juez 1º Superior de Medellín, para notificar personalmente al procesado y a su defensor lo resuelto por esta Sala, con la advertencia de que la demanda debía formularse por abogado inscrito en la Corte.

El negocio volvió al despacho, con el informe de la Secretaría relativo a tres puntos, a saber: que venció el término del traslado que se le corrió a la parte recurrénte; que el sentenciado introdujo desde antes de empezar a correr dicho término, el escrito que obra a folios 3 a 17 del primer cuaderno del expediente; y que se presentó extemporáneamente la demanda formulada por el defensor.

La Procuraduría considera que el recurso interpuesto debe declararse desierto, de conformidad con el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, en virtud de que "El escrito del acusado no es atendible, de acuerdo con el artículo 40 de la Constitución Nacional, por no ser Aristizábal abogado inscrito", y de que "Tampoco puede tenerse en cuenta la demanda del señor defensor, porque ella fue presentada extemporáneamente".

En repetidas ocasiones, se ha sostenido que de conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional y con los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945, que lo desarrollan, la demanda de casación en materia penal debe formularse por abogado titulado e inscrito en la Corte. El cumplimiento de este requisito es esencial, pues ninguna

otra persona, a excepción del abogado titulado o del procesado que tenga esta calidad, puede formular la respectiva demanda. Si no se hiciere así, el recurso debe declararse desierto.

El procesado, en desarrollo de la acción penal, sin necesidad de apoderado, puede interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, o actuar en todas aquellas diligencias que la ley expresamente le señala, pero el derecho a interponer el recurso de casación no se extiende hasta el acto de formular o hacer la correspondiente demanda, porque ello se lo prohibe el artículo 1º de la citada ley, y bajo este aspecto, todo escrito presentado por el procesado con carácter de demanda, no puede ser estudiado por la Corte, puesto que viola el precepto del artículo 40 de nuestra Carta.

La demanda de casación debe presentarse en el término fijado por la ley de procedimiento penal (inciso 2º del artículo 563), o sea, dentro del término de quince (15) días a partir de la fecha en la cual se corre traslado al recurrente para que formule la demanda. Si ésta no se presenta dentro del término legal, la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, debe declarar desierto el recurso, teniendo en cuenta una presunción de abandono de ese derecho, por no haberse formulado en tiempo la respectiva demanda.

Como el escrito del sentenciado Aristizábal Gómez no reune las exigencias requeridas por las disposiciones citadas, y la demanda formulada por el defensor fue presentada extemporáneamente, según consta en el informe de la Secretaría, es el caso de dar aplicación al artículo 565 del Código de Procedimiento Penal.

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 la opinión de su colaborador, DECLARA DESIERTO el recurso de casación interpuesto por el procesado Gerardo Aristizábal Gómez (a. Cachipay) contra la sentencia de agosto 14 de 1945, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, que condenó al reo a la pena principal de dieciséis (16) años de presidio, como responsable del delito de HOMICIDIO CALIFICADO (asesinato), cometido en la persona de Ana Luisa Londoño.

Condénase en costas a la parte recurrente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DELITO.—NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTO

1.—El numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887 habla de equivocación en cuanto a la "época" y no en cuanto a la fecha en que se cometió un delito. Epoca no es lo mismo que fecha, ni en su acepción histórica, ni en su acepción filosófica, ni en su acepción geológica; solamente, por extensión, en su acepción gramatical, puede significar o significa CUALQUIER ESPACIO DE TIEMPO. Pero hablando propiamente —y en el legislador hay que suponer que busca la propiedad y la emplea en los vocablos para expresar sus determinaciones— traduce la palabra época PUNTO HISTORICO DESDE EL CUAL SE EMPIEZA A CONTAR LOS AÑOS, O PERIODO DE TIEMPO NOTABLE PARA LOS HECHOS HISTORICOS DURANTE EL ACAECIDOS. Mientras que fecha, en su significación corriente, equivale a la palabra latina DATA y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha escrito una carta o en que se ha verificado un suceso. Por eso, porque no siempre es posible averiguar con exactitud la fecha en que se consumó un delito, la ley no menciona ese término sino que se vale de otro más extenso, más genérico, pues hay casos en que no se logra fijar con puntualidad cronológica el tiempo de la comisión de un delito. En cambio, en un espacio grande del mismo, sí es posible hacerlo; y si el error abarca no ya una fecha sino una época, entonces sí es declarable la nulidad porque de tal manera quedaría demasiado vaga la indicación del hecho.

2.—Lo que el artículo 345 de la ley 105 de 1890 exige es que en la parte resolutiva del auto de proceder se indique el cargo mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, etc.

Una irregularidad, un error no sustancial, no constituye nulidad. Esta sí es tesis muy fundada de la Corte, repetida en muchos fallos. Un error que no afecta la integridad del proceso, que no siembra confusión alguna en el ánimo del procesado ni en quien lo defiende, ni en los Jurados, ni en el Agente del Ministerio Público, que no va contra las garantías constitucionales de la persona sometida al juicio como el hecho de no citar en el auto de proceder el Capítulo y Título en que figura el delito materia de la imputación, no puede producir nulidad del proceso en que el delincuente sabe por qué se le juzga, de qué cargo debe defenderse y de él se ha defendido con precisión y abundancia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo diez de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

Tiene la Sala a su estudio la demanda de casación presentada por el doctor J. Emilio Duque, defensor de Luis Eduardo Muñoz, procesado por el delito de homicidio.

Pero antes de hacer concreta y expresa referencia a ella y al concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, quien la coadyuva, quizá sea conveniente conocer algunos pormenores de este accidentado proceso, cuya larga estadía en los estrados judiciales merece ser relatada.

Hecho

El diez y seis de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, como a las diez y media de la noche, Ramón Tamayo, quien desempeñaba el cargo de Agente de la Policía, tropezó, en una calle de la ciudad de Medellín con Luis Eduardo Muñoz. Este, que se encontraba ebrio, tomó a ultraje la acción involuntaria de Tamayo y lo ofen-

dió, primero con palabras, luego con hechos, invitándolo a pelear, para lo cual le ofreció su propio cuchillo, sin atender las reiteradas excusas que, intimidado y acobardado, le presentaba Tamayo, quien visiblemente rehuía todo lance con su gratuito ofensor. Finalmente, Muñoz pareció haber abandonado su belicoso empeño y se dirigió a una tienda, conducido por alguien que intervino para evitar el desenlace fatal; y cuando Muñoz, conocido con el remoquete de "Conejo", entró a ella, Tamayo, en un impulso de tardía reacción, disparó dos veces un revólver hacia el lugar en que se hallaba Muñoz. Este salió y acometió con su cuchillo a aquél —que entonces tampoco se defendió—, con el cual le causó siete heridas. Llevado a la Policlínica el lesionado, murió esa misma noche en la mesa operatoria, a consecuencia de una herida que interesó la vena femoral".

Actuación judicial

El doce de diciembre de mil novecientos treinta y cuatro, el Juez 1º Superior de Medellín abrió juicio criminal al delincuente Muñoz. La parte resolutiva de esa providencia dice:

"Llámase a responder en juicio criminal con intervención del Jurado a Luis Eduardo Muñoz (a. Conejo) por el delito de homicidio consistente en haber herido con arma cortante y punzante (cuchillo o puñaleta) a Ramón Tamayo a consecuencia de lo cual murió éste momentos después. Hecho que tuvo su cumplimiento en esta ciudad en la noche del diez y seis de septiembre del año en curso".

Adelantado el juicio, se celebró audiencia pública el treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y cinco, y el Juez dictó sentencia el veintisiete de octubre siguiente, condenando a Muñoz, de acuerdo con el veredicto afirmativo del Jurado, a la sanción principal de tres años de reclusión. Fallo que reformó el Tribunal Superior de Medellín el treinta de marzo de mil novecientos treinta y cinco, en el sentido de elevar la pena a seis años de presidio.

Esta sentencia fue recurrida en casación, y la Corte, el catorce de septiembre de mil novecientos treinta y seis, la invalidó declarando la nulidad de la actuación, a partir de la diligencia de sorteo de jurados, fechada el siete de julio de mil novecientos treinta y cinco (folios 75 v).

Suplida la parte invalidada y convocado nuevo Jurado, que se constituyó en audiencia pública el veinticuatro de junio de mil novecientos treinta y ocho, aquél emitió su veredicto, y conforme al mismo el Juez dictó sentencia el catorce de septiembre de ese año, en la que condenó al procesado a la sanción de un año de reclusión. Pero el Tribunal Superior de Medellín, en sentencia de ocho de marzo de mil novecientos cuarenta, declaró injusto ese veredicto de los jueces de conciencia.

Vuelto el expediente al Juzgado, se procedió a reunir otro personal de juzgadores de hecho, a los cuales, en la sesión del nueve de julio de mil novecientos cuarenta y dos, se le sometió la siguiente única pregunta:

"El acusado Luis Eduardo Muñoz (a. Conejo) es responsable de haber herido voluntariamente con arma cortante y punzante (cuchillo o puñaleta) a Ramón Tamayo, a consecuencia de lo cual murió éste momentos después, hecho que tuvo su cumplimiento en esta ciudad en la noche del diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro?"

La respuesta fue: "Sí, en riña provocada por el agresor".

Sobre este último veredicto el Juez 1º Superior de Medellín pronunció su fallo condenatorio, en el cual le impone a Luis Eduardo Muñoz la sanción principal de seis años de reclusión. Y el Tribunal Superior de Medellín, con fecha diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, aprueba lo resuelto en primera instancia.

Esta es la sentencia actualmente recurrida en casación y en relación con la cual va la Sala a resolver, con la previa advertencia de que el recurso se ha tramitado de conformidad con las leyes procedimentales anteriores a la actual, o sea, con las que estaban en vigencia cuando se cometió el delito y se inició el proceso (105 de 1890, 40 de 1907, 81 de 1910, 78 de 1923 y 118 de 1931).

Demanda de casación

Aun cuando el demandante no cita expresamente causal ninguna, sin embargo se nota que ella es la 2ª de la ley 118 de 1931, reproducida exactamente de la que con el mismo número figura en la ley 78 de 1923, que dice así:

"Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por cuanto se haya dictado sobre un juicio viciado de nulidad sustancial según la ley".

Dos son los motivos que alega el recurrente para fundarla. Primero: Que en la cuestión propuesta al Jurado se le preguntó acerca de un he-

cho ocurrido en la noche del diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, no siendo ello así, puesto que el delito se consumó a las diez o diez y media de la noche del diez y seis de septiembre de tal año, y el ofendido murió más o menos una hora después.

El segundo motivo consiste en haber tomado parte en la última audiencia, como Jurado, el señor Jorge Arango Vieira, hermano del doctor Antonio Arango Vieira, quien actuó como Fiscal del Juzgado 1º Superior en la primera audiencia, mas no en la segunda, ni en la tercera o última.

Así, escuetamente, presenta el interesado su demanda, sin citar ninguna disposición legal.

Concepto del Ministerio Público

El señor Procurador Delegado en lo Penal, en uso de la autorización consagrada en el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, desarrolla y amplía la demanda, cuyos motivos acepta.

Realiza lo primero (el desarrollo), exponiendo, con respecto al primer motivo, que el numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887, menciona como causal de nulidad en todos los juicios criminales el haberse incurrido en equivocación relativa a la **época** en que se cometió el delito.

En lo tocante al segundo motivo, o sea, a haber formado parte del Jurado un hermano de quien llevó la voz del Ministerio Público en la primera audiencia, cita el numeral 4º del artículo 243, de la ley 57 de 1887, que dice:

"Son impedimentos para desempeñar el cargo de Jurado en determinada causa:

".....

"4º Ser ascendiente o descendiente o hermano del defensor o del Fiscal".

De donde deduce el Jefe del Ministerio Público que es admisible la motivación que viene contenida en la demanda.

Por su parte presenta otro motivo de nulidad, y es éste: Que cómo en el auto de proceder no se citó ni el título ni el capítulo correspondiente al delito por el cual se llamó a responder en juicio criminal a Luis Eduardo Muñoz, debe anularse el proceso desde aquel auto inclusive.

En relación con este punto dice que el artículo 345 de la Ley 105 de 1890 ordena que en la parte resolutiva del auto de enjuiciamiento se formule el cargo mencionando el delito con la denominación que le dá el Código Penal en el respectivo capítulo o en el correspondiente título, cuando éste no se divida en capítulos.

De suerte —concluye— que la denominación genérica del hecho punible no consiste solamente en enunciar el "título del delito" (sic), como homicidio, heridas, falsedad, etc.; sino en circunscribirlo con la cita que le dá el Código Penal en el capítulo o título correspondientes.

Y para terminar, se acoge a la doctrina que sobre el particular ha prevalecido en la Corte, según referencia que hace del fallo de veintinueve de noviembre de mil novecientos treinta y ocho en el proceso de Luis María Figueroa.

SE CONSIDERA:

Primer motivo.—Epoca del delito.

Es verdad que en la pregunta formulada al Jurado en la última audiencia se tuvo como ocurrido el hecho el diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, no obstante que en el auto de proceder se señaló el diez y seis de septiembre como fecha de la infracción y de su consecuencia.

Sin embargo, ya en otra ocasión, al formular la pregunta que debía contestar el primer Jurado, tampoco fue muy preciso el Juez, puesto que ahí dio por cometido el delito "en la noche del diez y seis al diez y siete".

Quizá esta falta de precisión se debió a que fue en la última hora del diez y seis de septiembre cuando murió el ofendido; y el Juez al englobar uno y otro hecho (el de la lesión y el de la muerte) no se atrevió a ser demasiado exacto, ya que la misma partida de defunción se prestaba a tal oscuridad, como puede verse en el texto de esta diligencia, que es el siguiente:

"El infrascrito Cura de la parroquia de San José de Medellín CERTIFICA: Que en el libro primero de defunciones de esta santa Iglesia parroquial al folio 241 y bajo el número 703 se encuentra una partida que a la letra dice: "En la parroquia de San José de Medellín, a diez y siete de septiembre de mil novecientos treinta y cuatro, en el cementerio de San Lorenzo se dio sepultura eclesiástica al cadáver de Ramón Tamayo, adulto, casado con Clarisa Pineda, de cuarenta años de edad, e hijo legítimo de Patricio Tamayo y Ana R. Gutiérrez, vecinos de esta parroquia. Murió de muerte violenta, en las "Palmas". No alcanzó los sacramentos. Doy Fe.—Alejandro Correa R., Cura".

Pero admitiendo que es evidente que tanto las lesiones como la muerte ocurrieron en la noche del diez y seis de septiembre, no prospera la nulidad pedida, por estas razones:

Primero, porque el numeral 7º del artículo 264 de la Ley 57 de 1887 habla de equivocación en cuanto a la "época" y no en cuanto a la fecha;

Segundo, porque se entiende que esa equivocación se refiere al auto de proceder, y no a otro documento del proceso; y

Tercero, porque ya la Corte ha expuesto su criterio invariable a propósito de este tema jurídico.

Epoca no es lo mismo que fecha, ni en su acepción histórica, ni en su acepción filosófica, ni en su acepción geológica; solamente por extensión, en su acepción gramatical, puede significar o significa **cualquier espacio de tiempo.** Pero hablando propiamente —y en el legislador hay que suponer que busca la propiedad y la emplea en los vocablos para expresar sus determinaciones—, traduce la palabra época **punto histórico desde el cual se empieza a contar los años, o período de tiempo notable para los hechos históricos durante él acaecidos.** Mientras que fecha, en su significación corriente equivale a la palabra latina **data** y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha escrito una carta o en que se ha verificado un suceso.

Por eso, porque no siempre es posible averiguar con exactitud la fecha en que se consumó un delito, la ley no menciona ese término sino que se vale de otro más extenso, más genérico, pues casos hay en que no se logra fijar con puntualidad cronológica el tiempo de la comisión de un delito. En cambio, en un espacio grande del mismo, sí es posible hacerlo; y si el error abarca no ya una fecha sino una época, entonces sí es declarable la nulidad porque de tal manera quedaría demasiado vaga la indicación del hecho.

En relación con este aspecto del problema la Corte ha dicho:

"... la ley emplea el término EPOCA, sustantivo que, entendido en su significación corriente, significa "período de tiempo que señala por los hechos históricos durante él acaecidos", o, "por extensión, cualquier espacio de tiempo". Así define el vocablo, en sus significaciones corrientes el Diccionario de la Lengua; y así ha de entenderlo el juzgador porque ese es su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que deben tomarse en la ley en esa forma y sentido, según la regla consignada en el artículo 28 del Código Civil. No cabe sinonimia entre la palabra DIA y la voz EPOCA. Tienen dos significados completamente distintos en el uso corriente. Día es una medida de tiempo, indicativa de la claridad del sol sobre el horizonte; y época, como ya se vio, expresa cualquier espacio de tiempo. De otro lado, en tratándose de un proceso, de un juicio, de un sumario, de una relación de hechos delictuosos e imputables al agente, al ejecutor de ellos, el período de tiempo en que ellos ocurran está señalado por las circunstancias, no sólo de tiempo sino de lugar, de ubicación, que determinan el suceso individualizándolo, no sólo por el espacio día o por el espacio hora, que son medidas de tiempo, sino por otras notas características, complementarias y lo señalan como culminante, como separación de períodos más o menos largos, o más o menos cortos, en que se cumple el suceso. Por eso la ley usó el término EPOCA, pues la ejecución de un hecho puede ocurrir en distintas medidas de tiempo, que jalonan ese lapso por otras circunstancias complementarias". (Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Tomo V, págs. 576 a 579).

Segundo motivo.—Impedimento de un Jurado.

Aparte de que el doctor Antonio Arango Vieira no tuvo sino una muy breve ingerencia en este proceso, pues su participación se limitó a asistir, como Agente del Ministerio Público, a la audiencia del treinta y uno de julio de mil novecientos treinta y cinco, que hubo que repetir por dos veces más, sin que él ya estuviera desempeñando el cargo de Fiscal del Juzgado 1º Superior de Medellín, y a emitir concepto acerca de la excarcelación solicitada para el procesado antes de la primera sentencia, en la disposición invocada se dá a entender que no es el pariente de cualquier agente del Ministerio Público el que está impedido para formar parte del Jurado, sino aquél que tenga el parentesco que ella determina con el Fiscal que lleva la voz de la sociedad en el acto en que está presente como juzgador de hecho el impedido. Esto se deduce de la misma redacción del artículo.

Pero si hubiera de interpretarse con mayor amplitud esa disposición, tampoco en este caso resultaría pertinente la crítica. No lo es, porque el proceso fue declarado nulo por esta Corporación, a partir de la diligencia del sorteo del primer jurado. Es decir, que en esa declaración invalidatoria quedó comprendida la actuación del Fiscal

Arango Vieira, lo que equivale a concluír que no tuvo ninguna válida. Y es claro que sobre una actuación inexistente no se puede fundar ningún reparo.

No prosperan, pues, los dos motivos de casación presentados por el demandante y desarrollados y sustentados por el Jefe del Ministerio Público en el ramo penal.

Petición de nulidad de la Procuraduría

Cierto es que la Sala de Casación Penal de la Corte, en el caso que trae a cuento el señor Procurador Delegado en lo Penal y en algún otro, ha sostenido que la omisión en el auto de proceder del Capítulo y Título en que figura el delito materia de la imputación, genera nulidad.

¿Pero tiene esa tesis la suficiente consistencia, y está por lo mismo la nueva Sala en el deber de seguirla?

Lo primero que hay que observar es que el numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887 claramente alude a la equivocación relativa a la **denominación genérica del delito.** Y lo que el artículo 345 de la ley 105 de 1890 exige es que en la parte resolutiva del auto de proceder se indique el cargo mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divide en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, etc.

Preciso es reconocer que tal fue lo que se determinó en el auto de enjuiciamiento. El acusado cometió un delito de homicidio, y por él se le llamó a responder, pues esa es la denominación que en el Código Penal recibe el hecho de darle muerte a otra persona.

Una irregularidad, un error no sustancial, no constituye la nulidad. Esta sí es tesis muy fundada de la Corte, repetida en muchos fallos. Un error que no afecta la integridad del proceso, que no siembra confusión alguna en el ánimo del procesado ni en quien lo defiende, ni en los Jurados, ni en el Agente del Ministerio Público, que no va contra las garantías constitucionales de la persona sometida al juicio, no puede producir nulidad del proceso en que el delincuente sabe por qué se le juzga, de qué cargo debe defenderse, y de él se ha defendido con precisión y abundancia.

Naturalmente que es aconsejable que los jueces sigan la práctica general de citar el capítulo y el título en donde aparece el delito que es materia del proceso. Pero, se repite, una omisión de esa naturaleza no puede dar lugar, si no se ha demostrado que influyó en perjuicio del acusado o de la justicia, a declarar una nulidad, porque éstas están instituídas para garantizar la justicia y no para hacer interminables los procesos judiciales.

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, NO INVALIDA la sentencia de diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, del Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual, se condenó, como homicida a Luis Eduardo Muñoz, a la sanción principal de seis años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CALIFICACION ESPECIFICA DEL DELITO EN EL AUTO DE PROCEDER

1.—Ha explicado la Corte en fallos recientes que la calificación ESPECIFICA que del delito se hace en el auto de proceder es apenas provisional, para que de acuerdo con las probanzas alegadas en el plenario de la causa pueda ser fijada en el veredicto del Jurado, y que lo único inmodificable en la sentencia es la denominación genérica que se haya hecho de la infracción en el enjuiciamiento, a menos que se trate del caso de nulidad contemplado en el ordinal 8º del art. 198 del Código de Procedimiento Penal. Así lo indican el texto del artículo 431 del citado Código y los antecedentes expuestos por la comisión revisora, según los cuales, si fuera inmodificable la especie o las circunstancias modificadoras del hecho señaladas en el auto de llamamiento a juicio carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales.

2.—En el caso del proceso se le preguntó al Jurado si N. N. era responsable de "haber dado muerte, con propósito de matar a N. N.", y contestó diciendo: "Sí, pero sin el propósito de matar". La Corte dice: "Según esto, la respuesta de los jueces de conciencia es clara y precisa: aceptaron la realización material del hecho por parte del acusado, pero negaron la imputabilidad moral o psíquica; y como el delito requiere la concurrencia del elemento psíquico con el físico, al no reconocer el último quedó desintegrada la figura dolosa sobre la cual se les interrogó". Verdad es que en algunas ocasiones el resultado dañoso no corresponde al propósito querido por el autor del hecho, como cuando queriendo herir solamente al enemigo lo mata, o como cuando causa la muerte de una persona mediante un hecho cuya peligrosidad ha debido prever o que confió temerariamente en poder evitar, o como si el perjuicio irreparable obedeció a un verdadero caso fortuito, y así en otras contingencias. Pero de todos modos es el Jurado la entidad que debe calificar los hechos en los juicios én que interviene, de tal suerte que en el veredicto, base inmediata de la sentencia, ha de hallarse configurada la figura delictiva correspondiente del Código Penal. Si el veredicto es contrario a la evidencia, el Juez ha de convocar otro Jurado para que califique los hechos; pero en ningún caso puede apartarse de él buscando interpretaciones o declaraciones implícitas no contenidas claramente en la respuesta del tribunal popular, para escoger una especie dentro del género del delito. Ello equivaldría a desconocer la institución del Jurado y a fallar de una manera arbitraria, que resulta más patente en tratándose de fallo condenatorio que, como lo anota el Ministerio Público, no puede sustentarse en bases de oscuridad e incertidumbre. Varias veces se ha presentado a la Corte el mismo problema de haber negado los jueces de hecho el propósito de matar en quien ha sido llamado a juicio por homicidio intencional, y en todas ellas ha resuelto que la sentencia tiene que ser absolutoria en casación, sin que esto obste para que en las instancias se hubiera declarado el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, en su caso.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 18 de agosto de 1945, condenó a José Duque a la pena principal de un año de prisión y las accesorias correspondientes, como responsable del delito culposo de homicidio perpetrado en la persona de Arturo López.

Su defensor interpuso contra esa sentencia el recurso de casación, y ante la Corte presentó un apoderado especial la demanda respectiva.

Hechos y actuación procesal. — Los hechos que

dieron origen a la formación del proceso ocurrieron en la madrugada del 23 de agosto de 1943, en la cantina de Lázaro López, situada en el Corregimiento de Arauca, del Municipio de Palestina en el Departamento de Caldas. Al establecimiento llegaron como a las tres de la mañana José Miguel Duque y otros, a caballo, introdujeron las bestias al salón y habiendo pedido cerveza se dispusieron a bailar al són de música de instrumentos de cuerda. José Miguel Duque sacó como pareja a la muchacha Rosa Calvo, pero Luis E. Sepúlveda tomó a Rosa de un brazo para impedirle que bailara con Duque. Intervinieron los presentes para evitar la pelea, pero no valió la mediación, porque Duque desenfundó su revólver, protestando por lo acaecido, e hizo un disparo del que resultó herido Arturo López; se oyeron otros disparos y en fin, la reunión se disolvió. López falleció a consecuencia de la lesión recibida.

El Juzgado Primero Superior de Manizales, en auto de 11 de mayo de 1944, llamó a responder en juicio a José Miguel Duque por el homicidio en Arturo López, enjuiciamiento que fue confirmado por el Tribunal en providencia de 29 de agosto del mismo año.

El jurado reunido para definir la responsabilidad del acusado, contestó la pregunta que se le hizo diciendo: "Sí, pero sin el propósito de matar".

El Juez del conocimiento sancionó a Duque como autor de un homicidio culposo, con seis meses de prisión, en sentencia de 20 de febrero del año pasado, la que fue confirmada por el Tribunal en fallo de 18 de agosto último, pero fijando la pena en un año de prisión.

Demanda de casación.—Invoca el recurrente las causales primera y tercera de casación, que pasa la Corte a estudiar, pero en orden inverso, por el efecto que tienen sobre el fallo.

CAUSAL TERCERA: — No estar la sentencia de acuerdo con el auto de proceder ni con el veredicto del jurado.

a) **Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder.**

El demandante alega que el auto de proceder llamó a juicio a José Miguel Duque por "homicidio voluntario" y que la sentencia lo condena por un "homicidio culposo", en lo cual no hay la consonancia que entre estas dos providencias exige la ley.

Se considera:

Ha explicado la Corte en fallos recientes que la calificación **específica** que del delito se hace en el auto de proceder es apenas provisional, para que de acuerdo con las probanzas allegadas en el plenario de la causa pueda ser fijada en el veredicto del jurado, y que lo único inmodificable en la sentencia es la denominación genérica que se haya hecho de la infracción en el enjuiciamiento, a menos que se trate del caso de nulidad contemplado en el ordinal 8º del artículo 198 del código de procedimiento penal. Así lo indican el texto del artículo 431 del citado código y los antecedentes expuestos por la comisión revisora, según los cuales, si fuera inmodificable la especie o las circunstancias modificadoras del hecho señaladas en el auto de llamamiento a juicio, carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales. (Casaciones de Otoniel Santana Villamil y Alfonso García González, de 11 de febrero y de 27 de marzo de 1946).

Viniendo al proceso en estudio, forzoso es concluír que no hay desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia, puesto que Duque fue llamado a juicio por homicidio — que es el género del delito — y por homicidio fue sancionado.

Hay, sí, disparidad en cuanto la sentencia reprimió un "homicidio culposo", siendo así que el llamamiento a juicio se había hecho por "homicidio voluntario". Pero eso se debió al veredicto del jurado, que se estudiará en seguida.

b) **Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.**

Alega el recurrente que la sentencia se apartó del veredicto del jurado, porque habiendo negado éste el propósito de matar, no podía el juez de derecho "hacer una búsqueda desesperada de otra modalidad de ese delito (del de homicidio), para situar en ella el acto del señor Duque Londoño"; sino conformarse estrictamente con el concepto de los jueces de hecho.

De que el jurado hubiera negado la intención de matar, no puede deducirse que hubiera querido declarar un homicidio culposo, porque entonces otra hubiera sido su respuesta, dada la facultad de explicarla que concede el artículo 29 de la ley 4ª de 1943. Además, fuera de la posibilidad de un homicidio culposo, no se pueden descartar otras que pudieran deducirse del veredicto; y siendo así, no hay base segura para condenar en la forma contemplada en la sentencia porque "los jueces de hecho no pueden fundamentar sus pro-

videncias sobre probabilidades, sino sobre hechos concretos y demostrados plenamente a través de los elementos de juicio" que obran en el proceso.

Se considera:

El recurrente tiene razón en esta parte de su demanda. En efecto, al jurado se le preguntó si José Miguel Duque era responsable de "haber dado muerte, **con propósito de matar,** a Arturo López"; y contestó diciendo: "Sí, pero **sin el propósito de matar**".

Según esto, la respuesta de los jueces de conciencia es clara y precisa: aceptaron la realización material del hecho por parte del acusado, pero negaron la imputabilidad moral o psíquica; y como el delito requiere la concurrencia del elemento psíquico con el físico, al no reconocer el último, quedó desintegrada la figura dolosa sobre la cual se les interrogó.

Verdad es que en algunas ocasiones el resultado dañoso no corresponde al propósito querido por el autor del hecho, como cuando queriendo herir solamente al enemigo lo mata, o como cuando causa la muerte de una persona mediante un hecho cuya peligrosidad ha debido prever o que confió temerariamente en poder evitar, o como si el perjuicio irreparable obedeció a un verdadero caso fortuito, y así en otras contingencias.

Pero de todos modos, es el jurado la entidad que debe calificar los hechos en los juicios en que interviene, de tal suerte que en el veredicto, base inmediata de la sentencia, ha de hallarse configurada la figura delictiva correspondiente del código penal. Si el veredicto es contrario a la evidencia, el juzgado ha de convocar otro jurado para que califique los hechos; pero en ningún caso puede apartarse de él buscando interpretaciones o declaraciones implícitas no contenidas claramente en la respuesta del tribunal popular, para escoger una especie dentro del género del delito. Ello equivaldría a desconocer la institución del jurado y a fallar de una manera arbitraria, que resulta más patente en tratándose de fallo condenatorio, que, como lo anota el Ministerio Público, no puede sustentarse en bases de oscuridad e incertidumbre.

Varias veces se ha presentado a la Corte el mismo problema de haber negado los jueces de hecho el propósito de matar en quien ha sido llamado a juicio por homicidio intencional, y en todas ellas ha resuelto que la sentencia tiene que ser absolutoria en casación, sin que esto obste para que en las instancias se hubiera declarado el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, en su caso.

Así, en casación de 2 de abril de 1943, dijo:

"Cuando el jurado contesta afirmativamente el primer cuestionario de homicidio, es decir, la pregunta de si el procesado fue el ejecutor material del hecho y al propio tiempo niega el segundo cuestionario, esto es, el referente a intención o propósito de matar, puede suceder que el ánimo de los jueces de conciencia sea el de aceptar que hubo un caso fortuito, o el de afirmar que el resultado del hecho superó a la intención del agente, o deducir que sólo hay nexo de causalidad física entre la acción del procesado y la muerte del otro, pero que falta el nexo de causalidad moral; en el primero de estos tres supuestos desaparece la imputación, en el segundo se presenta la modalidad del homicidio ultraintencional, y en el tercero, dejando subsistente la imputabilidad física, queda negada la responsabilidad".

"...Ahora: contestando afirmativamente el primer cuestionario —ejecución material del hecho— pero negativamente todos los demás, no hay segura base para condenar porque las diferentes modalidades del homicidio son igualmente probables y entonces resulta arbitrario optar por una de ellas".

El Tribunal, como lo anota la Procuraduría, trató de hacer una diferencia entre los casos fallados por esta Sala y el presente, fundándose en que en aquéllos se había formulado la serie de cuestionarios que el código permitía hacerle al jurado, mientras que aquí se había hecho la única pregunta de que habla la ley 4ª de 1943.

Pero a ello contesta el Ministerio Público diciendo que la esencia de la doctrina es igual para todos los casos:

"Efectivamente —dice— lo que la Corte examinó en el fondo de tales ocasiones fue la negativa dada por el jurado sobre el propósito de matar que moviera al acusado, y la omisión en que incurrieron los jueces de conciencia al no puntualizar cuál fue la intención del homicida, o en qué circunstancias se desarrolló su actividad psíquica. Esa es la esencia del problema, que no puede supeditarse al aspecto meramente formal del número de cuestionarios sometidos al jurado. Aquí, aun que fue uno, contiene todos los elementos materiales y morales del delito, que hubieran podido descomponerse en series de preguntas, conforme al sistema que consagraba el código de procedimiento penal; y la respuesta del jurado contiene también la misma incertidumbre que se le pre-

sentó a la H. Corte en la casación de Julia García Abril.

"Por tanto, al acusado José Miguel Duque le es perfectamente aplicable esa doctrina, por la identidad de razones jurídicas que concurren en ambos procesos".

Y como resultado de las anteriores reflexiones, concluye:

"En el presente caso la única cuestión sometida al jurado contiene la pregunta sobre los elementos genéricos y específicos del homicidio, especialmente lo referente al hecho material y al propósito de matar.

"Afirmado lo uno y negado lo otro, surge la perplejidad acerca del elemento espiritual del delito: ¿quiso el jurado reconocer la existencia de un caso fortuito, o de una culpa, o de una acción dolosa llevada a término en forma que superó la intención del agente, esto es, de un homicidio preterintencional? Imposible saberlo".

De esta suerte, aunque el homicidio culposo no requiera el "propósito de matar" que negó el jurado en el proceso en estudio, no puede decirse que esa hubiera sido la figura delictiva declarada en el veredicto, porque bien pudo haber tenido en mientes otra distinta a la absolución del culpable, y no hay precepto que consagre ese arbitrio del juez en la calificación de los hechos, que le corresponde exclusivamente al jurado en los juicios en que debe intervenir (art. 480 del C. de P. P.).

"Deplorable es— concluye el concepto del señor Procurador— que el delito aquí investigado haya de quedarse impune; pero ello se debe a la inconveniente y defectuosa institución del jurado, cuya impreparación científica para resolver cuestiones tan elevadas y difíciles como la responsabilidad penal, lo hace incurrir en graves errores que perturban hondamente la justicia represiva. De ahí que los jueces de derecho deban ser muy precavidos y celosos en esta clase de procesos, agotando los medios que la ley les da para enmendar los dislates del jurado y evitar así que la defensa social contra la delincuencia se haga nugatoria en no pocos casos".

En consecuencia, prospera la causal invocada, por este aspecto.

CAUSAL PRIMERA: Indebida aplicación de la ley penal.

Esta causal no puede prosperar, porque el desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado que alega el recurrente aquí, no es propio de la causal primera, sino de la tercera, que ya fue analizada; además, porque la causal primera no se estableció en defensa de la ley procedimental, sino de la ley penal sustantiva; y sobre todo, porque resulta inoperante al darse por acreditada la anterior.

Resolución:

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando y en su lugar absuelve al procesado José Miguel Duque por el homicidio en Arturo López de que trata este proceso.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL 2ª DE CASACION—DIFERENCIA ENTRE ESTADO DE IRA E INTENSO DOLOR Y EL RESENTIMIENTO

1.—La Corte ha resuelto en reciente y reiterada jurisprudencia, que la causal 2ª de casación no es procedente alegarla en los negocios en que interviene el Jurado, por haber sido excluída de este recurso extraordinario en el nuevo Código de Procedimiento Penal.

2.—Como ya lo dijo la Corte, la apreciación de la gravedad e injusticia de una provocación no se pueden medir solamente de manera subjetiva, porque lo que aminora el delito "no es la cólera o el dolor sino la justa causa de la ira o el dolor, pues de lo contrario todo estado emocional o pasional serviría para atenuar fundamentalmente la gravedad del hecho, aun cuando tuviera el origen más innoble o antisocial que pudiera imaginarse, y una tesis tan peligrosa para la sociedad es inadmisible".

El "estado de ira o de intenso dolor" de que habla el artículo 28 del C. P. no puede equipararse al mero RESENTIMIENTO, que es el "pesar o enojo por una cosa" pero no de gran intensidad. Eso lo explica el otro significado de la palabra que trae el Diccionario del idioma: "EMPEZAR a flaquear o SENTIRSE una cosa". Tan trivial es esta cuestión, que nadie dirá de quien ha realizado un delito al impulso de un violento estado afectivo de ira o de dolor, como lo requiere el precepto del Código, que estaba RESENTIDO, sino que obró iracundo, indignado, herido, ultrajado, adolorido, o empleará cualquiera otra expresión distinta de aquélla.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, quince de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Juzgado Segundo Superior del Distrito Judicial de Ibagué, condenó a Simón Laguna Hernández, Jacinto Zabala Nieto, Lorenzo González Barrios, y Florentino Laguna Nieto, a sufrir cada uno la pena principal de quince años de presidio, como autores del asesinato cometido en la persona de Rogelio Correa Camacho.

El Tribunal Superior del mismo Distrito, en sentencia de trece de julio último, confirmó la del Juzgado.

Contra esta sentencia interpusieron recurso de casación los procesados, con excepción de Simón Laguna Hernández, de suerte que la demanda presentada no debe entenderse en cuanto a éste, aunque el abogado hable en nombre de los cuatro.

Las causales invocadas son la primera, segunda, tercera y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal.

CAUSAL SEGUNDA: Errada interpretación o apreciación de los hechos.

El apoderado de los recurrentes sostiene esta causal diciendo que en los cuestionarios se les hicieron a dos de los procesados cargos que no constaban en el auto de proceder, y que se había desconocido una modificación favorable hecha por el jurado.

La Procuraduría observa que estas acusaciones son propias de la causal tercera y no de la segunda, y, además, que la Corte ha resuelto en reciente y reiterada jurisprudencia que esta causal segunda no es procedente alegarla en los negocios en que interviene el jurado, por haber sido excluída de este recurso extraordinario en el nuevo código de procedimiento. Por tanto, no puede prosperar.

CAUSAL CUARTA: Nulidad del juicio.

Alega el recurrente:

"Solamente después de las intervenciones del Agente del Ministerio Público y de la primera intervención del señor apoderado de la parte civil (se refiere a la audiencia), resuelve el señor Juez conceder el uso de la palabra a los procesados y a sus defensores...., y como ello envuelve una

violación clara y terminante del procedimiento a seguir en estos juicios por jurados, ya que se mermó el derecho de defensa tanto para los procesados como para sus defensores, y se les mermó en el tiempo a que se refiere la ley y se ordenó que la acusación hablara por no solamente dos veces seguidas (sic), sino tres, habida consideración de la intervención del señor apoderado y de la parte civil, es por ello que sostengo que se dictó sentencia... habiéndose violado (sic) la ley procedimental".

Se considera:

En el acta de la audiencia pública consta: que hicieron uso de la palabra el Fiscal y el apoderado de la parte civil; que luego habló por segunda vez el Fiscal; que en seguida fueron facultados para hablar, por primera vez, los defensores de los procesados, pero que renunciaron ese derecho; que el apoderado de la parte civil no quiso hacer uso de la palabra la segunda vez que se le otorgó; y que, por último, hablaron los encargados de la defensa de los acusados.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 471 del código de procedimiento penal, cada uno de los interesados en el proceso tiene derecho a hacer uso de la palabra por dos veces y la voz de la defensa debe ser la última que se escuche en la audiencia, después de haber hablado el Agente del Ministerio Público y la parte civil, en su caso. Esto tiene por objeto facilitar el estudio de los cargos y que los acusados tengan ocasión de defenderse de todos los que se hagan en el plenario de la causa. Si la defensa no hablara de último, podrían quedar sin respuesta cargos hechos por el representante de la sociedad o por la parte civil, lo cual llevaría a fallar el proceso sin haber oído y vencido a los culpables.

Como la Procuraduría lo comenta, estos dos requisitos se cumplieron plenamente en el presente negocio, pues por dos veces se concedió la palabra a los defensores de los procesados, la primera de las cuales renunciaron, y ellos ocuparon el último lugar en el ejercicio de este derecho.

"La mera circunstancia de que al Fiscal se le concediera seguidamente el uso de la palabra por las dos veces —añade la Procuraduría— fue más bien una merma para ese funcionario en el desempeño de su cargo. Tanto es así, que en la segunda vez que se le concedió ese derecho, se limitó únicamente a coadyuvar la exposición hecha por el apoderado de la parte civil, sin penetrar en análisis alguno sobre el particular.

"De suerte que esta irregularidad, lejos de perjudicar a los procesados, más bien pudo beneficiarlos.

"En cuanto a que la acusación hablara no solamente dos veces seguidas, sino tres, como lo afirma el demandante, cabe observar que tanto el Ministerio Público como la parte civil tienen derecho, cada uno, a hacer uso de la palabra por dos veces. Y así, cuando esas dos personas estén identificadas en sus tesis, la acusación hablará hasta por el total de cuatro veces, y en ello no hay anormalidad, puesto que es la misma ley la que lo permite".

Además de estas razones de fondo, conviene agregar dos más que también invoca el señor Procurador Delegado en lo Penal, a saber:

La primera, que ni los acusados ni sus defensores alegaron esta falta de garantías por el uso de la palabra, ni durante la audiencia, ni ante los jueces de instancia, lo que significa un reconocimiento de no haberse quebrantado el procedimiento en ese particular de la defensa.

Y la segunda, que la irregularidad aquí apuntada no puede considerarse como causal de nulidad de las previstas en el código procesal, ni implica tampoco violación del artículo 26 de la carta.

Por tanto, la causal cuarta carece de fundamento.

CAUSAL TERCERA: Desacuerdo de la sentencia con el auto de proceder y con el veredicto del jurado

a) **Desacuerdo con el auto de proceder.**

Dice el recurrente que, según la confesión de los acusados, Florentino Laguna le prometió a Simón Laguna facilitarle la escopeta para que consumara el homicidio, sin que los otros dos, Jacinto Zabala Nieto y Lorenzo González Barrios, hubieran intervenido en ese convenio, sino en el de eliminar a Rogelio Correa. Y que, sin embargo, los cuestionarios y la sentencia afirman que Zabala Nieto y González Barrios prometieron entregarle al mentado Simón Laguna la escopeta con que la víctima fue ultimada, siendo así que en el auto de proceder no se hizo tal cargo a estos dos procesados.

La Procuraduría contesta la demanda en esta parte citando algunas piezas del proceso, que hacen ver que la causal no tiene fundamento alguno.

Así, en el auto de proceder se lee lo siguiente:

"El delito cometido en la persona de Rogelio

Correa Camacho toma la denominación de **asesinato,** por haberse ejecutado con premeditación acompañada de motivos innobles; poniendo a la víctima en condiciones de indefensión e inferioridad, pues hubo alevosía y acechanza, y por haberse ejecutado por precio o promesa remuneratoria. En efecto: consta en el proceso, por la propia confesión de los procesados, que todos cuatro convinieron, el domingo 7 de febrero de 1943, la muerte del señor Correa Camacho; que convinieron cuál de ellos debía ejecutar el delito: Simón Laguna Hernández; que convinieron cuál de ellos debía suministrar el arma para la ejecución del delito: Florentino Laguna Nieto; que convinieron pagarle a Simón Laguna Hernández veinte pesos ($ 20.00), como retribución por la muerte que él debía dar al señor Correa Camacho, y una vez ejecutado por Simón el delito, empezaron Jacinto Zabala Nieto, Florentino Laguna Nieto, y Lorenzo González Barrios a cubrir la cuota que a cada uno correspondía pagar a Simón, habiéndole pagado el primero cinco pesos ($ 5.00), el segundo seis pesos con cincuenta centavos ($ 6.50), y el tercero cuatro pesos ($ 4.00); que Simón Laguna Hernández desde las seis de la mañana, del miércoles diez de febrero de 1943, se encaminó al potrero "El Tanque", y allí se apostó, entre la maleza, a esperar el paso de la víctima; la vio pasar a eso de las ocho o nueve de la mañana, pero como iba en compañía de un peón, no le disparó, pero esperó allí, hasta cuando a eso de las dos de la tarde volvió a pasar, ya en dirección a la casa de la hacienda, y, cuando le había dado la espalda, le hizo el disparo mortal".

Y en otro lugar:

"Los procesados fueron careados entre sí (fls. 46, 47 v. y 48 v.), y de estas diligencias se sacó en claro que durante la reunión del domingo 7 de febrero del año pasado (1943), no sólo convinieron en matar a don Rogelio y en pagarle a Simón Laguna porque lo matara, sino que también convinieron en que el hecho se ejecutara con la escopeta de Florentino Laguna".

El Tribunal, al confirmar el auto de proceder, dijo:

"Que las confesiones rendidas ante el funcionario de instrucción y su secretario por Simón Laguna Hernández, Jacinto Zabala Nieto, Lorenzo González Barrios y Florentino Laguna Nieto, prueban también de modo pleno que el primero fue quien ejecutó la muerte de Rogelio Correa Camacho y los otros tres lo impulsaron eficazmente por medio del ofrecimiento del pago en dinero y el **suministro del arma** a la ejecución del hecho". (Subraya la Sala).

Ahora bien, la afirmación de que los cuatro sindicados acordaron el suministro de la escopeta para ejecutar el crimen, tiene pleno respaldo en el proceso.

Así, Florentino Laguna Nieto manifiesta en su indagatoria:

"El martes, después del trato y víspera de la muerte del patrón, venía yo del trabajadero del Alto de la Moya, cuando al pie del ranchito de mi trabajadero me encontré con Simón y él me dijo que le diera la escopeta para la guacharaquiada, **y como yo sabía para qué era por lo que habíamos convenido el domingo entre los cuatro,** se la dí con dos tiros de esos de cartón", (subraya la Sala).

Y en la diligencia de careo entre Simón Laguna y Florentino aparece lo siguiente:

"...**entre todos cuatro,** —afirma Simón— convinimos en que era mejor matarlo, y yo les dije que si no contaban, que entonces yo lo mataba, y ellos dijeron que bueno, que no contaban, y entonces yo les dije que cuánto me daban por matarlo, y que si me daban veinte pesos, y ellos los tres, me dijeron que sí. Así quedamos y seguimos de pabajo, **y estando todos cuatro, don Florentino me quedó de dar la escopeta para matar a don Rogelio**... Dijo espontáneamente (Florentino Laguna: Bueno pues, la reunión de nosotros cuatro sí es así como dice Simón, **y tocante a la escopeta que se iba a usar ahí ellos, todos, dijeron que con la mía,** pero yo les dije que eso fue que yo la dí a Simón cuando me la pidió el martes donde él dice. (Subraya la Sala).

Según estas transcripciones, aparece evidente que los cuatro delincuentes —sin excepción alguna— concertaron el delito en **todos** sus aspectos, **señalando el autor material y el instrumento con que debía realizarse,** y que en las condiciones previstas se llevó a término. Eso fue cabalmente lo que el auto de proceder mencionó y especificó, y lo que, como lo anota el Ministerio Público, todos los acusados aceptaron.

Por tanto, no hubo desacuerdo entre el auto de proceder y la sentencia que los condenó como autores principales del asesinato, ya que entre el proyecto y la obra, entre la resolución y la ejecución de la **res iniqua,** como dice el Procurador, hubo armonía completa, y por eso debían responder en igualdad de condiciones.

No hay fundamento, pues, para que prospere la causal alegada por este aspecto.

b) **Desacuerdo entre la sentencia y el veredicto del Jurado.**

Alega el recurrente que la sentencia no está de acuerdo con el veredicto del jurado, porque no tuvo en cuenta la agregación que hizo el tribunal popular para cada uno de los responsables, o sea, la de haber cometido el hecho, "movidos por un resentimiento causado por actuaciones de su patrón que consideraron injustas".

"Si el H. Tribunal al revisar la sentencia —dice— hubiera acogido e interpretado la modificación hecha por el jurado al cuestionario, entonces siguiendo la doctrina de la H. Corte Suprema de Justicia, de que la ira o el intenso dolor no excluyen en el delito las circunstancias de asesinato, ha debido darse aplicación al artículo 363 en relación con el artículo 28 del código sustantivo, y la pena sería la de CINCO AÑOS DE PRESIDIO".

Y en otra parte agrega:

El jurado, "no habló de intenso dolor, no habló de ira, pero sí reconoció un término que le pareció apropiado, cual es el de RESENTIMIENTO, explicando que éste se había causado y operaba en el ánimo de los arrendatarios a causa de las actuaciones de su patrón y no solamente por actuaciones cualquieras (sic), sino que el jurado agrega que esas actuaciones las consideraron los arrendatarios injustas. Ante ese estado de injusticia, ante esa burla, ante esas promesas no cumplidas, vino el estado de resentimiento que determinaron a obrar, (sic), no con una voluntad perfectamente libre, sino con un complejo de esa misma voluntad, consecuencia natural de haber sido sacados de sus trabajos, de sus estancias o parcelas y no tener a dónde dirigirse".

Y cita el recurrente, para probar que el Tribunal no dio aplicación al artículo 28 del código penal, debiendo haberle dado cabida, el siguiente aparte de la sentencia de segunda instancia:

"Estudiadas las alegaciones orales de las partes y los datos que arroja el proceso, fácilmente se llega a la conclusión que el jurado, al agregar la frase: "pero movidos por un resentimiento causado por actuaciones de su patrón que consideraron injustas", no halló motivos suficientes para reconocer el elemento atenuador a que se refiere el artículo 28 del código penal, ni tampoco que con tal frase quiso indicar una circunstancia especial de agravación en el ilícito y que lo que expresó fue el reconocimiento de un estado de ánimo de los sindicados que, sin llegar al intenso dolor causado por grave e injusta provocación, sí permitiera considerar a los sindicados como incluídos en la circunstancia de menor peligrosidad a que se refiere el numeral 3º del artículo 28 del código penal. No tienen, pues, razón ni el Fiscal de la corporación al conceptuar que se había reconocido con tal frase el estado de ira o intenso dolor a que se refiere el citado artículo 28, ni el juez de la primera instancia, quien la consideró como un reconocimiento de un motivo innoble".

Se considera:

Para mayor comprensión del asunto en esta parte, conviene hacer resumidamente un relato de los hechos que dieron origen al proceso:

El señor Rogelio Correa, propietario de la hacienda de "La Barrialosa", compró el predio denominado "Pituchero", perteneciente a la de "Vindí", que colindaba con su finca. Pero como en dicho predio hubiera arrendatarios o aparceros, les pagó sus mejoras y logró que le desocuparan el terreno, no sin ofrecerles que les daría otras parcelas para que siguieran trabajando. Pero resulta que el señor Correa no cumplió su ofrecimiento, lo que hizo que Florentino Laguna, Lorenzo González Barrios y Simón Laguna, considerándose despojados, cobraran animadversión contra el nombrado Correa. Y fue así como el 7 de febrero de 1943, aquellos tres sujetos se reunieron con Jacinto Zabala y con una frialdad desconcertante acordaron llevar a término la muerte de su antiguo patrón, hecho que realizó Simón Laguna a los tres días, el 10 de febrero, acechando a la víctima y ultimándola a traición y sobreseguro, cuando le daba la espalda. El hecho sucedió en el Corregimiento de La Vega, del Municipio de Coello, del Departamento del Tolima.

Así las cosas, bueno es recordar el veredicto que, en forma idéntica para todos los responsables, rindió el jurado:

"Sí, pero movidos por un resentimiento causado por actuaciones de su patrón que consideraron injustas".

¿Puede aceptarse, como lo alega el recurrente, que esta respuesta signifique que el delito fue cometido en el **"estado de ira o de intenso dolor causado por grave e injusta provocación"** de que habla el artículo 28 del código penal?

Negativamente habrá de responderse, porque así lo indica un somero estudio del veredicto de los jueces de hecho, comparándolo con los términos del artículo 28 citado.

El artículo habla de **estado de ira o de intenso dolor** al paso que el veredicto habla de mero re-

sentimiento. Y bien conocida es la acepción vulgar de este último vocablo, que es el "pesar o enojo por una cosa", pero no de gran intensidad. Eso lo explica el otro significado de la palabra que trae el diccionario del idioma, que es el "**empezar** a flaquear o **sentirse** una cosa". Tan trivial es esta cuestión, que nadie dirá de quien ha realizado un delito al impulso de un violento estado afectivo de ira o de dolor, como lo requiere el precepto del código, que estaba **resentido,** sino que obró iracundo, indignado, herido, ultrajado, adolorido, o cualquier otra expresión distinta, menos la que empleó el jurado.

Además, la expresión de que las actuaciones del patrón las **"consideraron injustas"** los procesados, da una clara idea de que no lo fueron (injustas), porque no es juicio o dictamen de los jueces de hecho, sino juicio o dictamen que le atribuyen a los delincuentes. Ahora bien, como lo ha dicho la Corte, la apreciación de la gravedad e injusticia de una provocación, no se pueden medir solamente de manera subjetiva, porque lo que aminora el delito "no es la cólera o el dolor, sino la justa causa de la ira o el dolor, pues que de lo contrario todo estado emocional o pasional serviría para atenuar fundamentalmente la gravedad del hecho, aun cuando tuviera el origen más innoble o antisocial que pudiera imaginarse, y una tesis tan peligrosa para la sociedad es inadmisible". (Casación de Rodolfo Jiménez Q., de 27 de julio de 1945). Y en este caso no fue aceptada por el jurado esta causal de atenuación, siendo así que era la entidad encargada de calificar los hechos y las circunstancias modificadoras de los mismos, según precepto legal (artículo 480 del C. de P. P.).

Pero resulta definitiva la lectura del acta de audiencia para concluír que el tribunal de hecho no quiso colocar el delito dentro de las condiciones del citado artículo 28, sino simplemente indicar el móvil del mismo.

En efecto, sostuvieron el señor Fiscal y el apoderado de la parte civil que el asesinato era uno de los delitos más graves y "horribles" y que la carencia de móviles indicaba que los delincuentes debían ser considerados como criminales instintivos.

Pero los defensores de los cuatro procesados, para obtener la declaratoria de la atenuación por la ira o el dolor intenso, alegaron el mal trato que Correa les daba a sus arrendatarios; el engaño de que los había hecho víctimas comprándoles sus mejoras por precio muy inferior al legítimo y el de haberles prometido tierras en otra parte de su finca; y la persecución que sobre ellos había desatado.

El defensor de Simón Laguna termina diciendo:

"Pide al jurado que al contestar los cuestionarios y especialmente el referente con Simón Laguna, se tenga en cuenta **el estado de ira y el intenso dolor** que le produjeron los malos tratamientos a que fue sometido por Correa y que **bajo esos impulsos fúe que cometió el delito de homicidio.** Pide para terminar que se conteste, que **sí mató pero movido por el dolor y la ira".** (Subraya la Sala).

Y el defensor de los otros tres acusados:

"Alegó que el delito cometido tuvo como móviles los mismos malos procederes del citado señor Correa y que es indudable que estas gentes guardaran con él **algún resentimiento que bien pudo convertirse en estado de ira o de dolor".** Y terminó su exposición pidiendo la absolución para sus defendidos por no haber tomado parte en la consumación del homicidio y que respecto de Simón Laguna se debía contestar el cuestionario "en la forma como lo pidió el doctor Castilla, o sea, **en estado de ira y de intenso dolor".** (Subraya la Sala).

Así, pues, al jurado se le puso de presente la circunstancia atenuante invocada y se le pidió que la calificara empleando los precisos términos del artículo 28 del código. Y, sin embargo, apenas declaró un "resentimiento", pero no como causado por provocación grave e injusta, sino por hechos o actuaciones que en el aprecio de los procesados fueron tenidos por injustos.

De esta suerte, no tiene para qué insistir la Corte en el análisis de si existió realmente provocación injusta y grave por parte del occiso, porque, como ya se expresó en este fallo, entrar en tales disquisiciones sería llegar al estudio de si el veredicto es o no contrario a la evidencia de los hechos, lo cual es objeto de las instancias y no de la casación en los juicios por jurado.

Por consiguiente, en esta parte no prospera la causal alegada.

PRIMERA CAUSAL: indebida aplicación de la ley penal

El demandante alega que no hallándose la sentencia del Tribunal en consonancia con el auto de proceder ni con el veredicto del jurado, se incurrió en errónea aplicación de la ley penal, por

no haberse relacionado el artículo 363 del código con el 28 de la misma obra.

Basta observar que este motivo de casación lo plantea el libelo de demanda como una consecuencia de la causal tercera, para concluír que si ésta se declaró infundada, tampoco puede prosperar.

Resolución:

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Ibagué de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAMBIO DE RADICACION. — MOTIVOS QUE DEBEN DEMOSTRARSE.

(Artículo 58 del C. de P. P.)

La facultad que la ley otorga al sindicado para solicitar el cambio de radicación de un proceso, se funda en una razón de orden público y social, cual es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que garantice plenamente los derechos del sindicado.

Cuando se invoca como derecho la razón del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable.

El cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que un testigo consigne en su declaración. Las hipótesis y presunciones testimoniales sobre el hecho de que la justicia no puede ser administrada rectamente, deben explicarse en el contenido de la misma declaración. Sólo así, la Corte puede formarse un criterio exacto sobre los motivos que hacen conveniente el cambio de radicación, y mientras esto no se cumpla, el concepto no puede ser favorable.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, diecisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

El Ministerio de Gobierno, por conducto del Departamento de Justicia, remite a la Corte, para que emita su concepto sobre Cambio de Radicación, las diligencias presentadas por Juan Esteban Ovalle, a quien se acusa por la comisión de un delito de VIOLENCIA CARNAL.

El sindicado acompaña a sú petición los siguientes elementos de prueba:

a) Certificado del Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil, en el cual consta que en ese Despacho cursa actualmente un proceso contra Juan Esteban Ovalle Niño; que el acusado se encuentra detenido, y que se dictó auto de proceder contra él; y

b) Declaraciones de los señores Luis Tapias Vivas, José David Pardo, Luis Barragán, Eusebio Lasprilla, Honorio Carreño y otros, para acreditar los hechos de su petición.

Ovalle funda su solicitud en lo dispuesto por el artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, y expresa que en la ciudad de San Gil, donde está radicada la causa, se ha creado un espíritu adverso a su persona; que se lo ha rodeado de mala fama, y que en tal virtud existe una prevención desfavorable "que no permitirá que la acción de la justicia se haga serena e imparcialmente".

Se considera:

La facultad que la ley otorga al sindicado para solicitar el cambio de radicación de un proceso se funda en una razón de orden público y social, cual es el de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que garantice plenamente los derechos del sindicado.

Cuando se invoca como derecho la razón del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable.

Los declarantes dicen que Juan Esteban Ovalle está rodeado de mala fama, que goza de muy poca simpatía y que, por estos motivos, "pueden presumirse que se presente una predisposición contra él, que impide la serena apreciación del hecho delictuoso porque se le va a juzgar; es decir, que el ambiente social le es hostil", pero no explican las causas de sus afirmaciones. Las circunstancias o motivos que dieron origen a la formación de tales estados (mala fama y falta de simpatía), y los hechos que llevaron a los decla-

rantes a hacer la afirmación de que "puede presumirse" que la justicia no se administre rectamente, no fueron expuestos en sus respectivas declaraciones.

El cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que un testigo consigne en su declaración. Las hipótesis y presunciones testimoniales sobre el hecho de que la justicia no puede ser administrada rectamente, deben explicarse en el contenido de la misma declaración. Sólo así, la Corte puede formarse un criterio exacto sobre los motivos que hacen conveniente el cambio de radicación, y mientras esto no se cumpla, el concepto no puede ser favorable.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite CONCEPTO DESFAVORABLE sobre el CAMBIO DE RADICACION del proceso seguido en el Juzgado 1º Superior del Distrito Judicial de San Gil, contra Juan Esteban Ovalle, sindicado por el delito de VIOLENCIA CARNAL.

Cópiese y devuélvase el negocio al Ministerio de Gobierno.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio

RECURSO DE CASACION INTENTADO POR LA PARTE CIVIL.—INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS RECURSOS DE CASACION REFERENTES A PERJUICIOS CIVILES

La parte civil puede interponer el recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, en lo atañedero a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos. (Artículo 559 C. de P. P.).

2.—El Ministerio Público debe intervenir como parte en los recursos de casación referentes a los perjuicios civiles causados por delitos.

3.—En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, debe condenarse solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado (Artículo 92 C. P.). Dos cosas comporta esa condena: el señalamiento de los daños o perjuicios y la estimación de su cuantía. Según ya se dijo, el Juez está obligado a hacer la condena al pago de los daños causados por el hecho ilícito, porque eso forma parte de su misión represiva del delito y así lo ordena expresamente la ley penal. Lo cual implica que en la sentencia tiene que señalar en forma clara y precisa cuáles son los perjuicios que la infracción ha causado, si éstos se pudieron materializar u objetivizar, a la vez que los hechos que los produjeron. Pero otra cosa es la fijación de la cuantía del resarcimiento. De acuerdo con el sistema del código, el juez debía, MOTU PROPRIO, o de oficio, designar el perito o peritos que avaluaran los daños (artículos 453 a 455 del C. de P. P.). Estaba ese proceder de acuerdo con la doctrina de que la indemnización forma parte de las sanciones y muy en armonía con la lógica, pues si en el juicio penal se averigua el hecho o la culpa que es causa de los perjuicios, es obvio que la sentencia debe fijar su monto, al menos como norma general. Pero la ley de 1943 quebrantó esa armonía al sujetar el avalúo de los perjuicios a la petición de los interesados, como si la condena al resarcimiento fuera asunto de interés meramente privado. En los artículos 24 y 25 de dicha ley se dice que en el auto en que el juicio se abra a pruebas, o antes de señalar día y hora para la audiencia, debe el juez nombrar el perito o peritos que hagan el avalúo de los daños y perjuicios civiles "si así se pidiere" o si fuere "solicitado por alguna de las partes". Esto significa que si las partes no piden el justiprecio de los daños causados por una infracción penal, el juez tiene que hacer una condena in genere, para que en juicio separado se cobren y avalúen debidamente.

Si el juez en lo penal, en su sentencia, ha hecho una condenación in genere, dejando debidamente señalados los hechos y circunstancias que ocasionaron los daños, no se puede concluir en forma alguna que se violó la ley penal sustantiva, o con más pertinencia, que el fallo no está en consonancia con las pretensiones de las partes oportunamente alegadas, si éstas en tiempo no pidieron que se hiciera el avalúo de los perjuicios de que tánto se ha hablado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal — Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Bogotá, en sentencia de 4 de julio de 1945, CONFIRMO la del Juzgado Segundo Superior del mismo Distrito, por medio de la cual condenó a Carlos Silvestre Vanegas a sufrir la pena principal de diez años de presidio, las accesorias legales, y a pagar los perjuicios causados con el homicidio en Dundas Haldane y las lesiones personales en Silverio Medina, delitos cometidos en la población de Guaduas, en la tarde del 29 de marzo de 1942.

Contra aquella sentencia interpuso casación el apoderado de la parte civil.

Competencia de la Corte.—La Corte es competente para conocer del recurso, porque la parte civil puede interponerlo contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 del código de procedimiento penal, en lo atañedero a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos (art. 559 del C. de P. P.).

De una de esas sentencias se trata y, aunque la condena en perjuicios se hizo en abstracto, por no haber sido avaluados, existe una estimación de los mismos, hecha por el demandante —la parte civil— que excede de tres mil pesos, y que es la cuantía requerida por la ley. Esa estimación no ha sido objetada y resulta válida para la prosperidad de la casación por el aspecto de la competencia.

Intervención del Ministerio Público.—La Procuraduría se abstuvo de contestar la demanda de casación, alegando que en tratándose de perjuicios, sólo el procesado debe considerarse como parte opositora en frente de quien o quienes los hayan sufrido y, además, el recurso está sujeto a los trámites que señalan los artículos 528 y siguientes del código de procedimiento civil, que no contemplan el traslado al Ministerio Público.

La Corte había admitido esta doctrina, pero un estudio más detenido la hace llegar a la conclusión de que el Ministerio Público debe intervenir como parte en los recursos de casación referentes a los perjuicios civiles causados por delitos.

En efecto, la indemnización de perjuicios tiene un carácter mixto, privado y público, ya que no sólo le interesa al ofendido directamente con ellos el resarcimiento de rigor, sino mucho más a la sociedad: la condena al pago de los daños no es una sanción represiva o eliminadora (una pena), dice Ferri, pero sí es una sanción reparadora. "El resarcimiento —añade— es una consecuencia jurídica del delito al igual que lo es la pena, y el Estado lo impone, no sólo como reparación legítima de la parte ofendida, sino también como sanción suficiente a causa de la violación de la ley penal".

"El recurso de casación—había dicho la Corte— se ha establecido principalmente en interés de la ley; es una etapa del proceso en la cual se enfrentan la sentencia acusada y la ley que se dice violada por ella. Y el Ministerio Público es, por definición, el defensor de la legalidad.

"¿Cómo prescindir de la intervención del mismo en un recurso en que cabalmente el objeto del debate es la integridad de la ley, la defensa de ésta y hasta la de su acertada interpretación y aplicación sobre materias **que nunca son de mero interés patrimonial para las partes, sino del más dilatado interés social?**". (Subraya ahora la Sala).

Es por eso por lo que nuestro código le ordena al Ministerio Público cooperar con los interesados en todas las diligencias tendientes a fijar y obtener la indemnización a que diere lugar el hecho delictuoso, o **intervenir por sí solo** en el caso de que éstos se abstengan de hacerlo (artículos 93 del C. P. y 121 del C. de P. P.); le impone al funcionario de instrucción el deber de practicar todas las diligencias necesarias para comprobar la naturaleza y cuantía de los perjuicios ocasionados con el ilícito (artículo 345 del C. de P. P.); manda que en la sentencia consigne el juez de la causa los fundamentos jurídicos de la responsabilidad civil y los que sirvan para fijar la cuantía del reconocimiento (artículo 58 ibídem, ord. 5º, aparte d); y establece que cuando el delito no haya causado daño que pueda avaluarse pecuniariamente, puede el juez imponer la obligación de pagar una multa hasta de mil pesos **a favor del tesoro nacional** (artículo 94 del C. P.).

Es verdad que el código de procedimiento penal estatuye que en lo referente a la indemnización de perjuicios deben regir las mismas causales y el mismo **procedimiento** de la casación en asuntos civiles. Pero es norma general de derecho que las disposiciones del código de procedimiento civil se deben aplicar al de procedimiento penal solamente cuando haya vacíos en el último y siempre que no se opongan a la naturaleza de la acción penal, que tiene un carácter eminentemente público.

De esta suerte, establecido de manera tan expresa que el Ministerio Público debe intervenir en las instancias como una parte esencial de su labor de defensa de la sociedad, no se ve cómo no ha de hacerlo en un recurso como el de casación, en que, sobre la base de la ley penal, busca el Estado que aquella defensa se realice de una manera cumplida y perfecta.

Ya tramitado el recurso, no es el caso de volver atrás la actuación, pero confirma lo expuesto el que al estudiarlo, se eche tan de menos el concepto de la Procuraduría.

Demanda de casación—Alega el recurrente como causales la primera y la segunda del artículo 520 del código de procedimiento civil.

La primera contempla el caso de ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea; y la segunda, el de no estar la sentencia de acuerdo con las pretensiones oportunamente deducidas por los interesados.

Son estas sus razones:

a) Que Juan Haldane, padre de la víctima del homicidio, fue admitido como parte civil y que la sentencia nada resolvió sobre la demanda de perjuicios, o por lo menos "se dejó de hacer la condenación en los perjuicios de orden moral, y entre éstos, en los de orden subjetivo".

b) Que se hizo una condenación in génere "que nada dice en el terreno de la práctica", porque implica tener que acudir nuevamente ante la justicia; y

c) Que si "no era del caso hacer condenación por lo que hace a perjuicios materiales, y a los morales objetivados", que "no había sido materia de regulación", lo que explica la condenación in génere, sí ha debido ordenarse el resarcimiento en cuanto a los de orden moral subjetivo, "que no están sujetos a tabla especial de regulación", y que quedan por eso mismo sujetos al criterio del juez.

Se quebrantaron así los preceptos de los artículos 92 y 95 del código penal —concluye el recurrente— y el 159, ordinal d), del código de procedimiento penal.

Se considera:

En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, debe condenarse solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado (artículo 92 del C. P.).

Dos cosas comporta esa condena: el señalamiento de los daños o perjuicios y la estimación de su cuantía. Según ya se dijo, el juez está obligado a hacer la condena al pago de los daños causados por el hecho ilícito, porque eso forma parte de su misión represiva del delito y así lo ordena expresamente la ley penal. Lo cual implica que en la sentencia tiene que señalar en forma clara y precisa cuáles son los perjuicios que la infracción ha causado, si éstos se pudieron materializar u objetivar, a la vez que los hechos que los produjeron.

Pero otra cosa es la fijación de la cuantía del resarcimiento. De acuerdo con el sistema del código, el juez debía, **motu proprio** o de oficio, designar el perito o peritos que avaluaran los daños (artículos 453 a 455 del C. de P. P.). Estaba ese proceder de acuerdo con la doctrina de que la indemnización forma parte de las sanciones y muy en armonía con la lógica, pues si en el juicio penal se averigua el hecho o culpa que es causa de los perjuicios, es obvio que la sentencia debe fijar su monto, al menos como norma general.

Pero la ley 4ª de 1943 quebrantó esa armonía al sujetar el avalúo de los perjuicios a la petición de los interesados, como si la condena al resarcimiento fuera asunto de interés meramente privado. En los artículos 24 y 25 de dicha ley se dice que en el auto en que el juicio se abra a pruebas, o antes de señalar día y hora para la audiencia, debe el juez nombrar el perito o peritos que hagan el avalúo de los daños y perjuicios civiles "si así se pidiere" o si fuere "solicitado por alguna de las partes".

Esto significa que si las partes no piden el justiprecio de los daños causados por una infracción penal, el juez tiene que hacer una condena in génere, para que en juicio separado se cobren y avalúen debidamente.

Pero aquí viene el argumento de fondo esgrimido en el recurso que se estudia: que los daños morales subjetivos no se pueden avaluar pericialmente, por no estar sujetos a medida, y que su aprecio debe ser hecho por el juez de la causa, según su prudente arbitrio, y la facultad que al efecto concede el artículo 95 del código penal. Y como aquí dejó de hacerse, se quebrantó la ley sustantiva.

El argumento sería válido si al hacer una condena in génere el juez en lo penal, careciera el juez en lo civil a quien se acudiera luego de la facultad y arbitrio de fijar los perjuicios morales subjetivos, tal como lo hubiera podido hacer aquel funcionario. Y eso no es así, como que el juez en lo civil tiene las mismas facultades y atribuciones que el juez en lo penal en lo relativo a perjuicios; es más, no puede tener en cuenta otros hechos y circunstancias que los mismos que éste hubiera debido tener presentes para señalar la cuantía de los daños causados. De esta suerte, no resulta aconsejable desarticular los efectos de la condena en perjuicios, quedando fijado el monto de unos en el proceso criminal y reservando el avalúo de otros para el proceso civil.

De todos modos, si el juez en lo penal, en su sentencia, ha hecho una condenación in género, dejando debidamente señalados los hechos y circunstancias que ocasionaron los daños, no se puede concluír en forma alguna que se violó la ley penal sustantiva, o con más pertinencia, que el fallo no está en consonancia con las pretensiones de las partes oportunamente alegadas, si éstas en tiempo no pidieron que se hiciera el avalúo de los perjuicios de que tánto se ha hablado.

En el proceso que se estudia, las partes no pidieron el justiprecio de los daños al abrirse la causa a pruebas, y por eso el Juzgado dice en su sentencia:

"Se impone la condenación en perjuicios a cada uno de los perjudicados por las infracciones (sic) y como no se hizo avalúo, se debe hacer en cantidad ilíquida para que los interesados, si lo tienen a bien, ejerzan la acción respectiva".

El doctor Jacinto Parra González, quien recurre ahora en casación y fue en las instancias apoderado de la parte civil, presentó ante el Tribunal un escrito pidiendo el aumento de pena para el sindicado Vanegas, por ser "un criminal peligrosísimo", pero sin decir ni una palabra contra la estimación global o in género que de los daños había hecho el juez del conocimiento, y que era lo que debía haber reclamado. Por eso el Tribunal tuvo que concluír que esa condena global o in género del juzgado era legal.

Como se ve, el señor apoderado de la parte civil ha dejado para la casación un reclamo que no hizo en oportunidad, esto es, en las instancias. Y siendo así, no pueden darse por probadas las causales de casación que presenta en su demanda como motivo de invalidación de la sentencia recurrida.

Resolución. — En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DECISION DE UNA COMPETENCIA — CONCURSO DE DELITOS DE BIGAMIA Y ESTUPRO Y SU CONOCIMIENTO

Tratándose de un concurso de delitos, bigamia y estupro, la competencia es del juez que puede conocer del más grave, que es el estupro. (Artículos 50 y 54 del C. de P. P.). Para esto tiene en cuenta la Corte que la bigamia se realiza por el solo hecho de CONTRAER MATRIMONIO quien sabe que está ligado por uno anterior o por contraer matrimonio con persona válidamente casada (artículo 358). Pero no requiere, para su consumación, ni el acto carnal, ni mucho menos cohabitación. El delito, comentan los autores, está integrado plenamente o con todos sus elementos, desde que se efectúa la ceremonia relativa al nuevo matrimonio. Por eso en nuestro código está incluído entre las infracciones "contra la familia" y no entre las que lesionan "la libertad y el honor sexuales". Consumado el matrimonio, ya se configura otro delito, de estupro, porque mediante una maniobra engañosa, el matrimonio ilegal e inválido, se obtiene el acceso carnal con la mujer (artículo 319). Sería un absurdo decir que comete estupro quien logra el ayuntamiento carnal con una mujer prometiéndole formalmente casarse con ella, pero que no lo comete quien en realidad contrae matrimonio sabiendo que no tiene valor ninguno, pues si algo adquiere mayor relieve en el segundo caso es la eficacia de la "maniobra engañosa" empleada. Conclusión que se confirma al ver que la bigamia la juzga el juez del circuito y se sanciona con una pena de seis meses a dos años de prisión solamente, al paso que el estupro lo juzga el juez superior con intervención del Jurado y se sanciona con pena de uno a seis años de prisión. Es que en estas contingencias hay que tener en cuenta, sobre todo, la intención del agente, que se propone obtener, no el resultado inmediato de su primer acto ilícito, sino uno posterior: ejecuta un delito medio para conseguir un fin que la ley le veda. De que no sea frecuente que el bígamo sea descubierto antes de consumar su matrimonio no puede concluírse que no ha perpetrado un perfecto delito de bigamia desde el momento en que realizó los actos externos o las ceremonias de un nuevo enlace, pues entonces habría que decir que el vínculo nupcial se contrae por el acto carnal y no por la expresión del mutuo consentimiento de los contrayentes hecha en la forma prevista en la legislación positiva.

(NOTA — Esta providencia, lo mismo que otra anterior, se publica sin nombres propios por formar parte de un sumario. — **El Relator de la Corte**).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Juzgado Superior de A. ha remitido a la Corte el proceso que se adelanta contra N. N. por el delito de bigamia, para que se dirima la competencia negativa que le ha provocado el Juzgado Primero Superior de B.

Al efecto, se hace una breve relación de los hechos y actuaciones, así:

N. N. se casó en H. con X. X., y en el mismo día se trasladó con su esposa a B. Pero como antes había contraído matrimonio con otra mujer, que aún vivía, el padre de X. X., al tener noticia del vínculo con que N. N. estaba ligado anteriormente, lo denunció por bigamia ante las autoridades.

El Juzgado Superior de A. sobreseyó definitivamente a favor de N. N. por el delito de bigamia, pero ordenó pasar el expediente al Juez Primero Superior de B. para que este funcionario resolviera lo relativo al estupro que podía deducirse de la consumación del matrimonio, realizada en esta última ciudad.

El Tribunal Superior de A. al conocer por apelación de la anterior providencia, conceptuó que

se trataba de dos posibles delitos, bigamia y estupro; que los jueces de circuito eran los competentes para conocer de la bigamia y los superiores, del estupro; pero como este último ilícito, más grave que la bigamia, de haberse realizado, lo hubiera sido en....., debía remitirse el proceso al Juzgado Superior de este Distrito. Así se resolvió, previa anulación de lo actuado.

No aceptó el Juez Superior de B. las razones expuestas por el Tribunal citado, alegando que la consumación era apenas una consecuencia del matrimonio y, así, le provocó competencia negativa al Juez Superior de A.

Este, ateniéndose a las razones expuestas al sobreseer en favor del acusado y las del Tribunal Superior del mismo Distrito, no aceptó la competencia y por eso remitió a la Corte las diligencias.

Se considera:

Esta Sala debe dirimir de plano la colisión presentada, por pertenecer los juzgados a distintos distritos judiciales, según mandato de los artículos 42 (ordinal 4º) y 67 del código de procedimiento penal.

A primera vista parece que el juez competente para conocer del negocio es el del circuito de A. ciudad donde se celebró el segundo matrimonio, supuesto que por razón del lugar es competente el del territorio donde se cometió la infracción (artículo 55 del c. de p. p.), los jueces de circuito conocen de los procesos no atribuídos a otras autoridades (artículo 47 ibidem, ord. 1º) y la bigamia no es del conocimiento de otros jueces o tribunales (artículos 42, 44 y 45 ibidem).

Así debiera resolverse la competencia, si se tratara únicamente del delito de bigamia, pero no de un posible delito de estupro también.

En efecto, la bigamia se realiza por el solo hecho de **contraer matrimonio** quien sabe que está ligado por uno anterior o por contraer matrimonio con persona válidamente casada (artículo 358). Pero no requiere, para su consumación, ni el acto carnal, ni mucho menos, cohabitación. El delito, comentan los autores, está integrado plenamente o con todos sus elementos, desde que se efectúa la ceremonia relativa al nuevo matrimonio. Por eso en nuestro código está incluído entre las infracciones "contra la familia" y no entre las que lesionan "la libertad y el honor sexuales".

Consumado el matrimonio, ya se configura otro delito, de estupro, porque mediante una maniobra engañosa, el matrimonio ilegal e inválido, se obtiene el acceso carnal con la mujer (artículo 319). Sería un absurdo decir que comete estupro quien logra el ayuntamiento carnal con una mujer prometiéndole formalmente casarse con ella, pero que no lo comete quien en realidad contrae matrimonio sabiendo que no tiene valor ninguno, pues si algo adquiere mayor relieve en el segundo caso es la eficacia de la "maniobra engañosa" empleada, Conclusión que se confirma al ver que la bigamia la juzga el juez de circuito y se sanciona con una pena de seis meses a dos años de prisión solamente, al paso que el estupro lo juzga el juez superior con intervención del jurado y se sancionó con pena de uno a seis años de prisión.

Es que en estas contingencias hay que tener en cuenta, sobre todo, la intención del agente, que se propone obtener, no el resultado inmediato de su primer acto ilícito, sino uno posterior: ejecuta un delito medio para conseguir un fin que la ley le veda. Así, en el que falsifica un documento para estafar a otro, el que hiere para robar, y, como en el caso en estudio, el que se casa para lograr la posesión sexual de la mujer.

Pero se dirá que entonces nadie será sancionado por bigamia y que la ley no autoriza para hacer la distinción de que se viene hablando. Sin embargo, fácil es advertir que por el hecho de que un delito raramente ocurra, no se puede declarar que nunca pueda suceder; y que es la misma ley la que, al definir las infracciones penales señalando los hechos que las configuran, obliga a discriminar varios ilícitos en los eventos en que existan probados sus elementos constitutivos correspondientes.

Así, de que no sea frecuente que el bígamo sea descubierto antes de consumar su matrimonio, no puede concluírse que no ha perpetrado un perfecto delito de bigamia desde el momento en que realizó los actos externos o las ceremonias de un nuevo enlace, pues entonces habría que decir que el vínculo nupcial se contrae por el acto carnal y no por la expresión del mutuo consentimiento de los contrayentes hecha en la forma prevista en la legislación positiva.

De esta suerte, tratándose como aquí se trata de un concurso de delitos, bigamia y estupro, la competencia es del juez que puede conocer del más grave, que es el estupro (artículos 50 y 54 del C. de P. P.). Y como según confesión de los protagonistas el acceso carnal se llevó a cabo en la ciudad de B., le corresponde al Juzgado Superior de ese Distrito avocar el conocimiento del

negocio, con intervención del jurado (artículo 45, ordinal g., ibidem).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que la competencia para conocer de este proceso es del señor Juez Primero Superior de B. y, en consecuencia, ordena remitírselo, para que avoque su conocimiento. Dése cuenta al señor Juez Superio de A.

Cópiese y notifíquese,

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio

LIBERTAD O EXCARCELACION DEL PROCESADO. (Artículo 411 del C. de P. P.).

La ley permite que al procesado que hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena, se le ponga en libertad mediante caución. Este derecho está consagrado en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, y se concede el beneficio de excarcelación, no propiamente como una gracia, sino como el cumplimiento parcial de la condena.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintisiete de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En memorial de mayo 3 del presente año, Ana Teodora o Teodoro Arroyave Atehortúa pide se le otorgue su libertad, por haber cumplido en detención preventiva la pena de tres (3) años de presidio, que le fue impuesta por el Tribunal Superior de Medellín.

Se sindicó a Arroyave por un delito de Lesiones Personales, cometido el 25 de mayo de 1943, en Berta Emilia Martínez.

Según se desprende del oficio de la Directora de la Cárcel de Mujeres de Medellín, desde el día 26 del mes y año últimamente citados (f. 17), se halla Arroyave en detención, hecho que se legalizó en auto de junio 30 de 1943 (fs. 55 a 57).

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín llamó a responder en juicio a Ana Teodora Arroyave Atehortúa, en providencia de noviembre 27 de 1943, que confirmó el Tribunal, el 13 de junio de 1944, con la adición de que la persona procesada responde a los nombres de Ana Teodora Arroyave Atehortúa o Teodoro Arroyave.

El 24 de marzo de 1945, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Medellín impuso al procesado, como responsable del delito investigado, la pena principal de tres años y ocho meses de presidio; pero el Tribunal reformó la providencia del inferior, en el sentido de fijar la condena en tres años, mediante sentencia de octubre 17 de 1945, contra la cual, el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación, y por tal motivo, hoy se encuentra el negocio ante esta entidad.

Se considera:

La persona responsable de un ilícito de la naturaleza del cometido por Arroyave, no tiene derecho, por regla general, a gozar del beneficio de excarcelación. Sin embargo, como una excepción a este principio, la ley permite que al procesado que hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena, deberá ponérsele en libertad mediante caución.

Ese derecho está consagrado en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, y como es éste, precisamente, el precepto invocado como fundamento de la petición que se estudia, debe concederse la libertad, no propiamente como una gracia, sino como el cumplimiento parcial de la condena.

El delito investigado está sancionado con pena de presidio, y el Tribunal condenó al reo a la de tres años. Pero como hay constancia en autos de que Arroyave entró a la Cárcel de Mujeres el 26 de mayo de 1943, aparece claramente que, hasta la fecha, ha sufrido tres años y un día en detención preventiva, tiempo que excede del que mereció como pena privativa de la libertad.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONCEDE la LIBERTAD PROVISIONAL a Ana Teodora o Teodoro Arroyave Atehortúa, mediante caución personal por la suma de cien pesos ($ 100,00), que prestará ante el Tribunal Superior de Medellín, a quien se comisiona para la práctica de esta diligencia.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA PRESUNTA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, febrero once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En la carretera Central del Norte, entre Capitanejo y Málaga, ocurrió un siniestro automoviliario el día diez de enero de 1940.

Simón Dargoltz salió de San José de Cúcuta, el 9 de enero del citado año, conduciendo su automóvil particular, que había adquirido recientemente y matriculado en aquella ciudad. Acompañábanlo los señores, doctor Carlos Humberto Hernández Marcucci, Jorge del mismo apellido, Manuel López y Gregorio Choruy.

Inició se el viaje normalmente a la una de la tarde del expresado 9 de enero, y cuando los viajantes se aproximaron a Málaga, á altas horas de la noche, se dedicaron a buscar un lugar en dónde pernoctar —así lo afirma el demandante— lo que no fue posible, dada la aglomeración existente en aquella población, como consecuencia de las fiestas que allí se celebraban.

Por este motivo, se vieron forzados a la prosecución del viaje, y a la una de la madrugada del día 10 de enero, al llegar al sitio denominado Peña Colorada, en el kilómetro 379 de la vía, no obstante llevar el vehículo una velocidad moderada y desplegar su conductor las medidas que juzgó oportunas, fue éste sorprendido por una variante en la carretera, en la que se forma una curva angulada, difícil de tomar, y se precipitó al abismo. En el accidente pereció el doctor Carlos Hernández Marcucci, y Jorge sufrió quebrantos considerables.

A grandes rasgos queda historiado el suceso en que se apoya el actor para promover una demanda de indemnización contra la Nación.

En el libelo se concretan así los pedimentos:

"1º Que la Nación o el Estado colombiano, es responsable civilmente, o por RIESGO, o por CULPA extracontractual, de los daños y perjuicios morales y materiales, ocasionados al demandante, a consecuencia del siniestro automoviliario ocurrido en el sitio de Peña Colorada, sector comprendido en el kilómetro trescientos setenta y nueve (379) de la carretera Central del Norte, de propiedad de la Nación, entre los municipios de Málaga y Capitanejo, el día diez (10) de enero de mil novecientos cuarenta, en las primeras horas de la mañana.

"2º Que por virtud de tal responsabilidad, riesgo o culpa de la Nación colombiana, demandada, debe pagar al demandante, la suma de treinta mil pesos ($ 30.000,00) en que estiman los perjuicios materiales, causados por el siniestro, y en veinte mil pesos ($ 20.000,00) m|c., los perjuicios morales, o lo que se estime por peritos nombrados en la forma legal" (fs. 8 demanda).

Los fundamentos de derecho están contenidos en los artículos 2349, 2341, 2343, 2347, 2356, 1494, 2359 del código civil, y en los artículos 155, 737 a 754, en lo pertinente, del código judicial.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, desató la controversia en sentencia de fecha 29 de septiembre de 1942, y cuya parte resolutiva dice así:

"En mérito de lo dicho, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en Sala Plena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, absuelve a la Nación de todos los cargos formulados contra ella en la demanda del señor Jorge Hernández Marcucci, de que atrás se hizo mención.

Sin costas.

Al notificársele el fallo al apoderado del demandante, interpuso el recurso de alzada, dando así lugar al conocimiento de esta Superioridad en segunda instancia.

Agotados los trámites de rigor y oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, la Sala entra al estudio del asunto, previas algunas consideraciones.

Ante todo importa hacer resaltar que se trata de derivarle responsabilidad a la Nación, en el caso contemplado, por una variante ejecutada por empleados de ésta, en el trayecto comprendido entre Capitanejo y Málaga, perteneciente a la carretera Central del Norte.

Dice así la demanda en el hecho 4º:

"Averiguada la causa del siniestro se comprobó, como lo acredito con las declaraciones adjuntas, que se debió a una variante inconsulta que hizo la Nación, por conducto de sus empleados, en el sitio indicado y sin que pusieran avisos o señales para prevenir el riesgo que tal variante ocasionó para el tráfico normal de la carretera en dicha zona. Dicha variante consistió en formar una curva angulada y demasiado cerrada en su radio, que visualmente no se podía verificar ni de día ni de noche, dando margen a que junto al accidente a que me vengo refiriendo, ocurrieran otros varios, y de lo cual se dio aviso al Gobierno nacional, sin que tomara medida alguna para corregir o prevenir ese peligro" (fs. 7, 7 v. demanda).

Tendiente a la comprobación de los hechos en que el actor funda sus pretensiones, obra en el expediente, allegadas durante los términos pertinentes de la primera instancia, las siguientes piezas probatorias:

Declaración del doctor Guillermo Ferré sobre la fractura del antebrazo derecho y la dislocación de la séptima y octava costillas izquierdas, lesiones que sufrió el señor Jorge Hernández M. En idéntico sentido deponen los doctores José Agustín Becerra (fs. 61 c. prub. primera instancia) y Carlos R. Parada (fs. 27 ibídem).

Diligencia de inspección ocular, practicada por el Juzgado Municipal de Enciso, en asocio de los peritos Alfredo Blanco y Antonio M. Báez, en la cual se alude a un trabajo de superposición realizado por el Gobierno en la Carretera Central del Norte, dentro del sector comprendido entre Capitanejo y Málaga; se dice allí también que había una variante en la carretera; que no obstante mediar la forzada curva, se ofrece una ilusión óptica, en forma que parece no existir solución de continuidad en ese punto; que el Gobierno, a pesar de los suplicantes llamamientos de los moradores de aquella región para que se colocaran señales distintivas que permitieran descubrir el peligro, sólo se ocupó de ello cuando por iniciativa particular se proveyó a los expresados preventivos; que sólo después de la reforma hecha al puente y de la realización de la curva, se comenzaron a suceder accidentes de índole análoga al ocurrido a los Hernández Marcucci.

Declaraciones de Gilberto Moreno y Gregorio Medina, tomadas a continuación de la anterior diligencia de inspección, y encaminadas a reforzar varios puntos de ella.

Decreto de nombramiento del Alcalde de Enciso, en la persona de Víctor R. Pinzón, y copia del acta de posesión.

Partida de nacimiento de Jorge Hernández.

Informe de la Inspección Municipal de Tránsito de Málaga, en el que se atiende a una de las pruebas solicitadas por el demandante, en el sentido de no existir constancia de que se hubiera practicado inspección ocular alguna por ese despacho, en el memorado lugar de Peña Colorada, en el año de 1940 y el anterior de 1939.

Declaraciones extrajuicio de Víctor Pinzón, exalcalde de Enciso, la que más adelante aparece ratificada y en la que se expresa, entre otras cosas, que la causa del accidente obedeció a la forma como quedó hecho el puente, que ocultaba una curva forzada y peligrosa.

Copia de una comunicación dirigida por el Alcalde de Enciso, que en ese entonces era el señor Pinzón, al Ministerio de Obras Públicas, en la que se pone de presente la peligrosidad de la curva.

Certificado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional, en que consta que J. Hernández M. terminó estudios en dicho plantel, sin haber obtenido aún el título de doctor.

Declaraciones extrajuicio, ratificadas más tarde, de los señores Cayetano Márquez, Rafael Grimaldos, Fidelígno Soler, Jesús Panqueba, Miguel Vita Blanco, Juan Bautista Basto, Alfredo Blanco, unos de oídas y otros por conocimiento directo, en el sentido de que la vía no ofrecía peligro alguno conforme al trazado del doctor Villamizar, y de que sólo cuando un doctor Harne realizó la variante, comenzaron a presentarse los accidentes, que según los testigos fueron tres en los años de 1939 y 1940, sin que el Gobierno hubiera adoptado medidas que pudieran prevenir el peligro.

Declaraciones extrajuicio con su correspondiente ratificación, de los señores Manuel A. López, y Simón Dargoltz, en las que se relatan los pormenores del viaje desde que ocuparon el vehículo hasta el momento del accidente.

Copia del telegrama dirigido por el corresponsal de "El Tiempo" de Bogotá desde Málaga, emanada del Ministerio de Correos y Telégrafos.

Informe del Ministerio de Obras Públicas, Sección de Carreteras Nacionales, en el sentido de

que "los planos y perfiles relacionados con la modificación que se le hizo a la Carretera Central del Norte, entre los kilómetros 379 y 380, sitio "Peñacolorada"... no se encuentran entre los planos y perfiles de la Carretera Central del Norte".

Dictamen pericial que estima en $.25.871 los perjuicios sufridos por el demandante.

Toda esta documentación fue analizada cuidadosamente por el sentenciador de primer grado en la siguiente forma:

"Si bien es cierto que todos los declarantes se pronuncian por la inminencia del peligro que dicha variante de la carretera ofrecía y que se había omitido por la autoridad poner señales para advertirlo, por lo cual no sólo este accidente automoviliario había ocurrido en este sitio, sino otros dos, también lo es que el debate probatorio no logró cubrir todos los frentes indispensables en el presente caso, para demostrar la responsabilidad civil por culpa o riesgo de parte de la Nación en tan lamentado y lamentable accidente de tránsito".

En seguida relata el Tribunal cómo no se comprobaron la época en que fue hecha la variante y la circunstancia de que ésta hubiera sido construída sobre planos aprobados por el Ministerio.

El primer punto no carece de significación, comoquiera que el conductor del vehículo señor Simón Dargoltz se consideraba como "experto chofer y diestro en conocer la carretera Central del Norte", ya que hacía más de 14 años que residía en Colombia y transitaba por la susodicha vía. Con todo, algunos declarantes, como Gilberto Moreno y Víctor Pinzón, señalan vagamente el año de 1939 como época en que se hizo la variante.

En cuanto al otro aspecto indicado, ninguna prueba se produjo, y antes, por el contrario, aparece el informe del Ministerio de Obras Públicas, Sección de Carreteras Nacionales, concebido en los siguientes términos:

"El suscrito Secretario General del Ministerio de Obras Públicas, en vista del informe dado por el Secretario de la Dirección General de Ferrocarriles y carreteras nacionales, el cual dice que los planos y perfiles relacionados con la modificación que se le hizo a la carretera Central del Norte, entre los kilómetros 379-380, sitio de Peñacolorada, entre los municipios de Capitanejo y Málaga, no se encuentra entre los planos y perfiles de la carretera Central del Norte, que reposan en el archivo general de obras públicas"; hace saber al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que no es posible, por la causa citada, remitir las copias de los planos y perfiles tantas veces mencionados (fs. 75 v. ibídem).

Anota, además, el fallador de primera instancia cómo no se adujo concepto de ingenieros técnicos sobre el peligro e inutilidad de la variante. "Es cierto, dice el Tribunal —se repite— que los declarantes califican de inconsulta, por decir lo menos, la variante de la carretera, pero para poderlo hacer con verdadera autoridad, se ha debido pedir el concepto de técnicos en la materia y no de personas que son ignorantes en ella, pues hay declaraciones de las cuales se advierte a primera vista que los testigos no son técnicos en esa clase de trabajos de ingeniería para poder calificar científicamente sobre la obra de la variante, sus inconveniencias e inconvenientes".

"No se demostró tampoco que dicha variante de la carretera fuera inútil y que, por consiguiente, su construcción se hubiera podido evitar. Al contrario, hay que suponer que tratándose de una carretera de tanta importancia como la Central del Norte, cualquier variante que se le introduzca por los empleados encargados de su conservación y cuidado, tiene que obedecer a una imperiosa necesidad y que al hacerla se consulta la conveniencia y comodidad. No es posible suponer que una obra sobre la carretera se haga inconsultamente y por el solo capricho de hacerla; hay que concluír, por lo tanto, que la variante de que se trata debió obedecer a una necesidad" (fs. 14, c. principal).

Muy importante hubiera sido acreditar la velocidad con que iba el vehículo y la urgencia que justificara la prosecución del viaje en avanzadas horas de la noche. A este respecto ninguna comprobación se adujo.

El análisis verificado por el Tribunal, conduce a la confirmación de la sentencia. Con todo, no sobra advertir que es una cuestión muy difícil deducir responsabilidad a una entidad oficial con base en deficiencias de construcción en vías públicas.

Los vacíos y deficiencias apuntados por el Tribunal **a quo**, no se subsanaron ante la Corte. En esta segunda instancia, sólo se trajo a los autos un Diario Oficial en que está contenido el Decreto

número 21 de 1909, sobre reglamento de policía de caminos, y un certificado de la Dirección de Circulación y Tránsito municipal de Cúcuta, sobre revisión y aplicación de placas al automóvil marca Buick, de propiedad del señor Dargoltz.

La situación probatoria no ha sido, pues, modificada. Así lo advierte, igualmente, la Procuraduría en el alegato de instancia.

En mérito de lo discutido, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado. Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veintiuno de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá presentó demanda el señor Leovigildo Sánchez para que mediante los trámites propios del juicio ordinario se condenara a la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a pagarle una suma de dinero a título de indemnización por perjuicios, y a otras prestaciones que concretó en la forma siguiente:

"1ª Que se condene a la Nación colombiana representada por el Presidente del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales que tiene personería jurídica conforme a la Ley 29 de 1931 a pagarme dentro del término legal la suma de doscientos ochenta y cinco pesos, o la que se estime por medio de peritos por los perjuicios causados por el incendio ocasionado por las locomotoras de los trenes el día 14 de agosto de 1939, en la finca La Granja; por el daño emergente y el lucro cesante ocasionados por el mismo incendio; 2ª Que se condene igualmente a las mismas empresas del ferrocarril Girardot-Tolima-Huila a construír dos pasos a nivel frente a mi finca que facilite el paso entre las dos partes en que la línea la divide, dentro del término que prudencialmente se le fije; y 3ª Que se condene igualmente a las mismas empresas a pagarme dentro del término legal la suma de diez pesos por valor de una caja de frutas que despaché de El Espinal el 6 de julio con destino a Bogotá para entregárselas al doctor José María Iriarte, remesa marcada con el número 7415, la que personalmente le entregué al Jefe de Reclamos sin que haya sido posible hasta la fecha que me paguen su valor".

Los hechos fundamentales de la acción, según los presenta y enumera la demanda, pueden resumirse así:

1º El día 14 de agosto de 1939, entre la una y las dos de la tarde, las locomotoras que conducen los trenes que hacen el tráfico a Ibagué causaron incendios en la finca "La Granja"; situada entre los kilómetros 22 y 23 de aquella vía, a consecuencia de los cuales fue quemado un potrero de pastos artificiales, otro de pastos naturales y los postes correspondientes de las cercas, todo de propiedad del demandante;

2º El día señalado en el hecho anterior fue de mucho viento y de mucho sol en el sector indicado, y los trenes que bajaron en esa misma fecha entre las cinco (5) y las siete (7) de la tarde también dejaron fuego a lo largo de la zona mencionada;

3º El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles no ha querido construír dos pasos a nivel en la finca "La Granja" para facilitar al demandante el libre tránsito de los semovientes a través de la vía, por lo que ha tenido que hacer el señor Sánchez abrevaderos costosos y corrales a uno y otro lado de la ferrovía;

4º Finalmente, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles no ha cubierto al demandante ni el valor de las indemnizaciones reclamadas por los perjuicios sufridos con motivo del incendio, ni el valor de una caja de frutas que remesó en El Espinal el 6 de julio del citado año de 1939 con destino a Bogotá, la cual no había sido entregada al destinatario a la fecha de la demanda.

El negocio fue resuelto por el Tribunal del conocimiento por medio de sentencia que tiene fecha 15 de febrero de 1943, en la cual se negaron todas las peticiones de la demanda, y por consiguiente se absolvió al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales de los cargos en ella formulados. De tal resolución apeló el demandante, por lo que han venido los autos a esta superioridad que pasa a resolver en derecho, después de haberse surtido los trámites procesales de rigor.

El Tribunal Superior estudió, de acuerdo con las pruebas del expediente, si por parte del actor estaban acreditados los elementos necesarios de la responsabilidad extracontractual, o sea si aparecían demostrados los siguientes hechos: 1º Que el demandante sufriera un daño en su patrimonio; 2º Si el demandado incurrió en culpa; y 3º Que

esta culpa fuera la causa necesaria del daño sufrido.

En concepto del Tribunal las pruebas aducidas por el actor carecen de valor legal y no pueden ser fuente de las peticiones formuladas en el libelo porque se produjeron sin intervención de la parte contraria, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Tales pruebas consisten en algunas declaraciones de testigos y en una diligencia de inspección ocular practicadas con la participación de peritos. A continuación pasa la Corte a referirse al contenido jurídico de esas pruebas, porque de su examen depende la confirmación o revocatoria de la providencia objeto del recurso.

Primera súplica

Junto con su demanda presentó el actor algunas declaraciones extrajuicio —las de Gregorio Sánchez y Jorge Sánchez— las cuales fueron ratificadas dentro del término probatorio correspondiente a la primera instancia; y, asimismo, las declaraciones de Pedro Serrano, Joaquín Morales y Cornelio Rodríguez recibidas dentro de la misma oportunidad. El Tribunal desestimó estas declaraciones porque habiéndose anulado la actuación por falta de citación al representante legal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales (nulidad que fue decretada por auto de 10 de octubre de 1939), pidieron las partes que se tuvieran como pruebas las que habían sido solicitadas y practicadas en el juicio anulado, a lo que accedió el Tribunal, para estimarlas en la sentencia "de acuerdo con la valoración legal que les corresponda". En el fallo que se examina se expresa que las pruebas solicitadas por el actor y practicadas dentro del término probatorio surtido dentro de la actuación anulada carecen de todo valor pues no se adelantaron con citación de la parte demandada quien por lo mismo no pudo contradecirlas, lo que es más patente aún si se tiene en cuenta que la anulación sobrevino precisamente por falta de citación o emplazamiento en la forma legal a la parte demandada y que igual cosa ocurre en concepto del Tribunal, con relación a las declaraciones extrajuicio presentadas con la demanda.

Con el objeto de mejorar su posición probatoria pidió el demandante en esta segunda instancia que se practicara una inspección ocular con intervención de peritos en la finca La Granja, pero esta diligencia no se llevó a cabo, como tampoco se obtuvo la ratificación que se solicitó de las declaraciones rendidas extrajudicialmente por los testigos Gregorio y Jorge Sánchez. Pero en cambio los señores Joaquín Morales, Pedro Serrano, Cornelio Rodríguez Carvajal, Isidro Villamizar y Vicente Cardoso Tovar, dieron ante el Magistrado sustanciador las declaraciones que de ellos fueron solicitadas por la parte demandante.

El testimonio de Isidro Villamizar no tiene importancia alguna en relación con la primera súplica de la demanda, pues se limita a deponer que en su calidad de maestro albañil construyó para el señor Leovigildo Sánchez en su finca La Granja un tanque de ladrillo y cemento y una alberca de los mismos materiales para abrevadero de los animales de dicha finca.

Por su parte Joaquín Morales, quien el día 14 de agosto de 1939 trabajaba como obrero del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila entre las estaciones de El Espinal y Chicoral, afirma que entre la una y las dos de la tarde, hora en que suben y bajan los trenes de pasajeros entre los mencionados sitios, se produjo un incendio en la finca La Granja; que la cuadrilla en que trabajaba se encontraba más o menos a kilómetro y medio del lugar del siniestro y que por orden del caporal de ella se dirigió a aquel sitio para averiguar cuál era la causa del fuego. Agrega: "Por lo que pude observar el incendio empezó en una zona bastante retirada de la línea del ferrocarril, y el fuego avanzaba desde esa zona hacia la línea del ferrocarril, impulsado por un fuerte viento que en ese momento soplaba de la zona en que el fuego empezó hacia la línea férrea". Dice además que fue destruída la mayor parte de un potrero de pasto artificial de la finca La Granja en donde el señor Sánchez tenía algunos novillos engordando y que lo mismo ocurrió con algunos cercos de madera y alambre y una parte del potrero adyacente de pasto natural. En cuanto a las causas del incendio manifiesta que no le consta que éste se produjera a consecuencia del fuego de las máquinas del ferrocarril y añade: "Después de tratar de apagar el incendio, lo que no pude conseguir, según lo dije antes, me dediqué a recorrer el potrero del señor Sánchez para ver si era posible apagar el fuego que consumía las cercas, hasta que llegué al predio que limita con el del señor Sánchez y que es de propiedad del señor Cornelio Rodríguez. En el límite entre estos dos predios observé que había rozado unas partes del predio de Rodríguez y había ya algunas hogueras, que parecían recientes. Observé también que el fuego de estas hogueras

se propagó hasta un árbol de matarratón que formaba parte de la cerca de la colindancia, árbol éste que se quemó por completo y cayó luego sobre el predio del señor Sánchez, en el cual observé los carbones que habían quedado después de quemarse el árbol de la cerca en referencia". Repreguntado por el vocero del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles dijo que en vista de las circunstancias en que se quemaron las siembras en el predio de Rodríguez "es posible que el fuego producido por dichas rozas se hubiera propagado a la finca colindante del doctor Sánchez y causado como consecuencia el incendio de la propiedad de éste". Y agregó luego que en el momento del incendio el viento venía de Sur a Norte, es decir, de las fincas de Cornelio Rodríguez y del doctor Sánchez hacia la línea del ferrocarril "por lo cual es posible que el incendio originado en las rozas quemadas en el predio de Rodríguez se hubiera propagado hasta la zona del ferrocarril". Vicente Cardoso Tovar expone que se encontraba trabajando en compañía de otras personas en la finca La Granja y a una distancia aproximada de un kilómetro y medio del lugar en que el incendio se produjo; que observó que el humo principió a notarse en la parte en que colindan las fincas del doctor Sánchez y la de Cornelio Rodríguez; que el fuego avanzó de allí hacia el interior del predio del doctor Sánchez, impulsado por el viento que en ese momento soplaba de la finca de Rodríguez hacia la línea férrea. Depone igualmente que no le consta si el incendio en referencia fue producido por el fuego de las máquinas del ferrocarril que pasaban por la citada finca La Granja y que entre el punto donde empezó el incendio y la línea del ferrocarril hay aproximadamente una distancia de medio kilómetro.

En relación con el daño sufrido afirma que fue destruída la mayor parte del potrero de pasto artificial de propiedad del señor Sánchez, y asimismo los cercos de madera y alambre y gran parte del potrero natural en donde tenía su dueño un considerable número de reses de cría. Pedro Serrano, trabajador al servicio del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila el día en que ocurrieron los hechos materia del presente juicio, dice a su vez que entre la una y las dos de la tarde realizaba sus faenas a una distancia como de un kilómetro y medio del lugar en que el fuego se produjo; que no le consta nada en relación con las causas del incendio. Finalmente Cornelio Rodríguez Carvajal depone que el 14 de agosto de 1939 después de haber pasado el tren que sube a la 1 p. m. para Ibagué, como 15 minutos más tarde se desarrolló el incendio en la finca La Granja que queda colindante con la del declarante y relata lo mismo que afirman los demás testigos en relación con el daño sufrido. Preguntado por el vocero de la entidad demandada dice que se encontraba a unas siete cuadras, poco más o menos, del lugar en que ocurrió el incendio; y que no le consta si el incendio fue causado por una locomotora del ferrocarril.

En cuanto al testimonio de los señores Gregorio y Jorge Sánchez bastará copiar lo que al respecto expresó el H. Tribunal: "Aun en el supuesto de que tales pruebas tuvieran algún valor, tampoco podría prosperar la acción de perjuicio, pues ninguno de los testigos afirma con certeza que fueran chispas provenientes de las locomotoras que conducían los trenes que pasaron por la finca La Granja las que ocasionaron el incendio, sino que se limitan a hacer simples conjeturas. Así Gregorio Sánchez dice que no tiene seguridad de que "el incendio lo hubiera producido la máquina del Ferrocarril.... ya que pudo haber obedecido a otras causas". Jorge Sánchez expresa que el incendio fue probablemente causado por la máquina del ferrocarril".

De la diligencia de inspección ocular que se practicó por solicitud del actor, tampoco se infiere que el incendio se hubiera producido por las chispas arrojadas al paso de las locomotoras que pasaron por aquel lugar el día del accidente. E igual ocurre con los dictámenes de los peritos, que se limitaron al avalúo de los daños sufridos por el demandante. De otro lado, los testimonios aducidos por la parte demandada —los de los señores Simeón Peralta y Eduardo Silva G. (fs. 24 y 32 vs. del c. número 7), expresan claramente que por ser empleados de los Ferrocarriles Nacionales les consta que las locomotoras que conducían los trenes que pasaron por el trayecto mencionado son accionadas con **fuel-oil** y que no despiden chispas ni cisco que puedan ocasionar incendios en los predios aledaños a las vías por donde transitan.

Del conjunto de los elementos probatorios aportados al juicio resulta incuestionable que si bien se acreditó la existencia del daño sufrido por el demandante, en cambio el otro elemento esencial de la acción —el de la culpa del demandado— no obtuvo demostración de ningún género, por lo que lógicamente no puede deducirse responsabilidad alguna para éste. De ahí que sin lugar a otras consideraciones, la Sala debe confirmar la reso-

lución proferida en primera instancia en cuanto a este extremo de la demanda.

Las demás súplicas de la demanda

En relación con la petición de que se condene al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles a construír dos pasos a nivel frente a la finca del demandante, con el objeto de facilitar el tránsito entre las dos partes en que la línea se divide, sólo existe en la demanda un hecho (el 3º), en el cual se expresa que el ferrocarril no ha querido construír las obras en mención, por lo que el actor ha tenido que hacer construír abrevaderos y corrales a uno y otro lado de la ferrovía. No se expresó por el actor cuál fuera la causa para pedir en tal sentido ni las disposiciones legales que fundamentan esta súplica. Si a esta circunstancia se agrega que tampoco se produjo prueba ninguna en las dos instancias del juicio respecto a la mencionada súplica, la acción aparece como desnuda de toda base y forzosamente habrá de llegarse a la conclusión de absolver al demandado conforme lo resolvió el fallo de primer grado.

Consta la fecha en que según el actor se hizo de la estación del ferrocarril en El Espinal a Bogotá, el despacho de la caja de frutas cuyo valor se reclama. Esta fecha, según el hecho 7º de la demanda, fue la del seis (6) de julio de 1939. Como la demanda se notificó mucho tiempo después de transcurridos los seis meses que para la prescripción de la acción señala el inciso final del artículo 313 del Código de Comercio, es evidente que la absolución que por este motivo profirió el Tribunal se ajusta a derecho.

En virtud de las consideraciones expuestas la Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA en todas sus partes la sentencia objeto del recurso.

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

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado — Víctor Cock — Ramón Miranda — Eleuterio Serma. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ATRIBUCIONES DEL TRIBUNAL EN ASUNTOS REFERENTES A PENSIONES DE JUBILACION DE LOS EMPLEADOS DEL ORGANO JURISDICCIONAL

La sentencia referente a un asunto de pensión de jubilación de un miembro del órgano jurisdiccional debe proferirse por la Sala Civil del Tribunal y no por la Sala Plena. Si así no se hiciere se incurre en nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable. (Artículos 77, 79, 87, C. J., 460, ibid.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negócios Generales—Bogotá, primero de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Suscrito por los señores Magistrados de la Sala del Tribunal Superior de Medellín fue proferida en este asunto sentencia definitiva de fecha 19 de julio de 1945, en la cual hubo de declararse "que el señor Carlos Palacio Ll. carece de derecho a que la jubilación que solicita le sea reconocida por este Tribunal".

Habiendo interpuesto recurso de apelación el interesado señor Palacio, le fue concedido ante la Corte, en donde se ha dado al negocio la tramitación que legalmente le corresponde.

Se observa, sin embargo, a tiempo de fallar, que en el asunto se presenta un caso de incompetencia de jurisdicción del Tribunal que dictó la sentencia de primera instancia; ya que, como antes hubo de expresarse, fue ella pronunciada conjuntamente por la Sala Civil y por la Sala Penal del Tribunal **a quo,** es decir, por la Sala Plena del mismo Tribunal, y no obstante que la competencia para conocer del asunto exclusivamente le corresponde a la Sala Civil del Tribunal referido.

En efecto, en armonía con el artículo 10 de la Ley 22 de 1942, de este género de asuntos sobre pensiones de jubilación conocen los Tribunales Superiores correspondientes al domicilio del interesado y tales fallos pueden revisarse por la Corte en virtud de apelación interpuesta por el Fiscal o por el solicitante.

Y por cuanto el objeto del juicio es reconocer una pensión de carácter patrimonial y pecuniario a favor del solicitante y a cargo de la Caja de Previsión respectiva y, también, en ciertos casos, según jurisprudencia de esta Sala de la Corte, directamente a cargo del Estado, obviamente se trata entonces de un juicio de carácter civil, que cae, por tanto, bajo la competencia exclusiva de la Sala Civil del Tribunal respectivo.

Por otra parte, el artículo 79 del C. J. trae una enumeración de los asuntos que son del resorte de los Tribunales Superiores en Sala de Acuerdo (ambas Salas reunidas), y no aparece que, por sus características mismas, pueda aplicarse alguno de ellos al caso que aquí se considera.

El fallo ha debido ser dictado, en consecuencia, por todos los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal, en armonía con lo establecido por los artículos 77 y 87 del Código de Procedimiento Civil; mas no por todos los Magistrados de ambas Salas del mismo Tribunal.

Ahora bien: según lo estatuído por el artículo 455 del C. J. en el caso actual a la Corte corresponde reconocer la existencia de cualquier nulidad que se presente en el proceso y antes de fallar en definitiva.

La nulidad aquí contemplada es nulidad por incompetencia de jurisdicción, la cual resulta, además, ser de carácter improrrogable.

En presencia de esta circunstancia, y por cuanto, de otro lado, por ser parte principal en el juicio el señor Agente del Ministerio Público, no habría lugar a ratificación por su parte de tal incompetencia de jurisdicción de carácter improrrogable (véase el artículo 460 del C. J.), aparece así de manifiesto que hay lugar a declarar de plano por la Corte la existencia de la nulidad referida.

La parte anulada comprenderá, de acuerdo con lo que se deja expuesto, el fallo del Tribunal y las diligencias posteriores de la primera instancia.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara nulo el presente proceso en la primera instancia, a partir de la sentencia de 19 de julio de 1945, y dispone que vuelva el asunto al conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín a fin de que se sirva dictar el fallo sustitutivo del anulado.

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

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.— Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PARA EL COBRO DE UNA SUMA DE PESOS

Tratándose de entrega de bienes comprados por empleados nacionales para el servicio de una empresa del Estado la prueba normalmente adecuada, tendiente a la comprobación de tal recibo, debería ser escrita y bajo la firma del empleado al cual hubiera sido hecha la entrega respectiva.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, abril seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En la demanda presentada por el señor Alberto P. Dávila, en representación de la sociedad colectiva de comercio denominada "Dávila & Fuentes" y domiciliada en Santa Marta, solicitó el demandante que fuera condenada la Nación a pagar a la sociedad expresada la suma de novecientos cuarenta y un peso con veintiseis centavos ($ 941.26) y los intereses comerciales desde la fecha en que debió ser pagada dicha suma hasta la fecha del pago.

Adujo el demandante en calidad de hechos fundamentales de esta demanda los que a continuación se transcriben:

"1º La sociedad que represento vendió a la Nación artículos de comercio por valor de $ 941.26.

"2º La Nación debía pagar a la sociedad que represento los artículos de comercio vendidos, inmediatamente después de que fueran despachados.

"3º La sociedad que represento entregó a la Nación, a virtud de la venta de que se habla en el hecho 1º, los artículos de comercio para beneficio de la obra que se lleva por cuenta de la Nación en la construcción de la carretera llamada 'Carretera Ciénaga-Fundación', que parte del Municipio de Ciénaga y pasa por el Municipio de Aracataca, ambos municipios del Departamento del Magdalena.

"4º A virtud de la venta de que se habla en el hecho 1º, la sociedad que represento despachó a la Nación, y ésta recibió, en febrero diez de 1941, tres filtros para agua Nº 3, por valor total de $ 45.00.

"5º A virtud de la venta de que se habla en el hecho 1º, la sociedad que represento despachó a la Nación, y ésta recibió en 9 de mayo de 1941, un filtro de loza Nº 4-114, varillas de hierro red. ½, 72 zapapicos Collins, 72 palas Caimán, 1 prensa mecánica Nº 63, 1 yunque pequeño Nº 4, 1 prensa de mano, 1 pinza de punta, 8 barras de punta y pala, por valor total de $ 445.75 incluyendo $ 2 por acarreo.

"6º A virtud de la venta de que se habla en el hecho 1º, la sociedad que represento despachó a la Nación, y ésta recibió el 17 de mayo de 1941, 120 palas Caimán, 72 zapapicos Collins, 99 varillas de hierro red., ancho de 5/8, por valor total de $ 450.51.

"7º La Nación no ha pagado a la sociedad que represento el valor de los artículos de comercio de que hablan los hechos 4º, 5º y 6º".

Como fundamentos de derecho presentó el demandante el contenido de los artículos 1849, 1851, 1857, 1864, 1928, 1930 y 1630 del Código Civil y los artículos 219, 220, 229, 238, 239 y 240 del Código de Comercio Terrestre.

Una vez admitida la demanda, le fue corrido traslado de ella en representación de la Nación, al señor Fiscal del Tribunal de Santa Marta, Tribunal que fue el que conoció en primera instancia del presente juicio.

El señor Fiscal, en la contestación que hubo de dar a la demanda memorada, manifestó no constarle los hechos fundamentales de la misma, con la salvedad del hecho 2º, que hubo de negar rotundamente, es decir, aquel en el cual el demandante asevera que "la Nación debía pagar a la sociedad que represento los artículos vendidos inmediatamente después de que fueron despachados".

Abierto el negocio a pruebas sólo fueron pedidas algunas por la parte demandante; y finalizó el asunto, en la primera instancia, con la sentencia de tres de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la cual el Tribunal sentenciador, después de demostrar que la parte demandante no había aducido prueba suficiente para dejar esta-

blecidos los hechos en los cuales fundó su acción, declaró absuelta a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Interpuso el demandante recurso de apelación que le fue concedido para ante la Corte, y ante esta Corporación se ha venido surtiendo la segunda instancia.

El apoderado de la parte demandante solicitó en esta instancia la apertura del juicio a pruebas. Empero, por haberlo hecho extemporáneamente; la Corte, en auto de 19 de octubre de 1944, hubo de negar la correspondiente solicitud.

Por lo demás, sólo el señor Procurador Delegado en lo Civil presentó alegaciones escritas en el presente grado del juicio, encaminadas éstas a sostener la sentencia del Tribunal.

Para fallar la Corte considera:

No existe en el proceso prueba valedera a efecto de admitir que a cargo de la Nación exista la deuda que se le cobra por la parte demandante.

Aunque llegara a aceptarse en principio que en realidad fueron hechos algunos pedidos por un empleado nacional, a la casa demandante, de algunos artículos y utensilios destinados a la carretera Ciénaga-Fundación, ocurre que no aparece suficientemente demostrado que los aludidos objetos hubieran sido efectivamente entregados, y por conducto de sus representantes, a la Nación, en términos tales que, de la entrega misma en cumplimiento de los pedidos hechos, surgiera la obligación del supuesto comprador de pagar el precio de los artículos recibidos (artículos 1928 y 1929 del C. C.), precio que es el que se demanda o cobra en el presente juicio.

Tratándose de entrega de bienes comprados por empleados nacionales para el servicio de una empresa del Estado, la prueba normalmente adecuada, tendiente a la comprobación de tal recibo, debería ser prueba escrita y bajo la firma del empleado al cual hubiera sido hecha la entrega respectiva, prueba, la aludida, que en forma alguna figura en el proceso.

Pero aun prescindiendo de esta consideración, se tiene que las comprobaciones presentadas son por su contenido mismo pruebas deficientes para llevar al ánimo del juzgador una convicción adecuada de que la entrega en realidad hubo de ocurrir, como hecha a un empleado nacional competente para recibir las mercancías en el caso actualmente objeto de estudio.

Para mejor comprensión del tema debatido habrán de transcribirse en este fallo y analizarse las pruebas aducidas por la parte demandante sobre el punto mismo de la entrega en referencia.

El testigo Rafael Manjarrés depone, en declaración rendida ante el Tribunal Superior de Santa Marta, así:

"Preguntado de conformidad con el único punto de que trata el interrogatorio formulado en el citado memorial, contestó: 'Con vista en los documentos que se me han presentado y que figuran a folios uno, dos, tres, cuatro, cinco y seis del expediente, puedo afirmar, porque ello es verdad, que yo, como empleado que fui de Dávila & Fuentes en el año de mil novecientos cuarenta y uno, despaché y entregué con destino a la carretera Ciénaga-Fundación, los artículos de comercio determinados en dichos documentos". No habiendo más preguntas que formular, se da por terminado el acto".

"Por su parte el testigo José Gregorio Sánchez declara en los siguientes términos:

"Preguntado de conformidad con el único punto de que trata el interrogatorio formulado en el citado memorial, contestó: 'Con vista de los documentos que se me han presentado y que figuran en los folios 1, 2, 3, 4, 5 y 6 del expediente, puedo afirmar, porque ello es verdad, que yo, como empleado de Dávila & Fuentes en el año de 1941 autoricé al empleado de la misma casa, señor Rafael Manjarrés, para que entregara los artículos de comercio determinados en dichos documentos con destino a la carretera Ciénaga-Fundación, entrega que se llevó a efecto'. No habiendo más preguntas que formular, se da por terminado el acto".

Como aparece de manifiesto, y aunque haya de prescindirse de la tacha que contra los declarantes ha sido alegada por su condición de empleados que dicen ser de la casa demandante, son declaraciones deficientes en calidad de elementos enderezados a crear la convicción de que efectivamente tal entrega tuvo lugar en debida forma como hecha a quien estaba facultado para recibir; y ya que ni siquiera se expresa en esas declaraciones la persona o personas, individualizándolas, con respecto a las cuales la entrega tuvo lugar, es decir, quiénes fueran las personas naturales que los recibieron.

Figura también en el proceso, presentado por el demandante, el siguiente papel escrito.

"Santa Marta, mayo 9 de 1941—Nota de embarque—Para el Ferrocarril del Magdalena.

"Despachadores: **Dávila & Fuentes.**

"Destinatarios: **Carretera Ciénaga - Fundación.** Sector **Ciénaga.**

"Destino: **Ciénaga.**

"Clase de bts.; 114 varillas de hierro redondo ½.

72 palas de marca Caimán.

72 zapapicos marca Collins.

8 barras de hierro... (Firma ilegible)".

Y en relación con el transcrito documento obra en autos la siguiente declaración:

"Me llamo Jaime Jhonson, de veinticinco años de edad, natural y vecino de esta ciudad y casado. Preguntado de conformidad con el único punto de que trata el interrogatorio formulado en el citado memorial, contestó: 'Con vista en la nota de embarque de nueve (9) de mayo de 1941, que se me ha puesto de presente y que aparece firmado por Jaime A. Johnson, manifiesto que como empleado del Ferrocarril de Santa Marta recibí de Dávila & Fuentes los artículos de comercio mencionados en la misma nota de embarque y los despaché a Carretera Ciénaga-Fundación, sector Ciénaga, y agrego que la firma que en él aparece fue puesta por mí'. No habiendo más preguntas que formular, se da por terminado el acto".

Con la observación previa de que no existe demostración alguna de que el declarante fuera en realidad empleado del Ferrocarril de Santa Marta como él lo expresa, no siendo suficiente para darlo por establecido su declaración única al respecto; ni el documento reconocido por el declarante ni la atestación de éste son pruebas idóneas para colmar el vacío relacionado con la falta de comprobación de que por persona autorizada para ello hubiera sido efectivamente recibidas las mercancías destinadas al servicio de la empresa de la Nación en la ciudad de Ciénaga. Y es que no es explicable, ni siquiera se ha intentado por la parte demandante, dar alguna explicación, de por qué el receptor de las mercancías en Ciénaga no se indica siquiera con expresión de su nombre y apellido, o de su cargo oficial, y con la comprobación también de la fecha misma en que la entrega tuvo lugar en la expresada ciudad.

Se comprende por lo que se deja expuesto que hay lugar a la confirmación de la sentencia apelada según lo solicitado por el señor Procurador Delegado en lo Civil, en representación de la Nación.

En tal virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia apelada proferida en el presente juicio por el Tribunal Superior de Santa Marta el día 3 de marzo de 1944.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Germán Alvarado.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario en propiedad.

EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril ocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

El doctor Jorge Mazabel, por medio de apoderado, demandó al Departamento de Caldas para que con su audiencia declare la justicia en sentencia definitiva:

1º—Que el actor realizó unas obras que aprovecharon al Departamento demandado, obras no previstas ni avaluadas en el contrato escriturario de veinticuatro de julio de mil novecientos veintincinco celebrado entre demandante y demandado sobre construcción de un trayecto de la carretera Manizales-Río Magdalena.

2º—Que el valor de tales obras no quedó incluído en el precio de las estipuladas en el precitado contrato;

3º—Que, consecuencialmente, el Departamento de Caldas debe pagarle al actor la suma de diez y nueve mil setecientos sesenta y tres pesos, valor de las obras adicionales e imprevistas a que se refieren los puntos anteriores;

4º—Que en caso de que no se considere que exista obligación emanada del contrato, se declare que por enriquecimiento sin causa son procedentes las mismas declaraciones.

Ordenado el traslado legal, el señor Fiscal Segundo del Tribunal **a quo** al descorrerlo, propuso la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción.

No convino con ello la parte actora y pidió que por tratarse de una cuestión de puro derecho, declarara de plano el Tribunal que sí es competente para conocer. Así lo dijo, en efecto, en auto de veinticuatro de marzo del año pasado, pues negó la excepción propuesta por el señor Fiscal.

Este funcionario, que había llevado la voz del Departamento y propuesto las excepciones, apeló y el H. Tribunal le concedió la alzada.

En la Corte se le dio aviso de la llegada del negocio al señor Gobernador representante del Departamento, quien no alegó ni delegó la representación para sustentar el recurso.

Consideraciones:

La excepción se hace consistir "en el hecho de que el H. Tribunal Superior no es competente para conocer de dicha demanda, por cuanto en el contrato de construcción de la carretera Manizales-Río Magdalena en el trayecto comprendido entre las abscisas K-28 y K-38 celebrado entre el Departamento de Caldas y el Dr. Mazabel Durán, en la cláusula décimasexta que fue sustituída por el Ministerio de Obras Públicas se estipuló en la forma siguiente: "cualquier diferencia que surja entre el Departamento y el contratista, por razón de este contrato, será sometida al Ministerio de Obras Públicas, cuya decisión será obligatoria para las partes", de donde se desprende que el demandante debe dirigir la solicitud a dicho Ministerio, acogiéndose en tal forma a los términos del contrato que es ley para los contratantes y que rige para formular cualquier reclamación y dirimir obligatoriamente las diferencias surgidas entre las partes".

El abogado del actor replica: "Como podrá apreciarlo muy bien el señor Magistrado, al leer el libelo de la demanda, la acción propuesta está encaminada a pagar obras que fueron ejecutadas en forma adicional, no previstas ni avaluadas en el contrato, y que de suyo escapan al régimen especial señalado por éste. Se trata, pues, de una acción que ha surgido, una vez más lo repito, **en forma extracontractual,** y considero por lo tanto que para ella sí es competente el H. Tribunal, si la acción en referencia la hubiese entablado yo erróneamente ante el Ministerio de Obras Públicas, tengo la certidumbre de que éste hubiese argumentado, y con toda razón, que es incompetente para conocer de ella, por tratarse de asuntos absolutamente extracontractuales, en los que el Ministerio, de acuerdo con el contrato mismo, no puede ni debe tener ninguna ingerencia.

"Pero es más, señor Magistrado, al punto cuarto de la parte petitoria de la demanda propuse como subsidiaria la acción de enriquecimiento sin causa, que exige como requisito esencial la no existencia de vínculo contractual alguno entre el acreedor y el deudor, es una acción autónoma e independiente que por su misma naturaleza tiene

que ser ajena a toda relación contractual; de tal manera que por ese aspecto muchísimo menos es operante la excepción aludida".

Las transcripciones que acaban de hacerse revelan que la controversia incidental ha surgido por la estipulación sobre arbitramento de la cual habla el contrato de veintinueve de marzo de mil novecientos treinta y cinco —firmado por el Secretario de Obras Públicas del Departamento y por el demandante doctor Mazabel— contrato que fue aprobado por el señor Gobernador. Ese contrato fue modificado por el de veintidós de mayo del año citado. Pero tanto en el primitivo como en el sustitutivo aparece clara la voluntad de los contratantes de someterle a un Juez de hecho acordado por ellos la solución de cualquiera dificultad relacionada con "el desarrollo total del contrato".

Teniendo en cuenta esa circunstancia, parece que la justicia ordinaria al admitir esta demanda debe hacerlo **sub conditione,** lo que vale decir que, si mediante estudio del proceso llega a adquirir la plena convicción de que el compromiso prevalece, así tendrá que declararlo el Tribunal **a quo** en su sentencia, dejándole campo al árbitro escogido por las partes para que las arregle conforme al compromiso.

Precisado así el campo de acción de la justicia ordinaria, y con la reserva que se acaba de expresar, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia cree que lo indicado es que el demandado conteste la demanda y que el juicio siga su curso.

Basta lo expuesto para confirmar, como en efecto CONFIRMA la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia la providencia materia de la alzada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado.—Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario".

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA EN EL ACCIDENTE AEREO DE SANTA ANA

La Corte tiene establecida jurisprudencia de que en el caso especial y concreto del accidente aéreo de Santa Ana el Estado no puede ser mirado como un tercero responsable al cual favorezca la corta prescripción a que alude el artículo 2358 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En el presente juicio ordinario seguido contra la Nación por el señor Manuel Alberto González, quien fue herido en el conocido accidente de aviación del campo de Santa Ana el día 24 de julio de 1938, dictó sentencia el Tribunal Superior de Bogotá, cuya parte resolutiva está concebida así:

"—Declárase infundada la excepción de prescripción de la acción invocada por el señor Fiscal.

"—Condénase a la Nación como civilmente responsable de los perjuicios sufridos por el demandante Manuel Alberto González, a consecuencia de los maltratamientos que recibió en el accidente de aviación ocurrido en el campo de Santa Ana, el día 24 de julio de 1938 a pagarle al mencionado señor González el valor de dichos perjuicios en la oportunidad y en la forma prevenidas por el artículo 553 del Código Judicial; y

"III—Se absuelve a la Nación del pago de los perjuicios morales, a que igualmente se refiere la demanda".

Ambas partes litigantes interpusieron recurso de apelación contra la sentencia del Tribunal. Y concedido el recurso ante la Corte, ante esta superioridad se ha surtido la segunda instancia del juicio, que se halla en estado de ser decidido en definitiva.

Para resolver se considera:

Ha constituído tema fundamental del debate en el presente asunto lo concerniente a la prescripción extintiva o liberatoria de la acción incoada contra el Estado por el señor González, excepción de prescripción que, como se acaba de ver, hubo de declarar el Tribunal ser infundada.

Aconteció, en efecto, que la demanda fue presentada ante el Tribunal con fecha 5 de septiembre de 1941, esto es, posteriormente al vencimiento de tres años a contar del 24 de julio de 1938, fecha del siniestro de Santa Ana.

Y por cuanto según el inciso 2º del artículo 2358 del Código Civil, "la acción para la reparación del daño que pueda ejercitarse contra terceros responsables conforme a las disposiciones de este capítulo (el de responsabilidad común por los delitos y las culpas), prescriben en tres años desde la perpetración del acto".

Se sienta así la tesis del lado de la parte excepcionante de que el Estado en el caso de Santa Ana viene a ser sólo un tercero con respecto a la persona que directamente hubo de causar el daño o sea el aviador, teniente César Abadía, y que, en tal virtud, el Estado en su calidad de simple tercero responsable, se halla amparado por la prescripción trienal, ya consumada cuando la demanda hubo de ser presentada ante el Tribunal.

Se advierte ahora que la Corte tiene establecida jurisprudencia, de que en el caso especial y concreto del accidente de Santa Ana el Estado no puede ser mirado como un tercero responsable al cual favorezca la corta prescripción de que se ha venido hablando. Así fue resuelto, mediante un detenido estudio, en sentencia de 15 de Mayo de 1944, dictada en el juicio ordinario de Nazario Orozco Ospina y otro contra la Nación. (Véase "Gaceta Judicial", T. LVII, págs. 789 y siguientes, Nos. 2010 a 2014 de mayo a septiembre de 1944).

Y esta misma jurisprudencia acerca de la responsabilidad del Estado no extinguida mediante la prescripción trienal en el referido caso de Santa Ana, la ha venido reiterando la Corte en fallos posteriores al que se acaba de mencionar.

En el alegato formulado en este asunto en el cual es demandante el señor González, presenta el señor Procurador Delegado en lo Civil nuevas argumentaciones encaminadas a procurar demostrar que la responsabilidad del Estado en el acci-

dente de Santa Ana es de naturaleza tal que está llamada a quedar cobijada por la prescripción trienal en su condición de responsabilidad **indirecta.**

Sin desconocer la Corte que las referidas argumentaciones del señor Procurador ofrecen, en tesis general, aspectos dignos de atención y que constituyen laudable esfuerzo en pro de los intereses nacionales encomendados a su defensa, considera al propio tiempo que constituyen base suficientemente clara e incontrovertible para justificar un cambio de jurisprudencia de parte de la Corte por lo que respecta a la responsabilidad del Estado en relación con el referido evento concreto y especial del accidente de Santa Ana y que, en todo caso, en relación con éste no hay lugar a admitir en el presente fallo, contrariando jurisprudencia anterior, como ya hubo de expresarse y establecida, desde luego, con motivo de dicho caso concreto de Santa Ana, que proceda el reconocimiento de la consumación del fenómeno dicho de la prescripción trienal de que trata el antes transcrito inciso 2º del artículo 2358 del C. C. a efecto de absolver a la Nación de los cargos formulados en la demanda aquí instaurada.

Se sigue de lo que se deja expuesto que no procede la declaratoria de la excepción de prescripción presentada por el señor personero del Estado contra la acción instaurada y de que da cuenta el presente proceso y que, en tal virtud, por este aspecto hay lugar a la confirmación del fallo recurrido.

Pasando ahora a estudiar los otros aspectos que el asunto presenta, cumple observar que, aunque el Tribunal en su fallo hubo de condenar a la Nación como civilmente responsable de los perjuicios materiales sufridos por el demandante Manuel Alberto González y dispuso que se le pagara el valor de dichos perjuicios materiales, estableció al propio tiempo que el monto de ese valor habría de ser fijado en la oportunidad y en la forma prevenidas por el artículo 553 del Código Judicial.

Interesa observar que los fundamentos de esa condenación dictada por el Tribunal aparecen expuestos en forma aceptable para la Corte en la parte motiva del referido fallo de primera instancia tanto en cuanto a los elementos probatorios que demuestran debidamente que el demandante fue víctima del conocido accidente de aviación del campo de Santa Ana, como en relación con la falta en el proceso de comprobaciones suficientes para poder llegar a una condenación a cargo de la Nación por una cantidad líquida de dinero y ello por lo que mira al mérito del juicio cuando fue definida la primera instancia en mención. En forma tal que en su alegato presentado ante la Corte, el señor Procurador Delegado en lo Civil se expresa así:

"A menos que se declare prescrita la acción, creo innecesario solicitar de esa H. Corte la plena absolución de la parte demandada ya que en numerosísimos fallos se ha condenado a la Nación a pagar cuantiosísimas sumas por perjuicios causados en las mismas circunstancias de que da cuenta este informativo. Por lo tanto me limitaré a hacer el estudio detenido de dos puntos fundamentales: 1) La excepción de prescripción y 2) el monto de los perjuicios demandados".

Y luego, al terminar su alegato, ante la consideración de que no llegara a progresar la excepción de prescripción extintiva de la Nación, pide textualmente así:

"En tales condiciones, pido que se confirme en todas sus partes la sentencia apelada".

Interesa, sin embargo, advertir ahora que durante el término probatorio de esta segunda instancia, surtida ante la Corte, se produjeron algunas nuevas pruebas.

Entre estas pruebas es digna de especial mención el dictamen pericial solicitado por la parte demandante y tendiente a fijar el monto del valor de los perjuicios por aquél sufridos. Dictamen pericial que en el evento de que fuera dado reconocerle el valor jurídico suficiente estaría llamado a determinar la reforma del fallo de la primera instancia en cuanto en tal fallo se dispone remitir a las partes al incidente de liquidación previsto en el artículo 553 del Código Judicial.

Figuran, en efecto, como peritos avaluadores del monto pecuniario de tales perjuicios, en nombre de la parte demandante el doctor Julio J. Pinilla Rodríguez, abogado, en nombre de la Nación el doctor Francisco Castillo G., también abogado, y como perito tercero, ya que los principales no estuvieron en un todo de acuerdo acerca del valor de los perjuicios causados, el abogado doctor Carlos Alberto Rodríguez.

Fijó el perito del demandante el monto de la indemnización en la cantidad de doce mil novecientos cuarenta y seis pesos con setenta centavos ($ 12.946,70), al paso que el perito de la parte demandada señaló la cantidad de siete mil ciento setenta y dos pesos con dieciocho centavos, ($ 7.172,18), y a su turno el perito tercero hubo de fijar la cantidad de diez mil dieciocho pesos

con setenta y siete centavos ($ 10.018,77), como monto total de la indemnización.

Cumple ahora observar que la diferencia de estas cuantías se desprende, al menos de manera principal, de que aunque en general todos los peritos basados en declaraciones de testigos llegaron a admitir que el damnificado González lograba en la época del accidente un salario diario de siete pesos ($ 7.00) en promedio como sastre, recortador, que era su oficio habitual, acepta el perito del demandante que éste había perdido, por razón del daño sufrido en el accidente, las tres cuartas partes de su capacidad de trabajo, proporción que el perito de la Nación rebajó a una cuarta parte de esa capacidad, y de su lado el perito tercero hubo de promediar, llegando así a la conclusión de que la disminución en la capacidad para el trabajo correspondía a la mitad de tal capacidad en el señor González, al menos en los primeros años subsiguientes al accidente de aviación.

Mas he aquí que no aparece en autos el dictamen de verdaderos expertos, médicos en el caso actual, que mediante el debido examen de la lesión sufrida por el demandante González estén en condiciones aptas para dictaminar acerca de la disminución de capacidad efectiva para el trabajo —de acuerdo con su profesión— que hubiera sufrido y aún padezca el lesionado.

Los peritos abogados se guiaron a este respecto por lo manifestado por los testigos que en el proceso declararon acerca de la lesión sufrida por González.

Se explica, por tanto, que tales peritos hubieran estado en pleno desacuerdo respecto a la proporción de dicha disminución en la capacidad para el trabajo de parte de González. Se resiente de arbitrariedad manifiesta, dados los elementos probatorios existentes en el proceso, el señalar como tal disminución un 25%, un 50% o un 75%.

Miradas así las cosas, claramente se comprende que la Corte no puede aceptar como prueba suficiente el referido dictamen pericial para los efectos de hacer la condenación en concordancia con él, ni aún a base de la suma indicada por el perito de la Nación, cantidad que es la menor de las propuestas para la condenación por cuantía determinada y líquida.

Y es que en armonía con el artículo 721 del Código Judicial "cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme y debidamente fundamentado de dos peritos, hace plena prueba".

Mas es obvio que si el dictamen no está debidamente fundamentado, y mal puede estarlo el emitido por juristas acerca de la naturaleza y consecuencias de una lesión corporal en lo que toca con la capacidad definitiva de trabajo por parte del lesionado, ni aun si realmente existe alguna incapacidad permanente, y todo ello por la simple razón de que unos de los declarantes de manera superficial y vaga aceptan tal incapacidad permanente y le asignan la importancia que ellos juzgan aceptable.

De lo que se deja expuesto habrá de seguirse que no procede la reforma de la sentencia apelada en el sentido de hacer una condenación por cantidad líquida y determinada, sino que, por el contrario, debe conservarse la condenación **in genere** hecha por el Tribunal Superior de Bogotá.

De manera que hay lugar a proceder a la liquidación que determina el artículo 553 del Código Judicial en armonía con las bases que más adelante serán indicadas en la presente providencia.

Como ya se vio, el Tribunal absolvió a la Nación del pago de perjuicios morales.

Observó, en efecto, "que no suministran los autos material apreciativo alguno para deducir la existencia de perjuicios morales; y por tanto esa petición de la demanda no puede prosperar".

Y comoquiera que esa situación no fue favorablemente modificada en esta segunda instancia, aparte de que la demanda no señala siquiera hechos que adecuadamente fundamenten la existencia de tales perjuicios morales, resulta así de manifiesto que, por este aspecto de los perjuicios morales, ha de ser confirmada la sentencia absolutoria de la primera instancia.

Según antes hubo de expresarse, procede señalar en el presente fallo las bases generales que habrán de tenerse en cuenta para la liquidación del monto del valor de los perjuicios materiales sufridos por el damnificado, así:

1º—Se tendrá en cuenta el salario promedio de siete pesos aceptado por los peritos en esta segunda instancia y el tiempo en que el señor González estuvo completamente inhabilitado para el trabajo (25 días) por razón del daño corporal sufrido en el accidente de Santa Ana. Igualmente el valor de los gastos que se comprueba haber sido hechos entonces para la curación del señor González.

2º—Si resultare, mediante el dictamen pericial correspondiente, que deben rendir expertos médicos, que después de haber cesado tal incapa-

cidad total, el señor González, por obra del daño corporal sufrido, quedó lesionado de manera permanente con disminución efectiva de su capacidad para el trabajo en lo futuro, habrá lugar a tener también en cuenta para la fijación del monto de la indemnización el salario promedio de siete pesos de que se ha venido hablando. Los peritos médicos han de fundar debidamente su dictamen.

3º—En la fijación judicial que hará el Tribunal, y siempre que hubiere lugar, en armonía con el dictamen pericial, al reconocimiento de perjuicios por incapacidad parcial permanente, procederá el reconocimiento de las cuotas por jornal correspondiente a los días transcurridos desde el momento en que cesó la incapacidad total hasta el momento en que sea dictado el fallo del Tribunal.

4º—Con respecto al valor del daño futuro y teniendo en cuenta las tablas de vida probable de las compañías de seguro, tablas que las partes han de hacer venir a los autos, se hará la liquidación computando para ello el descuento matemático que corresponde y según el sistema adoptado por la Corte para casos de la naturaleza del actual;

5º—La vida probable se calculará a partir de la fecha del reconocimiento médico, y teniendo en cuenta la edad del damnificado en ese momento y siempre que los peritos juzguen que por el estado actual de salud de González es persona realmente apta para tener la vida probable que las tablas de las compañía de seguros señalan, indudablemente en relación con personas que, en general, gocen de buena salud. En caso contrario hay lugar a que el cómputo de tal vida probable se haga, debidamente fundado, por los expertos médicos;

6º—Dichos peritos consultarán para su exposición las pruebas presentadas con la demanda y las demás que figuran en el proceso acerca de la lesión sufrida por el señor González y acerca de sus consecuencias.

7º—Los peritos médicos examinarán al demandante y previa la debida identificación del damnificado.

En mérito de lo relacionado, la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia dictada en el presente asunto instaurado por el señor Manuel Alberto González contra la Nación, por el Tribunal Superior de Bogotá con fecha 5 de noviembre de 1942 y dispone que para la liquidación que ha de seguir los trámites del artículo 553 del Código Judicial sean tenidas en cuenta las bases detalladas en la parte motiva del presente fallo.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS POR CULPA.—NULIDADES

1.—La condición de enumerativa que tiene la disposición del artículo 448 del Código Judicial impone la interpretación restrictiva. De modo que las irregularidades no contempladas allí, no producen nulidad.

2.—En relación con los arreglos que pueden hacer con los particulares las empresas ferroviarias para el pago de perjuicios, hay que advertir que el artículo 27 de la ley 76 de 1920 aconseja esa medida como preliminar cuando quiera que los ferrocarriles hayan causado daños. Establecida la carencia del daño, mediante la correspondiente investigación por la empresa, debe ésta procurar, dice la ley, el arreglo amistoso. Pero la misma disposición agrega: "quedan a salvo los derechos de las partes para ocurrir al Poder Judicial". Tal salvedad da margen para creer que los arreglos intentados en conformidad con ella no alcanzan a tener la consistencia de cosa juzgada que el artículo 2483 del Código Civil les asigna a las transacciones, ni contrarrestan la pretensión de quienes, como en el caso de autos, demandan a la empresa del ferrocarril.

3.—No solamente la comisión de hechos positivos hace incurrir en culpa, sino que el simple descuido, la negligencia la producen, de acuerdo con el Código Civil. En el derecho moderno, como enseña Josserand, se abre un campo cada día más amplio a la doctrina de que no sólo por hechos activos —como cuando derribamos a un peatón o difamamos al prójimo— se compromete nuestra responsabilidad, sino también por abstención, por la inercia. A la falta positiva viene a oponerse y agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorios. Podemos pecar por abstención, tanto como por acción; por inactividad, como por agitación.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril doce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

En providencia de dos de junio de mil novecientos treinta y ocho, resolvió esta Sala que se admitiera la demanda que el doctor Mauricio Ospina Devia presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá el dos de febrero del propio año.

La demanda está concebida en los siguientes términos:

"Como apoderado de Lisandro Pérez, Elías Sánchez, Braulio Bermúdez, Marcelino Rodríguez, Josefina Díaz, Sinforosa de Huertas, Julia Vargas, Rosa Zúñiga, Ana R. de Franco, Concepción Velásquez, Jerónimo Gómez, Ignacio Herrera, Isaías López, Tadeo Guarín, María de la Paz Tovar, Andrés Páez, Manuel Pérez y Ernesto Madrid Mesa, vengo a corregir la demanda primeramente iniciada con la siguiente nueva demanda que someto a su consideración:

"Yo, Mauricio Ospina Devia, abogado titulado, mayor de edad y de esta vecindad, en ejercicio del poder conferido por las personas antes mencionadas, y dentro de los términos de dicho poder, propongo demanda ordinaria contra la Nación colombiana, representada ante ese Despacho por el señor Fiscal del Tribunal Superior, como dueña del Ferrocarril conocido con el nombre de Girardot, Tolima, Huila, que pasa por el Corregimiento llamado Flandes en el Municipio de El Espinal, del Departamento del Tolima, y contra el Consejo Administrativo de Ferrocarriles, representado por el Administrador General, como Director de esa Empresa Ferroviaria, para que previo el trámite legal correspondiente se declare por sentencia ejecutoriada, lo siguiente:

"Primero.—Que la parte demandada tuvo culpa y responsabilidad civil en las inundaciones de las casas vecinas a la línea del Ferrocarril, situadas en el Corregimiento denominado Flandes del Municipio de El Espinal, Departamento del Tolima, inundaciones ocurridas en la noche que va del cuatro (4) al amanecer del cinco (5) de septiembre del año de mil novecientos treinta y seis (1936) y el día veintiséis de octubre del mismo año, y producidas por la elevación o altura que la línea del Ferrocarril tiene sobre esas casas, y el estancamiento de aguas lluvias sin salida apropiada hasta

entonces; y que debe cumplir las obligaciones provenientes de esa culpa;

"Segundo.—Que en consecuencia, la parte demandada mancomunada y solidariamente debe pagar el valor de los daños y perjuicios ocasionados por esas inundaciones en las casas que mis poderdantes tenían, por cualquier título, bajo su goce, en el lugar indicado, y que fueron deterioradas y casi destruídas por esas inundaciones, muchas de las cuales quedaron en ruinas y tuvieron que ser abandonadas; y a pagar el valor de los perjuicios sufridos por mis poderdantes por culpa de la Empresa o Ferrocarril de que es dueña y administradora la parte demandada;

"Tercero.—Que la declaración consignada en un recibo firmado por alguno de mis poderdantes sobre pago total de indemnizaciones por concepto de estos daños, carece de valor, no fue suscrita por personas hábiles, no obliga a terceras personas y fue conseguida con engaño y error de los damnificados quienes por la miseria en que quedaron se vieron obligados a firmar dicho recibo".

Los hechos, que en número de nueve adujo la demanda, pueden resumirse así:

1º.—Que el Ferrocarril de propiedad de la Nación llamado Girardot, Tolima, Huila, atraviesa la vereda, caserío, fracción o Corregimiento de Flandes, situado entre las estaciones de Girardot y El Espinal.

2º.—Que en los meses de septiembre y octubre de mil novecientos treinta y siete poseían casas y habitaciones en el Corregimiento mentado, y gozaban de ellas los poderdantes del doctor Ospina Devia.

3º.—Que la carrilera tiene para servicio del Ferrocarril "un nivel bastante superior sobre la superficie del suelo en donde se hallaban dichas casas, lo que hacía que el amurallamiento sobre el cual descansan los durmientes y rieles de la mencionada carrilera impidiera antes el paso de las aguas lluvias, las detuviera y las obligara a buscar salida por un tubo de cuarenta y cinco centímetros de diámetro que existía y que por ser insuficiente botaba esas aguas sobre las casas vecinas, ocasionando su inundación.

4º y 6º.—Que el tubo de 0,45 mts. que resultó insuficiente, fue reemplazado por una alcantarilla que después ha evitado las inundaciones.

5º.—Que en la noche del cinco de septiembre y en la mañana del veintiséis de octubre de mil novecientos treinta y siete, cayeron en Flandes fuertes aguaceros, y estancadas las aguas por falta de un desagüe suficiente o apropiado, hizo que ellas se derramaran sobre las casas vecinas al terraplén de la carrilera, y que por la inundación quedaron en estado ruinoso, sobre todo las de propiedad de los actores, para quienes ha sido difícil la reparación de sus casas y la ocupación de ellas.

7º.—Que el administrador de la Empresa Ferrocarrilera, cuando acaeció la primera inundación, expidió una Resolución relacionada con ese hecho.

8º.—Que la Cámara de Representantes, después de visitar el lugar de las inundaciones, aprobó una proposición en que reconoce la justicia de los reclamos que hacen los damnificados; y

9º.—Que las autoridades de Policía inspeccionaron el lugar, y levantaron acta de los daños y perjuicios ocasionados.

Como disposiciones de derecho invoca la demanda las de los artículos 633 y ss., 1494, 1613, 2342 y ss., todas del Código Civil; el artículo 80 Ley 153 de 1887; las de las Leyes 62 de 1887, 76 de 1920 y 6ª de 1923.

Los demandantes se dicen vecinos de Girardot, explicando que en ese lugar fijaron su residencia después de ocurrido el suceso que motiva la demanda.

El actor endereza la demanda contra la Nación "dueña del Ferrocarril y contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles", e hizo intervenir en el juicio al señor Fiscal del Tribunal y al Administrador General quienes, por separado, contestaron así:

El señor Fiscal negó el derecho, la causa y la razón de la demanda y de los hechos dijo que ninguno le consta. Y terminó proponiendo "las excepciones perentorias de inexistencia de la obligación, caso fortuito y las demás que lleguen a deducirse de las probanzas que se produzcan en el juicio".

El señor Administrador hizo análogas declaraciones, con excepción de las relativas a los hechos 1º y 9º, que no los niega rotundamente, pero sí les hace observaciones.

Adujeron pruebas, dentro de sus términos, así la parte actora como los demandados. Alegaron aquella y el señor Administrador de los Ferrocarriles, y la sentencia de primer grado, que fue proferida el cuatro de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, hace estas declaraciones:

1º—La República de Colombia es civilmente responsable, en su condición de dueña del Ferrocarril conocido con el nombre de 'Girardot-Tolima-Huila', de las inundaciones y de los consiguientes daños en las casas de los demandantes ubicados en

el Corregimiento denominado Flandes, del Municipio de El Espinal, en el Departamento del Tolima, inundaciones ocurridas por los torrenciales aguaceros del cuatro de septiembre y del veintiséis de octubre del año de mil novecientos treinta y seis, cuyas aguas se estancaron por carecer la línea del ferrocarril de desagües aptos para darles evasión.

"2º.—En consecuencia se condena a la Nación a indemnizar a los demandantes tales perjuicios en las siguientes cantidades: a Lisandro Pérez (50.00) cincuenta pesos; a Jerónimo Gómez doscientos tres pesos ($ 203.00); a Rosa Zúñiga cuarenta pesos ($ 40.00); a Isaías López cien pesos ($ 100.00); a Ernesto Madrid Mesa doscientos pesos ($ 200.00); a Tadeo Guarín ciento cincuenta pesos ($ 150.00); a María de la Paz Tovar sesenta y cinco pesos ($ 65.00); a Ignacio Herrera veintitrés pesos ($ 23.00); a Concepción Velásquez veinte pesos ($ 20.00); a Ana R. de Franco cincuenta pesos ($ 50.00); a Elías Sánchez treinta y cinco pesos ($ 35.00); a Marcelino Rodríguez veinte pesos ($ 20.00); a Andrés Páez cuarenta y cinco pesos ($ 45.00); a Manuel Pérez quince pesos ($ 15.00); a Braulio Bermúdez ochenta pesos ($ 80.00); a Julia Vargas doce pesos ($ 12.00); y a Sinforosa de Huertas ciento veinte pesos ($ 120.00); cantidades que son el saldo insoluto de los perjuicios que respectivamente sufrieron.

"3º.—Declarar compensado y pagado en su totalidad el perjuicio de Josefina Díaz".

Por apelación interpuesta por demandante y demandados, ha venido el negocio a la Corte. Aquí se ha oído a los representantes de las partes lo mismo que en la primera instancia; y como ninguna hizo petición de pruebas, se llegó al trámite de citación para sentencia después de recibir los alegatos y no sin darle ocasión a las partes para que pudieran exponer verbalmente sus pretensiones.

Como el señor representante de los Ferrocarriles le hace presente a la Corte algunas irregularidades, y él afirma que el negocio "no se movió dentro de los carriles de la tramitación", es indispensable, antes de avanzar en el estudio de fondo, examinar si esas irregularidades pueden dar lugar a que se proceda como lo dispone el artículo 455 del C. Judicial.

La personería del apoderado de los demandantes

Acusa el representante de los ferrocarriles de irregularmente ejercido el poder del doctor Ospina Devia, por haber hablado en nombre de Manuel Pérez, a quien el Secretario del Juzgado Municipal de Girardot califica de menor de veintiún años en la nota de presentación del poder agregado al folio 7 del cuaderno Nº 1.

En el supuesto de que el doctor Ospina Devia hubiera asumido una representación que no le corresponde, el correctivo de tal actitud habría podido hallarse desde un principio con la promoción del incidente de excepciones dilatorias. Tal incidente se propuso, y esta Sala de la Corte, en providencia de dos de junio de mil novecientos treinta y ocho, después de recordar que al Tribunal se le presentaron memoriales por varias personas, y entre éstas por Manuel Pérez, y que el abogado promotor en una nueva demanda excluyó los nombres de dos de esas personas por no haber presentado personalmente la primitiva demanda, expresa que "no hay reparo alguno que hacer, y por tanto la personería del doctor Mauricio Ospina Devia está debidamente acreditada. La resolución con que termina la aludida providencia, dejó resuelto el incidente dilatorio, como que admitió la demanda, ordenó que se la tramite como le corresponde, y expresamente reconoce al doctor Ospina Devia como apoderado de las personas en cuyo nombre habla, entre las cuales, se repite, figura Manuel Pérez. El aludido auto de dos de junio de mil novecientos treinta y ocho no fue reclamado. Esa circunstancia descarta la declaratoria de nulidad de lo actuado por ilegitimidad de la personería, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 450 del C. Judicial, que en su numeral 1º dice: "No hay nulidad... cuando se ha resuelto en auto ejecutoriado que es legítima la personería de la parte, de su apoderado o de su representante".

Las otras irregularidades

En la apertura a pruebas del negocio, y en el orden en que éstas se practicaron, halla irregularidades el señor representante de los ferrocarriles, y hace de ello capítulo, para recavar de la Corte que declare nulidades que el Tribunal no declaró.

El alegato del señor Administrador hace hincapié en que esas irregularidades lesionan los intereses de la entidad por él representada. La lectura de esa parte de la exposición, hace pensar en que el señor Administrador alega la extemporaneidad de las pruebas, y la inobservancia de formalidades prescritas para su recepción, como causas de nulidad del proceso.

Tuvo, en efecto, especial empeño el señor Administrador en que la inspección ocular practicada en la primera instancia a petición de la parte actora se declarara nula, y que el vicio abarcara el dictamen pericial rendido en esa instancia. Pero no le prosperó el incidente que al efecto suscitó. No obstante, al alegar de conclusión ante la Corte, vuelve sobre el mismo asunto, y acusa al Tribunal de no haber dado curso a unas objeciones al dictamen propuestas por el señor Fiscal.

En relación con tales objeciones, cabe advertir que el Tribunal exigió, en auto de quince de noviembre de mil novecientos cuarenta, la presentación de ellas en escrito separado, para tramitarlas en forma legal. El escrito exigido fue presentado, pero con posterioridad al vencimiento del término que el Código Judicial prescribe al efecto. Consecuencia: que los trámites continuaron su curso regular, y que el omiso tiene que cargar con las consecuencias de su descuido o negligencia.

Para terminar este capítulo, debe decirse que la condición de enumerativa que tiene la disposición del artículo 448 del Código Judicial, impone la interpretación restrictiva. De modo que las irregularidades no contempladas allí, no producen nulidad.

EXCEPCIONES PERENTORIAS

La transacción o arreglo

Ha alegado la parte demandada la celebración de un arreglo con la Empresa del Ferrocarril, y el pago que a virtud de ese arreglo les hizo a Lisandro Pérez, Elías Sánchez, Braulio Bermúdez, Josefina Díaz, Julia Vargas, Concepción Velásquez, Jerónimo Gómez, Ignacio Herrera, María de la Paz Tovar, Andrés Páez y Manuel Pérez, todos ellos demandantes, representados en el juicio por el doctor Ospina Devia. El modo como esa cuestión exceptiva está planteada y la concomitancia que ella tiene con la tercera de las súplicas de la demanda, indican que tal súplica debe estudiarse desde ahora, y antes de las otras dos que la preceden.

Para demostrar la transacción, trajo la parte que la alega, las siguientes piezas: Copia de la Resolución dictada por el Administrador de los Ferrocarriles, por la cual les hace reconocimientos a los damnificados con las inundaciones, y copia del documento que éstos suscribieron, y en el cual declaran haber recibido sumas de dinero que los dejaron satisfechos e indemnes. (Folios 7 y 10 del cuaderno Nº 5).

La Resolución del Administrador es del tenor siguiente:

"Resolución número 304.—Septiembre 24 de 1936. Por la cual se reconoce un auxilio a los damnificados de las inundaciones de Flandes. El Administrador del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, en uso de sus atribuciones y, Considerando: 1º Que debido al torrencial aguacero que cayó al amanecer del día cinco de septiembre en curso, ocurrieron inundaciones de las cuales resultaron damnificados algunos vecinos pobres del Corregimiento de Flandes, cuyas casas sufrieron considerables deterioros; 2º Que tanto esta Administración como el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales han creído conveniente auxiliar pecuniariamente a algunos de los damnificados, en vista de la situación de penuria a que quedaron reducidos; 3º Que según oficio número 967702 de fecha veintidós de los corrientes, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales autorizó el reconocimiento de la suma de seiscientos pesos ($ 600,00) moneda corriente como auxilio a los damnificados de las inundaciones mencionadas. RESUELVE: Reconocer a los damnificados pobres de las inundaciones ocurridas en el Corregimiento de Flandes con motivo del torrencial aguacero de la madrugada del cinco de los corrientes, en calidad de auxilio, la suma de seiscientos pesos ($ 600,00) moneda corriente, autorizada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, suma cuyo pago se efectuará por la Caja del Ferrocarril en esta ciudad, a quienes suscriban el acta en que se declaren indemnizados de los perjuicios a que se refiere la presente Resolución, y en la proporción que a continuación se expresa: ...Ignacio Herrera, ... María de la Paz Tovar, ...Manuel Pérez, ...Tadeo Guarín, ...Diego Huertas, ...Margarita de Madrid, ...Lisandro Pérez, ...Concepción Velásquez, ...Dimas Franco, ...Elías Sánchez, ...Jerónimo Gómez, ...Braulio Bermúdez, ...Andrés Páez, ...Josefina Díaz, ...Julia Vargas, ...".

El documento suscrito por los damnificados, dice lo siguiente:

"Los suscritos, mayores de edad, y vecinos del Corregimiento de Flandes, Municipio del Espinal, damnificados con motivo de la inundación ocurrida el día cinco (5) de septiembre del año en curso a consecuencia del aguacero del día citado, hacemos constar que hemos recibido del Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila en virtud de la Resolución número trescientos cuatro (304) de esta misma fecha, dictada por el señor Administra-

dor de dicho Ferrocarril, Resolución que conocemos y que aceptamos en todas sus partes, la suma de seiscientos pesos ($ 600,00) moneda legal, distribuída en la forma que se expresará más adelante. Expresamente hacemos constar, igualmente, que con el recibo de tales sumas nos damos por indemnizados de los daños y perjuicios ocurridos en nuestras propiedades con motivo de la mencionada inundación y renunciamos, en consecuencia, a cualquier reclamación contra el Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila, contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles o contra la Nación, por daños y perjuicios provenientes del siniestro mencionado, el cual se debió a caso fortuito y no a culpa del mencionado Ferrocarril de Girardot-Tolima-Huila. La distribución de la referida suma es la siguiente, a saber: ...Diego Huertas $ 30.00. ...Lisandro Pérez $ 10.00; Concepción Velásquez $ 30.00; ...Dimas Franco $ 30.00; ...Elías Sánchez $ 15.00; ...Jerónimo Gómez $ 27.00;'...Braulio Bermúdez $ 70.00; ...Andrés Páez $ 15.00; ... Josefina Díaz $ 20.00; ...Julia Vargas $ 8.00; ... En constancia firmamos la presente diligencia en Girardot, a veinticinco de septiembre de mil novecientos treinta y seis". (Se hace notar que en la copia de recibo transcrita anteriormente, se halla al frente de cada nombre la constancia de haber sido firmado el recibo por cada persona favorecida).

La parte demandante no niega la existencia del documento que la parte demandada exhibe como recibo o finiquito; antes bien, la afirma al formular la tercera de las súplicas de la demanda. Que no fue suscrito por personas hábiles, y que el engaño y el error fueron las determinantes de la expedición de tal documento son modificaciones que le correspondía comprobar a quien las aduce, pero la prueba no aparece en autos.

El Juzgador de primer grado pasa muy de largo sobre la excepción de inexistencia de la obligación que la parte demandada funda en el arreglo de que hablan los documentos de los folios 7 y 10 del cuaderno número 5, limitándose a un breve estudio sobre la culpa y el daño. Y como en su concepto los autos dan la demostración de la culpa y del daño, y de la relación de causalidad entre una y otro, concluye con la condenación que arriba se transcribió.

La Corte detiene ahora su atención en el documento suscrito por los damnificados. A primera vista aparece que se otorgó para establecer un arreglo y un pago de daños y perjuicios. Pero también se hace aparecer a quienes lo autorizan; como autores de éstas afirmaciones: "el siniestro se debió a caso fortuito y no a culpa del mencionado Ferrocarril Tolima-Huila".

En orden al arreglo, hay que advertir que el artículo 27 de la Ley 76 de 1920 aconseja esa medida como preliminar, cuandoquiera que los Ferrocarriles hayan causado daños a particulares. Establecida la ocurrencia del daño, mediante la correspondiente investigación por la Empresa, debe ésta procurar, dice la Ley, el arreglo amistoso. Pero la misma disposición dice: "quedan a salvo los derechos de las partes para ocurrir al Poder Judicial".

En el caso **sub judice** el arreglo era, pues, una medida de orden administrativo que la entidad podía tomar para obviar dificultades, comunes en el desarrollo de ese género de empresas. Creado el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales "sobre una base comercial y con la debida consideración a los intereses económicos del país", no podía faltarle a esa entidad el medio de precaver litigios, ya que el artículo 2º de la Ley 29 de 1931 la dotó de todas "las prerrogativas y derechos de una persona jurídica autónoma".

Conviene tener muy presentes las disposiciones legales que acaban de citarse, para que se vea que los representantes de la Empresa no se apartaron de las normas legales al procurar el arreglo. La salvedad expresa que hizo la Ley 76 da margen para creer que los arreglos intentados en conformidad con ella, no alcanzan a tener la consistencia de cosa juzgada que el artículo 2483 del Código Civil les asigna a las transacciones; ni contrarrestan aquí la pretensión de quienes ahora demandan al Ferrocarril y a la Nación.

Excepción de caso fortuito.—El demandado que se cree en condiciones de alegar la excepción de fuerza mayor o caso fortuito como contrarrestante de una acción de perjuicios, tiene que comprobar que el acto perjudicial es resultante de un acontecimiento que, por imprevisible, lo exonera de toda responsabilidad. Aquí el debate probatorio tuvo, propiamente, la finalidad de establecer la evidencia del daño; la culpa que les corresponde a las entidades demandadas y la consecuencial necesidad de la reparación. De modo que un examen más minucioso de las pruebas de primera instancia, y un análisis severo de las que se hayan aducido a la segunda, se imponen para decidir si en el daño que las inundaciones causaron tiene culpa la parte demandada, o si lo determinó una causa extraña, caso en el cual debe pronunciarse fallo absolutorio.

El daño. — Por terrenos del Corregimiento de Flandes pasa la carrilera del Ferrocarril Girardot-Tolima-Huila, acepta el señor Administrador de los Ferrocarriles en la contestación de la demanda (folio 18, cuaderno Nº 3). Y en la ya transcrita Resolución número 304, acepta también la realidad de las inundaciones ocurridas en aquella región por la época a que se refiere dicha pieza.

Lo que ha alegado desde un principio es que "el ferrocarril no es responsable del accidente". Y así se lo expresó a los reclamantes en oficio por ellos adjuntado a la demanda (fól. 11, cuaderno Nº 1).

Al reconocimiento expreso de que las inundaciones ocurrieron con su natural secuela de perjuicios, se suma la demostración, con documentos auténticos, de que las autoridades de policía fueron impuestas del siniestro desde cuando él acaeció. Esos documentos consisten en la copia de las diligencias a ese efecto practicadas por el Inspector de Flandes (fls. 1 a 7 del cuaderno Nº 1). Conforme a ellas, Jerónimo Gómez, Ignacio Herrera, María de la Paz Tovar y otros vecinos de Flandes, ocurrieron al Inspector de Policía del lugar, para que con citación del Gerente del Ferrocarril, reconociera la zona inundada en la noche del tres de septiembre y constatara el estado en que quedaron las casas en esa zona devastada. El Inspector proveyó con fecha treinta de septiembre de mil novecientos treinta y seis, decretando la inspección ocular, no sin citar al señor Gerente de los Ferrocarriles para que interviniera en ella. El señor Gerente fue prevenido por nota, del señalamiento hecho por el Inspector. Y la diligencia se llevó a cabo el seis de octubre del mismo año, con la intervención de peritos.

Desde entonces se reconocieron como afectadas por las inundaciones las casas de los promotores de la diligencia de inspección y otras más. Y verificada la vista por el Inspector, los promotores obtuvieron de éste la siguiente constancia que a los autos han traído:

"Por el conocimiento personal que tiene de las casas de habitación de los señores Isaías López, Luis Rodríguez, Ernesto Madrid Mesa, Tadeo Guarín, Jerónimo Gómez S., María de la Paz Tovar e Ignacio Herrera, ubicadas dentro del caserío de esta población —certifica el Inspector del lugar— le consta que dichas casas se encontraban antes de la inundación que se sucedió en los primeros días de septiembre pasado, en buen estado y se hallaban habitadas todas ellas; que con motivo especial de la inundación, quedaron totalmente inservibles, destruídas y por consiguiente inhabitables y abandonadas las casas de Jerónimo Gómez S. y María de la Paz Tovar y las demás habitadas, para refaccionar prontamente".

Adviértese, desde luego, que al Inspector del caserío no podía ocurrirse para que obrara como Juez competente en negocio ventilable contra la Nación. Pero en circunstancias de la urgencia que trae aparejado un accidente de la gravedad de la inundación, un vendabal, un incendio, etc., no es desatentado el ocurrir a quien más caracterizadamente representa la autoridad civil en el lugar del suceso, para que se informe de los hechos y deje constancia oficial de su ocurrencia. Esas constancias, por provenir de autoridad, y por la naturaleza misma de los hechos constatados, pueden, y deben someterse al análisis del competente Juez. A éste le toca fijar cuál es el alcance probatorio de esas diligencias, que por el imperio de las circunstancias tuvo el otro que tomar a prevención.

La actuación que el Inspector de Flandes realizó a raíz de los acontecimientos fue llevada como medio de ilustración ante el Tribunal. Y en el despacho comisorio que éste libró para el Corregidor de Flandes, con motivo del actual proceso, se incluyó la diligencia practicada extrajuicio. Esa especie de revalidación de la diligencia que el Inspector de Flandes practicó a raíz de los sucesos, permite que se la tome en cuenta y que se la aprecie de conformidad con los artículos 731 y 732 del Código Judicial. La Inspección que dentro de la primera instancia hizo practicar la parte actora no se separa mayormente de la extrajudicial. Practicóla el comisionado entre los días veintitrés y veinticinco de septiembre de mil novecientos cuarenta, trasladándose al lugar y acompañando a los peritos en el recorrido de la zona y en el examen de las casas. No consignó observaciones personales, sino que a los peritos les dejó el encargo de anotar las cosas y los hechos.

Como peritos aparecen los señores Miguel Ramírez Solano y Saúl Montes, cuyas anotaciones fueron las siguientes:

a) Todas las casas quedan situadas dentro de la zona indicada como presa de la inundación; b) Todas ellas fueron inundadas con motivo de los aguaceros ocurridos durante el mes de septiembre de mil novecientos treinta y seis y parte del mes de octubre del mismo año; c) Con anterioridad a las inundaciones y durante éstas, sólo existía un tubo de desagüe insuficiente para dar evasión a todas las aguas, dada la situación topográfica del terreno y la mayor altura del nivel de la

línea férrea sobre el paramento de las casas; d) 'No encontraron ninguna casa abandonada en el momento de la inspección y no pueden afirmar si las reparaciones que observaron en algunas de ellas fueron hechas a raíz de los daños o después; e) En el sitio señalado como causa principal de la inundación, no existía en el momento de la inspección tubo de desagüe, sino un cauce que tiene un metro con veinticinco centímetros de altura por un metro cincuenta y cinco centímetros de anchura en su parte baja, o sea sobre la superficie del terreno. Este pontón reemplazó al tuvo de cuarenta y cinco centímetros que existía cuando las inundaciones; f) Que con posterioridad a esa reforma no han vuelto a presentarse inundaciones; g) Que el último pontón fue construído con posterioridad a las inundaciones y a un nivel de cincuenta y cinco centímetros más bajo del segundo que se anotó al principio, lo que prueba que este segundo era ineficaz; h) Que fácilmente se forman pozos de almacenamiento, aun que las aguas no caigan en copiosa cantidad; e i) Que paralelo a la carrilera y antes de llegar al sitio del kilómetro uno, existe un tubo de desagüe, de los antiguos, construído por el ferrocarril, que mide cuarenta y siete centímetros de diámetro, tubo que aunque recibe cantidad menor de agua, se desborda, sin embargo, debido a su insuficiencia, porque sufre estancamientos por invasión de tierras y basuras.

Reparos hay relativos al valor intrínseco de la prueba que es el momento de examinarlos, porque es ahora la ocasión de apreciar en lo que de acuerdo con la ley puede valer una inspección ocular auxiliada por peritos.

Dice el señor Procurador que como pruebas quedan "únicamente las inspecciones oculares de los folios 59 del cuaderno Nº 4, y 44 del cuaderno Nº 5, de que trata la sentencia recurrida. La primera de tales inspecciones —agrega— fue practicada el veintitrés de septiembre de mil novecientos cuarenta, es decir, cuatro años después de las lluvias y las inundaciones de mil novecientos treinta y seis. Por tal motivo, lo observado entonces no puede tomarse en cuenta para establecer una culpa de la parte demandada, anterior al año de mil novecientos treinta y seis, por ser físicamente imposible el establecerlo así. La inspección ocular tiene por objeto comprobar directamente una situación de hecho, pero no hacer conjeturas o formar hipótesis más o menos atendibles y referentes a época muy remota. En dicha inspección se dice: 'En este sitio del pontón descrito, se informó, era donde existía la antigua alcantarilla que daba salida a las aguas', con un tubo de escape de cuarenta y cinco centímetros de diámetro, tubo éste que fue el que por su estrechez ocasionó la detención de las aguas. Este es, en realidad, el único aparte de aquella diligencia de donde puede deducirse una culpa de la Nación o del Consejo. Pero tal prueba se desvanece si se tiene en cuenta que en esa diligencia no se comprobó la existencia del mencionado desagüe estrecho, sino que así 'se informó', no se sabe por quién ni en qué circunstancias, ni si con juramento o sin él, ni si por persona hábil o por los mismos interesados en ese negocio".

Se observa:

Es verdad que cuando se practicó en mil novecientos cuarenta la inspección, el Corregidor y los peritos hicieron conjeturas, y que para llegar a las conclusiones a que llegaron entonces, no se descontaron tales conjeturas. Pero al lado de éstas obraron hechos reales, perceptibles por los sentidos. Las conjeturas adquirieron contornos de realidad al relacionar lo que los peritos tenían a la vista con lo que, a raíz de los sucesos constataron otros en el mismo lugar. Por otra parte, hay que absolver afirmativamente estas cuestiones que se imponen así: la de la existencia de la obra de la ferrovía; la de la construcción de ésta sobre un terreno artificial, colocado en un plano superior al del suelo que sostiene las casas; la de la necesidad de que hubiera pontones y canales de suficiente desagüe, ya que la caída de grandes aguaceros no es cosa de extraña ocurrencia en nuestras tierras cálidas.

Tampoco es posible que se pase por alto la precaución que el Corregidor tuvo en mil novecientos cuarenta de hacer comparecer, a petición de los peritos, a personas que por su conocimiento íntimo de los hechos —como que habían intervenido en la primera diligencia— podían darle luces y mostrarle sobre el terreno lo que el comisionado del Tribunal necesitara establecer. Ninguna de esas personas que entonces auxiliaron a la justicia con sus informes es parte en el presente juicio. Ese aporte de conocimientos, provechoso para el funcionario inspector y para los peritos, lo autoriza el artículo 728 del C. Judicial.

Sí tuvieron, por tanto, base cierta los peritos para emitir su dictamen. Y después del examen que acaba de hacerse de la prueba, puede afirmarse que la inspección llevada a cabo en mil novecientos cuarenta fue una reconstrucción de la

practicada en mil novecientos treinta y seis, cuando las inundaciones acababan de pasar.

En refuerzo de los dictámenes de los peritos Ramírez y Montes se registran en el proceso las declaraciones de Arcadio Charry, José Saldaña, Secundino Barajas, Joaquín Bohórquez, Joaquín Ospina, Manuel Rubio y José María Forero, consultables a los folios 27, 30, 31, 32, 33, 34 y 37 del cuaderno número 4, quienes, en lo sustancial de sus declaraciones, concuerdan en decir: a) Que en las noches del cuatro al cinco de septiembre y veintiseis de octubre de mil novecientos treinta y seis, cayeron en la región de Flandes fuertes aguaceros que fueron causa de que se inundaran casas cercanas a la carrilera construída para darle paso al Ferrocarril Tolima-Huila. Porque, explican, la carrilera tiene allí un nivel alto respecto de las casas; y como el tubo de desagüe o alcantarilla apenas tenía unos cuarenta centímetros de luz, al estancarse las aguas, se desbordaron sobre las casas. La empresa se vio entonces obligada a buscarles salida a las aguas construyendo una alcantarilla de mayor capacidad; b) Que las casas lesionadas —de bahareque o adobe por lo general— quedaron inhabitables después de las inundaciones, y que para utilizarlas posteriormente, las personas a quienes ellas pertenecían, tuvieron que hacerles reparaciones; c) Que cambiado por la Empresa el desagüe, se han evitado las inundaciones a pesar de haber caído aguaceros más fuertes y con más abundancia de los que originaron el inundamiento de la querella.

Los hechos extractados de las declaraciones son perceptibles con la simple aplicación de los sentidos, y aunque hubieron de ejercitar la memoria los deponentes, los hechos memorados no han sido conocidos por la parte demandada. Hácese presente que la Sala no toma en cuenta afirmaciones como la del ánimo de dueños que tuvieran los ocupantes de las casas, o la de que las hubieran dado en arrendamiento o la de que las reparaciones se hubieran hecho con materiales costosos. Porque las dos primeras requieren algo más del dicho escueto de los testigos para que se puedan aceptar. Con respecto al costo de la reparación, peritos hubo que detalladamente la examinaron, y su dictamen ha de servir para apreciar el **quantum** de la indemnización.

Hasta aquí el recuento de pruebas por parte del actor. La contraparte constituyó el fuerte de su defensa en el recibo atrás nombrado, el cual, exhibió como prueba de descargo oponible a la acción de cobro de quienes, sintiéndose lesionados, han querido que se investigue si hubo culpa generadora de la obligación de indemnizar. Prueba testimonial también ofreció, pero no la produjo.

También usó la parte demandada de la prueba de inspección ocular auxiliada por peritos, que no se diferencia de las practicadas a esa solicitud de la parte actora sino en el detalle de que intervino en ella como comisionado el Juez del Circuito del Espinal. Los peritos no discrepan de los anteriores en cuanto al hecho principalmente investigado de si "la falta de un desagüe adecuado en aquellas zonas puede producir una represa de las aguas y la consiguiente inundación de los terrenos inmediatos y de las casas". Los peritos actuantes con el Juez del Espinal también fueron al terreno a examinar vestigios de hechos ocurridos en años anteriores, no sin observar lo que en el momento de la diligencia se les ponía a la vista. Y por informaciones que, para dictaminar con más acierto se procuraron, pudieron asegurar que el pontón o alcantarilla que en la carrilera encontraron, reemplazó el tuvo de 0,45 ctms. existente en la época de la inundación. "Con el cambio, pudieron concluír, la capacidad del desagüe aumentó considerablemente".

Puede, sin embargo, prescindirse de esta última prueba, ya que la parte demandada la halla defectuosa por la omisión del traslado. Ya se ve que si en lo sustancial no discrepa de lo que los otros comisionados dejaron como constancias procesales, no es de necesidad imprescindible el refuerzo.

El daño de que se quejan los demandantes se causó. Véase si tiene autor responsable.

La culpa.—Ya hubo ocasión de anotar que en concepto de la Procuraduría si la circunstancia de la estrechez del canal de desagüe resulta plenamente comprobada, tal demostración sirve para que se tenga como establecida la culpa de la Nación o de la Empresa Ferrocarrilera.

Hay que recordar aquí que no solamente la comisión de hechos positivos hace incurrir en culpa, sino que el simple descuido, la negligencia la producen, de acuerdo con el Código Civil. En el derecho moderno, como enseña Josserand, se abre un campo cada día más amplio a la doctrina de que no sólo por hechos activos —como cuando derribamos a un peatón o difamamos al prójimo— se compromete nuestra responsabilidad, sino también por abstención, por la inercia. A la falta positiva viene a oponerse y agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorios. Podemos pecar por abstención, tanto

como por acción; por inactividad, como por agitación. El ilustre decano de la Facultad de Lyon, aclara su tesis con estos ejemplos: Incurre en falta la compañía de Ferrocarril que no dote las chimeneas de un dispositivo capaz de contener las chispas y evitar incendios en los bosques aledaños a la vía férrea; el propietario de una casa que mantenga en uso un ascensor de antigua fabricación y peligroso, cuando pudiere reemplazarlo con un aparato más moderno y seguro; el propietario de un fonógrafo eléctrico que haga imposible, para los vecinos, cualquiera recepción de emisiones radiotelefónicas, cuando ese inconveniente pudiera evitarse reemplazando el motor ruidoso por uno silencioso.

Aplicando esa doctrina al caso de autos, hay que convenir en que una obra como la de las ferrovías requiere los más nimios cuidados así para su construcción como para su funcionamiento. Todo debe preverse allí, y el consejo de la técnica no debe faltar ni respecto del conjunto ni respecto de los detalles.

¿Se abstuvo de tomar ese consejo la empresa cuando acometió la obra de la ferrovía sobre un nivel más elevado que el del paramento de las casas? Se previó el riesgo del estancamiento de las aguas? ¿Se descuidó en el plano de construcción la consideración de lo que es en nuestras zonas tropicales el invierno crudo con sus torrenciales aguaceros? Todo hace creer que la empresa o el dueño de ella descuidaron el estudio a fondo de esas circunstancias, no las previeron como debieron haberlas previsto; y por ello incurrieron en falta, que la justicia tiene que reconocer y ordenar que se repare. "Los Tribunales —advierten los conocidos expositores Planiol & Ripert— se han visto forzados a investigar en lo pasado los actos susceptibles de perjudicar a terceros, y a reprochar a sus actores su falta de previsión; dado el desigual poderío en la sociedad moderna, no puede estimarse injusto apreciar con más severidad la conducta de quienes, pudiendo más, han de poner mayor cuidado en sus acciones".

No inhibe de responsabilidad a la empresa el que hubieran transcurrido algunos años de utilización de las obras y de funcionamiento de la ferrovía por sobre ella sin que hubiera ocurrido el estancamiento de las aguas y su irrupción más luego por sobre los terrenos aledaños. Levantada defectuosamente la obra, las consecuencias del defecto habrían de resultar tarde o temprano. Es el mismo caso del levantamiento de un edificio sobre endebles cimientos: las simples fuerzas naturales más tarde o más temprano determinarán el derrumbamiento, y la culpa de quien por imprecavido, negligente o ayuno de conocimientos, la hizo fracasar.

Después de lo que acaba de decirse, ¿habrá que entrar a demostrar que en el caso de autos no cabe alegación de caso fortuito invocado por las entidades demandadas como exhonerativa de responsabilidad?

El siniestro que como **vis major** alega la defensa, fue una ocurrencia que habría podido preveerse y evitarse. La imprevisión, la falta de pericia en la construcción de desagües o albañales vino a comprometer la responsabilidad de la empresa. Luego el caso fortuito queda descartado, y la acción por culpa resulta procedente.

La indemnización. — La Nación y la Empresa han aceptado el papel de demandadas, y, como se ha visto, al través de las instancias han producido sus pruebas y alegatos por separado. La demanda reclama una indemnización de la Nación como dueña del Ferrocarril, pero cobija al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles como administrador de la misma empresa. Unidas en el libelo, hizo bien el Tribunal en pronunciar la condena en los términos en que está concebido el primero de los pronunciamientos.

A la Nación le tocará pagar, según la condena del Tribunal, la cantidad de mil doscientos veintiocho pesos ($ 1.228.00). El pago se hará en la cuantía que arroje el dictamen de los reconocedores y avaluadores del daño causado a cada uno de los lesionados. De ese justiprecio se deducirá lo que hayan los demandados cobrado, como que eso equivale a un abono que se le debe reconocer a la parte demandada.

Según esa apreciación, les corresponde a los señores Lisandro Pérez, cincuenta pesos ($ 50.00); Jerónimo Gómez, doscientos tres pesos ($ 203.00); Rosa Zúñiga, cuarenta pesos ($ 40.00); Isaías López, cien pesos ($ 100.00); Ernesto Madrid Mesa, doscientos pesos ($ 200.00); Tadeo Guarín, ciento cincuenta pesos ($ 150.00); María de la Paz Tovar, sesenta y cinco pesos ($ 65.00); Ignacio Herrera, veintitrés pesos ($ 23.00); Concepción Velásquez, veinte pesos ($ 20.00); Ana R. de Franco, cincuenta pesos ($ 50.00); Elías Sánchez, treinta y cinco pesos ($ 35.00); Marcelino Rodríguez, veinte pesos ($ 20.00); Andrés Páez, cuarenta y cinco pesos ($ 45.00); Manuel Pérez, quince pesos ($ 15); Braulio Bermúdez, ochenta pesos ($ 80); Julia Vargas, doce pesos ($ 12.00); y Sinforosa de Huertas, ciento veinte pesos ($ 120.00).

En cuanto a Josefina Díaz, es del caso declarar compensado el perjuicio sufrido, por pago total que de él se le hizo.

La Corte acepta el quantum en las proporciones que acaban de detallarse, porque de acuerdo con el artículo 720 del C. Judicial, "cuando se trata de avalúos o de cualquiera regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de los peritos, hace plena prueba". En esas condiciones se halla el dictamen de los señores Ramírez Solano y Montes, que hace parte del cuaderno de pruebas de la parte demandante. Esa apreciación no la halló excesiva el Tribunal, ni la Corte tiene que hacerle reparo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado.—Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NO SE ACLARA LA ANTERIOR SENTENCIA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

El doctor Mauricio Ospina Devia, en memorial presentado a la Secretaría el diez y siete de los corrientes, pide "aclaración, enmienda o adición" de la sentencia que la Sala de Negocios Generales de la Corte pronunció en el juicio seguido por Lisandro Pérez y otros contra la Nación, e invoca para ello las disposiciones de los artículos 481 a 483 del C. Judicial.

Las razones que según el doctor Ospina Devia lo facultan para hacer un pedimento tal, están concretadas en la parte de su escrito que a continuación se transcribe:

"Para los efectos de esta aclaración y de la necesidad de fallar algo que ha quedado pendiente, o de aclarar el silencio que se ha guardado sobre el particular tenemos: a) Que en la sentencia nada se dijo sobre el particular, no obstante que en la parte petitoria del libelo de demanda se pidió 'El Valor de los Perjuicios Sufridos', en el cual quedan comprendidos los morales, como lo ha entendido la H. Corte en otros fallos, pues al hablar de perjuicios se comprenden ambos; b) Que en la sentencia se ha declarado la culpabilidad civil del demandado, cuya consecuencia es la reparación del daño, o sea de todos los perjuicios; y c) Que una inundación en la casa, en el hogar, establece la presunción de una pena, de una lesión subjetiva, pues no se puede suponer que una persona vea inundada su casa, tenga que abandonarla, y sufre un daño de esta naturaleza sin sufrir una pena, angustia, dolor, etc., es decir, una lesión subjetiva".

Considera la Corte:

La aclaración de una sentencia solamente procede cuando ella contiene conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda. Pero la sentencia de doce de abril de mil novecientos cuarenta y seis, motejada de oscura, se reduce en su parte resolutiva a confirmar la sentencia del H. Tribunal de Bogotá, traída a la Corte por vía de apelación. En la parte motiva se examinó el objeto del pleito, los hechos que se aducen en la demanda como básicos de los pronunciamientos solicitados; se hizo el análisis de las pruebas traídas en demostración de los hechos. En suma, se hizo la recapitulación del proceso. Nada, pues, es allí oscuro, ni es ocasionado a confusiones.

Lo que el memorial del doctor Ospina Devia pone de relieve es una pretensión para que se hagan ahora declaraciones sobre daños de orden moral y nuevas condenas contra las entidades demandadas. Ninguno de los hechos de la demanda habla en concreto de ese daño moral. Ni siquiera mencionan ese daño las alegaciones de instancia. ¿Sería posible que ahora, después de clausurado el debate, se fueran a hacer pronunciamientos sobre materias no controvertidas?

Como última razón habla el doctor Ospina Devia de una coadyuvancia, que dice está contenida en el poder agregado al folio 23 del cuaderno principal.

Ciertamente corre agregado el memorial poder. Pero también es cierto que nada pidió, nada gestionó el doctor Ospina Devia para la prosperidad de esa coadyuvancia. Seguramente por esa causa, la sentencia de primera instancia guardó silencio. No podía el Tribunal ni podía la Corte resolver oficiosamente sobre lo que al abogado se le olvidó pedir.

Después de expedido el fallo definitivo, no cabe más corrección que la permitida en el artículo 483 del C. Judicial por errores puramente aritméticos, y ningún error de esa clase se ha cometido aquí.

Para terminar, conviene transcribir la siguiente doctrina de la Sala de Casación, que por su legalidad acoge la Sala de Negocios Generales:

"El artículo 482 del C. J., que concede a las partes el recurso de pedir la aclaración de los conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, entiende que ese recurso no debe confundirse con el de reposición, que por su índole tiende a obtener la revocación o reforma de una providencia. La aclaración no puede ir más allá del contenido de lo resuelto, sobre lo cual no puede volver el mismo Tribunal, so pretexto de una

aclaración. Y el verdadero motivo de duda que exige el artículo 482 para que proceda la aclaración, debe presentarse en la parte resolutiva, o en la motiva cuando ésta incida eficazmente en la inteligencia que debe darse a la resolutiva. De no ser así, el recurso de aclaración se confundiría con el de reposición". (Sentencia de 25 de julio de 1936).

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no accede a hacer la aclaración, la enmienda y la edición solicitadas por el doctor Ospina Devia.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

REIVINDICACION DE UNA MINA.—COMPETENCIA RELATIVA AL CONOCIMIENTO DE JUICIOS SOBRE MINAS EN QUE SEA PARTE EL ESTADO

1.—No comparte la Corte la opinión de que las normas que rijan la competencia para conocer de las acciones intentadas sobre las minas deban primar sobre las generales del Código Judicial. Los artículos 384 y siguientes del Código de Minas en manera alguna pueden oponerse a lo dispuesto por el Código Judicial en relación con el foro ante el cual ha de actuar el Estado como parte en los negocios judiciales atinentes a la reivindicación de una mina, puesto que en aquellos textos nada se dice sobre la competencia cuando esa entidad tenga interés en juicios sobre minas. Para éstos rige el artículo 151 del Código Judicial actual (147 del anterior). Lo cual quiere decir que las reglas sobre competencia que atienden a los factores objetivo y subjetivo son de aplicación restrictiva y sólo en virtud de expresa declaración legal pueden dejarse de lado. De manera que, existiendo en el Código de Minas expresa excepción a lo estatuído tanto por el Código Judicial anterior (artículo 7º, numeral 2º) como por el actual (artículos 76, numeral 1º y 155), debe entenderse que los Tribunales Superiores son los competentes para conocer de los asuntos contenciosos sobre minas en que sea parte el Estado.

El alcance del artículo 155 del C. J. en cuanto se refiere al caso de que el Estado sea demandado, es fijar a dicha entidad un foro o domicilio AD HOC y en este sentido viene a complementar el 152, numeral 2º; por lo tanto, de los juicios sobre bienes inmuebles en que sea parte la Nación están facultados para conocer dos Tribunales, a prevención: el del domicilio del demandante (artículos 155 y 152, numeral 2º), y el del lugar donde se hallan los bienes (152, numeral 12).

2.—De conformidad con el artículo 4 del Código de Minas si una persona no ha obtenido título emanado del Estado sobre una mina, si se la ha adquirido de una persona que lo tenga, no puede alegarse derecho de propiedad en la mina.

3.—El aviso y el denuncio de una mina adjudicable no dan a quien los hace un derecho a la adjudicación y titulación de ella que pueda subsistir no obstante el imperio posterior de una disposición que haga inadjudicables las minas de metales preciosos situadas en las márgenes de los ríos navegables. Ya dijo la Corte que "el derecho adquirido que genera el aviso y el denuncio de una mina no puede ser otro que el que en armonía con las disposiciones legales respectivas se permite obtener, o sea el de que con el avisante y el denunciante se prosigan las diligencias conducentes a la adjudicación y titulación de ella. Según el artículo 117 del Código de Minas el que da el aviso adquiere un derecho a dicha mina, que no se pierde sino en cualquiera de los seis casos contemplados en el artículo 118... Los derechos aquí contemplados son, pues, los qúe surgen entre distintas personas y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas..." También dijo la Corte que "el aviso confiere un derecho preferente respecto de los demás particulares a obtener la adjudicación de la mina, pero es apenas una diligencia administrativa previa que si otorga algunos derechos determinados en orden a las diligencias subsiguientes para la obtención del título, no confiere por sí mismo ningún derecho en la mina y constituye en cuanto al dominio del inmueble una mera expectativa de derecho que en manera alguna puede oponerse a las variaciones que consagre la legislación pública del Estado, titular del dominio minero.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintiséis de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Manuel María Mosquera W., formuló demanda ordinaria contra la Nación colombiana,

ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el 21 de junio de 1939, para que esta entidad hiciera las siguientes declaraciones:

"Primera. — Pertenece al señor Manuel María Mosquera la mina de aluvión de oro y otros metales, denominada por él 'Aganche,' deslindada y determinable como se expresa en el hecho primeor de esta demanda.

"Segunda.—En consecuencia, condénase al Estado a entregar la dicha mina al nombrado doctor Mosquera, dentro del término de seis días después de ejecutoriada esta sentencia.

"Tercera.—Condénase al Estado a pagar, a favor del demandante doctor Manuel María Mosquera, los perjuicios que le haya ocasionado y que se definirán conforme a la ley.

"Cuarta.—Condénase al Estado al pago de costas.

Subsidiariamente pide el actor que se declare:

"A) El doctor Manuel María Mosquera tiene mejor derecho que el Estado sobre la mina 'Aganche' deslindada y determinable como se expresa en el hecho primero de esta demanda.

"B) En consecuencia, condénase al Estado a entregar la misma mina al doctor Manuel María Mosquera, seis días después de ejecutoriado este fallo.

"C) Condénase al Estado al pago de perjuicios, a favor del doctor Manuel María Mosquera".

Alega el actor como razón de su demanda estos hechos:

Por medio de recomendado suyo el doctor Manuel María Mosquera dio aviso el día 19 de marzo de 1933, ante la Alcaldía de Buenos Aires, Departamento del Cauca, de una mina de oro y otros metales, de antiguo descubrimiento, ubicada en el citado Municipio, sobre la margen izquierda del río Ovejas, en el sitio de confluencia con el río Cauca, paraje denominado "Celima". Bajo el nombre de "Aganche" fue denunciada posteriormente la mina relacionada ante la Gobernación del Cauca, con fecha 12 de mayo de 1936. De la mina "Aganche" se dio posesión al doctor Manuel María Mosquera, por intermedio del Alcalde de Buenos Aires en dos ocasiones: el 6 de octubre de 1936 y el 20 de abril de 1937. Posteriormente el Gobierno, por conducto del Ministerio de Guerra, declaró incorporada dentro de la reserva nacional la mina avisada y denunciada por el doctor Mosquera, con fundamento en lo dispuesto por la ley 13 de 1937, y en virtud de esta declaración procedió a celebrar un contrato de explotación del referido yacimiento con la Compañía Asnazú Gold Dredging, Limited, como cesionaria de los derechos otorgados al señor Pedro P. Sánchez para celebrar con el Ministerio de Guerra una negociación propuesta por dicho señor y aceptada por este Despacho ejecutivo. Estima el señor doctor Mosquera que por cuanto el Estado colombiano ha dispuesto de la mina "Aganche" por medio de ese contrato y ha declarado de propiedad nacional dicha mina, ha violado los derechos adquiridos por él con el aviso, denuncio y posesión del inmueble.

Como fundamentos de derecho de la acción reivindicatoria incoada por el doctor Mosquera W., mayor y vecino de Cali, contra la Nación, se citan en la demanda los artículos 946, 947, 951 del Código Civil; 1º y siguientes de la ley 13 de 1937 y 134 y 176 del Código Judicial.

La Fiscalía del Tribunal Superior de Cali niega el derecho en que se funda el demandante, se opone a las declaraciones que se solicitan y propone la excepción de petición antes de tiempo por considerar que antes de proponerse la acción ordinaria ha debido el interesado acusar ante el Consejo de Estado la Resolución ministerial por la cual se hizo la reserva de aquel territorio minero, por ser a esa entidad a quien corresponde decidir sobre la legalidad de los actos administrativos como el de que se trata, y por considerar que al no prosperar la acción administrativa sobre la nulidad e invalidez del acto acusado surgía el derecho de recurrir al Organo Judicial según las disposiciones contenidas en los artículos 1º, 2º, y atribución i) del artículo 18 de la ley 130 de 1913.

Surtido el juicio sin que se hubiese incurrido en causal alguna de nulidad fue decidido en sentencia de 1º de diciembre de 1943, que niega las declaraciones solicitadas en la demanda y condena en costas al demandante. La sentencia fue apelada oportunamente por el actor y como en esta segunda instancia ha sufrido la tramitación que le es propia, se procede a decidir el recurso.

El fallador de la primera instancia no halla la prueba del hecho fundamental de la acción consistente en la afirmación de que el Estado ha declarado suyo lo que pertenece al doctor Mosquera y se basa en que el denuncio y el aviso de una mina no tienen valor jurídico de un derecho pleno de dominio, sino de una mera expectativa de derecho, porque es sólo mediante la adjudicación justificada por el título expedido y registrado con las formalidades que la ley requiere, como la persona interesada en determinado territorio minero

puede titularse dueña, es decir, porque faltando la prueba de dominio que el demandante afirma tener sobre la mina materia de la reivindicación es improcedente la acción instaurada con el fin de obtener una sentencia condenatoria contra el Estado, ya que no están cumplidos los requisitos del artículo 946 del C. Civil invocado en el libelo. El fallo cita la doctrina legal consignada en los artículos 2º, 4º, 70, 94 y 303 del Código de Minas y la de esta Corte Suprema expuesta en sentencias de 30 de abril de 1936, 19 de junio de 1939 y 25 de abril de 1942.

En lo relacionado con las peticiones subsidiarias de la demanda hace observar el citado fallador que el demandante no indica en qué pueda consistir el mejor derecho que le alega al Estado en la mina "Aganche", mejor derecho que se refiere a la adjudicación pretendida por dos personas o grupos de personas, según doctrinas de los artículos 66 y 382 del Código de Minas, todo lo cual es ajeno al caso del pleito, porque no se trata aquí de dos pretensiones encontradas entre particulares a la posesión que se vaya a dar de un territorio minero, pues ahora lo que el actor alega es dominio, de donde se deduce que entre las declaraciones principales y las subsidiarias no hay diferencia alguna, sino cambio de palabras o de términos que no establecen para el caso modificación jurídica alguna.

El mandatario judicial del apelante en su alegación en esta instancia considera que el doctor Mosquera por los hechos del aviso, denuncio y posesión adquirió derecho a que se le expidiera el correspondiente título de adjudicación sin que sea obstáculo que se encuentre en la ribera de un río navegable, porque cuando entró en vigencia la ley 13 de 1937 se habían cumplido esas diligencias. Y agrega que aun cuando la Sala de Negocios Generales de la Corte en sentencia de 31 de agosto de 1936 expuso la doctrina de que los derechos provenientes del aviso a que se refiere el artículo 117 del Código de Minas no pueden hacerse valer contra una ley que prohiba la adjudicación de determinadas minas a particulares, doctrina que en concepto de dicho apoderado es susceptible de serias objeciones con fundamento en artículos del Código de Minas que cita, no hay necesidad de hacerlas para el presente caso por concurrir la circunstancia de que la mina que pretende el doctor Mosquera W. se encuentra en una zona del río Cauca que no es navegable según exposición pericial practicada en este juicio y concluye que por este aspecto el derecho del avisante es indiscutible. Se queja pues de que la Nación en vez de adjudicar la mina, como era su deber, la dio en concesión a otra persona en la creencia equivocada de que formaba parte de la reserva nacional. Así trata de poner de manifiesto su discrepancia con los fundamentos de la sentencia, toda vez que la ley 13 de 1937 no es óbice a las pretensiones del denunciante y el derecho del señor Mosquera es indiscutible sea cual fuere la opinión que se tenga sobre el valor jurídico de las diligencias de aviso y denuncio.

El Procurador Delegado en lo Civil en su alegación escrita de 27 de noviembre de 1944, llega a estas conclusiones:

"1º El Tribunal Superior de Cali no era competente para conocer de este litigio, por ser competente, en forma exclusiva, bien el Juez del Circuito donde la mina está ubicada, bien el Tribunal Superior de Popayán.

"2º La justicia ordinaria no es competente para decidir esta controversia por no ventilarse en ella cuestión de derecho privado (artículo 76 del C. J.) y por tratarse de revisar, mediante este juicio, una resolución ministerial, cosa que sólo puede efectuarse ante la justicia contencioso-administrativa a partir de la ley 80 de 1935.

"3º El demandante Mosquera jamás recibió título sobre la mina 'Aganche', expedido por el Gobierno, y, por tanto, no tuvo nunca derecho de dominio y propiedad sobre la misma mina.

"4º El demandante tuvo sólo los derechos del denunciante y avisante sobre la mina 'Aganche', pues no se cedió posesión válida de la misma mina; y los derechos del denunciante y avisante no son derechos reales sobre la mina, sino derechos de preferencia en relación con otros posibles avisantes.

"5º No habiéndosele dado posesión de la mina 'Aganche', el demandante no tuvo siquiera la oportunidad de pedir la expedición del título; no tuvo oportunidad de llegar a ser dueño de la mina.

"6º No es indiscutible que el río Cauca, en la región de que se trata, no sea navegable. Pero aceptando que no sea navegable en tal región, ello no implica que el doctor Mosquera hubiera adquirido derecho de propiedad sobre la mina 'Aganche' por no serle aplicable la ley 13 de 1937. La aceptación de la navegabilidad sólo significaría que el doctor Mosquera podría tener un derecho de preferencia sobre quienes hubieran dado aviso posterior al suyo pero no tuvieran ningún derecho real sobre la misma mina. En relación con la misma mina, sólo tenía una mera expecta-

tiva. La Nación no estaba obligada a adjudicársela; tanto más si no había llegado la oportunidad legal.

"En virtud de lo dicho, solicito que esa Honorable Sala declare que el Tribunal Superior de Cali era incompetente para conocer de este juicio y, en subsidio, pido que se confirme en todas sus partes la sentencia recurrida".

La competencia

Se ocupa en primer lugar la Sala en la consideración de las razones alegadas por el personero de la Nación en lo referente a la incompetencia del Tribunal Superior de Cali para conocer de la primera instancia de este juicio ordinario de reivindicación.

Por dos aspectos diferentes cree el representante de la parte demandada que se han violado las normas reguladoras de la competencia: 1º por cuanto la acción intentada no es viable ante las autoridades de la Rama Jurisdiccional por no fundarse ella en cuestiones de derecho privado, ya que según su parecer, se trata en esta controversia de la revisión de una Resolución ministerial, materia que es de competencia de la justicia contencioso-administrativa; y 2º porque en caso de corresponder a las autoridades jurisdiccionales la decisión de esta controversia, sería competente, bien el Juez de Circuito de Buenos Aires, donde la mina está situada, o el Tribunal Superior de Popayán, de conformidad con el Código de Minas.

Primera cuestión. — Planteadas en la demanda la acción reivindicatoria, la declarativa de dominio por mejor derecho respecto a una mina y la de perjuicios, es muy clara la competencia de la Rama Jurisdiccional para conocer de la primera de estas cuestiones, que por su índole es de su exclusiva incumbencia. Respecto de la segunda, o sea la decisión acerca de si existe un derecho preferente del actor a la propiedad de una mina, en relación con el Estado, también es clara la competencia de la jurisdicción común para pronunciarse en cuanto al derecho que pudiera tener el demandante, basado en disposiciones del Código de Minas, a la adjudicación y reconocimiento de la propiedad sobre la mina 'Aganche' emanado especialmente, como lo pretende, de los actos de aviso y denuncio de tal mina. Aparecería un tanto dudosa la competencia de la Rama Jurisdiccional para examinar el derecho que pueda tener el Estado a la reserva declarada a su favor por el Ministerio del ramo, por medio de la Resolución 186 de 1939, ya que contra estos actos de la Administración lo procedente es el recurso contencioso-administrativo. Sin embargo, la estrecha conexión procesal que tienen las varias peticiones de la demanda imponen su consideración conjunta por el juzgador. Sólo que al hacerlo la jurisdicción común ha de respetar y reconocer vigente lo que la jurisdicción contencioso-administrativa ha decidido en el dominio de su competencia, y concretamente, respecto a la declaración sobre reserva minera basada en la calificación hecha por el Ministerio de navegable respecto al trayecto del río Cauca en cuyas márgenes se halla situada la mina "Aganche". Más adelante se verá cómo entiende la Sala que ha de aplicarse este principio al caso del pleito. Por ahora aparece manifiesto, en vista de las consideraciones expuestas, que la Corte tiene competencia, y la tuvo el Tribunal, para conocer y fallar la presente demanda.

Por este primer aspecto no prospera pues la alegación de incompetencia de jurisdicción hecha por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Segunda cuestión.—Estima el señor Agente del Ministerio Público que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali no era competente para conocer de la primera instancia de este juicio ordinario por versar la controversia sobre un bien raíz situado en el Departamento del Cauca, lo que da la competencia al Juez de Circuito de Santander (Cauca), de acuerdo con el artículo 385 del Código de Minas, cuya especialidad para el ramo de minas lo hace primar sobre las normas generales del C. Judicial. Pero que si se tiene en cuenta el artículo 155 de este último, que reglamenta la competencia para los juicios en que actúe el Estado, debe armonizarse esta disposición con la del Código de Minas ya citada, y entonces sería el Tribunal Superior de Popayán, y no el de Cali, el competente. Añade el señor Procurador: "En contra de lo dicho no podría argüirse que según el artículo 155 del Código Judicial en los juicios que se sigan contra el Estado es competente el Tribunal Superior del domicilio del demandante y que, por tanto, la acción estuvo bien intentada ante el Tribunal Superior de Cali, por ser el señor Mosquera vecino de aquella ciudad. El artículo 385 del Código de Minas es especial sobre la materia y sería antijurídico desconocerlo so pretexto de aplicar una norma general tomada del Código Judicial para aplicarla precisamente a la materia que el Código de Minas reglamenta.

No comparte la Corte la opinión de que las normas que fijan la competencia para conocer de las

acciones intentadas sobre las minas deben primar sobre las generales del Código Judicial, por las siguientes razones:

Las normas legales que consagran la competencia son de orden público, sobre ellas reposa la garantía constitucional de la recta y eficaz administración de justicia. Esta la razón de que su aplicación proceda con preferencia a la ley anterior desde que se inicia su vigencia, como lo dice el artículo 4º de la ley 153 de 1887, estatuto éste orientado por los más sabios y avanzados principios en materia de interpretación y de hermenéutica legal. Dice también la ley 57 de 1887, en su artículo 5º: "Si en los Códigos que se adopten se hallaren algunas disposiciones incompatibles entre sí, se observarán en su aplicación las reglas siguientes: 1º La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general". Cierto es lo que dice el señor Procurador que el Código de Minas es un estatuto especial que reglamenta íntegramente lo relativo a los derechos y acciones sobre minería. Pero no es menos cierto que el Código Judicial atiende de manera especial a la organización del trabajo y la distribución de los juicios entre las autoridades de la Rama Jurisdiccional, y que de su reforma se infiere la adopción de nuevas fórmulas convenientes y de sistemas aconsejados por la experiencia que en esa materia haya dejado la judicatura o por la evolución de la ciencia del Derecho. Y no solamente teniendo en cuenta esta especialidad y el sentido anotado de la nueva ley procesal es por lo que en este caso de discrepancia entre lo establecido por el Código de Minas y el estatuto procesal ha de darse prioridad al último, sino también por cuanto en éste se atiende concretamente a fijar la competencia especial en los juicios en que es parte el Estado por medio de su artículo 155, colocado en el Título X del Libro 1º destinado a sentar las bases fundamentales de la organización judicial en cuanto a la competencia de las diferentes autoridades jurisdiccionales. Dice el citado precepto: "Artículo 155. 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". Según lo explica la Comisión redactora del Código Judicial, este precepto tiene dos finalidades: hacer que en los juicios que el Estado siga contra los particulares se observe la tendencia general del procedimiento moderno de ejercitar la acción ante el Juez del domicilio del deudor (**forum domicilii rei**); y en tratándose de juicios contra el Estado, no teniendo éste domicilio especial, por tenerlo en todo el territorio, se fija la competencia en el Tribunal del domicilio del actor para evitar el inconveniente surgido en la vigencia del antiguo Código (artículo 70, numeral 2º) que establecía una competencia preventiva entre los Tribunales Superiores del país para el conocimiento de los juicios seguidos por los particulares contra el Estado, con lo cual se dejaba al arbitrio de los litigantes la escogencia del Tribunal y ellos generalmente ejercitaban sus acciones ante el de Bogotá, donde se acumuló entonces excesivo número de negocios.

Las normas que dan en el Código de Minas la competencia exclusiva a los Jueces de Circuito para conocer de los juicios sobre propiedad y posesión de ellas se basan en la consideración de la importancia de los derechos disputados en tales juicios, por lo cual se dejó de lado el factor de la cuantía y se atendió solamente a la naturaleza del negocio, impidiéndose que fuesen a conocer de ellos los Jueces Municipales, funcionarios éstos para cuya elección no exigía la ley versación alguna en la ciencia del Derecho. Esta finalidad buscada por los artículos 384 y siguientes del estatuto minero en manera alguna puede oponerse a lo dispuesto por el Código Judicial actual en relación con el foro ante el cual ha de actuar el Estado como parte en los negocios judiciales de que aquí se trata, puesto que en dichos textos nada se dice sobre la competencia cuando la dicha entidad tenga interés en los juicios sobre minas; se tuvo en cuenta allí el factor objetivo de la competencia, la naturaleza del negocio, mas no el subjetivo, atañedero a la calidad de las partes, y de ahí que debe aplicarse al considerar las citadas disposiciones la regla dada por el artículo 151 del Código Judicial actual (147 del anterior) según la cual "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". Quiere esto decir, que las reglas de competencia que atienden a los factores objetivo y subjetivo son de aplicación restrictiva y sólo en virtud de expresa declaración legal pueden dejarse de lado. De manera que, no existiendo en el Código de Minas expresa excepción a lo estatuído tanto por el Código Judicial anterior (artículo 70, numeral 2º) como por el actual (artículos 76, numeral 1º y 155), debe entenderse que los Tribunales Superiores son los competentes para conocer de los asuntos conten-

ciosos sobre minas en que sea parte del Estado. Esta interpretación que deja a salvo el foro especial consagrado tanto en la anterior legislación procesal como en la actual para los negocios de la Nación, armoniza perfectamente con el espíritu de las reglas dictadas para los juicios mineros por cuanto defiere su conocimiento a un juzgador de mayor grado dentro de la jerarquía judicial, contribuyendo así a garantizar el acierto en la solución de tales controversias.

Sentado ya que es a los Tribunales Superiores a los que compete el conocimiento de los pleitos sobre minas en que sea parte el Estado, ha de examinarse si el del Distrito Judicial de Cali tenía o no facultad para decidir este juicio en primera instancia. El artículo 152, numeral 2º, dice que de los asuntos contenciosos, por regla general, conoce el respectivo Juez del domicilio del demandado. El señor Procurador estima que tratándose de derechos reales el juicio ha de ventilarse ante el Juez de la ubicación de los bienes materia de la acción. Invoca al efecto el artículo 152 en sus numerales 7, 8, 10, 11 y 12, y agrega que esta norma general del C. J. está consagrada expresamente en el Código de Minas mediante el artículo 385 que dice: "El Juez del Circuito donde está ubicada la mina es el único competente para conocer de los juicios sobre posesión y propiedad relativos a ella, o a los derechos reales constituídos en su favor". Se vio antes cómo el artículo 385 no es aplicable a estos juicios cuando en ellos sea parte la Nación. En cuanto a los numerales citados del artículo 152 del C. J. en los cuales el señor Agente del Ministerio Público ve la consignación del **forum rei sitae** de manera exclusiva para las acciones reales, tanto la doctrina como la jurisprudencia están acordes en que en ellos no se deroga la norma general y el principio básico, al decir de la Comisión Redactora, del **forum domicilii rei** (artículo 152, numeral 2º) sino antes bien, se complementa éste con aquél, configurándose una competencia preventiva entre los dos Jueces, el del domicilio del demandado y el de la ubicación de los bienes. Así, en el numeral 7º expresamente habla de ambos Jueces cuando se trate de bienes muebles; en el numeral 8º (acción hipotecaria o la procedente de un censo) y en el 12 (reivindicación de inmuebles y servidumbres) dice que **también** es competente el Juez del lugar donde los bienes se hallen total o parcialmente situados, empleando un adverbio con el cual aluden dichos numerales a otro Juez igualmente competente que no puede ser sino el fijado por el numeral 2º del mismo artículo, esto es, el del domicilio del demandado. No hace el artículo esta alusión en los juicios sobre adjudicación de capellanías laicas y en aquellos que se siguen para que se declaren mostrencos o vacantes ciertos bienes (numerales 10 y 11), porque en tales negocios no hay demandado.

De conformidad con la doctrina expuesta en el fallo de 21 de junio de 1943, de la Sala de Negocios Generales (**Gaceta Judicial** número 1998, página 728) y reiterada en el de 16 de diciembre de 1944 de la misma Sala, el alcance del artículo 155 del C. J. en cuanto se refiere al caso de que el Estado sea demandado, es fijar a dicha entidad un foro o domicilio **ad-hoc**, y en este sentido viene a complementar el 152, numeral 2º; por lo tanto, de los juicios sobre bienes inmuebles en que sea parte la Nación están facultados para conocer dos Tribunales, a prevención: el del domicilio del demandante (artículos 155 y 152, num. 2º) y el del lugar donde se hallan los bienes (152, no. 12).

La acción de dominio que intenta en el presente juicio ordinario el señor doctor Manuel María Mosquera, domiciliado en Cali, Departamento del Valle, versa sobre la mina denominada "Aganche", inmueble ubicado en el paraje Celima, dentro del Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca; luego, de acuerdo con lo dicho, eran igualmente competentes para conocer, a prevención, de la primera instancia de esta controversia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, por razón del domicilio del actor, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, relativamente a la ubicación del bien materia de la litis.

No prospera por este segundo aspecto la cuestión de incompetencia de jurisdicción alegada por el señor Agente del Ministerio Público como representante de la Nación, parte demandada en el presente litigio.

La acción.—De las probanzas que obran en autos se deduce:

1º El doctor Manuel María Mosquera avisó la mina "Aganche" en el año de 1936 ante la Alcaldía del Municipio de Buenos Aires, Departamento del Cauca (fols. 13 vuelto a 14, cuaderno 10).

2º "La mina de oro de aluvión de antiguo descubrimiento denominada 'Aganche', ubicada en el Municipio de Buenos Aires (Departamento del Cauca), denunciada ante la Gobernación del Cauca por el doctor Manuel María Mosquera, el 12 de mayo de 1936, ...NO HA SIDO TITULADA hasta la fecha por el doctor Mosquera, según se cons-

tata de los libros respectivos que se llevan en esta oficina". (Certificado expedido por la Sección de Minas y Baldíos de la Gobernación del Cauca, fol. 70, vuelto, c. 6).

3º El 20 de abril de 1937 el Alcalde de Buenos Aires dio posesión de la citada mina al denunciante (fols. 10 v. a 11 v. c. 10). Esta diligencia fue declarada nula por Resolución número 51 de 23 de abril de 1937 de la Gobernación del Cauca (fols. 71 a 74 v. cuaderno 6).

4º La reposición de la providencia que declaró la nulidad de la anterior diligencia fue negada (Resolución número 65 de 15 de mayo de 1937, fol. 75, cuaderno 6), e interpuesto el recurso de apelación para ante el Ministerio de Industrias, fue fallado dicho recurso por el Ministerio de Guerra, debido a impedimento del Ministro de Industrias, en Resolución número 186 de 1939, cuya parte resolutiva dice: "Revócase la Resolución número 51 de 23 de abril de 1937 dictada por la Gobernación del Cauca en las diligencias de denuncio de la mina 'Aganche' por el doctor Manuel María Mosquera. Tales diligencias dirigidas a la posesión y titulación de la mina sólo podrán recaer sobre la parte no comprendida dentro de la zona de la reserva nacional situada sobre la margen derecha del río Cauca en una extensión de un kilómetro a contar de la desembocadura del río Ovejas en el mismo río Cauca y éste aguas arriba por la citada margen en una longitud de dos mil seiscientos cuarenta metros (2.640) hasta el puente Suárez de acuerdo con el concepto citado de los expertos del Ministerio". (Diario Oficial número 24.035, fol. 11, página 1.205, c. 6).

5º La alindación de la mina "Aganche", según consta en el informativo, es: "Norte, río Ovejas; sur, zona del Ferrocarril del Pacífico; este, terreno baldío; y occidente, río Cauca. La base de la mina es una línea de dos kilómetros que partiendo de la margen izquierda del río Ovejas, en su confluencia con el río Cauca, siga la dirección de éste hacia el sur, aguas arriba. La longitud es determinable en el sentido del río Ovejas, aguas arriba". (Fol. 1, cuad. 1).

A la vista de estos hechos traídos por el actor para que se le declare por la justicia propietario de la mina "Aganche" ha de concluírse forzosamente que no hay lugar a hacer tal declaración. En efecto, como está demostrado, la mina en cuestión no ha sido titulada a favor del doctor Mosquera, quien se presenta a reclamar derecho de propiedad con base en las diligencias de aviso y denuncio. El artículo 4º del Código de Minas dice: "El dominio o propiedad de las minas se adquiere por uno de los medios siguientes: 1º Por adjudicación que de ellas haga el Poder Ejecutivo, conforme a la presente ley, expidiendo el correspondiente título en legal forma, y 2º Por cualquiera de los otros medios traslativos de dominio conforme a las leyes comunes, siempre que al primitivo enajenante se le hubiera expedido el correspondiente título o que éste se obtenga conforme a las disposiciones del Capítulo 7º de esta ley". Por consiguiente, si no se ha obtenido título emanado del Estado sobre una mina, ni se ha adquirido de una persona que lo tenga, no puede alegarse derecho de propiedad en la mina. Estas consideraciones llevan a la Sala a negar la primera petición de la demanda.

En subsidio de la petición principal estudiada el actor solicita se declare que "El doctor Manuel María Mosquera tiene mejor derecho que el Estado sobre la mina 'Aganche' deslindada y determinable como se expresa en el hecho primero de esta demanda".

Para que se pueda apreciar si el demandante tiene sobre la mina en cuestión **mejor derecho** que el Estado, debe primeramente establecerse cuál es el derecho que tiene éste y hasta dónde puede prevalecer sobre el que invoca el actor.

El día 27 de febrero de 1937 entró en vigencia la ley 13 de ese año cuyo artículo 1º dice: "La Nación se reserva la propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río". Con base en esta disposición, el Ministerio de Guerra, legalmente autorizado para ello, dictó el 27 de febrero de 1939 la Resolución número 186, en que se declaró que la mina "Aganche" estaba en parte comprendida dentro de la reserva nacional que desde 1937 había hecho la ley, por tratarse de una mina de aluvión de metales preciosos situada en la orilla del río Cauca, que de acuerdo con un concepto emitido por técnicos del Ministerio de la Economía Nacional, Dirección General de Minas, es navegable en la parte en que sirve de base a la mina mencionada.

A los autos vino en la segunda instancia una copia auténtica de la sentencia que el Consejo de Estado profirió el 31 de octubre de 1939 para desatar el recurso intentado ante él contra la Resolución 186 del Ministerio de Guerra a que se ha hecho referencia. En esa acción se ventiló ante la jurisdicción competente lo relacionado con la

legalidad de la declaración que el Ministerio había hecho sobre la navegabilidad del río Cauca en el punto en que se hizo el aviso de la mina Aganche y sobre la exclusión de una parte del terreno avisado de la posibilidad de apropiación particular, por considerarse que hacía parte de la reserva minera nacional. El Consejo de Estado declaró que no era nula la Resolución demandada y en esta forma ratificó su legalidad y puso término al trámite administrativo y contencioso-administrativo a que dicha Resolución dio origen. Hay pues cosa juzgada por el tribunal competente sobre la materia a que se refirió la varias veces mencionada Resolución.

Se advierte que la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para casos como el originado en la impugnación de la providencia del Ministerio de Guerra a que se ha aludido en este juicio no data solamente de la vigencia del actual Código de lo Contencioso-administrativo, sino que con anterioridad a este estatuto la ley 80 de 1935, en su artículo 4º, complementó lo dispuesto en la ley 13 de 1913, orgánica de la jurisdicción de que se trata, en el sentido de que no solamente tiene ésta la facultad de pronunciarse sobre la legalidad de los actos administrativos, entre ellos las Resoluciones ministeriales que no recaigan en contratos de la Nación, sino que "cuando se ejercite la acción privada, tanto los Tribunales Seccionales como el Consejo de Estado, al fallar las demandas determinarán, con la debida precisión, la manera como deba restablecerse el derecho violado, si fuere el caso y siempre que así se haya solicitado". La invalidación, pues, corresponde desde 1913 al Consejo de Estado, y desde 1935 toca además a esa misma entidad, en casos como el presente, el restablecimiento del derecho con las debidas indemnizaciones.

La opinión de la Sala con respecto a la obligatoriedad de la Resolución número 186 para la justicia ordinaria está de acuerdo con un antecedente en la Corte que merece citarse. En el año de 1940, una vez que el expediente sobre la mina "Aganche" hubo regresado del Ministerio a la Gobernación del Cauca, por haberse surtido la apelación de la Resolución número 51, se comisionó al Alcalde de Buenos Aires para que continuara el proceso de "posesión y adjudicación de la mencionada mina.... sobre la parte no comprendida dentro de la zona de la reserva nacional" y llevara a cabo una tercera diligencia de posesión a favor del doctor Mosquera W. Antes de que ella tuviera lugar la Compañía Asnazú Gold Dredging Ltd. formalizó ante el Juez Civil del Circuito de Santander (Cauca) una oposición, como consecuencia de la cual se surtió el correspondiente juicio ordinario cuyas decisiones de primera y de segunda instancia fueron adversas al doctor Mosquera W.; pero interpuesto por éste el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, la Sala de Casación Civil de la Corte revocó esta providencia y dispuso: "1º El doctor Manuel María Mosquera tiene mejor derecho a que se le adjudique la mina de aluvión de oro denominada 'Aganche', ubicada en el Municipio de Buenos Aires, cuyo aviso dio el 19 de marzo de 1936 y cuya denuncia formalizó el 12 de mayo del mismo año, así: 'la base de la mensura es una línea de dos kilómetros que, partiendo de la margen izquierda del río Ovejas, en su confluencia con el río Cauca, siga en dirección de éste hacia el sur aguas arriba; la longitud se medirá en el sentido del curso del río Ovejas aguas arriba. **En la posesión y en la titulación se excluirán las reservas nacionales determinadas en la Resolución número 186 del Ministerio de Guerra, de 27 de febrero de 1939,** y se llenarán las formalidades exigidas por la Gobernación del Departamento del Cauca en su proveído de 11 de enero de 1940". (Subraya la Sala). (**Gaceta Judicial** número 1989 y 1990, pág. 51, sentencia de 12 de mayo de 1942). No hizo la Sala de Casación Civil reparo alguno, como tampoco lo hace la Sala de Negocios Generales ahora, a las declaraciones contenidas en la Resolución y a su imperio.

El actor ha pretendido en el presente juicio ordinario atacar por su base la tantas veces mencionada Resolución 186, y al efecto solicitó la práctica de una inspección ocular en la zona del río Cauca que limita con la mina "Aganche", para que con intervención de peritos, se constatara la no navegabilidad del dicho río. La diligencia fue practicada por el señor Juez Civil del Circuito de Santander (Cauca) mediante comisión conferida por esta Sala de la Corte, y en la cual actuaron como peritos principales los doctores Hernando Vargas Rubiano y José Romero, y como perito tercero el doctor Gustavo Holguín Lloreda (fols. 5 a 7 del cuaderno 10).

En el experticio rendido por los técnicos nombrados (fols. 8 a 11 v., c. 10), concluyen éstos diciendo que el río Cauca en la zona minera de que se trata NO ES NAVEGABLE, según lo dispuesto por la ley 13 de 1937".

Las razones ya expuestas acerca de la fuerza obligatoria que para la justicia ordinaria tiene lo resuelto por la jurisdicción contencioso-administrativa sobre la Resolución 186 de 1939, que la declaró legal, impiden a la Corte volver sobre una cuestión que fue propuesta y discutida ante el Consejo de Estado y que ahora se ha pretendido plantear de nuevo en este juicio. El Ministerio del ramo declaró que el río Cauca era navegable en el trayecto en que se halla situada la mina "Aganche" y en consecuencia dispuso que la adjudicación se limitara al área no cobijada por la reserva nacional; el Consejo de Estado, entidad ante quien se discutió la legalidad de estas determinaciones administrativas, estuvo conforme con ellas; y así el punto tocante con la navegabilidad del río fue cuestión resuelta por la jurisdicción competente que no es posible revisar después en la vía judicial. Por eso la Corte no entra siquiera a examinar la prueba pericial a que se ha hecho referencia.

Establecido el derecho del Estado sobre la mina "Aganche" como reserva nacional, ha de verse si el doctor Manuel María Mosquera tiene "mejor derecho" que aquél, esto es, un derecho anterior al de la Nación.

Ahora bien: ¿el aviso y el denuncio de una mina adjudicable dan a quien los hace un derecho a la adjudicación y titulación de ella que pueda subsistir no obstante el imperio posterior de una disposición que haga inadjudicables las minas de la clase o condición de la denunciada ?

La respuesta a esta cuestión resulta principalmente de lo ya afirmado y deducido por jurisprudencia de la Corte que en seguida se transcribe:

"El derecho adquirido que genera el aviso y el denuncio de una mina no puede ser otro que el que en armonía con las disposiciones legales respectivas se permite obtener, o sea el de que con el avisante y denunciante de la mina se prosigan las diligencias conducentes a la adjudicación y titulación de ella. Según reza el artículo 117 del Código de Minas el que da el aviso adquiere un derecho a dicha mina, que no se pierde **sino** en cualquiera de los seis casos contemplados en el artículo 118. Evidentemente, el artículo 117 dice que en el caso por él contemplado se adquiere un derecho preferente al de toda otra persona. Lo que quiere decir que el artículo da la norma para resolver conflictos por razón de posibles derechos opuestos de varios particulares entre sí. Lo confirma el propio título del capítulo respectivo del Código: 'Prelación de derechos **entre los que pretenden una mina'.** (Subraya la Sala).. Los derechos aquí contemplados son, pues, los que surgen entre distintas personas y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas. Las reglas del capítulo se aplican para resolver dificultades o conflictos entre varios avisantes o denunciantes u otros que pretendan tener derecho a la adjudicación de una mina. Pero por sobre los derechos de todos ellos a obtener la titulación respectiva, se halla colocada la ley que manda o prohibe adjudicar minas a particulares, que cuando es prohibitiva hace imposible para todos los interesados, cualquiera que sea la posición jurídica en que ellos se encuentren entre sí, adquirir las minas por medio de la adjudicación y titulación respectivas. De otro lado, las causas por las cuales ocurre la pérdida del derecho contemplado en el artículo 117 a las cuales se refiere el artículo 118, demuestran que el derecho a que alude el artículo 117 no es en favor del avisante sobre la mina sino a su favor para que con él se prosigan las diligencias conducentes y para que se le haga la adjudicación si no pierde su derecho (artículo 118): 1º Por no denunciarla oportunamente. — 2º Por no entregar oportunamente al comisionado para dar la posesión el pliego respectivo. 3º Por no pedir la posesión dentro de los términos establecidos. 4º Por no solicitar también dentro del término el título. 5º Por no pagar puntualmente el impuesto, y 6º Por no oponerse a la posesión que de la mina vaya a darse a otra persona". (**Gaceta Judicial,** tomo XLVI, página 271, Sala de Negocios Generales, agosto 31 de 1936).

Esta tesis fue acogida por la Sala de Casación Civil de la Corte en sentencia de 19 de junio de 1939 (G. J. Tomo XLVIII, página 278), con lo cual se hizo uniforme la jurisprudencia de las dos Salas civiles en relación con el punto aquí tratado. En esta providencia se dijo: "La oposición autorizada por la legislación minera es una impugnación al derecho de un denunciante a que se le dé posesión de una mina, hecha por un particular con fundamento en un pretendido derecho anterior a esa misma mina. Siempre son derechos de particulares sobre minas que el Estado cede lo que se ventila ante el Poder Judicial en los juicios ordinarios que se originan en las oposiciones. En estos debates, en general, no pueden entenderse perjudicados ni limitados los poderes y facultades de soberanía que corresponden al Estado, pertenecientes al orden público y relacionados con la reglamentación de la explotación minera, en la

parte que permanece aún dentro de su patrimonio, sobre minas que no han sido todavía adjudicadas por no haber culminado en relación con ellas el proceso administrativo que establece la ley. El Estado puede, como dueño de la propiedad minera, por medio de leyes dictadas por motivo de utilidad pública o interés nacional sustraer minas del régimen general del Código declarándolas inadjudicables y estableciendo para ellas un régimen especial de explotación. Esta cuestión relacionada con las minas de aluvión de la reserva nacional ha sido objeto de controversia en las instancias del juicio, y ahora se propone ante la Corte como un extremo de la sentencia ajeno completamente a las pretensiones de los litigantes para pedir su infirmación. En concepto de la Sala, no tratándose de minas adjudicadas con anterioridad a la ley que estableció la reserva nacional de que se trata, es punto que por ser de orden público nacional no puede ser objeto de ninguna pretensión particular, de manera que su presencia en el fallo en forma de condición en el proceso administrativo de adjudicación de la mina 'Teraimbe' no añade nada en realidad a la sentencia y no puede considerarse como la agregación de un elemento de condena que altere la relación procesal establecida con la expresión oportuna de las pretensiones de los litigantes. Es el Ejecutivo el órgano legalmente adecuado para apreciar y declarar si una mina está o no comprendida en la reserva nacional para decidir sobre su adjudicabilidad, ya se trate de nuevos avisos o de los expedientes en curso, como está dispuesto en el Decreto 1600 de 1937, sustituído por el Capítulo 10 del número 836 de 1938, reglamentario de la ley 13 de 1937 que estableció la reserva nacional de propiedad de las minas de aluvión de metales preciosos ubicadas en las riberas de los ríos navegables y en una extensión de un kilómetro a cada lado del cauce normal del respectivo río. El aviso confiere un derecho preferente respecto de los demás particulares a obtener la adjudicación de la mina, pero es apenas una diligencia administrativa previa que si otorga algunos derechos determinados en orden a las diligencias subsiguientes para la obtención del título, no confiere por sí mismo ningún derecho en la mina y constituye en cuanto al dominio del inmueble una mera expectativa de derecho que en manera alguna puede oponerse a las variaciones que consagre la legislación pública del Estado, titular del dominio minero. Sobre esta cuestión de los derechos generados por el aviso y el denuncio de minas en relación con la Nación, la doctrina jurídica de la Corte ha sido constante en el sentido expresado. En sentencia de 31 de agosto de 1936, Tomo XLVI de la G. J., pág. 271, dijo: "(Aquí lo ya transcrito de esta última providencia, de la Sala de Negocios Generales).

Además de lo visto, cualquier duda sobre la constitucionalidad y legalidad del procedimiento seguido por el Gobierno en el caso de que se trata, al excluír de la adjudicación que se iba a hacer de la mina "Aganche" al señor Mosquera una parte del terreno comprendido en el aviso, por considerarse que él se hallaba comprendido en la reserva que para el Estado establece la ley 13 de 1937, en razón de ser dicha zona perteneciente al área situada en la margen de un río navegable, y a la facultad que el Estado tenga para hacer tal declaración, estima la Corte oportuno transcribir aquí los artículos 51 y 54 del Decreto 836 de 1938, Orgánico y reglamentario del censo de la propiedad minera", que dicen: "Artículo 51. En los expedientes **en curso,** los Gobernadores, Intendentes y Comisarios Especiales, **antes de expedir un título de adjudicación de una mina de las** a que se refiere el artículo 47 de este Decreto, librarán un exhorto al Ministerio de Industrias y Trabajo, Dirección General de Minas, insertando el aviso, denuncio, diligencias de posesión, si ésta ya se hubiere dado, y demás piezas del proceso que consideren conducentes para dilucidar si la mina de que se trata queda comprendida dentro de la clase a que se refiere el artículo 49 de este Decreto (se refiere a la reserva nacional establecida en el artículo 1º de la ley 13 de 1937), para que por este Despacho se proceda a ordenar, si se estima conveniente, la práctica de la diligencia de inspección ocular y el pronunciamiento de la Resolución de que hablan los incisos 1º y 2º del artículo 25 del Decreto 1343 de 1937... Artículo 54. Si el Ministerio llegare a la conclusión de que con el denuncio de la mina de que se trate se afecta la reserva nacional de que habla el artículo 1º de la ley 13 de 1937, o se viola la prohibición contenida en el artículo 5º de la ley 72 de 1910 y demás disposiciones sobre la materia, así lo declarará, y en consecuencia, devolverá el exhorto a la oficina de su origen debidamente diligenciado, **para que se adelante el trámite del denuncio en la parte que no invada la reserva nacional** o no viole la prohibición de que se ha hablado, si así lo pidiere el interesado, sin perjuicio de que éste pueda hacer valer contra la Resolución ministerial las acciones legales que sean pertinentes". Es-

tas disposiciones del Decreto 836 de 1938 fueron acusadas como inexequibles constitucionalmente ante la Corte y ella las declaró constitucionales. Como el procedimiento seguido por el Ministerio del ramo al dictar la Resolución 186 de 1939 se ajustó en un todo a lo previsto en las normas transcritas, no puede hacerse cargo de ilegalidad a tal procedimiento, ni por el aspecto de violarse un derecho a que hubiere dado origen el aviso de la mina, ni por haber hecho la declaración de que parte del terreno avisado se hallaba comprendida dentro de la reserva nacional y debía excluírse de la adjudicación de la mina al denunciante. Ambas facultades se las otorga al Gobierno de modo expreso el Decreto 836 mencionado, y sus mandatos no quebrantan la Constitución, e implícitamente derechos adquiridos por particulares, como así se deduce de la sentencia de la Corte Plena que declaró exequibles tales disposiciones. (GACETA JUDICIAL, Tomo 50, páginas 672 y ss.).

De lo antes dicho se deduce que por no tener el doctor Mosquera el derecho que pretende sobre una parte de la mina "Aganche", ubicada en la margen izquierda del río Cauca, no puede hacerse la declaración subsidiaria de que "tiene mejor derecho que el Estado" a la referida mina.

Lo expuesto conduce a que la Sala encuentre sin fundamento legal alguno la segunda petición principal de la demanda, de que se condene al Estado a entregar al actor la mina en cuestión, por cuanto no aparece demostrada la existencia de una causa jurídica que justifique una condena tal.

La tercera declaración que impetra el demandante, en la cual se condene al Estado a pagar perjuicios a favor de aquél, tampoco puede hacerse, en virtud de que la indemnización de perjuicios tiene su causa jurídica en la violación de los derechos de quien la reclama. Antes se ha visto que el actor no tiene ni ha tenido derecho sobre la mina "Aganche", materia de la acción intentada, y por lo tanto el Estado al disponer de tal inmueble no ha incurrido en vulneración del derecho de un particular, lo cual hace injustificada la condena a pagar perjuicios al doctor Mosquera.

A propósito de la cuarta petición, ha de transcribir la Corte el artículo 576 del C. J. que dice: "El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser condenados en costas".

El señor Fiscal del Tribunal Superior de Cali, al contestar la demanda, interpuso la excepción de petición antes de tiempo, considerando que "antes de recurrir a la acción ordinaria, ha debido (el actor) acusar ante el Consejo de Estado la resolución ministerial por la cual se hizo la reserva de que habla el hecho señalado con el número 5;...". El Tribunal en la sentencia de primera instancia declaró infundada esta excepción perentoria temporal. La Corte, por su parte, está de acuerdo con tal desestimación por cuanto, como antes se dijo, obra en el expediente (fols. 33 a 46 del cuaderno Nº 9) una copia auténtica del fallo proferido por el H. Consejo de Estado el 31 de octubre de 1939, fallo que declaró la legalidad de la resolución ministerial a que se refiere el señor Fiscal, en el juicio de nulidad instaurado por el doctor Manuel María Mosquera contra esa providencia.

En esta forma, pues, está demostrado que sí se agotó por el doctor Mosquera el trámite administrativo correspondiente contra la Resolución número 186 del Ministerio de Guerra, y que, por ende, la excepción propuesta no puede prosperar.

En 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, CONFIRMA la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali el 1º de diciembre de 1943, en la primera instancia del juicio ordinario seguido por el doctor Manuel María Mosquera contra la Nación, sobre la propiedad de la mina "Aganche".

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

Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado.—Víctor Cock.—El Conjuez, **Gabriel Rodríguez Ramírez. — Eleuterio Serna R. — Nicolás Llinás Pimienta,** Srio. en propiedad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA

Son numerosos los casos en que se plantea el problema de saber hasta dónde y en qué circunstancias los hechos ejecutados por las personas vinculadas a un servicio público obligan la responsabilidad del Estado según que el daño se hubiere producido dentro del ejercicio normal de las funciones del agente o fuera de ellas, o en el caso en que sobrevenga con el pretexto de ejercerlas. En una palabra, se trata de saber cuándo existe un hecho del servicio y debe declararse a la Nación obligada a la reparación pecuniaria correspondiente en favor del damnificado, y cuándo hay un hecho personal del agente o funcionario público que compromete su propia responsabilidad y puede hacer cesar la del Estado. Las reglas para precisar el alcance de esta distinción son muy variables, según que la responsabilidad de las personas públicas se funde, de acuerdo con la concepción civilista, en el acto culposo o delictuoso de sus agentes (responsabilidad subjetiva), o que se estructure dentro del dominio propio del derecho público en el hecho objetivamente considerado de que el funcionamiento del servicio público ha ocasionado un perjuicio particular a una persona, es decir, en el principio del riesgo administrativo.

Cualquiera que sea el criterio que se adopte con respecto a los fundamentos de la responsabilidad de las entidades de derecho público, habrá siempre coincidencia entre ambas concepciones respecto a la regla de que el fin perseguido por el agente público es uno de los criterios que sirven para distinguir el acto del servicio del hecho personal del agente que lo ejecuta. Ya ha dicho la Corte que la responsabilidad del Estado existe por sus agentes y que, según algunos expositores, el acto debe estar dentro de las funciones, o sea, dentro de las tareas encomendadas al dependiente. Para otros basta que dicho acto haya sido ejecutado con ocasión del aparente ejercicio de tales funciones, es decir, cuando la función haya sido la causa ocasional del daño, y entre la función y el perjuicio exista una relación lógica.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, abril veintisiete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El día 27 de noviembre de 1938 viajaba el ómnibus o camioneta de propiedad de la Nación al servicio del Batallón de Ingenieros "Garavito" número 6, acantonado en la ciudad de Neiva, por el camellón de Las Delicias o Avenida José Eustasio Rivera, e iba manejado por el Cabo 2º Juan de Dios Cardoso. El vehículo conducía al Comandante del Batallón, Mayor Adriano Urrego Rosas, a algunos oficiales que prestaban sus servicios en la misma guarnición y a otras personas. En el momento en que la camioneta pasaba por el aludido sitio, lo hacía también una irrigadora de propiedad del Municipio de Neiva, con la cual chocó el otro vehículo, resultando gravemente atropellado uno de los transeúntes, el señor Francisco de Borja España.

A consecuencia del siniestro este individuo sufrió "un traumatismo violento sobre el tórax que le sumió todo el esqueleto izquierdo haciéndolo puntiagudo sobre el externón, produciendo un enficema pulmonar generalizado con abundante derrame pleural y probablemente desgarraduras en los principales órganos de la cavidad abdominal. En los párpados de ambos ojos presenta una contusión con equimosis que alcanzó a interesarle algunos vasos produciendo un derrame sanguíneo de las esclerótidas y varias contusiones sobre los hombros y brazos. Sobre la oreja izquierda produjo un verdadero desgarramiento, de manera que hubo necesidad de amputársela".

En concepto de la oficina médico-legal, entidad que expidió la anterior certificación, el lesionado quedó incapacitado de por vida para poder seguir trabajando como antes en su oficio de carpintero.

Con base en los anteriores hechos, el doctor Alberto López H., en su carácter de apoderado es-

pecial de Francisco de Borja España, presentó demanda ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, a fin de que se hicieran las siguientes declaraciones:

"a) Que la Nación es responsable y está en la obligación de pagar a mi poderdante, seis días después de ejecutoriada la sentencia que le ponga fin a este juicio, la suma de diez mil pesos moneda legal, valor de los perjuicios materiales causados al señor Francisco de Borja España, por haber sido víctima del atropello del carro de la comandancia del ejército nacional acantonado en esta ciudad, distinguido el vehículo con la placa oficial de circulación Nº 052, vehículo que le causó a mi poderdante heridas tan graves que según el concepto de la oficina médico-legal, quedó incapacitado para el trabajo por el resto de su existencia";

"b) Que la misma entidad demandada es igualmente responsable y debe pagarle también a mi poderdante, dentro del término indicado en el punto anterior, la suma de doce mil pesos moneda legal, valor de los perjuicios morales causados por las heridas que le produjeron una incapacidad permanente motivada por la deformación del tórax; amputación de la oreja izquierda; desgarraduras de los principales órganos de la cavidad abdominal; contusiones en los párpados de ambos ojos y algunas otras contusiones sobre los hombros y brazos; y

"c) Subsidiariamente, y para el caso de que no sea condenada la Nación al pago de las sumas indicadas, que se le condene, entonces, a pagar la que sea fijada por medio de peritos nombrados en la forma legal dentro del presente juicio, como correspondiente a los perjuicios tanto materiales como morales, ocasionados al demandante por razón de las heridas de que fue víctima en la fecha anteriormente indicada".

El Tribunal del conocimiento, por sentencia que lleva fecha 25 de mayo de 1944 puso fin al juicio declarando al Estado responsable civilmente de los perjuicios materiales y morales sufridos por el demandante en el accidente de que se ha hablado, y condenando a la misma entidad a pagar a Francisco de Borja España la cantidad de trescientos pesos moneda corriente por concepto de perjuicios morales y la de seis mil seiscientos setenta pesos cuarenta y ocho milésimas de centavo a título de indemnización por los perjuicios materiales que recibió aquel ciudadano.

Contra esta decisión promovieron recurso de apelación ante esta Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, tanto el apoderado del demandante como el representante del Estado en el juicio, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Neiva.

El negocio ha sufrido la tramitación señalada en las leyes de procedimiento, y va a ser fallado en última instancia, mediante las consideraciones que al efecto se hacen.

Ante la Corte, sólo se ha controvertido por las partes la responsabilidad del Estado en el accidente así como el contenido de la condenación pronunciada por el Tribunal; pues el hecho del accidente y los perjuicios que de él se derivaron para el señor Francisco de Borja España no han sido discutidos en forma alguna, ya que son evidentes, de acuerdo con las constancias procesales.

En efecto, de conformidad con la diligencia de inspección ocular practicada por la Dirección General de Circulación y Tránsito de Neiva, en asocio de peritos, el día mismo del accidente, pudo comprobarse plenamente la culpabilidad del suboficial Juan de Dios Cardoso, quien manejaba la camioneta al servicio de la guarnición de aquella ciudad, por lo que la mencionada Oficina dictó contra Cardoso la Resolución de fecha 19 de noviembre de 1941 (f. 13 del c. Nº 3), cuya parte dispositiva dice así: "1º Declarar al chofer Juan de Dios Cardoso Mallungo, varón, mayor de edad y de esta vecindad, responsable del accidente de tránsito ocurrido en el callejón de "Las Delicias", de esta ciudad, el 27 de noviembre de 1938 y del cual resultó herido el señor Francisco de Borja España; 2º Condenar como en efecto condena, al mismo señor Juan de Dios Cardoso Mallungo, a pagar por vía de multa en la Colecturía de Rentas de esta ciudad, dentro de los tres días siguientes de la notificación de la presente Resolución, la suma de $ 20,00 m|c. por violación del artículo 132 de la ordenanza 42 de 1938 con la aplicación de la pena establecida en el artículo 239 de la misma obra, calificada en grado mínimo. 3º Sobreseer definitivamente a favor del encausado señor Luis Carlos Rodríguez por no haber encontrado este Despacho asidero legal para condenarlo".

De otro lado, la responsabilidad penal por el ilícito fue declarada expresamente contra el chofer Juan de Dios Cardoso, por sentencia proferida por el Juzgado 2º del Circuito Penal de Neiva de fecha 30 de noviembre de 1943, la que fue confirmada parcialmente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial del mismo nombre, el 7 de octubre del año siguiente. En este último fallo se condenó al mencionado Cardoso a la pena de tres

meses de arresto y a pagar una multa de $ 25,00 al Tesoro Nacional como responsable de las lesiones personales causadas al señor Francisco de Borja España en el accidente atrás referido. Es, pues, indiscutible la culpa del señor Juan de Dios Cardoso en el incidente que origina la demanda.

Tanto en la actuación penal como en este proceso civil, quedó acreditado de manera irrefutable, que la camioneta con la cual se causaron las lesiones al señor Borja España era de propiedad del Estado, estaba distinguida con el número 052 y la conducía Juan de Dios Cardoso, sub-oficial del Batallón de Ingenieros Garavito Nº 6 acantonado en Neiva. Además, se comprobó en forma idónea, que éste tenía el grado de Cabo 2º del Ejército Nacional y que prestaba sus servicios en aquella guarnición. Todos estos hechos los acepta sin observación de ningún género la Procuraduría General de la Nación. Sin embargo, plantea ante la Corte el problema de si el Estado puede ser responsable civilmente de las resultas de aquel siniestro y sí por consiguiente está obligado a cubrir al damnificado los perjuicios que en él recibiera. Considera la Procuraduría que en el caso **sub judice** ninguna responsabilidad puede derivarse para el Estado, pues el accidente se produjo en momentos en que el vehículo realizaba un viaje fuera del servicio y que, asimismo su conductor, el Cabo 2º Cardoso, no desempeñaba actividad oficial alguna dentro de las atribuciones propias de su empleo.

Conviene transcribir la alegación del señor Procurador Delegado en lo Civil para examinar el fundamento del medio exceptivo que propone. Dicen así los apartes pertinentes:

"En el caso de autos no está demostrado que el señor Cardoso —conductor de la camioneta nacional— estuviera prestando un servicio de conformidad con sus atribuciones en el momento de causar el accidente; ni está acreditado que la camioneta de propiedad de la Nación estuviera efectuando un viaje, al producirse los perjuicios, en desarrollo de ninguna actividad oficial.

Por el contrario, está demostrado que la camioneta no estaba funcionando en desarrollo de ninguna actividad oficial de los empleados del Gobierno. En efecto: la declarante señorita Raquel Gutiérrez B. (f. 16 v. cuad. 6) dice: "En el año de mil novecientos treinta y ocho (la declarante manifiesta que no recuerda el día, ni el mes), a invitación del mayor Urrego, en compañía de las señoritas Luz Durán, Esther y Beatriz Paredes y Dorila Gutiérrez, ocupé la camioneta del Ejército **para un paseo.** Esta invitación ocurrió con motivo a que se iba a estrenar la camioneta..."

Por su parte, la declarante señorita Luz Durán C. (f. 17 v. cuad. 6) confirma lo anterior al decir: "Sin acordarme, pues. de la fecha, declaro que es verdad que en una ocasión fuí invitada por unos oficiales del Batallón acantonado en esta ciudad, a dar un paseo en una camioneta..." La relación hecha por ambas declarantes no deja la menor duda de que se trata evidentemente del accidente en que sufrió lesiones el actual demandante. Esta última declaración es bastante vaga, pero la misma testigo había depuesto dentro del proceso penal (f. 12 v. cuad. Nº 7) y la lectura de aquella anterior exposición aclara y precisa notablemente la declaración rendida a petición de este despacho. Además, en las copias presentadas por la parte demandada se puede leer la declaración rendida por la señorita Esther Paredes (f. 13 cuad. 7), en la cual dice: "En el año pasado, sin recordar el mes ni la fecha, veníamos en la camioneta del Ejército con dirección a esta ciudad las señoritas Dorila y Raquel Gutiérrez, Luz Durán, Beatriz Paredes y unos oficiales...", lo cual demuestra evidentemente que se trataba de un paseo.

Las anteriores declaraciones, perfectamente acordes, prueban que los oficiales del Ejército que iban en la camioneta Nº 052 el día del accidente, así como el conductor de la misma, no estaban desarrollando ninguna función propia de sus respectivos cargos ni estaban realizando acto alguno relacionado con su servicio.

Por el contrario, estaban, en compañía de algunas damas, en un paseo. Por lo cual, y de acuerdo con las excepciones consagradas en los artículos 2347 y 2349 citados, cree la Procuraduría que la Nación no está obligada a responder de los perjuicios que causara la actuación de los oficiales mencionados".

No se trata de poner en duda la responsabilidad civil de las entidades de derecho público por los hechos u omisiones de los agentes adscritos a su servicio. Esta es una noción dilatadamente expuesta y aceptada por la jurisprudencia de la Corte y sobre ella no cabe en la hora actual vacilaciones de ningún género. Sólo se plantea el problema de saber hasta dónde y en qué circunstancias los hechos ejecutados por las personas vinculadas a un servicio público obligan la responsabilidad del Estado según que el daño se hubiere producido dentro del ejercicio normal de las funciones del agente o fuera de ellas, o en el caso

en que sobrevenga con el pretexto de ejercerlas. En una palabra, se trata de saber cuándo existe un hecho del servicio y debe declararse a la Nación obligada a la reparación pecuniaria correspondiente en favor del damnificado, y cuándo hay un hecho personal del agente o funcionario público que compromete su propia responsabilidad y puede hacer cesar la del Estado.

Las reglas para precisar el alcance de esta distinción son muy variables, según que la responsabilidad de las personas públicas se funde, de acuerdo con la concepción civilista, en el acto culposo o delictuoso de sus agentes (responsabilidad subjetiva), o que se estructure dentro del dominio propio del derecho público en el hecho objetivamente cnosiderado de que el funcionamiento del servicio público ha ocasionado un perjuicio particular a una persona, es decir, en el principio del riesgo administrativo.

Pero cualquiera que sea el criterio que se adopte con respecto a los fundamentos de la responsabilidad de las entidades de derecho público, habrá siempre coincidencia entre ambas concepciones respecto a la regla de que el fin perseguido por el agente público es uno de los criterios que sirven para distinguir el acto del servicio del hecho personal del agente que lo ejecuta.

Henri y Leon Mazeaud dicen a este propósito: "Hay falta de servicio si el acto dañoso es cumplido por el agente de la administración para ejecutar el servicio de que está encargado. La falta permanece íntimamente ligada al servicio: el agente no la comete más que para ejecutar su misión. Se está frente a una falta administrativa, y una acción fundada en tal falta no puede ser dirigida contra el agente. A la inversa, hay falta personal si el agente cumple el acto dañoso con un fin distinto de la ejecución del servicio de que está encargado. El agente abusa de sus funciones; y el acto ejecutado por él en su calidad de agente no tiende a la realización de la misión de que está investido sino que persigue un fin de interés personal o un fin malicioso respecto a la víctima" (Traité Theorique et Practique de la Responsabilité Civil Delictuelle, T. III., pág. 13).

Para Duguit el hecho personal aparece claramente delineado cuando se comete una infracción por parte del funcionario; "es decir, cuando se coloca a sabiendas fuera del dominio administrativo, ya sea ejecutando, fuera de los casos en que la ley se lo permite expresamente, un acto con relación a la persona o respecto de bienes, verificando una intromisión en la libertad individual, ya sea persiguiendo un fin completamente extraño al funcionamiento de los servicios públicos, por ejemplo, un fin de venganza personal, o, como en el asunto Morizot, un fin irreligioso.

Por el contrario, si sólo se produce un exceso, desviación o abuso de poder, la responsabilidad personal del agente no puede existir con respecto a los particulares, porque no ha querido salir del dominio administrativo; ha perseguido un fin para cuya persecución no era competente, pero que era, sin embargo, un fin del servicio". (Las transformaciones del Derecho Público).

Por su parte, la Corte ha dicho en fallo reciente: "Conforme a lo dicho, la responsabilidad del Estado existe por sus agentes. Según algunos expositores, el acto debe estar dentro de las funciones o sea dentro de las tareas encomendadas al dependiente. Para otros basta que dicho acto haya sido ejecutado con ocasión del aparente ejercicio de tales funciones, es decir, cuando la función haya sido la causa ocasional del daño, y entre la función y el perjuicio exista una relación lógica". (Sentencia de 8 de febrero del corriente año).

Tanto de este expediente como del proceso penal resulta la evidencia de que el siniestro se produjo por culpa del Cabo Cardoso, lo que descarta la posibilidad de que éste abrigara la intención de causarlo o el de que persiguiera el conducir el vehículo un fin distinto del de cumplir con sus deberes de chofer al servicio del comando de la brigada de Neiva. No puede, pues, resistirse a duda que estaba en el desempeño de sus funciones. Para estimarlo así no es obstáculo la circunstancia de que el vehículo que manejaba no estuviera en tal ocasión realizando labores en beneficio del servicio sino conduciendo a varios oficiales —entre quienes se hallaba el propio comandante de la brigada— y a algunas damas invitadas por ellos. Estando el carruaje destinado al servicio oficial de la brigada, y por tanto a órdenes y disposición de los superiores del cuerpo la función del mismo y de su conductor se concreta al transporte de personas o de cosas de acuerdo con las instrucciones impartidas por quienes tuvieran la facultad de hacerlo dentro de los reglamentos del servicio. Al conductor no le corresponde como es obvio, distinguir en cada ocasión cuándo el transporte se realiza por razón de las necesidades propias del servicio y cuándo lo ocupa en menesteres distintos, pues su cargo le impone el deber de cumplir las órdenes correspondientes. De suerte que es indiferente, para los efectos de determinar la responsabilidad del Estado, que el ve-

hículo estuviera o no ocupado cumpliendo una tarea oficial, que estuviera ocupado por empleados del gobierno o por particulares. De todas maneras su conductor estaba desempeñando una labor inherente al ejercicio de sus funciones oficiales, pues para ello bastaba que hubiera recibido, como en efecto recibió, la orden de conducir en el vehículo a tales personas. Esta circunstancia está acreditada con las declaraciones testimoniales que se transcriben en la vista fiscal y con la afirmación del propio Comandante de la brigada. De donde resulta que si se cometió un abuso al disponer indebidamente de un vehículo del Estado para fines particulares en forma alguna podría culparse de ello a quien tiene el deber de cumplir las órdenes que recibe sino al superior que las imparte, y mucho menos exonerar de responsabilidad al Estado si en tal evento ocurre un accidente bajo el pretexto de que el vehículo no se hallaba cumpliendo una función de carácter estrictamente oficial. Todo ello, desde luego, dentro de las regulaciones generales del servicio público, pues si se tiene en cuenta que en el presente caso dada la particular organización de las fuerzas militares entran en juego circunstancias especiales como son las de disciplina y obediencia a las órdenes e instrucciones de los superiores, resulta mucho más evidente que el Cabo 2º Juan de Dios Cardoso, al conducir la camioneta se limitó a cumplir una función oficial y ejecutar un acto al que de ninguna manera hubiera podido resistirse o negarse.

De todo lo anterior se llega a la conclusión de que la responsabilidad civil por el daño causado en el accidente la tiene el Estado conforme a lo resuelto por el Tribunal.

En cuanto a los perjuicios reconocidos en favor del demandante Francisco de Borja España, su apoderado ante la Corte se refiere a ellos para pedir que se eleve el monto de la indemnización decretada por concepto del daño moral meramente subjetivo, que se declare que deben serle pagados los perjuicios morales objetivados y que, asimismo, debe elevarse la cifra de la regulación concerniente a los perjuicios materiales.

En el fallo objeto del recurso se condenó al Estado a cubrir al demandante la cantidad de trescientos pesos ($ 300,00) por concepto de perjuicios morales subjetivos, y la Corte, para apreciar la súplica encaminada a que se modifique favorablemente esta condenación deberá tener en cuenta, entre otros elementos, el de las deformaciones que sufrió la víctima y el consiguiente abatimiento por este motivo. La experticia médica expresa de modo muy claro, que a consecuencia de las lesiones hubo necesidad de amputársele una de las orejas, y esta consecuencia, unida al hecho de que el demandante quedó en absoluta incapacidad de volver a trabajar como antes, lleva a la Corte a la conclusión de que debe reconocerse por el daño moral subjetivo la cifra máxima que la Ley permita, y que en consecuencia deberá modificarse en este extremo la decisión del inferior.

Se reclaman por el apoderado del actor perjuicios morales objetivados, los cuales deduce del hecho de no poder volver el damnificado a dedicarse a sus actuales ocupaciones, pero la Sala en este punto acoge la réplica del señor Procurador Delegado en lo Civil, en cuanto este funcionario estima que habiéndosele reconocido este perjuicio como proveniente del daño material, no hay lugar a hacer un nuevo pago a título de daño moral de carácter objetivado, ya que éste consiste, como es sabido, en las repercusiones de orden patrimonial que el daño moral acarrea a la víctima del ilícito civil que se indemniza. Y en el presente caso no ha sido demostrado que aparte de la imposibilidad de trabajar como antes sufriera el señor Borja España otra índole de perjuicios.

Los perjuicios materiales fueron señalados en la suma de $ 11.088 por los peritos que intervinieron en el avalúo. El Tribunal aceptó la regulación pericial y con aplicación de las tablas del Ingeniero Garuffa, fijó la cantidad de $ 6.670,048 centavos como indemnización por tal concepto. El señor Procurador Delegado en lo Civil no objeta ni las conclusiones de los peritos en este extremo ni la Resolución adoptada por el fallador de primera instancia. Por su parte la Corte no tiene observación que hacer a la actuación del Tribunal a este respecto, y acepta, por consiguiente, las bases de la condenación. Pero habrá de modificar las cifras correspondientes en el sentido de no aplicar el mencionado sistema de liquidación a las anualidades corridas desde el día del accidente hasta la fecha del presente fallo, de acuerdo con la constante jurisprudencia de la Corte a este respecto.

Prescindiendo de las fracciones, deberá cubrirse de una vez el valor de los siete (7) años ya devengados (de noviembre de 1938 a 1945) a razón de $ 616,00 anuales, o sea una suma de $ 4.312,00

Suma que debe consignarse en los 11 años restantes, según la tabla del ingeniero Garuffa, ($ 7.887 multiplicado por $ 616) ..... $ 4.858,39

Total..... $ 9.170,39

En virtud de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la ley, reforma la sentencia recurrida y en su lugar dispone:

1º—Condénase a la Nación colombiana a pagar al demandante Francisco de Borja España, por concepto de perjuicios morales subjetivos la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000,00) moneda legal.

2º—Igualmente condénase a la misma entidad al pago de la suma de nueve mil ciento setenta pesos treinta y nueve centavos ($ 9.170,39) a título de indemnización de los perjuicios materiales sufridos por el demandante consistentes en la incapacidad permanente para trabajar a que quedó reducido.

3º—Confírmase en lo demás el fallo objeto del recurso.

Cópiese, publíquese y notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán.—Germán Alvarado.—Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR EL SINIESTRO AEREO DE SANTA ANA

Ha sido jurisprudencia sostenida por la Corte en relación con el accidente aéreo de Santa Ana que, en ese caso especial, no puede ser mirado el Estado como un tercero responsable al cual favorezca la corta prescripción a que se refiere el artículo 2538 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintinueve de abril de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: doctor Víctor Cock)

El doctor Jesús M. Arias, como apoderado de María Luisa Pinilla y en el nombre personal de ella y de sus hijos menores de edad, Alvaro, Jaime, Juan Evelio y Luis María, presentó ante el Tribunal Superior de Bogotá demanda ordinaria el día 23 de julio de 1941, dirigida contra la Nación por indemnización de perjuicios.

En la expresada demanda pidió el demandante alegando como base de orden jurídico las disposiciones legales que en general regulan la responsabilidad civil por las distintas clases de culpas, descuido, negligencia, etc., las contenidas en los títulos doce (12) y treinta y cuatro (34) del libro 4º del Código Civil, el que fueran hechas las siguientes declaraciones con audiencia previa del señor Agente del Ministerio Público:

"a) Que la Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales causados a María Luisa Pinilla, a Alvaro, Jaime, Juan Evelio y Luis María Pinilla con la muerte de Sofía Pinilla, hija de la primera y hermana de los otros cuatro, muerte ocurrida a consecuencia inmediata y necesaria de las heridas sufridas por dicha Sofía en el siniestro de aviación que tuvo lugar el 24 de julio de 1938 en el campo de Marte o Santa Ana (Municipio de Usaquén), con ocasión de la Revista militar efectuada allí ese día para conmemorar el cuarto centenario de la fundación de Bogotá.

b) Que, en consecuencia, la Nación debe pagar a María Luisa, Alvaro, Jaime, Juan Evelio y Luis María Pinilla dichos, el valor que fijen peritos o que fije ese H. Tribunal conforme a derecho, como cuantía de los perjuicios materiales y morales sufridos por ellos a causa de la muerte de Sofía Pinilla.

c) En subsidio de lo pedido inmediatamente, que se condene a la Nación a pagar a la sucesión de Sofía Pinilla el valor que fijen los peritos o el H. Tribunal con arreglo a derecho, como cuantía de los perjuicios sufridos con la muerte de la causante".

Los hechos fundamentales de esta demanda los presentó el demandante en los siguientes términos:

"I.—María Luisa Pinilla es mujer soltera que el 30 de septiembre de 1921 dio a luz una niña de padre oculto y quien recibió el nombre de Sofía, según copia auténtica del acta bautismal que acompaño, expedida por el señor Cura de la Parroquia de Funza, donde ella ha vivido siempre.

"II.—El 6 de febrero de 1926, tuvo un niño, de padre desconocido, quien recibió el nombre de Alvaro, según copia auténtica que acompaño, del acta bautismal, expedida por el señor Cura de la Parroquia de Funza.

"III.—El 23 de junio de 1928 tuvo otro hijo de padre desconocido, quien recibió el nombre de Jaime, según copia auténtica que acompaño, del acta bautismal, expedida por el señor Cura de la Parroquia de Funza.

"IV.—El 25 de junio de 1932 tuvo otro hijo de padre desconocido, quien recibió el nombre de Juan Evelio, según copia auténtica que acompaño del acta bautismal expedida por el señor Cura de la Parroquia de Funza.

"V.—El 7 de enero de 1939 tuvo otro hijo, de padre desconocido, quien recibió el nombre de Luis María, según copia auténtica del acta bautismal que acompaño, expedida por el señor Cura de la Parroquia de Funza y que complementará con el acta notarial conforme al registro civil vigente entonces.

"IV—María Luisa Pinilla hizo los esfuerzos a su alcance por formar y preparar a su hijita mayor o sea a Sofía, para el trabajo y por las condicio-

nes personales de ésta, modales, corrección, inteligencia, desde los 16 años ya pudo trabajar para ayudar al sostenimiento del hogar formado por ella, por su madre y sus hermanitos, a la vez que dicha madre coadyuvaba a ello y vigilaba los pequeños en la casa, como consta de las declaraciones de los señores Miguel Ballesteros y Jorge Páez rendidas en Funza ante el señor Juez Municipal, quien certifica sobre la idoneidad de los declarantes, las que serán debidamente ratificadas y complementadas por varias otras que presentará en el término probatorio.

"VII.—Antes del 24 de julio y ese día, Sofía Pinilla estaba en pleno uso de sus facultades mentales y físicas, llena de salud y aptitudes para el trabajo, al que estaba consagrada con laboriosidad, como lo demostraré oportunamente. Ese día asistió a la revista aérea que tuvo lugar en el campo de Santa Ana (Usaquén), revista o parada militar que se organizó por disposición del Gobierno Nacional (Ministerio de Guerra) y con participación primordial del Cuerpo oficial de la aviación militar de la República, como se demostrará oportunamente.

"VIII.—El Gobierno Nacional (Ministerio de Guerra) hizo invitaciones especiales e invitación general al público para que asistiera a presenciar la citada revista militar oficialmente organizada en el campo de Santa Ana, pues se trataba de las festividades que ya se iniciaban con programas oficiales para conmemorar el cuarto centenario de la fundación de Bogotá.

"IX.—Cuando la revista aérea aludida estaba muy cerca de su conclusión, el avión oficial manejado por el Teniente de la Aviación Nacional, señor César Abadía, enviado por el Gobierno a hacer parte de la revista y quien maniobraba a poca altura, casi sobre la multitud que asistió al acto por invitación del Gobierno, se vino de un momento a otro a tierra causando la muerte del aviador y de gran número de los espectadores.

"X.—Entre las víctimas del siniestro, se encontró la señorita Sofía Pinilla, hija de María Luisa Pinilla y hermana de Alvaro, Jaime, Juan Evelio y Luis María Pinilla. Ella llegó al campo completamente sana a presenciar el espectáculo, como lo demostraré en el juicio, y a causa del incendio que el avión produjo quedó envuelta en llamas, sufrió quemaduras mortales y murió a causa de ellas, como aparece de la certificación del Juzgado Segundo Superior y de la copia auténtica del acta de defunción expedida por la Notaría Segunda de Bogotá, todo lo cual acompaño.

"XI.—Como Sofía Pinilla era la mayorcita de la casa, excelente trabajadora, de ejemplar conducta, la que se sacrificaba fuera del propio hogar para devengar con qué ayudar a su madrecita y tres hermanitos, es evidente que todos sufrieron graves perjuicios materiales y morales con su muerte, no siendo temerario afirmar que materialmente también se perjudicó su hermanito menor que estaba por nacer (nació a los 4 meses), todos sin ascendientes ni parientes que puedan ayudarles y en un verdadero estado de miseria, como habré de demostrarlo.

"XII.—Con base en la Ley 100 y Decreto reglamentario de la misma Nº 1664, ambos de 1938, yo, a nombre de María Luisa Pinilla, solicité el 7 de noviembre de 1938 un auxilio para ella y sus niñitos al H. Consejo de Estado, el que de conformidad con tales normas sólo pudo reconocerle la reducida cuantía de trescientos sesenta y cinco pesos ($ 365,00), como correspondiente a un año de salario de Sofía Pinilla, según lo explica el fallo de fecha 20 de septiembre de 1940 que en copia auténtica acompaño.

"XIII.—En el aludido expediente del Consejo de Estado, el señor Procurador General de la Nación, como perito estimó en un peso diario la producción económica de Sofía Pinilla y solicitó que se dieran $ 365, como auxilio, dejando al criterio del H. Consejo la facultad de aumentar esa cuantía, según copia auténtica que acompaño de ese dictamen.

"XIV.—El otro perito, Jefe de la Oficina Central de Medicina Legal, conceptuó también a base de un peso diario y pidió sí que se reconociera en relación con la madre y hermanitos, según copia auténtica que acompaño de ese dictamen.

"XV.—El señor Fiscal del H. Consejo de Estado conceptuó en igual sentido, a base de un peso diario y dejando al criterio del H. Consejo de Estado, el aumento en atención al número de víctimas, según copia auténtica que acompaño, de tal concepto".

Fue aceptada esta demanda por auto de 25 de julio del año de su presentación, y notificada al señor Agente del Ministerio Público, Fiscal 2º del Tribunal, el día 18 de agosto del expresado año, quien hubo de contestarla por escrito de esta última fecha, contestación que fue, en general, adversa a las pretensiones de la parte demandante, concluyendo así:

"Por considerar que la responsabilidad de la Nación no existe en equidad, ni podría deducírsele jurídicamente en armonía con las normas

pertinentes del derecho positivo nacional, niego el derecho que el actor pretende tener a la indemnización demandada, y me opongo desde ahora formalmente a que por la justicia se hagan las declaraciones que en su libelo interpreta; y por último, a nombre de la Entidad demandada propongo la excepción de prescripción de la acción y cualesquiera otra que resultare probada durante el curso del litigio".

Tramitado el asunto en la primera instancia finalizó ésta con el fallo de 18 de septiembre de 1942, cuya parte resolutiva es del siguiente tenor:

"1º La Nación colombiana es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a María Luisa Pinilla, así como de los simplemente morales causados a los menores Alvaro, Jaime, y Juan Evelio Pinillas, como consecuencia de la muerte trágica de Sofía Pinilla, hija de la primera y hermana de los otros demandantes, ocurrida a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el 24 de julio de 1938 en el Campo de Santa Ana con ocasión de la revista militar efectuada allí para conmemorar el IV Centenario de la fundación de Bogotá".

Contra este fallo interpusieron recurso de apelación ambas partes litigantes, recurso del cual conoce hoy la Corte y que habrá de fallar en la presente providencia, previa advertencia de que fue sometida la alzada a las formalidades legales de rigor y que en ella la parte demandante presentó nuevas comprobaciones en el término probatorio.

Sea del caso observar, en primer lugar, que según lo anotado antes, fue notificada la demanda al señor representante de la parte demandada con posterioridad al vencimiento de tres años contados desde la fecha del accidente de Santa Ana, que como es bien sabido ocurrió el día 24 de julio de 1938.

Y de ahí que hubiera surgido la cuestión de la prescripción extintiva de la acción, excepción que, según transcripción aquí hecha, propuso el señor Agente del Ministerio Público y que en el debate se ha fundado en el contenido inc. 2º del art. 2358 del Código Civil, que reza así:

"Las acciones para la reparación del daño que puedan ejercitarse contra los terceros responsables, conforme a las disposiciones de este capítulo, prescriben en tres años contados desde la perpetración del acto".

Acerca de la prescripción trienal con la cual toca la disposición legal que se acaba de transcribir, se reproduce a continuación lo que la Corte hubo de expresar en sentencia de 13 de abril en curso, proferida en el juicio seguido por el señor Manuel Alberto González contra la Nación, como damnificado el demandante en el accidente de aviación de Santa Ana. Dijo, en efecto, así:

"Se advierte ahora que la Corte tiene establecida jurisprudencia de que en el caso especial y concreto del accidente de aviación de Santa Ana el Estado no puede ser mirado como un tercero responsable al cual favorezca la corta prescripción de que se ha venido hablando.

"Así fue resuelto, mediante un detenido estudio, en sentencia de 15 de mayo de 1944, dictada en el juicio ordinario de Nazario Orozco Ospina contra la Nación. (Véase GACETA JUDICIAL, T. LVII, págs. 789 y siguientes, Nos., 2010 a 2014 de mayo a septiembre de 1944). Y esta misma jurisprudencia acerca de la responsabilidad no extinguida mediante la prescripción trienal en el referido caso de Santa Ana, la ha venido reiterando la Corte en fallos posteriores al que se acaba de mencionar.

"En el alegato formulado en este asunto en el cual es demandante el señor González, presentó el señor Procurador Delegado en lo Civil nuevas argumentaciones encaminadas a procurar demostrar que la responsabilidad del Estado en el accidente de Santa Ana es de naturaleza tal que está llamada a quedar cobijada por la prescripción trienal en su condición de responsabilidad **indirecta.**

"Sin desconocer la Corte que las referidas argumentaciones ofrecen, en tesis general, aspectos dignos de atención y que constituyen laudable esfuerzo en pro de los intereses nacionales encomendados a su defensa, considera al mismo tiempo que no constituyen base suficientemente clara e incontrarrestable para justificar un cambio de jurisprudencia por parte de la Corte, por lo que respecta a la responsabilidad del Estado en relación con el referido evento concreto y especial del accidente de Santa Ana y que, en todo caso en relación con éste no hay lugar a admitir en el presente fallo, contrariando jurisprudencia anterior, como ya hubo de expresarse y establecida, desde luego, con motivo de dicho caso concreto de Santa Ana, que proceda el reconocimiento de la consumación del fenómeno dicho de la prescripción trienal de que trata el antes transcrito inciso 2º del artículo 2358 del C. C. a efecto de absolver a la Nación de los cargos formulados en la demanda aquí instaurada".

Y puesto que se acogen en este fallo los razonamientos que se dejan transcritos tomados de

una sentencia dictada en un asunto que contiene los mismos elementos de hecho y de derecho que se hallan en el presente y en relación con el problema de la prescripción cuestionada se entra por consiguiente a estudiar directamente los demás factores procesales propios del juicio que hoy se falla.

En efecto: aparece plenamente comprobado en autos que la señorita Sofía Pinilla, hija natural de la demandante, falleció como consecuencia inmediata de quemaduras que sufrió el día 24 de julio de 1938 en el accidente de aviación de Santa Ana (Véanse fls. 9, 10, 11 y 12 del cuaderno principal).

Existen de otro lado comprobantes de que la señorita Sofía tenía al morir hermanos naturales, menores de edad, de nombres Alvaro, Jaime y Juan Evelio Pinilla. Contaba entonces el primero de ellos o sea Alvaro, la edad de doce años, el segundo, Jaime, la de diez años y finalmente Juan Evelio, la de seis años. (Véanse fls. 2, 3 y 4 del cuad. Nº 1º).

Y aunque manifiestamente se trata de personas de muy corta edad, los expresados hermanos, parece incontrovertible que estaban ellos ya en aptitud de darse cuenta suficiente de lo ocurrido a su hermana y de la muerte de ella y en calidad así de personas susceptibles de haber sufrido el dolor de afección correspondiente, y en todo caso quedaban privados del natural cuidado y vigilancia de su hermana mayor, y de ahí que deban ser indemnizados por el concepto del daño moral subjetivo, que hubieron de sufrir y en cuantía que, en este caso particular, la Corte estima equitativo reducirle la señalada por el Tribunal de $ 500,00 por cada uno de los hermanos de la occisa a la de trescientos pesos, dada la corta edad de los damnificados. Y teniendo en cuenta para esto que la cantidad máxima fijada por ley (artículo 95 del Código Penal) como monto de indemnización de un perjuicio moral para casos de la naturaleza similar al que se estudia es la de dos mil pesos ($ 2.000,00), que fue precisamente la asignada por el Tribunal para la madre misma en razón de la muerte de su hija, cantidad ésta máxima de dos mil pesos ($ 2.000,00) que la Corte halla también aceptable por tratarse de la propia madre de la occisa; y que se acoge, en tal virtud, en el presente fallo.

De manera que por el aspecto de la condenación a la Nación respecto a los perjuicios morales subjetivos y acerca del monto pecuniario asignados al resarcimiento, la Corte habrá de confirmar el fallo de la primera instancia.

En lo concerniente a los perjuicios materiales sufridos por la parte demandante, el Tribunal, como ya se sabe, hizo una condenación en abstracto bajo el Ordinal 3º de la parte resolutiva de su fallo y dispuso allí mismo que "el monto de estos perjuicios deberá ser fijado en la ejecución de la sentencia, de acuerdo con lo prescrito en el artículo 553 del Código Judicial".

Empero como en esta segunda instancia hubo lugar a la práctica de pruebas solicitadas por la parte demandante, es el caso de estudiar si los nuevos elementos probatorios que obran en autos como complemento de los allegados en la primera instancia dan asidero para la fijación definitiva en el presente fallo del monto de la indemnización que por perjuicios materiales ha de pagar la Nación.

Según dictamen pericial rendido ante la Corte el día 14 de mayo de 1943 los referidos perjuicios materiales fueron tasados en la cantidad de ocho mil setecientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($ 8.744,86), mas como en virtud del cumplimiento de resolución del H. Consejo de Estado, la demandante recibió del Tesoro Público un auxilio de trescientos sesenta y cinco pesos ($ 365.00), hay lugar a deducir esta última cantidad del monto de la indemnización a cargo de la Nación, según lo establece la propia resolución citada.

Partieron los peritos de la base de que la occisa ganaba a razón de un peso diario ($ 1.00) y que entregaba a su madre para el sustento de ella y de sus hijos menores la cantidad de ochenta centavos también diarios. Además tuvieron en cuenta los mismos peritos la vida probable de la madre y el tiempo por el cual, de consiguiente, ese suministro probablemente se habría prolongado. Igualmente la circunstancia de que, por cuanto los suministros habrán de hacerse periódicamente durante un lapso de muchos años, y que, por el contrario el monto de la indemnización debía de ser cubierta en su totalidad de una vez en armonía con la correspondiente condenación judicial, se presentaba la necesidad del descuento de intereses según los conocidos sistemas de cómputo al caso adecuados.

El señor Procurador Delegado en lo Civil hizo, durante el término del traslado respectivo, varias observaciones al dictamen pericial de que se viene hablando.

Por su parte la Corte estima que dicho dictamen no puede acogerse en todas sus partes y que habrá lugar a analizar sus fundamentos mismos para el efecto de poder llegar a alguna conclusión definitiva acerca del monto de la indemnización relacionada con los mencionados perjuicios materiales.

Los peritos expresaron en relación con el tema del justiprecio de dichos perjuicios materiales lo siguiente:

"Los suscritos, nombrados peritos por las partes y debidamente posesionados, con relación al negocio de la anterior referencia, rendimos nuestro dictamen en los términos que a continuación se expresan: Al estudiar las declaraciones del fl. 10 al 12 del C. de pruebas del Tribunal, hallamos que la occisa Sofía Pinilla entregaba a su madre María Luisa Pinilla lo que devengaba y no a sus otros hermanos, por lo cual no hallamos base distinta a la que tuvo en cuenta el Tribunal para señalar perjuicios materiales sino a la madre que todo lo percibía para atender al sostenimiento del hogar formado por ella, por Sofía, y por Alvaro, Jaime y Juan Evelio, hermanos de ésta, quienes sólo tienen derecho a indemnización de perjuicios morales.

Perjuicios materiales de María Luisa Pinilla

Esta tenía algo más de cuarenta (40) años al morir su hija Sofía (fl. 7 vto. del cuaderno de pruebas de la Corte). Podía sobrevivir 25 años y 5 meses, según la Compañía Colombiana de Seguros (fl. 4 vto. ibidem) y 26 años y 10 meses, según la Contraloría General de la República (fl. 5 vto. ibidem). Tomando el promedio se tiene poco más de 26 años y este número adoptamos como supervivencia probable de esta damnificada. La occisa tenía aproximadamente 17 años y de la misma manera podía sobrevivir 46 años (fl. 1º cuaderno principal fl. 14 del cuaderno de pruebas del Tribunal y fl. 5 vto. del cuaderno de pruebas de la Corte). Aceptamos pues una supervivencia de 46 años o sean 20 más que los de su madre, por lo cual bien podía ayudar a ésta hasta su muerte o sea durante 26 años, en cantidad mayor o menor a la que aportaba al morir, pero hay que aceptar que en promedio ayudara en igual forma, aunque ella por sus condiciones morales, educación, formación y modales, se podía colocar en condiciones de ayudar mejor después de sus 17 años. ¿Cuánto era el rendimiento económico de Sofía Pinilla? El Consejo de Estado, al decretar el auxilio conforme a la Ley 100 de 1938 y Decreto 1664 del mismo año, le asignó a ésta un peso diario ($ 1.00) o sea $ 365.00 al año (fl. 11); el señor Procurador General de la Nación, el señor Fiscal del Consejo de Estado y el Jefe de la Oficina Central de Medicina Legal, le asignaron una cantidad igual (fls. 13 a 15 C. principal). Las declaraciones de folios 10 a 12 expresaron que ganaba y podía ganar más de un peso diario y por eso aceptamos como probado el rendimiento de un peso que nos parece lo más equitativo para la clase de trabajos que ejecutaba Sofía Pinilla. Así las cosas se tendrían treinta pesos ($ 30.00) mensuales como ingreso al hogar para la madre, para ella y sus hermanos, o sea para cinco cabezas, porque la madre lo percibía todo para todos; a medida que alguno desapareciera les tocaría más. Pero como de esos treinta pesos se debe deducir una cantidad que respondía a la alimentación de Sofía, es de suponer que todo fuera aproximadamente por iguales partes para cada una de las personas que formaban el hogar, y que partidos los treinta pesos en cinco cabezas, correspondían seis ($ 6.00) para la propia Sofía, quien por sus condiciones, fraternidad, etc., nunca tomó para sí cantidad superior a la de sus hermanitos y de su mamá; en términos que a ésta le quedaban $ 24.00 para atender al hogar formado.

Los 26 años de supervivencia, nos dan 312 meses; éstos a $ 24.00 nos darían $ 7.448.00 como perjuicios materiales, pero pagaderos periódica o sucesivamente y no de una sola vez y por anticipado.

En tal caso cada año pasaría Sofía o le entregaría a su madre $ 288, y así sucesivamente; pero si se le entrega una cuantía unitaria y no periódica, tal cantidad será un capital que con sus intereses legales debe ir amortizándose anualmente por el pago de cuotas de $ 288 hasta consumirse en el tiempo total de 26 años, tiempo presupuestado para la vida probable de la madre de la occisa que aún le restaba, y durante el cual ésta habría podido ver por aquélla.

Siendo el daño sucesivo y periódico, la indemnización sería, conforme lo acepta la H. Corte —Sala de Negocios Generales— en un importante fallo de 2 de abril último, en el ordinario de Marta Elena Montoya y otros contra el Departamento de Antioquia. Si se toma pues el "Formulario del Ingeniero" por Egidio Garuffa —pág. 38— se encuentran allí las tablas que indican un peso como base del pago anual, el número de años durante el cual debe pasarse la indemnización y la cantidad que debe consignarse para atender con ella

y sus intereses legales a la amortización de ese peso, cantidad que se multiplica por el número de pesos que debe pagarse en cada año durante la vida probable que se acepta.

Para este caso en que hemos tomado como supervivencia de la damnificada, 26 años, las tablas dan $ 13.003 para atender durante esos 26 años el pago de un peso ($ 1.00), pero como el pago debe ser de $ 288.00, basta multiplicar por esta cantidad la de $ 13.003 y se tiene como total por consignar de una vez la suma de $ 3.744.86, cantidad ésta que es la que determinamos como valor de los perjuicios materiales, en favor de María Luisa Pinilla.

Perjuicios morales—Ninguna modificación creemos que sea justa ni legal hacer a la cuantía de $ 2.000.00 señalada por el Tribunal en favor de María Luisa Pinilla como perjuicios morales, porque es el máximo que permite la ley, y el dolor o pena moral de una madre por la muerte trágica de una hija también es el mayor que pueda concebirse. Así que el valor total de los perjuicios materiales y morales de María Luisa Pinilla asciende a cinco mil setecientos cuarenta y cuatro pesos con ochenta y seis centavos ($ 5.744.86).

En lo tocante a los perjuicios morales de los jovencitos Alvaro, Jaime y Juan Evelio Pinilla, hermanos de la occisa, el Tribunal los estima en $ 500.00, sin explicar si son conjuntamente para los tres o para cada uno; funda tal estimación en que la pena moral de esos menores es muy inferior a la de la madre y ello es verdad; pero dadas las circunstancias de que la hermanita Sofía era la mayor, la que les prodigaba toda clase de cariños y atenciones posibles, no consideramos que su desaparecimiento para ellos fuera de poca gravedad, motivo por el cual estimamos que no es exagerado estimar esos perjuicios morales a mil pesos para cada uno o sean tres mil en total.

Quedan tasados los perjuicios así:

Perjuicios materiales y morales de María Luisa Pinilla	$ 5.744.86
Perjuicios morales de Alvaro Pinilla	1.000.00
Perjuicios morales de Jaime Pinilla	1.000.00
Perjuicios morales de Juan Evelio Pinilla	1.000.00
Total	$ 8.744.86

A este total hay que deducirle, lo que, según aparece de autos, pagó el Tesoro Público en virtud del fallo de Consejo de Estado, y que asciende a la suma de trescientos sesenta y cinco pesos ($ 365.00).

Total o monto de los perjuicios deducidos de acuerdo con este informe	$ 8.744.86
Suma pagada, según el fallo del Consejo de Estado	$ 365.00
Diferencia	$ 8.379.86

Esta última cantidad representa en definitiva los perjuicios a que aún son acreedores, en la forma que queda expuesta, los demandantes en este juicio.

Dejamos así cumplida nuestra misión de peritos y estamos listos a hacer las explicaciones necesarias, llegado el caso. — H. Magistrado. — Bogotá, mayo 14 de 1943. — (Fdos.) Pedro Serna Botero. Medardo Castro".

De las constancias del proceso se deduce que cuando murió la menor Sofía Pinilla se dedicaba ya a oficios lucrativos y que con el producto de su trabajo contribuía al sostenimiento de su madre y hermanos. (Véanse declaraciones de Mercedes y Rosa Puerto y de Daniel Castillo, fls. 10, 11 y 12 del cuaderno Nº 2º).

Empero no hay datos ciertos y que constituyan plena prueba de que efectivamente llegara a obtener de manera permanente un salario de un peso diario ($ 1.00), ni que diariamente suministrara a su familia la cantidad de ochenta centavos ($ 0.80).

Dicen los testigos que podía ganar en sus trabajos personales la cantidad de un peso ($ 1.00) diario, pero al propio tiempo hay constancias en el proceso de que estaba dedicada en el momento de su muerte a servicios domésticos en los cuales se le pagaba, libre en dinero, sólo la cantidad de cinco pesos ($ 5.00) mensuales. (Véase copia de la sentencia del Consejo de Estado, fls. 11 y 12 del cuaderno Nº 1º).

En tales circunstancias, la Corte podría aceptar que, no teniendo que atender Sofía Pinilla, la occisa, a sus necesidades más imprescindibles con la cantidad mencionada de cinco pesos ($ 5.00) mensuales, pero sin que al propio tiempo se desprendieran de ella en su totalidad, se justificaría entregara a su madre la cantidad de cuatro pesos ($ 4.00) mensuales del producto en dinero de su trabajo personal; es decir, las cuatro quintas partes de este estipendio, admitiéndose así una proporción que guarda armonía con la insinuada por los peritos avaluadores al partir éstos de la base de que si la occisa devengaba un peso ($ 1.00) diario entregaba a su madre la cantidad de ochenta cts. ($ 0.80) por día.

De manera que sobre la base de la entrega mensual de cuatro pesos ($ 4.00) resultaría un suministro de cuarenta y ocho pesos ($ 48.00) por año.

En atención a que la vida de la madre de Sofía, según el cálculo de los peritos basado en constancias del proceso sería aproximadamente y en números redondos de 26 años, se tiene que el suministro durante ese período que es presumible que la hija hiciera a su madre, naturalmente dentro de las necesarias aproximaciones que la índole misma de estos casos requiere, se descompondría así:

Por suministro durante los años corridos del 24 de julio de 1938 (fecha del accidente de Santa Ana) hasta la fecha actual y dentro de las adecuadas aproximaciones 8 años aproximadamente, lo cual daría un total de $ 356.00, en calidad de perjuicios pagaderos por términos ya vencidos.

Restaría así a la madre y mediante la aproximación del caso para hacer el cómputo por años un período de vida de 18 años y como se parte de la base de que la cantidad respectiva la habría recibido la madre en pagos sucesivos y periódicos durante el lapso que se acaba de mencionar, se tiene que aplicando las tablas de cómputo matemático adoptadas por la Corte y que aparecen publicadas en la **Gaceta Judicial** número 1996 y 1997 de abril y mayo de 1943, página 419 (Juicio de María Helena Montoya contra el Departamento de Antioquia), el monto de lo que se le debe pagar por el concepto de que se viene hablando, resulta de multiplicar la cantidad de $ 48.00 por la de que dan las tablas, o sea la cantidad de $ 450.55, que unida a la cantidad de $ 304.00 de que se habló antes, arroja un total de $ 754.56, como monto de la indemnización por perjuicios materiales.

En mérito de 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 La Nación Colombiana es civilmente responsable de los perjuicios morales y materiales causados a María Luisa Pinilla, así como de los simplemente morales causados a los menores Alvaro, Jaime y Juan Evelio Pinillas, como consecuencia de la muerte trágica de Sofía Pinilla, hija de la primera y hermana de los otros demandantes, ocurrida a consecuencia del siniestro de aviación que tuvo lugar el 14 de julio de 1938 en el Campo de Santa Ana con ocasión de la revista militar efectuada allí para conmemorar el IV centenario de la fundación de Bogotá.

2º Condénase a la Nación a pagar a María Luisa Pinilla la suma de dos mil pesos por concepto de indemnización por los perjuicios morales y la de trescientos pesos ($ 300.00) a favor de los menores Alvaro, Jaime y Juan Evelio Pinilla, o sea en total dos mil trescientos pesos ($ 2.300.00) por la muerte de la expresada menor Sofía Pinilla a que hace referencia el numeral anterior.

3º Condénase a la Nación a pagar a la señora María Luisa Pinilla la cantidad de setecientos cincuenta pesos con cincuenta y seis centavos como valor de los perjuicios materiales causados con ocasión de la muerte trágica de la expresada menor. De esta cantidad se deducirá la de $ 365.00, reconocida como auxilio por el Consejo de Estado y siempre que el pago de tal auxilio ya lo hubiera hecho el Tesoro Público Nacional.

4º No está probada la excepción de prescripción opuesta por la parte demandada.

5º Se absuelve a la Nación de los demás cargos formulados en la demanda.

6º Sin costas en ambas instancias.

7º Queda en estos términos reformada la sentencia de primera instancia proferida en este asunto por el Tribunal Superior de Bogotá el día dieciocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos.

Publíquese, modifíquese, cópiese, insértese en la **Gaceta Judicial** y devuélvase el expediente.

Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PENSION DE UN EX-MAGISTRADO DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Según jurisprudencia reiterada de la Corte en cuanto al reconocimiento de pensiones de jubilación de los que han sido miembros del órgano jurisdiccional, el cómputo respectivo ha de hacerse a partir de la presentación de la demanda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril veintinueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En virtud de solicitud presentada por el doctor Liborio Escallón y previos los trámites de rigor, el Tribunal Superior de Bogotá, por sentencia definitiva que lleva fecha 13 de febrero de 1946, reconoció a favor del solicitante y a cargo de la Caja de Previsión de los empleados del Organo Judicial, Contencioso Administrativo y Ministerio Público, una pensión mensual de jubilación de quinientos pesos ($ 500.00) moneda legal, a partir de la presentación de la demanda, o sea desde el 3 de octubre de 1945.

Se dispuso también en la sentencia mencionada que, de no ser ella apelada, habrá lugar a su consulta ante la Corte.

Efectivamente, tanto la parte demandante como el señor Fiscal del Tribunal, al ser notificados personalmente, manifestaron consentir el fallo en referencia.

Se ha surtido, por tanto, ante la Corte solamente el recurso de consulta; y, habiendo intervenido en él el señor Procurador Delegado en lo Civil, este alto funcionario por considerar que es legal y además justa la providencia consultada conceptúa favorablemente a su confirmación, si bien con alguna salvedad, de la cual habrá lugar a hacer mención más adelante, y relacionada con la fecha a partir de la cual debe hacerse el reconocimiento de la pensión decretada.

Para resolver la Corte considera:

El peticionario doctor Escallón, en demanda original de 3 de octubre de 1945, solicitó el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de doscientos pesos ($ 200.00) con apoyo, por el aspecto legal, en los artículos 1º, 13, 15 y 16 de la Ley 42 de 1942 y en los artículos 17 y 72 de la Ley 6ª de 1945.

Estando aún en curso el proceso respectivo ante el Tribunal de primera instancia, el mismo doctor Escallón presentó escrito, que lleva fecha 22 de enero de 1946, y en el cual declaró reformar su demanda inicial en el sentido de reclamar una pensión por cuantía distinta, es decir, por la cantidad de quinientos pesos ($ 500.00) mensuales, para lo cual se hallaba facultado por una nueva ley en materia de pensiones de jubilación de los miembros del órgano jurisdiccional, contencioso-administrativo y ministerio público, o sea por la Ley 71 de 1945.

Como lo observa el Tribunal Superior que falló este asunto en la primera instancia, el artículo 1º de la mencionada Ley 71 de 1945, es precepto según el cual los empleados y funcionarios de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo tendrán derecho al retirarse de su puesto a una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento del último sueldo devengado, sin que baje de treinta pesos, ni exceda de quinientos.

Y como quiera que para el reconocimiento mismo de tal pensión ha de tenerse en cuenta el artículo 2º de la Ley en cita, se observa que, al tenor de esta disposición legal, dos son las condiciones requeridas para el reconocimiento en referencia: a) Haber servido al país en los puestos de que trata el artículo 1º precitado, continua o discontinuamente, por un término no menor de veinte años; y b) Haber llegado a la edad de cincuenta años, aun cuando en esa época haya dejado de ejercer el cargo.

Que el peticionario doctor Escallón reúne en su favor los dos requisitos mencionados es punto suficientemente comprobado en el proceso.

En efecto: figuran en autos documentos auténticos demostrativos de que el doctor Escallón sirvió los cargos de Magistrado del Tribunal Contencioso Administrativo y de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, desde octubre de 1918 hasta agosto de 1929; y de Magistrado de esta Cor-

te Suprema de Justicia desde el 1º de mayo de 1935 hasta el 30 de abril de 1945.

Es decir, en total, por un lapso mayor de veinte años.

De otro lado, obra en el proceso la partida de bautizo del doctor Escallón, de la cual aparece haber nacido en el año de 1888, es decir, exceder hoy de la edad de cincuenta años.

De igual manera está comprobado en el proceso que el último sueldo por él devengado como Magistrado de la Corte fue el de ochocientos cincuenta pesos ($ 850.00) mensuales, de donde se sigue que, a la luz del citado artículo 1º de la Ley 71 de 1945, no existe óbice legal ninguno para que la pensión sea fijada en el máximo señalado en tal precepto legal, o sea en la cantidad de quinientos pesos (500.00) mensuales.

Pasando ahora a estudiar el aspecto relacionado con el momento a partir del cual debe hacerse el reconocimiento de la pensión, sea del caso observar que, según jurisprudencia reiterada de esta Sala de la Corte, el cómputo respectivo ha de hacerse a partir de la presentación de la demanda. Lo que vale decir que en el caso actual del doctor Escallón ello debe aceptarse a partir de la fecha de la corrección de la demanda inicial, demanda corregida que, es la que, en definitiva, ha venido a prosperar y que alcanza a una cuantía superior a la contenida en la aludida demanda inicial, la cual cuantía, según antes hubo de verse, sólo ascendía a la cifra de doscientos pesos ($ 200.00) mensuales.

Se comprende por lo que se deja expuesto que hay lugar a confirmar el fallo consultado, con la única enmienda de que el pago de la pensión debe hacerse a partir de la corrección de la demanda, o sea desde el 22 de enero de 1946.

En mérito de lo relacionado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma la sentencia de trece de febrero de mil novecientos cuarenta y seis, proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el presente juicio sobre reconocimiento de pensión de jubilación al doctor Liborio Escallón, con la única reforma de que el pago de la pensión debe hacerse a partir del día veintidós (22) de enero de mil novecientos cuarenta y seis.

Publíquese, notifíquese, cópiese, comuníquese a las oficinas a las cuales corresponde, y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás P., Srio.

SE ORDENA CUMPLIR LA PROVIDENCIA DEL 19 DE JUNIO DE 1945

Cuando se trata de declaraciones de testigos, para poder apreciarlas, se necesita que los testimonios o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, abril treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El Alcalde Municipal de Puerto Colombia, en obedecimiento a la sentencia de fecha 19 de junio del año próximo pasado, emanada de esta misma Sala de la Corte, profirió el auto de diez de agosto de 1945, disponiendo "que el señor Rafael Prudencio de la Espriella debe tener completamente desocupada la finca para ser entregada, dentro del término de setenta y dos horas contadas desde la notificación del presente proveído, con la advertencia de que si no lo hiciere, la Alcaldía lo hará valiéndose de la fuerza si fuere necesario".

Notificada esta determinación al señor de la Espriella, éste presentó el memorial de fecha 23 de agosto del mismo año, oponiéndose a la orden de lanzamiento con fundamento en el artículo 1109 del código de procedimiento (fs. 69).

Acompañó a su solicitud las declaraciones extrajuicio de los señores Martiniano Gutiérrez (fs. 70 v.) y Antonio Colina (fs. 71).

En presencia de esto, la Sala le imprimió a la oposición los trámites previstos en el artículo 395 del código judicial. La articulación tenía por objeto definir lo relativo a la existencia de las mejoras y su avalúo.

Se considera:

Por auto de fecha 18 de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, se abrió a pruebas el incidente y durante el término respectivo, ninguna solicitud se hizo encaminada al sostenimiento de las pretensiones que lo provocaron.

Las declaraciones allegadas con el memorial de oposición, no fueron objeto de ratificación y es de rigor la aplicación del artículo 693 del código judicial, toda vez que, como lo ha sostenido reiteradamente esta Sala, "cuando se trata de declaraciones de testigos, para poder apreciarlas se necesita que los testimonios o su ratificación se hayan pedido y decretado durante el término probatorio, a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba" (sentencia de 26 de agosto de 1936, Sala de Negocios Generales, tomo 44, pág. 262).

Por lo relacionado y sin entrar en más consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, RESUELVE:

1º No se ha demostrado en la articulación la existencia de las mejoras ni se hizo su avalúo.

2º Dése cumplimiento a la sentencia de fecha 19 de junio de 1945, por la cual se dispuso el lanzamiento del señor Rafael Prudencio de la Espriella de la casa a que se hace referencia en la parte motiva del fallo, comisionándose para ello al señor Alcalde Municipal de Puerto Colombia.

Líbrese el despacho correspondiente con inserción de lo necesario.

Notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado—Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSION DE JUBILACION DE UN ANTIGUO MIEMBRO DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Interpretando la Corte el artículo 75 de la Ley 6ª de 1945 ha dicho que las sentencias sobre jubilación de los funcionarios del órgano jurisdiccional son revisables para el efecto de aumentar la cuantía de la pensión.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo dos de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Por resolución proferida el 11 de agosto de 1943 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto se reconoció a favor del señor doctor Francisco de P. Santander una pensión de jubilación con carácter de vitalicia de ciento cuarenta pesos mensuales ($ 140.00) por razón de sus servicios al Estado como funcionario del órgano judicial y del Ministerio Público.

El reconocimiento anterior, cuya cuantía es el equivalente de la mitad del mayor sueldo devengado por el beneficiario en su calidad de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, ha venido cubriéndosele por la Caja de Previsión desde el 7 de julio del mencionado año de 1943.

Ante el mismo Tribunal que decretó la pensión ocurrió el doctor Santander en solicitud de que, previa la revisión o modificación del fallo de 11 de agosto de 1943, se eleve el monto del reconocimiento a la suma de doscientos ochenta pesos mensuales ($ 280.00), que es la correspondiente al sueldo de que gozó durante más de un año como Magistrado de aquel Tribunal. Fundó su demanda en las disposiciones de los artículos 73 y 75 de la Ley 6ª de 1945.

El negocio fue decidido mediante resolución del 26 de septiembre del año anterior, por medio de la cual el Tribunal del conocimiento negó las peticiones formuladas al respecto por el interesado. Interpuesto oportunamente el recurso de apelación, y debidamente tramitado por la Sala de Negocios Generales de la Corte, pasa a decidirse después de haber oído al señor Procurador Delegado en lo Civil, funcionario que en su vista de fondo conceptúa que debe revocarse la decisión del inferior y despacharse favorablemente las solicitudes del demandante.

Estimó el Tribunal para denegar la revisión ante él propuesta, que habiendo obtenido el doctor Santander el reconocimiento del derecho a la pensión de jubilación en la cuantía señalada en la Ley 22 de 1942, bajo cuyo imperio lo solicitó, no es posible acceder a modificar su cuantía, de acuerdo con la Ley 6ª de 1945, ya que las disposiciones del artículo 75 invocado, se refieren a "revisiones y modificaciones de otra clase de empleados y especialmente de trabajadores, cuyas situaciones se definen por otra clase de providencias o resoluciones administrativas".

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil, es de opinión que la disposición en cita tiene carácter general en lo referente a las prestaciones sociales establecidas en la ley para los empleados y obreros nacionales, y en consecuencia, no existe razón alguna para que los beneficios de la revisión excluyan a los funcionarios del Organo Judicial. "Como conclusión, se lee en el concepto del Ministerio Público, este despacho estima que debe revocarse la sentencia recurrida y en su lugar decretarse lo pedido por el doctor Santander, esto es, revisarse la sentencia de fecha 11 de agosto de 1943 para aumentar la pensión vitalicia de que disfruta a la suma de doscientos ochenta pesos ($ 280.00) moneda corriente valor éste equivalente al mayor sueldo mensual devengado por él durante un año consecutivo. Es entendido que este pago, en tales condiciones no podrá efectuarse sino a partir de la ejecutoria del fallo que se pronuncia en este sentido". La opinión del vocero de la Nación ha sido acogida en reiteradas sentencias por esta Corte, sentencias en las cuales se ha hecho la adecuada interpretación del artículo 75 de la Ley 6ª, tántas veces mencionada. De ahí que, contrariamente a lo resuelto por el Tribunal de Pasto, la Corte accederá a revisar la providencia objeto del recurso para modificar la cuantía de la pensión de jubilación de que disfruta el doctor Francisco de P. Santander. Como

de autos consta que el último sueldo devengado por él y en su carácter de Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, durante más de un año fue la cantidad de doscientos ochenta pesos ($ 280.00) será ésta la suma que deberá reconocérsele, a partir de la fecha en que el presente fallo quede ejecutoriado.

Todo esto en la inteligencia de que la presente acción de revisión se presentó y tramitó antes de expedirse la ley 71 de 1945, que rebajó el monto de esta clase de reconocimientos al setenta y cinco por ciento de la remuneración de que disfruta el empleado al tiempo del retiró.

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, REVOCA en todas sus partes la providencia recurrida, de fecha 26 de septiembre de 1945 y en su lugar dispone:

1º—Decrétase a favor del doctor Francisco de P. Santander una pensión de jubilación por valor de doscientos ochenta pesos ($ 280.00) moneda corriente en forma mensual y con carácter vitalicio por sus servicios prestados al Estado como empleado del Organo Judicial y del Ministerio Público.

2º—Esta pensión deberá cubrírsele desde la fecha de la ejecutoria de la presente providencia por la Caja de Previsión Social del Organo Judicial.

Copia de esta providencia deberá ser enviada al señor Presidente de la Caja de Previsión, al Pagador de la misma y a la Junta Seccional de la Capital de Nariño.

Publíquese, notifíquese y cúmplase.

Aníbal Cardoso Gaitán. — Germán Alvarado.— Víctor Cock.—Ramón Miranda.—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION EJECUTIVA SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS. CESION DE CREDITOS. — ORDENANZAS DEPARTAMENTALES COMO TITULO EJECUTIVO.

1.—La cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido. Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la ley 57 de 1887. Respecto de la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión.

2.—Las Ordenanzas de las Asambleas departamentales que votan un auxilio a favor de determinada persona no prestan por sí mismas mérito ejecutivo, pues no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigible de pagar una suma de dinero. Son creadoras apenas de una situación individual jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber jurídico de incluír en el presupuesto de cada año las partidas necesarias para atender a las prestaciones acordadas, mientras las Ordenanzas respectivas estuvieren en vigencia y el beneficiario conserve su aptitud para percibirlas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

La Asamblea Departamental de Bolívar por medio de la Ordenanza Nº 33 de 1939, dispuso, en sus artículos 7º y 8º, lo siguiente:

"Artículo 7º. Vótase un auxilio de sesenta pesos ($ 60.00) oro legal, mensualmente a favor de los trillizos hijos del señor Elías Paternina, vecino de ésta ciudad, auxilio que será cubierto puntualmente por el Tesoro Departamental. La respectiva cuenta de cobro será presentada por el expresado señor Paternina y en defecto por la madre de ellos, y a falta de aquél y de ésta, por uno de los familiares más cercanos; éste, mientras los favorecidos adquieran la capacidad de hacerlo directa y personalmente.

"Artículo 8º. El auxilio que se menciona en el presente artículo será incluído en los presupuestos anuales siguientes (comenzando por el próximo) y caso de que así no se haga, la Gobernación del departamento queda obligada a abrir los créditos indispensables a fin de que este mandato de la Asamblea tenga eficaz cumplimiento".

Posteriormente, en la Ordenanza Nº 48 de 1942 —artículo 24— aquella entidad proveyó lo que se copia a continuación:

"Artículo 24. Se reconocen a cargo del Departamento las siguientes cantidades que se adeudan por concepto de jubilaciones, las cuales el Consejo de Gobierno pagará en bonos de Deuda Interna: ...Al señor Elías Paternina, vecino de Cartagena: valor de la pensión de $ 60.00 mensuales otorgada por la Ordenanza número 33 de 1939, correspondiente a julio de 1939 a junio de 1942, treinta y seis (36) meses, $ 2.160,00..."

Con estos antecedentes, el señor Paternina, con fecha 16 de septiembre de 1942, cedió a favor del señor Rogelio Grau el reconocimiento que se le hizo por las prenombradas Ordenanzas y que asciende a la suma de DOS MIL CIENTO SESENTA PESOS.

En su calidad de cesionario, el Sr. Rogelio Grau, por medio de apoderado, promovió demanda ejecutiva contra el Departamento de Bolívar, con fecha 7 de junio de 1944, acompañando a su pedimento las Gacetas Departamentales números 9269 y 9754 debidamente autenticadas, y copia del documento de cesión.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en providencia de veintinueve de julio de 1944, negó la solicitud del ejecutante bajo estas consideraciones:

"Son condiciones para que pueda decretarse la ejecución forzosa de una obligación (artículo 996 del C. J.):

"1ª) Competencia de jurisdicción,

"2ª) Legitimación en causa, y

"3ª) Que el título de la obligación traiga, según la Ley, aparejada ejecución.

"La falta de una de esas condiciones imposibilita el decreto de ejecución forzosa".

Después de analizar por qué, en su concepto, el ejecutante no es parte legítima, agrega:

"Pero hay más, todavía: Dicho documento fue presentado en copia, la que sólo podría ser admisible en uno de los cuatro casos previstos en el artículo 648 del C. J., en ninguno de los cuales está".

Este proveído fue objeto de reposición por parte del apoderado, interponiéndose, en subsidio, el recurso de apelación, el que fue concedido por el Tribunal luego de haberse negado a la rectificación de la providencia, por auto de 13 de marzo del año próximo pasado.

Colmadas las ritualidades inherentes a la alzada, la Sala entra a proferir el fallo de instancia, previas algunas consideraciones.

Según el artículo 648 del C. J., por regla general, los documentos privados se presentan originales, y sólo se admiten copias, con el valor del primitivo: cuando se han protocolizado; cuando consistan en apuntes o libros de cuentas o pertenezcan a terceros; cuando se expida la copia por orden del Juez, como en el caso en que se desglose el documento primitivo, y cuando, figurando en juicio, sea imposible el desglose, porque éste no convenga o no se pueda obtener.

En el negocio de que se trata, el documento en que se relaciona la cesión no se presentó original con la demanda, sin qué sea uno de los casos a que se contrae el memorado artículo 648. Por otra parte, no hay ley que autorice la presentación de una copia semejante, por lo cual ha de estimarse que tal instrumento es ineficaz; así las cosas, no se ha acreditado legalmente que el señor Grau sea cesionario y por consiguiente no figura como parte legítima en el juicio.

En la reposición se presentó por el ejecutante un documento suscrito por el señor Paternina, pero es inconcuso que en la tramitación de este recurso no caben nuevas pruebas, por lo cual quedó en pie el reparo que el Tribunal hizo en el auto denegatorio de la ejecución, al no darle valor a la copia del documento.

Por esta circunstancia, sin duda, el Tribunal **a quo** no dispuso el requerimiento solicitado por el actor, quizá con el propósito de colocar a la parte demandada en mora de cumplir una pretendida obligación.

La cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido.

Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la ley 57 de 1887. Respecto de la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión.

En el supuesto de que estuviese demostrada la efectividad de las relaciones entre el cedente Paternina y el cesionario Rogelio Grau, y de que el Departamento de Bolívar se hubiera noticiado de la cesión, con las formalidades legales, habría que estudiar el recaudo ejecutivo en sí mismo. Así se hará, sin que ello constituya un antejuicio, comoquiera que dada esta hipótesis es indispensable averiguar si en las ordenanzas presentadas con la demanda se acredita una obligación clara, expresa y exigible de pagar una cantidad líquida de dinero.

Los artículos 7º y 8º de la antecitada Ordenanza 33, apenas unilateralmente votan un auxilio; pero de su contexto no fluye una obligación clara, expresa y exigible con el correspondiente derecho a favor de una persona determinada. La ordenanza 48 reconoció la existencia de un auxilio global de $ 2.160, correspondiente al tiempo transcurrido de julio de 1939 a junio de 1942, a razón de $ 60.00 mensuales. En el fondo, lo que se hace por medio de este acto jurídico es votar un auxilio de $ 2.160, de donde se infiere que de allí tampoco surge una obligación con las características antes anotadas.

A este negocio son aplicables las siguientes consideraciones de la providencia de 16 de junio de 1945, emanada de esta Sala de Negocios Generales:

"Tanto las ordenanzas referidas como la mencionada resolución de la Gobernación del Departamento son actos unilaterales, cuyo objeto es el de proveer —aquélla por vía general y esta última con carácter particular— al reconocimiento de las obligaciones inherentes a una prestación periódica que el Departamento tomaba a su cargo. Por sí mismos estos actos administrativos no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigibles de hacer, de entregar o de pagar una suma líquida de dinero. Son apenas creadoras de una situación individual o particular, susceptible en todo momento de ser modificada o revocada y no más. Y de otro lado, constituyen la base jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber

jurídico de incluír en el presupuesto de cada año las partidas necesarias para atender a las prestaciones acordadas, mientras las Ordenanzas respectivas estuvieran en vigencia y mientras el beneficiario conservara su aptitud para percibirlas".

En mérito de los razonamientos que preceden, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto materia de la apelación.

Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta.—Secretario.

ACCION PETITORIA DE RECONOCIMIENTO DE UNA PENSION

No hay lugar a la aplicabilidad de la ley 71 de 1945, por cuanto la demanda fue presentada durante la vigencia de las leyes que en ella se invocan y ha engendrado, por tanto, una situación jurídica concreta que no puede vulnerarse.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, mayo siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Jesús María Rodríguez, en libelo de fecha 21 de noviembre del año próximo pasado, solicitó del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de ciento diez y ocho pesos como consecuencia "de haber desempeñado empleo como subalterno en el Ministerio Público de la Nación por más de treinta y siete años y haber gozado por más de un año de sueldo por esta cuantía; reuniendo además las otras calidades exigidas por las leyes sobre la materia".

Sustentó su pedimento en lo prescrito en las leyes 22 de 1942 y 6ª de 1945.

El Tribunal rituó la impetración dentro de los trámites de rigor, y con fecha treinta de enero del presente año decretó, a favor del solicitante Rodríguez y a cargo del Tesoro Nacional, una pensión de jubilación vitalicia, por la suma indicada en la demanda, a partir de la ejecutoria de la susodicha providencia.

La decisión ha subido a esta Sala de la Corte por vía de consulta, y colmados como están los trámites que conlleva, se procede a su consideración, previas algunas observaciones:

Como en providencia anterior lo aceptó la Corte, es de rigor acoger el fallo del Tribunal en cuanto no hay lugar a la aplicabilidad de la ley 71 de 1945, por cuanto la demanda fue presentada durante la vigencia de las leyes que en ella se invocan y ha engendrado, por tanto, una situación jurídica concreta que no puede vulnerarse.

Entonces dijo la Corte:

"...tal derogación no afecta los derechos que se adquirieran con anterioridad, los cuales se rigen por las disposiciones vigentes en la época de su adquisición, en virtud del principio jurídico consignado en el artículo 2683 del C. C., el cual en el inciso 2º establece que las controversias sobre derechos anteriores a la publicación del mismo código, se decidirán con arreglo a las leyes sustantivas vigentes cuando se adquirió el derecho" (sentencia de 22 de marzo de 1946).

Por lo demás, la Corte acoge íntegramente el fallo del Tribunal, ya que encuentra acreditadas las condiciones que son indispensables para el reconocimiento del derecho que se solicita.

Obran en el expediente:

La partida de nacimiento del señor Rodríguez que revela una edad de 67 años;

Copia de los decretos de nombramiento y actas de posesión que arrojan un período de servicios que excede de treinta años. Por lo que respecta al ejercicio de tales funciones el fallo del Consejo de Estado, de fecha 21 de noviembre de 1939, es bien explícito al decir que "....consta de autos que el señor Rodríguez desempeñó durante más de treinta años destinos públicos en la Procuraduría General de la Nación";

Certificado emanado de la Contraloría General de la Nación sobre sueldos devengados durante los diferentes años y ocupaciones, de donde se deduce haber recibido de abril de 1925 a diciembre de 1927 la suma de ciento diez y ocho pesos que invoca en su libelo;

Declaraciones de Carlos Pérez y Pedro Afanador Gómez sobre pobreza y observancia de buena conducta del petente Rodríguez;

Certificado de la Administración de Hacienda Nacional sobre carencia de renta de éste;

Certificado del Departamento de Presupuesto y Contabilidad del Ministerio de Hacienda sobre el hecho de no haber percibido pensión ni recompensa del Tesoro Nacional el señor Rodríguez;

Copia de la sentencia proferida por el H. Consejo de Estado donde se le reconoció una pensión que tuvo por fundamento la ley 29 de 1905, a la cual renuncia el solicitante Rodríguez para acogerse a los nuevos estatutos, y como lo dijo la Corte en reciente decisión (noviembre 16 de 1945)

aquella pensión "cesa automáticamente en sus efectos por el reconocimiento y pago de la pensión materia del presente juicio y desde la fecha en que ésta se decrete".

Se encuentran, pues, satisfechos los requisitos que lo hacen acreedor a la prestación que impetra y es procedente, en consecuencia, decretarla, como lo hizo el Tribunal, imponiéndose la confirmatoria de la providencia consultada.

Al tenor del artículo 509 del C. J. la consulta se ritúa como las apelaciones y de consiguiente resulta aplicable el artículo 494, prohibitorio de la "reformatio in pejus". Por este motivo, aunque la Corte reiteradamente ha sostenido que es la presentación de la demanda la que determina la fecha en que debe decretarse la pensión, no hay lugar a enmendar el fallo del Tribunal que la otorgó desde la ejecutoria de él.

Sin que sea preciso entrar en más consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA en todas sus partes la providencia materia de la consulta.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

RECURSO DE HECHO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Guillermo Kopp C., con citación de la Nación, la Junta Administradora de la Compuerta de "La Ramada" y las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, S. A., con base en el artículo 731 del C. J., solicitó que se efectuase una inspección ocular, la que se practicó en los días 6, 7, y 13 de julio de 1944.

Con posterioridad, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá resolvió una articulación sobre regulación de los honorarios de los expertos que intervinieron en aquel acto y en la providencia pertinente dispuso que cada parte pagaría su propio perito, y el tercero, por ambas partes. Agregó: "Como la parte demandada está compuesta en el caso de autos por tres entidades, cada una de éstas debe contribuír al pago del perito, en igual proporción (tercera parte)". (Auto de 25 de julio de 1945).

Según aparece en las copias allegadas al recurso de hecho, el doctor Rueda Vargas, vocero de las Empresas Unidas de Energía en la diligencia, pidió reposición, y, subsidiariamente, apelación de esta providencia, y el Tribunal, en auto de 10 de noviembre último, decidió así:

"...No se consideran los recursos interpuestos contra dicho auto por el doctor Bernardo Rueda Vargas, en nombre de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, S. A., por no existir en él personería para hablar en su nombre".

La fundamentación de esta decisión fue como en seguida se copia:

"No acaece lo mismo con los recursos de reposición y apelación interpuestos por el doctor Bernardo Rueda Vargas, como apoderado de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, S. A., porque en el expediente no obra el poder que le haya otorgado el señor Gerente de tales empresas, para hablar en su nombre; el doctor Rueda Vargas sólo fue nombrado vocero para el acto de la diligencia de inspección ocular. De esta suerte, no es el caso de considerar los recursos aludidos".

El doctor Rueda Vargas rechaza esta argumentación, porque, en su concepto, la diligencia es una e indivisible, y por este motivo, la regulación de los honorarios de los peritos, es parte integrante de esa actuación en que él interviene como vocero, con facultad de apelar. Dice que es un celo excesivo por la pureza del procedimiento, negarle los recursos, y que, además, el señor Gerente de las Empresas Unidas de Energía ratificó expresamente su actuación, como consta en los memoriales que éste suscribió, lo cual "sanea cualquier inadvertencia que hubiera podido ocurrir en el proceso".

El doctor Rueda Vargas, cumpliendo las formalidades legales, promovió el recurso de hecho que la Sala de Negocios Generales de la Corte va a estudiar.

Toca a esta Superioridad determinar si la apelación se interpuso legalmente, es decir, dentro del tiempo oportuno y a solicitud de "parte agraviada" o de un agente oficioso procesal de conformidad con el artículo 269 del C. J.

Importa, ante todo, recordar que antiguamente se llamaba vocero el abogado que defendía verbalmente un asunto. Conforme al artículo 260 de nuestro Código Judicial, vocero es un mandatario especial, de facultades restringidas, y que puede ser nombrado ora por parte interesada, o bien por su apoderado, oralmente o por un escrito dirigido al Juez de la causa. Su misión es intervenir verbalmente en un acto determinado, como una inspección ocular, sin que sea permitido salirse de los términos precisos de su encargo.

Según el artículo 269 del mismo código "por regla general ninguno puede representar a otro en juicio sino con poder; pero para interponer un recurso, cuando de no hacerlo puede la parte sufrir algún perjuicio, no se necesita poder; cualquiera puede hacerlo dando garantía, a satisfacción del Juez, de que el interesado por quien habla le dará su aprobación".

Esta agencia oficiosa procesal requiere:

1º Que de no interponerse el recurso se siga perjuicio a la parte, y

2º Que se constituya caución, a satisfacción del Juez, en los términos consignados en la disposición transcrita.

En cuanto a que el incidente de regulación de los honorarios periciales hace parte de la diligencia de inspección, es una tesis que no puede sostenerse. En una inspección, es obvio que la prueba pericial puede concurrir con ella; pero es distinta. Son actos diferentes la práctica de la una y de la otra. Con tanto mayor razón es diverso el incidente de la regulación de honorarios de los peritos, en el cual, según el espíritu del artículo 260, no cabe la intervención de un vocero.

Como regla general, la apelación es un recurso privativamente otorgado a las partes. Una apelación se concede si es procedente. Y en el caso actual, la improcedencia es manifiesta, pues ese recurso no se interpuso por parte con interés legítimo. En estas circunstancias, el apelante aparece como un extraño, por lo cual nada significa la aprobación posterior otorgada por la parte respectiva; no es, tampoco, aplicable la ratificación a que se contrae el artículo 270 del mismo código, disposición que contempla otros eventos.

Una ratificación, de acuerdo con las normas generales, no legitima la intervención del doctor Rueda Vargas, porque no encuadra el asunto en las disposiciones que permiten la ratificación de actuaciones judiciales.

Diferente hubiera sido la intervención del doctor Rueda Vargas si las empresas de Energía Eléctrica hubieran manifestado su asentimiento a la apelación dentro de los términos legales que las partes tienen para interponer los recursos. En esas circunstancias, una ratificación expresa o una aprobación, podría haberse considerado, procediendo con cierta amplitud, como una solicitud de la parte interesada para que se le concediera el recurso. Con toda razón dijo el Tribunal, "que esa ratificación ha debido hacerse dentro de la oportunidad legal que tienen las partes para interponer los recursos de reposición o de apelación..."

Para la Sala es palmario que la apelación, al no asentir a la reposición del auto que negó la alzada contra la providencia de 25 de julio, no podía prosperar.

Porque lo primero que debe examinarse es si la providencia es apelable, lo que lógicamente envuelve la cuestión de averiguar si quien interpuso el recurso de alzada tenía facultad para ello.

Y como ya se vio, el doctor Rueda Vargas era un extraño en el incidente de regulación de honorarios periciales.

Está, por tanto, bien denegada la apelación que interpuso el doctor Rueda Vargas contra el auto de 25 de julio de 1945, emanada del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y recaído en el incidente de regulación de honorarios de los peritos que intervinieron en la diligencia de inspección ocular practicada a solicitud del señor Guillermo Kopp Castello.

En mérito de las precedentes consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, resuelve:

No se concede el recurso de hecho.

Póngase en conocimiento del Tribunal esta resolución para que conste en los autos.

Notifíquese, cópiese y archívese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

ACCION DE LANZAMIENTO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Con fecha 24 del año próximo pasado el doctor Luis Fernández Mora con la calidad de apoderado del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, presentó demanda ante la Corte para que, previos los trámites del Capítulo I del Título XXXVII, Libro 2º del Código Judicial, se condene al señor Pierre Albrecht, mayor y vecino de Bogotá, a restituír a la Nación, representada por el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales el inmueble que más adelante se describe y el cual tiene en calidad de arrendatario.

La acción de lanzamiento que se propone está fundada en los hechos que pueden resumirse de la manera siguiente, así:

a) Por medio de contrato celebrado por documento privado y con las debidas formalidades, el cual tiene fecha 15 de agosto de 1943, el Administrador de los Ferrocarriles Central del Norte, Sección Segunda y Nordeste dio en arrendamiento al señor Pierre Albrecht un local situado dentro del edificio de la Estación Central de la empresa, en esta ciudad de Bogotá, con un pequeño reservado que está en comunicación con el mismo salón comprendidos ambos dentro de los siguientes linderos especiales:

"Por el Norte, con los corredores de la Estación antes mencionada; por el Sur, con la calle 13 de esta ciudad; Cenit, con oficinas dependientes de la misma Estación; y por el Oriente y Occidente, con otras dependencias de la Estación mencionada".

En el contrato de arrendamiento quedaron comprendidos los muebles que a continuación se mencionan: las obras de cedro que existen en el local del bar, a saber: un mostrador en escuadra, de seis metros, con el frente de vidrios y una vitrina que va sobre el mismo mostrador, un estante de tres metros sesenta y cinco centímetros (3,65); y un lavabo esmaltado el cual se halla instalado en dicho local (cláusulas 1ª y 8ª);

b) el término de duración del contrato de que se habla fue señalado en dos (2) años, los cuales debieron comenzar a contarse desde el 1º de septiembre de 1943, de suerte que a la fecha de la demanda había expirado;

c) el arrendatario, señor Pierre Albrecht, no hizo entrega oportuna del mueble en la forma y términos del artículo 2005 del Código Civil, no obstante que la empresa arrendadora, mediante oficio distinguido con el número 54.500/3 de fecha 27 de junio de 1945, comunicó al arrendatario su voluntad de no prorrogar el contrato en cuestión al mismo tiempo que lo requería para que hiciera la entrega del local en las condiciones estipuladas en la cláusula 10ª del contrato en referencia.

El demandado con fundamento en las disposiciones del artículo 1105 del Código Judicial se opuso a las pretensiones del actor por lo que, por providencia de fecha 29 de octubre próximo pasado, ordenó abrir a prueba el juicio por el término de seis días, durante el cual sólo el demandado solicitó las pruebas que tuvo a bien, entre las cuales figuraron la práctica de una inspección ocular en los archivos del Consejo de los Ferrocarriles Nacionales en Girardot y en esta ciudad de Bogotá, ninguna de las cuales se llevó a cabo por razón de que el interesado desistió expresamente de la primera, y no concurrió a la hora señalada para la práctica de la última, no obstante que todos los Magistrados de la Sala, lo mismo que el apoderado de la parte demandante, estuvieron presentes en el día y hora fijados en el auto respectivo, según consta del informe de la Secretaría visible al folio 17 del cuaderno número 2.

Para resolver la Corte hace las siguientes consideraciones:

La entidad demandante, con el objeto de probar los hechos en que funda su demanda, acompañó los documentos que a continuación se mencionan:

"a) Original del contrato de arrendamiento de fecha 15 de agosto de 1943, celebrado entre la Administración de los Ferrocarriles Central del Norte, Sección Segunda y Nordeste, con el señor Pierre Albrecht;

b) Duplicado del oficio número 54.400/3, de fecha 27 de junio de 1945, dirigido al señor Pierre Albrecht, notificándole que tal contrato no sería prorrogado y exigiéndole la entrega del salón y reservado arrendados, para el 31 de agosto del corriente año. Al pie de este oficio se encuentra la nota de recibo del mismo, con fecha tres (3) de julio de 1945;

c) Copia auténtica del Decreto Ejecutivo por medio del cual se nombró al ingeniero doctor Alberto Albán Liévano para el cargo de Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales;

d) Copia de la diligencia de posesión del doctor Alberto Albán Liévano;

e) Certificado del Ministerio de Obras Públicas en que consta que el doctor Alberto Albán Liévano desempeña en la actualidad el cargo de Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales;

f) El poder que me ha sido conferido por el doctor Albán Liévano para que lo represente en este juicio; y

g) Copia auténtica del nombramiento de posesión del suscrito, como Abogado de los Ferrocarriles Central del Norte, Sección Segunda y Nordeste, con la certificación de estar ejerciendo actualmente dicho cargo".

Las pruebas presentadas son suficientes, de acuerdo con la ley, para la prosperidad de la acción. En efecto, habiéndose solicitado el lanzamiento por expiración del plazo de duración del contrato, y habiéndose traído a los autos la prueba de éste, en debida forma, la demanda intentada es conducente y debe dar los resultados perseguidos por el actor. De otro lado, el demandado sólo adujo dos pruebas consistente la primera en una declaración de testigos, de la cual aparece que si bien es cierto que el señor Albrecht dio aviso al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles de su deseo de continuar con el arrendamiento del local, ofreciendo al efecto aumentar el valor del canon del arrendamiento que venía cubriendo, esta proposición no le fue aceptada. La otra prueba consiste en una copia expedida por la Contraloría General de la República, referente al contrato de arrendamiento celebrado por el Consejo de Ferrocarriles con persona distinta del señor Albrecht, prueba que tiene muy poca relación con el negocio que se ventila en autos.

En cuanto a la solicitud contenida en el memorial del 7 (siete) de noviembre último, junto con el cual se acompañó el oficio número 661 del Juzgado Quinto de Instrucción Criminal, de fecha veintidós de octubre anterior, considera la Sala que no es el caso de aplicar el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal por cuanto la decisión a que puede llegarse en el juicio criminal de que conoce dicho Juzgado no tiene influencia de ningún género en el presente negocio. Por tanto, la solicitud formulada al respecto por el demandado no puede prosperar.

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, decreta el lanzamiento del señor Pierre Albrecht del local a que se refiere la parte motiva del presente fallo y su entrega a la Administración de los Ferrocarriles Nacionales.

Comisiónase al Inspector Municipal de Policía en cuya jurisdicción se halla el referido local, para que se verifique el lanzamiento. Líbrese el despacho a que haya lugar.

No se accede a la suspensión del juicio, solicitada por el apoderado del demandado.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Ramón Miranda—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Germán Alvarado—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

EMBARGO DE RENTAS DE UN DEPARTAMENTO

De conformidad con el artículo 1003 del Código Judicial, son inembargables las dos terceras partes de las rentas de los Departamentos y Municipios, y embargable sólo la tercera parte. Dicho artículo no precisó si se trata de la renta bruta o líquida, es decir, si hay necesidad o no de deducir previamente todos los gastos indicados por la ley. Si esta última fuera la interpretación, se podría hacer nugatorio el derecho de los acreedores, puesto que el embargo, en esas condiciones, muchas veces no produciría resultado práctico alguno.

La norma legal acogió un término medio: la embargabilidad de la tercera parte y la inembargabilidad de las dos terceras. Para la Sala es ésta la interpretación más racional y lógica.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo ocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna)

En el juicio ejecutivo del señor Clemente del Mónaco contra el Departamento de Nariño, el Tribunal de Pasto profirió la providencia de 15 de junio del año pasado, por la cual decretó el embargo de la tercera parte de las rentas de tabaco y licores y los depósitos bancarios de aquella entidad.

El apoderado del Departamento, doctor Foción López, pidió reposición del aludido auto, y, en subsidio, interpuso apelación, alegando que no debía embargarse el dinero de los depósitos, porque éstos proceden del producto líquido de las rentas, o porque por lo menos es presumible que ellos están en el caso de los numerales 7 y 13 del artículo 1004 del C. J. Arguyó también que el embargo de las rentas debía concretarse al producto líquido.

El doctor Aurelio Caviedes, mandatario judicial del ejecutante, sostiene que el embargo de las rentas debe referirse al producto bruto, pues si otra fuera la intención de la norma legal, se habría especificado así, tal como ocurre en el numeral 13 del antecitado artículo 1004. En cuanto al embargo de los depósitos, dice textualmente:

"La ley no dice que no son embargables los dineros que puedan referirse o que puedan pertenecer, sino que esa condición debe demostrarse, como excepción que es, por el ejecutado. De otra suerte no se podría embargar ningún depósito, aún más, ninguna suma de dinero.

"Por otra parte el numeral 7 se refiere a las sumas entregadas a un contratista y que esas sumas no se pueden embargar al contratista, pero el contratista ejecutado debe demostrar plenamente esa circunstancia. Tampoco hay prueba alguna que acredite que los dineros depositados por el Departamento estén destinados a la explotación de ferrocarriles, acueductos, desagües, etc., ni hay prueba siquiera de que el Departamento tenga esa clase de empresas, que no las tiene, y que de ellas deduzca renta para poderle embargar el producto líquido tal como lo dispone el numeral 13".

El Tribunal **a quo**, en proveído de 21 de julio último, al conceder la apelación, se pronunció así:

"Para resolver se considera: que para que un juicio ejecutivo no sea ilusorio en sus efectos, la ley procedimental faculta al ejecutante y cuando el demandado dimite bienes, para denunciarles y pedir su inmediato embargo, excepción hecha de los bienes indicados en los artículos 1003 y 1004 del Código Judicial. Haciendo uso de esa facultad legal, el apoderado del demandante, en vista de que el ejecutado no dimitiera bienes, solicitó el embargo de la tercera parte de dos de sus rentas y de los depósitos existentes en las sucursales de los bancos en esta ciudad, y el juzgador así lo decretó, en acatamiento a la ley y a los dictados de la equidad y la justicia.

"Los argumentos del doctor López, basados en suposiciones, como él mismo lo enuncia, no pueden variar el criterio con que se dictó el auto protestado y el Tribunal está listo a modificar esa situación siempre y cuando se compruebe que hubo exceso en el embargo o que él perjudica notoriamente el servicio público. Los numerales 7 y 13 del artículo 1004, citado por el recurrente, no son

aplicables al caso, puesto que ellos hacen referencia a los empresarios o contratistas, durante la ejecución de sus trabajos, o a la paralización de servicios de tránsito o higiene públicos, de lo cual no hay prueba alguna en el proceso".

Preparado como está el recurso, la Sala procede a la prolación de la providencia que le incumbe.

Además de lo expuesto por el **a quo**, se considera:

Según los artículos 1677, inciso 2º, 2488 y 2492 del Código Civil, todos los bienes, en general, son embargables. Con todo, la ley establece varios casos de inembargabilidad, que puede ser total o parcial.

De conformidad con el artículo 1003 del Código Judicial, son inembargables las dos terceras partes de las rentas de los departamentos y municipios, y embargable sólo la tercera parte. Dicho artículo no precisó si se trata de la renta bruta o líquida, es decir, si hay necesidad o no de deducir previamente todos los gastos indicados por la ley. Si esta última fuera la interpretación, se podría hacer nugatorio el derecho de los acreedores, puesto que el embargo, en esas condiciones, muchas veces no produciría resultado práctico alguno. ¿Qué objeto tendría ese embargo cuando las entidades públicas en sus presupuestos dedican normalmente el producido de las rentas a gastos determinados y precisos?

De otro lado, en el artículo 1003 quiso el legislador evitar el perjuicio que acarrearía a la colectividad una paralización de los servicios públicos. Para obviar los escollos apuntados, la norma acogió un término medio: la embargabilidad de la tercera parte y la inembargabilidad de las dos terceras. Para la Sala es ésta la interpretación más racional y lógica. Como lo dijo la Comisión redactora del Código Judicial, "en esto de los bienes no embargables se ha tenido en cuenta el concepto moderno en que se coloca el individuo respecto de la sociedad civil y respecto del Estado, ya como parte que debe ceder ante los intereses de los asociados, ya como acreedora a la protección de la ley".

Para refutar los reparos basados en el numeral 13 del artículo 1004, la Sala reproduce lo que expresó en el auto de 10 de octubre de 1936:

"El numeral 13, artículo 1004 del C. J., reza: "Tampoco son embargables los siguientes: ....**13.** Los bienes destinados a un servicio que no puede paralizarse sin perjuicio del tránsito o de la higiene públicos, como los de los ferrocarriles, acueductos, desagües de las ciudades; pero puede embargarse la renta líquida que produzcan". El texto transcrito se refiere a la posible paralización del tránsito, del servicio de higiene pública, o de otros, por causa del embargo de los bienes destinados a tales servicios. Claramente resulta de la disposición, que ella se aplica a los bienes que se hallan comprometidos en la prestación de determinados servicios públicos ya establecidos, pues si no lo estuvieran no podría decirse que se paralizaba la prestación del servicio por el embargo de dichos bienes. Como los dineros embargados al Departamento del Magdalena y depositados en el Banco de la República, no son bienes con los cuales se esté prestando actualmente un servicio público, no les son aplicables las reglas consignadas en el artículo 1004, numeral 13 del C. J."

El Tribunal expresó el concepto de que si el embargo era excesivo, podría reducirse en los casos y la forma que la ley lo permita.

Por lo expuesto anteriormente, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia CONFIRMA en todas sus partes el auto apelado.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

HECHO NOTORIO. — HECHO HISTORICO

No es lo mismo el hecho histórico que el notorio, aunque aquél puede a veces adquirir en la vida social el carácter de notoriedad.

Saber cuáles son los hechos notorios es la dificultad. Para algunos autores son hechos notorios los generalmente aceptados o los conocidos en una determinada localidad por personas de mediana cultura, o los que conoce el juzgador por sus funciones.

En cuanto a estos últimos, salvo condiciones especiales, no podría considerárseles como notorios por la sola circunstancia de aparecer demostrados en otro juicio fallado por el mismo juzgador. Para la Sala no puede estimarse como notorio el hecho de haberse declarado en otro juicio la responsabilidad del Estado por la muerte de Aranza.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, mayo once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Juan Francisco Mújica, como apoderado de Ernesto, y Ana María Aranza y de Sofía Aranza, demandó a la Nación para que se la declarara responsable de los perjuicios, tanto materiales como morales, que a las actoras les causó la muerte de Jorge E. Aranza en el siniestro de aviación ocurrido el 27 de agosto de 1941, cuando el avión militar Ford, número 644, chocó contra tierra, en una selva del sur de la República, jurisdicción del corregimiento de La Pedrera y de la Intendencia del Amazonas.

Entre los hechos fundamentales se anota en el libelo que Jorge Aranza viajaba en el avión 644, el día de la catástrofe, en cumplimiento de sus obligaciones oficiales; que estaba casado con María Ester Castillo; que contribuía a la subsistencia de sus hermanos. En el hecho décimo, dice el libelista: "El siniestro mencionado, sin duda alguna, revela defectuoso funcionamiento de la aviación nacional y del servicio oficial de transportes aéreos nacionales".

Agotada la tramitación de primera instancia, el Tribunal Superior de Bogotá falló así:

"Primero. El Estado colombiano es civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivables ocasionados a los demandantes Ernesto Aranza, Ana María Aranza y Sofía Aranza de Bernal con motivo del siniestro de aviación acaecido el 20 (sic) de agosto de 1941 en las regiones del sur de la República, en jurisdicción del corregimiento de La Pedrera, de la Intendencia Nacional del Amazonas, en el cual perdió la vida el señor Jorge E. Aranza.

"Segundo. En consecuencia, se condena al Estado colombiano a pagar a los demandantes el valor de los referidos perjuicios morales subjetivables en la cantidad de mil quinientos pesos, así: quinientos pesos ($ 500.00) a cada uno de los demandantes señores Ernesto Aranza, Ana María Aranza y Sofía Aranza de Bernal.

"Tercero. Se absuelve a la Nación del pago de los perjuicios materiales por no aparecer prueba de los mismos, y del pago de intereses sobre la cantidad que se ha ordenado pagar por perjuicios morales, por no ser legal esta solicitud.

"Cuarto. Sin costas".

El fallador, entre otras fundamentaciones, expresó las que en seguida se copian:

"Se halla comprobado con el certificado de la Dirección General de Aviación que obra en autos, que hace plena prueba según el artículo 632 del C. J.:

"1º Que el 27 de agosto de 1941 el avión marca Ford, número 644 que viajaba entre Leticia y la Base aérea de Tres Esquinas, en las regiones del sur de la República se cayó en la selva, en territorio de la Intendencia del Amazonas, destruyéndose por completo;

"2º Que el mencionado avión pertenecía a la Nación el día del siniestro;

"3º Que estaba destinado por el Gobierno Nacional al servicio oficial de transportes en las regiones del Sur, y que se hallaba al cuidado de la Nación ese día;

"4º Que en el momento del siniestro el avión hacía sus viajes reglamentarios y estaba dirigido o manejado por empleados o dependientes de la

Nación, componiendo su tripulación varios miembros de la fuerza aérea nacional;

"5º Que en dicho avión viajaba el señor Jorge E. Aranza A., quien pereció en el siniestro (la muerte se encuentra demostrada, además, con la correspondiente partida de defunción sentada en la Notaría 3ª de esta ciudad);

"6º Que el señor Aranza era empleado nacional, pues desempeñaba el cargo de contador-pagador de la base de Tres Esquinas; y devengaba un emolumento de ciento cuarenta y dos pesos, cincuenta centavos ($ 142.50) al mes, sobresueldo de veintiocho pesos, cincuenta centavos ($ 28.50) y partida de alimentación de veinte pesos, quince centavos ($ 20.15);

"7º Que el señor Aranza, quien gozaba de buena salud y completa aptitud física, viajaba en el referido avión, por pasaje que le concedió el comandante de la Base, y 'no hay constancia de que en ese viaje hubiera viajado en el desempeño de alguna comisión de servicio';

"8º Que Jorge E. Aranza, era hermano legítimo de Ernesto, Ana María y Sofía Aranza de Bernal, según las partidas de estado civil correspondientes".

El Tribunal para la demostración de la culpa aplicó la presunción que la jurisprudencia ha encontrado en el artículo 2356 del C. C., cuando se hace referencia a actividades peligrosas, como una fábrica de explosivos, un automóvil, un ferrocarril, un avión, etc.

Luego razona así:

"Pudiera argüirse que por tratarse de un transporte que pudo ser gratuito y que sólo le concedió el comandante de la base al señor Aranza, quien no está demostrado que iba en misión inherente a su cargo, el Estado no tiene que responder. No comparte el Tribunal este supuesto, pues según dicen los hermanos Mazeaud aun cuando el transporte pudiera ser gratuito ello no exonera la responsabilidad de la Nación, pues ella siempre debía verificar un transporte determinado (Tomo I, pág. 142 de su obra sobre Responsabilidad Civil). Además, la circunstancia de que el comandante de la base donde era empleado nacional Aranza concediera pasaje a éste en el avión, compromete la responsabilidad estatal..."

Por este párrafo dé la sentencia se comprende que se trata de un transporte benévolo, asunto que fue estudiado por la Sala, al fallar la demanda de indemnización promovida por la viuda del señor Jorge Aranza en el mismo accidente de aviación de que ahora se trata. Entonces dijo la Corte:

"En cuanto al **onus probandi**, nada es más equitativo que tomar en consideración la intención altruísta de quien favorece al amigo o acude en auxilio de una persona que se encuentra en circunstancias apremiantes. Una solución rigurosa, en estos casos, sería exorbitante.

"De aquí se sigue que quien viaja por mera complacencia del transportador, que no está cobrando el precio del pasaje, tendrá derecho a indemnización, al ocurrir un accidente, cuando demuestre que ha habido culpa por parte del transportador. Sería el **summun jus** aplicar, en estas condiciones, una presunción de culpabilidad con el rigorismo tradicional".

En la primera instancia no se dio prueba alguna sobre la culpa en que hubiera incurrido la aviación oficial; pues las probanzas se redujeron a partidas de origen eclesiástico y notarial; a un certificado del Ministerio de Guerra, Dirección General de Aviación, en el cual nada se dice sobre las causas del siniestro, y a un certificado del Ministerio de Hacienda en que consta que los demandantes no figuran en la lista de contribuyentes de impuestos.

En la certificación ya mencionada, emanada del Director General de Aviación, se lee: "Se encontraba al servicio de la Nación, pero el día del accidente no viajaba en cumplimiento de sus obligaciones oficiales e inherentes a su cargo, sino en virtud de pasaje concedido gratuitamente por el señor comandante de la base. No hay constancia de ninguna especie de que en ese viaje hubiera viajado en desempeño de alguna comisión del servicio".

En la segunda instancia las pruebas se concretaron a tratar de demostrar los perjuicios materiales.

Si se excluye la presunción de culpabilidad, en este expediente están ausentes las demostraciones de un hecho que pudiera generar la responsabilidad conforme a las disposiciones pertinentes del código civil. El juzgador no puede sentenciar sino en consideración a la demanda y a las pruebas que figuren en el juicio que ventila. Al respecto, conviene transcribir lo que dice el artículo 593 del código judicial: "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".

El negocio subió a esta Sala de la Corte por apelación de los demandantes y en consulta.

El doctor Augusto Socarrás, en calidad de vocero de la parte actora en la audiencia, planteó el problema del hecho notorio, alegando, al efecto, que en la sentencia de María Ester Castillo de Aranza contra la Nación, esta Sala de Negocios Generales de la Corte había declarado la responsabilidad por la muerte del señor Jorge Aranza.

Para sustentar la tesis, cita a un connotado expositor extranjero, quien dice:

"Ciertos hechos son de una naturaleza tal que no pueden ofrecer dudas al Tribunal. Se llaman hechos notorios, con notoriedad general (del dominio público) o sólo en el Tribunal. Los primeros son conocidos por todo el mundo, o por un gran círculo de personas, con seguridad, ora porque son generalmente perceptibles (p. e. la existencia, situación o importancia de una ciudad, el curso de un río, la distancia a que está una montaña, etc.), ora porque su existencia consta históricamente o porque por la difusión que han alcanzado están lo suficientemente acreditados (v. gr.: las noticias de los sucesos diarios dadas coincidencialmente por los periódicos). Hechos notorios en el Tribunal, con los que el que entiende del negocio conoce sin más por virtud de sus mismas funciones: v. gr. para el juzgado de primera instancia, ante el que se ejercita una acción hereditaria, es notoria la muerte del causante si, con ocasión de la misma, poco antes ha dictado un auto de declaración de heredero".

La Corte, por su parte, considera:

La sentencia debe ser conforme al libelo en el cual han de constar los hechos básicos que individualizan la acción, sin que le sea lícito al juzgador salirse de los fundamentos de la demanda, los cuales pertenecen a las partes. Quiere ello decir que los hechos que no fueren aportados por el actor, o que, aportados, no se demostraron, se consideran como inexistentes a los ojos del Juez.

No es lo mismo el hecho histórico que el notorio, aunque aquél puede a veces adquirir en la vida social el carácter de notoriedad.

La regla general es que se falla conforme a lo alegado y probado. Con todo, hay un principio que dice: las cosas notorias no es necesario probarlas.

Saber cuales son los hechos notorios es la dificultad. Para algunos autores son hechos notorios los generalmente aceptados o los conocidos en una determinada localidad por personas de mediana cultura, o los que conoce el juzgador por sus funciones.

En cuanto a estos últimos, salvo condiciones especiales, no podría considerárseles como notorios por la sola circunstancia de aparecer demostrados en otro juicio fallado por el mismo juzgador. Para la Sala no puede estimarse como notorio el hecho de haberse declarado en otro juicio la responsabilidad del Estado por la muerte de Aranza.

En virtud de lo discutido, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando ésta en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, y en su lugar ABSUELVE a la Nación de los cargos formulados en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE RESTITUCION DE EXCESO DE BALDIOS

1.—Las adjudicaciones de baldíos se hacen sujetas a una condición resolutoria para el caso de que el adjudicatario no cumpla en cierto tiempo las obligaciones relativas a la explotación y aprovechamiento de lo adjudicado; si se demuestra que esas obligaciones se han cumplido, se declara así y por lo mismo caducada la condición resolutoria.

2.—El artículo 11 de la ley 34 de 1936 reformó el 58 del Código Fiscal de 1912 preceptuando que sobre el exceso que resulte en una adjudicación tendrá derecho preferente el adjudicatario del baldío, siempre que haya cultivado todo el exceso o una parte no inferior a su mitad.

3.—La Corte acoge el concepto del señor Procurador, según el cual antes de la ley 200 de 1936 eran denunciables los excesos en la adjudicación de baldíos en todo tiempo y la prescripción adquisitiva no era alegable con respecto a los baldíos. Pero hoy un terreno baldío puede salir del dominio nacional sin adjudicación, mediante títulos anteriores entre particulares durante el término señalado a la prescripción extraordinaria. Si frente a la denuncia de exceso se presenta una titulación en los términos dichos no hay lugar a declarar el exceso, es decir, a declarar que el terreno denunciado es baldío, pues se ha demostrado que es propiedad particular. La propiedad particular no puede, es claro, ser denunciada como baldío, como exceso, para que se repute de propiedad nacional y se adjudique a otros distintos de los propietarios privados.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, mayo catorce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

En el mes de mayo de 1927 el doctor Francisco Tafur denunció ante el señor Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué, y para los efectos del artículo 58 del Código Fiscal en relación con el artículo 1º del Decreto Ejecutivo de 3 de abril de 1916, número 582, el hecho de que en la adjudicación del baldío denominado "La Siberia", perteneciente hoy a la jurisdicción del Municipio de San Miguel de Perdomo, verificada en el año de 1895 al señor Custodio Morales, existe un exceso de terreno de 244 hectáreas, conforme se ha demostrado mediante nueva mensura del mismo globo practicada recientemente por el ingeniero civil señor don Joaquín Andrade.

Otorgada por el denunciante doctor Tafur la caución prevista en el citado Decreto 582, el Gobierno Nacional por Resolución número 21 de 28 de febrero de 1928 autorizó al mencionado Fiscal para que iniciara y adelantara hasta su terminación la acción judicial conducente a obtener la restitución del exceso del baldío denunciado.

El Fiscal promovió la demanda en libelo presentado al Tribunal Superior de Ibagué; pero al día siguiente solicitó la devolución de su escrito para hacerle algunas aclaraciones y rectificaciones, a lo cual accedió el Tribunal.

Años después en el mes de noviembre de 1940, el señor Argemiro Escobar Angel con el carácter de cesionario del doctor Tafur en el derecho de denunciante del excedente y dueño de mejoras efectuadas tanto por su cedente como por él mismo, en una extensión que alcanzaba a más de la mitad del terreno, pidió al Fiscal que adelantase las gestiones del caso con el objeto de que se le adjudicara a Escobar el excedente.

El Gobierno le confirmó al Fiscal la autorización que ya le había dado en el año de 1928, y a virtud de ella ese funcionario presentó nueva demanda en la cual pide a nombre de la Nación que mediante los trámites legales se decrete la rectificación de la adjudicación hecha en el año de 1895 al señor Custodio Morales, del globo de terreno de La Siberia y se declare la existencia de un exceso en dicha adjudicación.

Citó como demandados a los señores Hernando Guzmán Vernaza, Ernesto, Guillermo, Inés y Francisco Tafur Morales, Luis Enrique Salazar, Teresa Rubio viuda de Morales y Tulio Morales, "personas todas estas que son los sucesores del primitivo adjudicatario señor Custodio Morales".

Notificada la demanda solamente se opuso a ella Hernando Guzmán, quien le denunció además el pleito al Banco Agrícola Hipotecario, y propuso como excepción la que proviene del derecho preferencial al pretendido exceso, según el artículo 11 de la Ley 34 de 1936.

El Banco propuso la misma excepción que había propuesto Guzmán y además la consistente en que el título primitivo está revalidado aun comprendiendo el exceso. Fuera de ello le denunció el pleito al señor Luis Enrique Salazar.

Salazar aceptó la existencia del exceso, pero encontró aceptable el argumento opuesto por el Banco de que el título primitivo había sido revalidado.

Trabada así la litis, presentadas por los interesados las pruebas que estimaron convenientes, y cumplidos los demás trámites de rigor, el Tribunal pronunció sentencia definitiva el 27 de abril de 1943 en el cual reconoció la existencia del exceso denunciado y en consecuencia decretó la rectificación correspondiente.

Tal fallo es el que ahora corresponde revisar a la Corte en segunda instancia, a virtud del recurso de apelación interpuesto por el Banco Agrícola Hipotecario.

En la Corte el negocio ha sido sometido a los trámites de rigor, y ahora se encuentra en estado de sentenciar.

LOS HECHOS

Conviene relacionar los hechos que deben tenerse en cuenta al resolver la presente controversia, los cuales se desprenden de los varios elementos procesales que existen en el expediente. Solamente después de fijar claramente la situación de hecho resultante del juicio, podrá determinarse con mejor acierto la aplicación del derecho:

1º Mediante Resolución dictada por el Ministerio de Hacienda el 24 de abril de 1894, se adjudicaron definitivamente a don Custodio Morales "a título de cultivador cuatrocientas trece (413) hectáreas (despreciando la fracción de los metros cuadrados) de terrenos baldíos denominados "La Siberia", ubicados en el Corregimiento de Anaime, jurisdicción del Municipio de Ibagué, Departamento del Tolima y comprendidos dentro de los siguientes linderos: Desde la boca de la quebrada denominada "Amoladora" en el río Anaime, aguas arriba por esta quebrada, hasta su nacimiento (0); de este punto, siguiendo en dirección de 106º azimut, y en una longitud de 1.300 metros, hasta encontrar con la quebrada denominada "Quebradona"; por ésta, aguas abajo, hasta su desembocadura en el riachuelo "Capotal"; por éste, aguas abajo, hasta la boca de la quebrada "Amoladora", primer lindero". Dice la resolución que un agrimensor contratado al efecto practicó debidamente la mensura, la demarcación, y levantó el plano del terreno adjudicado. (Fl. 55 v. a 58 c. Nº 2).

2º Mediante escritura pública número 329 de 18 de julio de 1905, otorgada en la Notaría de Ibagué, don Custodio Morales vendió a Manuel T. Morales "todos los derechos y acciones que pudieran corresponderle en la hacienda denominada 'La Siberia' según los linderos anteriormente descritos, inventariada en la sucesión de doña Magdalena Rubio de Morales, esposa que fue del vendedor." (Fl. 50 a 53, cuad. Nº 2).

3º Mediante escritura pública número 121 de marzo 23 de 1906, de la Notaría de Ibagué, se protocolizó el juicio de sucesión de doña Magdalena Rubio de Morales, en donde se le adjudicaron a Manuel Tomás Morales tres derechos proindivisos sobre La Siberia, avaluada en $ 225.000.00, por un valor total de $ 139.097.00, representativos: de la hijuela de gastos por valor de $ 1.600.00; como cesionario del cónyuge sobreviviente, $ 123.395.00; y en calidad de legítima rigurosa, como heredero $ 14.102.50. (Fl. 8, cuad. Nº 2).

4º Mediante escritura número 175 de 18 de abril de 1923, otorgada en la Notaría Segunda de Ibagué Manuel T. Morales vendió al doctor Francisco Tafur el derecho de $ 1.600.00 que se le había adjudicado en La Siberia. (Fl. 8 ibídem).

5º Mediante escritura número 443 de 30 de mayo de 1928, otorgada en la Notaría de Ibagué, se protocolizó el juicio divisorio de la finca de La Siberia; en la participación se adjudicaron por el partidor sendos lotes de 129 hectáreas al doctor Francisco Tafur; 252 hectáreas a Manuel T. Morales; 30 hectáreas más unos metros cuadrados a la señora María Luisa M. de Tafur. En la misma partición hizo constar el partidor doctor Joaquín Andrade, que había encontrado un error en la mensura practicada en el año de 1895, derivado del error de dirección en la línea de 1.300 metros que cerraba el globo por el costado noroeste; y que al medir el terreno encontró un área total de **seiscientas cincuenta y siete hectáreas dos mil metros cuadrados** (657 h. 2.000 m²) es decir, que quedó un lote sobrante sin adjudicar de **doscientas cuarenta y cuatro hectáreas con dos mil metros cuadrados** (244 h. 2.000 m²). (Fs. 7 a 18, cuad. Nº 3).

6º Por medio de la escritura número 438 de 25 de febrero de 1933, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá el doctor Francisco Tafur vendió a María del Carmen Tafur Morales "las mejoras de pasto artificial y desmontes situados en un lote de terreno que el vendedor denunció ante el Fiscal del Tribunal, como excedente baldío en la adjudicación de mayor porción hecha a don Custodio Morales". (Fl. 79 a 80, cuad. Nº 1).

7º Por medio de escritura número 1327 de 19 de junio de 1940 de la Notaría Tercera de Bogotá, Argemiro Escobar Angel compró a María del Carmen Tafur Morales "todas las mejoras de pastos artificiales y desmontes situados en lote de terreno" de que trata la escritura anterior, mejoras que fueron efectuadas "a nombre del doctor Tafur por el señor Joaquín Orozco y a nombre de la vendedora, posteriormente por su hermano, señor Ernesto Tafur Morales, quien hizo respetar la posesión material haciendo varios desmontes". (Fl. 76 a 78, cuad. Nº 1).

8º En una diligencia de inspección ocular practicada por el Juez de Tierras de Ibagué y decretada en auto de 3 de septiembre de 1940 en el juicio de lanzamiento propuesto ante el mismo Juez por el señor Hernando Guzmán contra Argemiro Escobar, respecto a unos desmontes que había hecho el señor Escobar, se dejó la siguiente constancia: "que dentro del lote que denomina el 'Excedente' comprado por el doctor Argemiro Escobar a la señorita María del Carmen Tafur Morales, tiene el doctor Escobar como mejoras que entraron en la compra y hacia la margen izquierda de la quebrada denominada "La Amoladora" más o menos sesenta cuadras cultivadas de pastos artificiales y un poco más hacia arriba, hacia el norte, más o menos treinta cuadras también cultivadas de pastos". Estos desmontes no se le discutieron al doctor Escobar, en el mencionado juicio de lanzamiento, el cual versó sobre otras sesenta cuadras, más o menos, de "derriba de montaña" hecha por cuenta del mismo doctor Escobar, "dentro de los linderos del lote llamado La Siberia o Morales, finca ésta que fue del señor Luis Enrique Salazar, y que luego pasó a poder del Banco Agrícola Hipotecario, a quien la compró el señor Hernando Guzmán..., y que es la que dá lugar al presente litigio". (Fls. 31 y 32 del cuad. Nº 2).

9º.—Antes de la división material del globo de La Siberia, mencionada en el numeral 5º del aparte anterior, el comunero don Manuel T. Morales vendióle a Luis Enrique Salazar, el 6 de noviembre de 1925, como cuerpo cierto y determinado el siguiente lote de terreno, diciendo "que el lote de terreno así alinderado es una parte del que en mayor extensión hubo el exponente por compra hecha al señor Custodio Morales en los términos del instrumento público número 329 de 18 de julio de 1905"; es decir, la adquisición relatada en el numeral 2º "Un lote de terreno ubicado en la fracción de La Siberia, de la jurisdicción del citado Municipio de San Miguel de Perdomo y alinderado así: Desde el nacimiento de la quebrada denominada "La Cesar", lindero entre el comprador y el vendedor, se sigue por esta quebrada abajo, hasta enfrentar con el pie del cañero del vendedor señor Morales; cañero que queda en la margen derecha de dicha quebrada; siguiendo por la línea que marca el pie de dicho cañero hasta encontrar con la quebrada de "La Toma"; por ésta arriba, hasta sus nacimientos; de aquí hacia la izquierda u occidente, una línea hasta el camino que va del punto de El Chuscal hacia Los Valles; por este camino abajo hasta enfrentar con los nacimientos de la quebrada "La Cesar"; y de allí a dichos nacimientos, punto de partida". (Fls. 21 y 22 cuad. Nº 2).

10º.—El 4 de diciembre de 1935 se registró en la respectiva oficina de registro el remate y auto aprobatorio del mismo lote relacionado en el punto anterior, efectuado a su favor por el Banco Agrícola Hipotecario, dentro del juicio especial de venta o adjudicación que el mismo Banco siguió contra Luis Enrique Salazar (fls. 25 a 28 cuad. Nº 2). Y el Banco por escritura número 1.052 de 7 de diciembre de 1937, otorgada en la Notaría Primera del círculo de Ibagué, vendió el mismo lote, junto con otra finca adyacente llamada "El Chuscal o Corinto" al señor Hernando Guzmán, el demandado que se ha opuesto, junto con el Banco Agrícola, a quien le denunció el pleito, a que prospere la acción de denuncio del exceso. (Fls. 13 a 19 del cuad. Nº 2).

11º.—En la diligencia de inspección ocular practicada en el presente juicio (fls. 34 a 37 cuad. Nº 3) fue debidamente identificado el globo de La Siberia adjudicado en el año de 1895 a don Custodio Morales. Consta en el acta que "el personal de la diligencia después de haber recorrido esta alinderación (la del globo) que en su mayoría está constituída por linderos arcifinios la consideró debidamente identificada. Tanto la parte demandante como la parte demandada están de acuerdo sobre el particular, menos en lo relativo al lindero denominado quebrada de La Amoladora, res-

pecto de la cual la segunda de dichas partes afirma que se llama también de "La Cesar" por causa de unas minas antiguas que existen más o menos a inmediaciones del curso de la quebrada aludida".

12.—En la misma diligencia de inspección ocular practicada en el presente juicio, al tratar de identificar el lote vendido como cuerpo cierto por Manuel T. Morales a Luis Enrique Salazar por medio del instrumento de que trata el punto primero del presente aparte, surgió una discrepancia entre las partes consistente en que la demandada sostiene que la quebrada de La Amoladora es la misma que se llama **Cesar** en el título que se le otorgó al señor Salazar; en tanto que la contraparte sostuvo que la **Cesar** es una quebrada diferente que desemboca en la margen derecha de la quebrada de La Amoladora, y que no existe la quebrada de La Toma de que habla dicho título, la cual es apenas un caudal artificial de agua que desprende de la verdadera quebrada Cesar y va a terminar a la casa de La Siberia. Para aclarar el punto el Juez tomó las declaraciones que aparecen en el acta, de las cuales se infiere sin lugar a dudas que la quebrada de La Amoladora, es evidentemente distinta de la llamada Cesar, la cual desemboca en la banda derecha de aquélla, y que no hay una verdadera quebrada llamada La Toma. Pero de aquí tampoco puede deducirse, como lo afirman los peritos que intervinieron en la inspección ocular, que por ser La Amoladora distinta de La Cesar, conforme figura en el plano general del globo La Siberia adjudicado a Custodio Morales en 1895, y por los peritos reconstruído, el lote comprado por Salazar el 6 de noviembre de 1925 a Manuel T. Morales queda reducido a una recta y al lecho de la quebrada "La Toma" o "La Cesar", fundándose en que la alinderación dada al lote en cuestión "sube por una quebrada con el nombre de "La Cesar" y baja por la misma quebrada con el nombre de "La Toma". Esta conclusión de los peritos llevaría al absurdo de que Salazar nada había comprado en 1925. Además está contradicha, como lo sostiene el señor Procurador en el alegato de conclusión, con el acta misma de la inspección ocular, en que se dejaron constancias que comprueban que lo adquirido por Salazar hállase ubicado entre las quebradas La Amoladora y "La Cesar". Lo que ocurrió en realidad, y eso aparece de manifiesto a la vista del plano hecho por los peritos, y lo confirma la propia declaración de Salazar rendida en este juicio (fl. 31 cuad. Nº 3), fue que en la venta que a éste le hizo Manuel T. Morales se incurrió en el error de llamar la quebrada de La Amoladora, con el nombre de "La Cesar", y a ésta con el nombre de "La Toma".

13.—De consiguiente, no hay ninguna duda de que el lote comprado por Salazar a don Manuel T. Morales y que hoy es de Hernando Guzmán está localizado entre las quebradas La Amoladora y La César. Sobre esta porción de terreno la diligencia de inspección ocular contiene la siguiente constancia: "Dentro de la porción de terreno a que se ha hecho mención últimamente, el Tribunal constató la existencia, cerca a la confluencia de las dos quebradas (La Amoladora y La Cesar), de un potrero de pasto artificial de que está en posesión el demandado, y que según lo admitieron ambas partes, está localizado donde existió antes el cañero de don Manuel Morales, a que se refiere la alinderación. Ese potrero se llama El Tabor y tiene una extensión aproximada de unas veinticinco hectáreas (25). En la parte superior y separado de él por una faja de montaña, existen dos derribas de montaña de una extensión aproximada de sesenta y seis hectáreas (66) respectivamente, hecha la primera por el demandante doctor Argemiro Escobar Angel y la segunda en su mayor parte por el señor Ernesto Tafur, en la cual tiene establecida la parte demandada una plantación de papa de una media fanegada de extensión, poco más o menos. A petición del doctor José Antonio Caicedo se deja constancia de que el doctor Escobar Angel manifestó en presencia del Tribunal, como en efecto así sucedió, que el potrero de El Tabor fue establecido por don Luis Enrique Salazar, sobre lo cual declara dicho doctor Escobar Angel que quedó dentro del lote de la partición que se le adjudicó a don Manuel Morales".

14.—Aclarado el error que se cometió en la escritura por medio de la cual Luis Enrique Salazar le compró a Manuel T. Morales en el año de 1925 un lote de tierra, de confundir el nombre de las dos quebradas citadas en la escritura, cabe observar que según ésta el lote vendido se extiende entre las dos quebradas La Cesar y La Amoladora, desde sus nacimientos, pues se mencionan los nacimientos de las dos quebradas. Siendo así es evidente que tal lote se superpone en una parte sobre el del "excedente", tal como figura en el plano que obra en el juicio y en el croquis que hizo y presentó con el alegato de conclusión el apoderado del doctor Argemiro Escobar, croquis que está calcado en las líneas generales del plano. Así mismo el potrero llamado El Tabor, observado en la

inspección ocular está dentro de los límites del lote que se le adjudicó a don Manuel T. Morales en la partición material; pero las dos **derribas** de montaña, de que habla también la inspección ocular en la parte transcrita, "hecha la primera por el demandante doctor Escobar y la segunda en su mayor parte por el señor Ernesto Tafur, en la cual tiene establecida la parte demandada una plantación de papa de una media fanegada de extensión, poco más o menos", están situadas en el lote llamado el "excedente".

15.—En la primera instancia los peritos que intervinieron en la inspección ocular, ingenieros Luis Moreno Ferro, Francisco Díaz y Félix Restrepo Isaza llegaron a la conclusión unánime de que dentro de los linderos de la adjudicación hecha en el año de 1895 a don Custodio Morales por 413 hectáreas de tierra existe un exceso de 245 hectáreas con 5.000 m2, en lo cual coinciden con poca diferencia con los resultados de la mensura que practicó el ingeniero partidor doctor Joaquín Andrade, al dividir el globo de La Siberia entre los comuneros. Dicen los peritos: "Entre la cabida obtenida por la mensura hecha por nosotros **mediante una red de triangulación,** y la que obtuvo el partidor doctor Andrade **mediante el levantamiento por rumbo y distancia,** existe una diferencia de 1 hectárea con 3.000 m2: para el doctor Andrade la superficie total es de 657 hectáreas con 5.000 m2. La diferencia anotada, lejos de indicar error en uno u otro de los trabajos de mensura, confirma la exactitud de ambos trabajos, pues por métodos distintos se han obtenido resultados idénticos, ya que la diferencia es muy inferior a la que puede tolerarse como "error de cierre" en una superficie de 658 hectáreas en terreno quebrado".

Para la Sala es evidente, y en ello está de acuerdo el señor Procurador, que del anterior dictamen pericial, que confirma el informe del partidor, se desprende la plena prueba de la existencia de un exceso en la adjudicación de baldíos hecha en el año de 1895 a don Custodio Morales, de 245 hectáreas con 5.000 m2, atendiendo en la fijación de esta cantidad definitivamente el dictamen perciial, que por haber sido practicado por tres ingenieros da más seguridad de acercarse a la plena realidad que la mensura practicada por el doctor Andrade. Como lo informan los peritos la circunstancia de que entre su trabajo y el del mencionado partidor resulte una diferencia de algo más de una hectárea, lejos de establecer una duda sería sobre cualquiera de los dos, les da mayor fuerza, porque es sabido la posibilidad de errores en la mensura de terrenos de forma y superficie irregular.

Aplicación del Derecho

El opositor señor Hernando Guzmán propuso la excepción de revalidación del título de adjudicación, fundado en la Resolución número 10 de 1937, originaria del Ministerio de Agricultura y Comercio, en virtud de la cual declaróse extinguida la condición resolutoria que afectaba la hacienda de La Siberia y definitiva por ende la adjudicación de 1895.

Pero esta excepción negada por el Tribunal y sobre la cual no se ha insistido en esta segunda instancia, carece de todo fundamento ya que la mencionada resolución nada tiene que ver con la acción para denunciar el exceso en una adjudicación de baldíos. Las adjudicaciones de baldíos se hacen sujetas a una condición resolutoria para el caso de que el adjudicatario no cumpla en cierto tiempo las obligaciones relativas a la explotación y aprovechamiento de lo adjudicado; si se demuestra que esas obligaciones se han cumplido, se declara así y por lo mismo caducada la condición resolutoria.

El artículo 58 del Código Fiscal de 1912 dispone que todo exceso obtenido en una adjudicación de baldíos es denunciable en cualquier tiempo. El denunciante que pruebe la existencia del exceso tiene derecho a que se le adjudique gratuitamente la mitad de dicho exceso y la preferencia para que se le adjudique el resto a cualquiera de los títulos establecidos en el mismo Código.

El artículo 11 de la ley 34 de 1936 reformó la disposición anterior, preceptuando que sobre el exceso que resulte en una adjudicación, tendrá derecho preferente el adjudicatario del baldío, siempre que haya cultivado todo el exceso o una parte no inferior a su mitad.

En el presente pleito está demostrado el exceso en la adjudicación de 1895 a don Custodio Morales, y demostrado también que el doctor Argemiro Escobar es sucesor en parte del adjudicatario del baldío, que posee cultivos en gran porción del excedente, luego rigieran solamente las disposiciones citadas del Código Fiscal, sería ninguna la dificultad para resolver afirmativamente la demanda.

Mas con la vigencia de la ley 200 de 1936, sobre tierras, surge hoy una situación jurídica nueva en relación con los terrenos baldíos, situación que

el señor Procurador discute acertadamente así en su escrito final:

"Aquí el verdadero problema jurídico es el creado por la ley 200 de 1936 en sus tres primeros artículos. Con anterioridad a dicha ley los excesos eran denunciables en todo tiempo y la prescripción adquisitiva no era alegable con respecto a los baldíos. Estuvieron vigentes esas disposiciones del Código Fiscal y nada tendría que estudiarse respecto de las excepciones propuestas y sustentadas por los demandados a quienes fue denunciado este pleito y especialmente por el Banco Agrícola Hipotecario.

En efecto: de conformidad con el artículo 3 de la ley 200 "acreditan propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, y en consecuencia desvirtúan la presunción consagrada en el artículo anterior, fuera del título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, los títulos inscritos otorgados con anterioridad a la presente ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria". La presunción del artículo anterior, es de que son baldíos los predios rústicos no poseídos de cierto modo. Por tanto, no hay lugar a duda de que el artículo 3 se refiere precisamente a terrenos baldíos, para crear un modo nuevo de adquirirlo consistente en la tradición entre particulares. Hoy un terreno baldío puede salir del dominio nacional sin adjudicación, mediante títulos inscritos entre particulares durante el término señalado a la prescripción extraordinaria. Si frente a la denuncia de exceso se presenta una titulación en los términos dichos no hay lugar a declarar el exceso, es decir, a declarar que el terreno denunciado es baldío, pues se ha demostrado que es de propiedad particular. La propiedad particular es claro que no puede ser denunciada como baldío, como exceso, para que se repute, de propiedad nacional y se adjudique a otros distintos de los propietarios privados".

Prevalido del instrumento público número 509 de 1925 de la Notaría 2ª de Ibagué por medio de la cual el señor Manuel T. Morales vendió a Luis Enrique Salazar el predio que luego pasó a ser de propiedad del Banco Agrícola y es ahora de Hernando Guzmán, el apoderado del Banco pretende que el exceso desapareció como baldío, pues por aplicación del artículo 3º de la ley 200, esa porción está amparada por títulos inscritos otorgados con anterioridad a dicha ley en que constan tradiciones por un lapso no menor de treinta años.

De consiguiente, incumbe estudiar esta objeción.

Se observa en primer lugar que según quedó establecido (punto octavo) en el lote llamado el **excedente** el señor Argemiro Escobar tiene alrededor de 90 cuadras cultivadas de pastos artificiales, cuya propiedad y posesión no se le han discutido, según la constancia que dejó el Juez de Tierras en la diligencia de inspección ocular del año de 1940.

Igualmente aparece claro, según lo dicho en los puntos 13 y 14, que el lote descrito en la escritura otorgada a Salazar por don Manuel Morales debe estar comprendido entre las quebradas Cesar y La Amoladora, de manera que sólo comprende una porción del lote "excedente".

Por lo tanto, las pretensiones de la parte opositora, no pueden extenderse más allá de esa porción, que sería la única sobre la cual podría haberse operado la prescripción prevista en el artículo 3º de la ley 200 de 1936 por la posesión inscrita que le hubiera hecho perder su calidad de baldío. En lo demás el lote excedente claramente conserva esta calidad, y siendo así es denunciable conforme a las disposiciones que antes dejáronse citadas del Código Fiscal.

Empero, el problema de saber si el señor Hernando Guzmán ha ganado por prescripción una parte del lote denunciado como baldío excedente, no puede ser resuelto en este juicio, cuyo objeto único es el de calificar la procedencia de la acción ejercitada en la demanda. El derecho preferencial que se tenga sobre la parte del lote excedente, comprendido entre las quebradas La Cesar y la Amoladora, es una controversia entre particulares, y que por lo tanto debe fallarse definitivamente en el juicio de oposición a una adjudicación de baldíos previsto en el artículo 74 del Código Fiscal. (El proyecto de sentencia en este negocio fue elaborado por el Magistrado doctor Arturo Tapias Pilonieta y aprobado por la Sala sin modificación ninguna).

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, confirma el fallo apelado en todas sus partes.

Sin costas la segunda instancia.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda.—Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Carlos Medellín., (Conjuez) **Eleuterio Serna.—Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

ACCION PRINCIPAL PETITORIA DE PAGO DE UNAS MEJORAS Y RECONVENCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS. –INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

Hay interrupción civil de la prescripción por la demanda judicial sobre la acción de cuya prescriptibilidad se trate, fuera de las excepciones contempladas en el artículo 2524 del C. C. No basta la demanda, que es una renovación persistente del reclamo de la deuda, sino que es indispensable la notificación legal de ella, como lo prescribe el ordinal 1º de ese artículo. Hay interrupción natural cuando expresa o tácitamente se reconoce la deuda. Un simple requerimiento, la notificación de una cesión de crédito o el reconocimiento de un documento no constituirían una interrupción natural, porque en ese evento el papel del deudor es completamente pasivo. Se interrumpiría naturalmente la prescripción si el deudor pagara, por ejemplo, intereses de la deuda, porque entonces podría decirse que él, por un hecho inequívoco, había manifestado reconocer la obligación. Y no se concibe cómo pueda consumarse una prescripción, que es algo así como la ley del olvido, cuando la deuda se ha reconocido verbalmente, por carta o por medio de hechos que de manera inequívoca declaren la existencia de ella.

La Sala de Casación ha establecido que la prescripción de un crédito no corre cuando está garantizado con una prenda, en tanto que la prenda permanezca en manos del acreedor. En esas circunstancias, la tenencia de la cosa, en virtud de una convención entre las partes, puede interpretarse como un reconocimiento constante de la existencia de la obligación.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo quince de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Eduardo Rodríguez Piñeres, como apoderado de la sociedad inglesa denominada "The Western Andes Mining Company Limited", demandó al Estado colombiano para que se le condenara a pagar a la compañía mencionada "el valor de las mejoras puestas por ella y por sus antecesores jurídicos en las minas que la primitiva República de Colombia arrendó a los señores B. A. Goldschmidt & Co., y que la dicha sociedad Western Andes Mining Company Limited entregó al fin del arriendo, pago que ha de hacer dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria del fallo y conforme al avalúo que se haga del valor de esas mejoras dentro del juicio, y a pagar sobre la suma a que sea condenado intereses a la tasa del cinco por ciento anual, en caso de demora y durante ella".

Los hechos en que se basamentó la acción, son, en síntesis, como va a verse:

Primero. Que entre la primitiva República de Colombia y los señores B. A. Goldschmidt y Cía. se celebró el 18 de abril de 1825 un contrato de arrendamiento de las minas de la Vega de Supía y Marmato.

Segundo. Que la actual República de Colombia es sucesora jurídica de la primitiva

Tercero. Que la Western Andes Mining Company Limited es sucesora jurídica de la Sociedad B. A. Goldschmidt y Cía.

Cuarto. Que la Western Andes Mining Company Limited le restituyó al Estado, al fin del contrato, la cosa arrendada.

Quinto. Que el Estado no ha pagado las susodichas mejoras ni se ha allanado a verificar el avalúo.

Sexto. Que el Estado ha sido reconvenido judicialmente para que cumpla la cláusula séptima del referido contrato.

Esta demanda se notificó al señor Procurador General de la Nación el 14 de julio de 1924, quien la contestó en los siguientes términos:

"Me opongo en nombre de la Nación a que se haga la condenación solicitada en la parte petitoria de la demanda, porque la compañía The Western Andes Mining Company Limited dejó pasar el tiempo hábil para proceder al reconocimiento y avalúo formal de las mejoras abonables que hubiera hecho en las minas de Supía y Marmato y

que existieran en ellas el 18 de abril de 1901, fecha en que expiró definitivamente el contrato de arrendamiento de tales minas y porque esta acción judicial para el cobro de dichas mejoras se ha incoado después de expirado el término de la prescripción, de conformidad con los artículos 2.535 y 2.536 del C. C.

"Con la restricción que comporta el artículo 163 del C. J., inciso 2º, contesto los hechos fundamentales de la demanda así:

"1º Es cierto.

"2º Es cierto.

"3º Es cierto.

"4º No es cierto. La Western Andes Mining Company Limited no cumplió la obligación de restituír las minas de Supía y Marmato que se le habían dado en arrendamiento en 1825 y entregado en ese mismo año y en el de 1829, sino parcialmente, pues dejó de cumplir tal obligación en la forma y tiempo debidos respecto al grupo minero llamado **"El Guamo o cerro de Marmato"**, de las dos vetas minerales llamadas **San Antonio** y **La Cruzada** y de las casas de habitación situadas en el mencionado grupo de minas y todos los molinos, máquinas, aparatos, enseres y utensilios destinados por la Compañía a la elaboración de las minas.

"5º Ignoro este hecho. Lo que sí parece cierto es que la Compañía demandante no solicitó el reconocimiento de las mejoras si las hubo y su formal avalúo ni el pago de ellas en ninguna época, a partir del 18 de abril de 1901, en que surgió el derecho, y dejó pasar las oportunidades que le ofrecieron la entrega verificada el 6 de julio de 1905 y el lanzamiento practicado en 11 de septiembre de 1906 en virtud de las sentencias de la Corte, fechas 7 de mayo y 25 de agosto de 1906, pronunciadas en el juicio incoado contra la compañía por el señor General Alfredo Vásquez Cobo como apoderado de la Nación en el ejercicio de la acción consagrada por el artículo 41 de la 100 de 1892.

"6º La Compañía pretendió constituír a la Nación en mora de pagar mediante un requerimiento al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público que en justicia y equidad no podía hacer por haber ella faltado primero al cumplimiento, en forma y tiempo debidos, de la obligación de entregar las minas y sus elementos de explotación y luego por haber transcurrido ya el tiempo hábil para el reconocimiento y avalúo formal de las mejoras, si las hubo, y para el cobro del valor de éstas.

"Propongo la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción incoada, no solamente en cuanto se dejó pasar el tiempo hábil para el reconocimiento y avalúo formal de las mejoras, si las hubo, sino en cuanto se dejó pasar ese mismo tiempo para el establecimiento de dicha acción, excepción que fundo en las consideraciones antes expuestas, fuera de las que expondré al alegar de bien probado".

Por otra parte, el mismo alto empleado promovió demanda de reconvención contra la sociedad demandante, para que se la obligara a indemnizar a la Nación por los perjuicios provenientes de haber retardado la Compañía la restitución del grupo minero llamado El Guamo o cerro de Marmato, las Vetas de San Antonio y La Cruzada, todo ello como parte integrante de las minas de Supía y Marmato, y de haber retardado también la entrega de las casas de habitación, motores y otros implementos.

Fueron hechos fundamentales los siguientes:

"1º Por virtud de contrato celebrado el 18 de abril de 1825 entre el Gobierno de Colombia y la Sociedad B. A. Goldschmidt y Co. aquél dio a ésta en arrendamiento las minas de Supía y Marmato por espacio de 25 años, prorrogables por 50 más a voluntad del arrendatario. Dicho contrato fue renovado y reformado por los que he citado en la parte petitoria de esta demanda.

"2º En virtud de aquel contrato, el Gobierno Nacional entregó al arrendatario las minas materia del arrendamiento del 14 de agosto al 10 de noviembre de 1825 y del 7 al 9 de octubre de 1829 e hizo avaluar en esta última ocasión los bienes y elementos que entregó al arrendatario, según consta en los números 12.540 a 12.543 del Diario Oficial, de enero de 1906.

"3º El arrendatario se obligó a restituír las minas al finalizar la última prórroga del arrendamiento con sus elementos de explotación al tenor del artículo 7º del contrato de 18 de abril de 1825.

"4º El arrendamiento expiró definitivamente el 18 de abril de 1901.

"5º La Compañía, con asentimiento del Gobierno, restituyó en 1905 varias minas, las que se determinan en la diligencia de entrega y recibo practicada del 6 al 11 de julio de 1905, y dejó de entregar, reteniéndolas indebidamente, contra la voluntad del arrendador, por consiguiente, las que figuran en la diligencia de lanzamiento practicada del 11 al 20 de septiembre de 1906.

"6º El lanzamiento se verificó en fuerza de las sentencias de 7 de mayo y 25 de agosto de 1906

pronunciadas por la Corte Suprema en la acción de tenencia sumaria establecida por el señor General Alfredo Vásquez Cobo, como apoderado de la Nación contra The Western Andes Mining Company Limited.

"7º La retención indebida por parte de la Compañía del grupo minero a que se refieren las anteriores sentencias de la Corte causó perjuicios a la Nación, tanto por haberse visto privada de la administración y usufructo de esas minas en más de un año cuanto por haber tenido que hacer gastos de consideración para recuperar la tenencia de ellas y de los elementos de explotación y laboreo de las mismas minas.

"8º The Western Andes Mining Company Limited es responsable de estos perjuicios por ser ella la que los ocasionó como sucesora de la primitiva compañía arrendataria, en cuyos derechos y obligaciones quedó subrogada, de conformidad con los actos y documentos que cita el actor en la demanda principal".

El Dr. Rodríguez Piñeres dio contestación así:

"Al primero. Es cierto; pero observo que, conforme a las voces del contrato, las arrendadas no fueron las minas de Supía y Marmato sino las minas que en esos lugares tenía la República de Colombia; lo que brilla al ojo es distinto.

"Al segundo. Es cierto; pero, cuanto a la entrega, noto que en ella no se circunscribió por linderos lo que la Corte en sus fallos citados denominó 'el grupo minero de El Guamo' y que en la diligencia no se habla de tal grupo ni mucho menos se establece la sinonimia arbitraria de la Corte que habla de 'o cerro de Marmato'.

"Más aún, en esa diligencia se incurrió en el error de entregar bienes que no eran del Estado.

"Al tercero. Es cierto.

"Al cuarto. Es cierto; pero observo que la Compañía estuvo urgiendo a la Junta Nacional de Amortización y al Gobierno para que le recibieran las minas, las que entregó una vez que el último designó a la persona que debía recibirlas en su nombre. (Cuad. 1º, f. 29).

"Al quinto. Es cierto lo de la entrega de las minas; pero no lo es lo de que la Compañía hubiese retenido algo de propiedad del Estado.

"Al sexto. Es cierto lo del lanzamiento; pero éste tuvo por objeto bienes que no eran del Estado.

"Al séptimo. No es cierto.

"Al octavo. No es cierto".

Los dos juicios se tramitaron por una misma cuerda debidamente y es llegado el momento de resolver.

Demanda principal

El doctor Rodríguez Piñeres con las respectivas escrituras demostró su capacidad procesal para representar en este juicio a la Western Andes Mining Company Limited.

Se demandó para la Compañía, con personería propia, para que se le reconociese judicialmente un derecho y se dispusiese el correspondiente pago.

Así las cosas, precisa demostrar, como presupuesto procesal, la existencia de la sociedad, teniendo en cuenta las exigencias de las leyes vigentes en la época en que ésta se incorporó en Colombia, pues en semejante caso rige la siguiente norma: **"Tempus regit actum".**

En el año de 1888 se dictaron tres leyes sobre sociedades anónimas: la 27, la 62 y la 124. La segunda de ellas fue sancionada el 25 de mayo, y la tercera el 26 de noviembre, ambas del mismo año precitado.

En autos figura la copia de la escritura número 87 de 19 de noviembre de 1888, otorgada en la Notaría de Marmato, y en virtud de la cual se protocolizaron los documentos relativos a la fundación de la Sociedad y los correspondientes estatutos (fs. 184 del cuad. número 3).

Figura asimismo (fs. 165 del mismo cuaderno) una copia de la resolución, fechada el 9 de febrero de 1889, por la cual, en función de la autorización conferida por el artículo 2º de la ley 124 de 1888, el Ejecutivo reconoce oficialmente la existencia de la Compañía demandante.

Dicha resolución se copió del Diario Oficial, por orden del Ministerio de Gobierno, encargado en esa época de la guarda de los documentos referentes a semejante materia. No encontrándose la providencia primitiva, el testimonio constante en el periódico oficial hace presumible la existencia de ella, toda vez que los testimonios de dicha publicación son antecedentes suficientes para garantizar la autenticidad de la copia prenombrada.

En cuanto a la existencia del contrato, entre otros documentos, se presentó copia de la escritura 912 otorgada el 6 de mayo de 1873 en la ciudad de Bogotá, por medio de la cual el señor Percy Brandon traspasó a la Western Andes Mining Company Limited los derechos de arrendatario que éste tenía en las minas de Supía y Marmato.

La Ley 153 de 1871 aprobó el contrato que la Unión Colombiana ajustó con el señor Brandon, en virtud del cual "se concedió una prórroga del primitivo contrato, con fecha diecisiete de abril de mil ochocientos setenta y uno y por el término de veinticinco años que habrían de contarse desde el dieciocho de abril de mil ochocientos ochenta y cinco", según dice el doctor Rodríguez Piñeres en la demanda.

El 19 de junio de 1900 se celebró un nuevo contrato de prórroga que empezó el 18 de abril de ese año y que fue aprobado por el Decreto legislativo número 785 de 1900 y cuyo tenor es el siguiente:

"El Presidente de la República en uso de sus facultades constitucionales, DECRETA:

"Artículo único. Apruébase el contrato celebrado entre el Ministro de Instrucción Pública, encargado del Despacho de Hacienda, y el señor Charles W. Brandon, sobre prórroga del arrendamiento de las minas de Supía y Marmato, que a la letra dice:

"CONTRATO SOBRE PRÓRROGA DEL ARRENDAMIENTO DE LAS MINAS DE SUPIA Y MARMATO

"Entre los suscritos, a saber Marco F. Suárez, Ministro de Instrucción Pública, encargado del Despacho de Hacienda, debidamente autorizado por el Excmo. señor Presidente de la República, quien en el texto de este contrato se denominará **el Gobierno,** por una parte; y por la otra, Charles W. Brandon, en su carácter de Apoderado y Representante de la Compañía inglesa denominada **The Western Andes Mining Co. Limited,** hemos celebrado el siguiente contrato:

"Artículo 1º El Gobierno prorroga el arrendamiento de las minas conocidas antiguamente con el nombre de Supía y Marmato, que se hallan situadas en varios municipios del departamento del Cauca, por el tiempo necesario para la practicabilidad de la entrega y recibo de ellas, en las mismas condiciones de los contratos de arrendamiento celebrados desde 1825 hasta la fecha del presente, con excepción del valor del arrendamiento, que se eleva ahora en un 25 por 100, es decir, a razón de cinco mil pesos ($ 5.000) anuales, pagaderos por mensualidades anticipadas en la Tesorería General de la República.

"Artículo 2º El término de la prórroga del arrendamiento de que trata el artículo anterior, no excederá en ningún caso, de un año contado desde el 18 de abril de 1900.

"Artículo 3º El Gobierno, teniendo en cuenta el estado de guerra en que se halla el país, dispondrá lo conveniente para que le sean expedidos al señor Charles W. Brandon salvoconductos amplios para sí y para los empleados en el laboreo y administración de las minas, con el objeto de que, observando neutralidad absoluta, se den a la Empresa completas garantías para que pueda cumplir las obligaciones que emanan del presente contrato.

"Artículo 4º Las Partes contratantes declaran que este contrato no implica novación de los citados en el artículo 1º, salvo en el precio del arrendamiento.

"Artículo 5º Se hace observar que las minas enunciadas en el artículo 1º de este contrato, son aquellas de que se dio posesión en 1825 al Apoderado de B. A. Goldschmidt & Co., según aparece del **testimonio** reproducido en el número 7.095 del Diario Oficial, y posteriormente a los Apoderados de **The Western Andes Mining Co. Limited.**

"Artículo 6º El presente contrato necesita para su validez la aprobación del Poder Ejecutivo.

"En fe de lo expuesto se firman dos ejemplares de un tenor, en Bogotá, a 19 de junio de 1900.

"Marco F. Suárez.—Charles W. Brandon.

"Poder Ejecutivo Nacional. — Villeta, Departamento de Cundinamarca, 19 de junio de 1900.

"Aprobado.

"MANUEL A. SANCLEMENTE

"El Ministro de Instrucción Pública, encargado del Despacho de Hacienda,

"Marco F. Suárez.

"Comuníquese y publíquese.

"Dado en Villeta, Departamento de Cundinamarca, a 19 de junio de 1900.

"L. S.) MANUEL A. SANCLEMENTE

"El Ministro de Gobierno, Rafael M. Palacio. El Ministro de Relaciones Exteriores, Carlos Cuervo Márquez. El Ministro de Instrucción Pública, encargado del Despacho de Hacienda, Marco F. Suárez. El Ministro de Guerra, encargado del Despacho del Tesoro, Manuel Casabianca".

Ante todo conviene transcribir el artículo séptimo del contrato de 1825 y que está concebido así:

"Séptimo. Si al cumplirse los tres períodos de veinticinco años cada uno, el Gobierno no quisiere que los señores B. A. Goldschmidt i Compañía (dándose a otros empresarios la preferencia) continúen de arrendatarios de las minas de la vega

de Supía i Marmato, estos se obligan a entregarlas en el estado en que las tuviesen, cediendo las máquinas allí empleadas en el mismo pie en que se hallen; pero el Gobierno queda comprometido a satisfacer a los señores B. A. Goldschmidt i Compañía el valor de todas las mejoras que hubiesen hecho en las expresadas minas, i en caso de no serle posible hacer la satisfacción al contado, les abonará un cinco por ciento de interés anual del capital a que asciendan dichas mejoras por formal avalúo".

Antes de ver si está probada la existencia de las mejoras cuyo pago se solicita, es procedente estudiar la excepción de prescripción extintiva que el señor Procurador alegó en forma precisa señalando como fecha inicial de ella el 18 de abril de 1901.

Según el artículo 2.536 del código civil: "La acción ejecutiva se prescribe por diez años, y la ordinaria por veinte.

"La acción ejecutiva se convierte en ordinaria por el lapso de diez años, y convertida en ordinaria durará solamente otros diez".

Dice el 2.539 ibídem:

"La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.

"Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

"Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524".

Hay interrupción civil por la demanda judicial sobre la acción de cuya prescriptibilidad se trate, fuera de las excepciones contempladas en el artículo 2524 del mismo código. No basta la demanda, que es una renovación persistente del reclamo de la deuda, sino que es indispensable la notificación legal de ella, como lo prescribe el ordinal 1º del citado artículo 2524.

Hay interrupción natural, cuando expresa o tácitamente se reconoce la deuda. Un simple requerimiento, la notificación de una cesión de crédito o el reconocimiento de un documento no constituirían una interrupción natural, porque en esos eventos el papel del deudor es completamente pasivo. Se interrumpiría naturalmente la prescripción, si el deudor pagara, por ejemplo, intereses de la deuda, porque entonces podría decirse que él, por un hecho inequívoco, había manifestado reconocer la obligación. Y no se concibe cómo pueda consumarse una prescripción, que es algo así como la ley del olvido, cuando la deuda se ha reconocido verbalmente, por carta o por medio de hechos que de manera inequívoca declaren la existencia de ella.

La Sala de Casación ha establecido que la prescripción de un crédito no corre, cuando está garantizado con una prenda, en tanto que la prenda permanezca en manos del acreedor.

En esas circunstancias, la tenencia de la cosa, en virtud de una convención entre las partes, puede interpretarse como un reconocimiento constante de la existencia de la obligación. Tal tesis no podría lógicamente extenderse al asunto que se controvierte, porque en él no ha habido disposición contractual alguna de la cual pudiera inferirse un hecho persistente e inequívoco del deudor, y ni siquera hay una sentencia judicial que le dé al acreedor el derecho de conservar la cosa arrendada hasta que se le paguen las mejoras.

Dentro de semejante orden de ideas, la mera inercia, excluyente de toda acción positiva, es decir un acto negativo, no es base para inferir de allí inequívocamente el reconocimiento de una obligación. Para la Sala, por tanto, no es aceptable que la prescripción sólo empiece a contarse desde la entrega de las minas, como se sostiene por el actor. Ella comienza desde que el crédito se hizo exigible, sin que sea preciso que esté constituído por una cantidad líquida. ¿Y cuándo nació el derecho a cobrar las mejoras? El artículo séptimo del contrato de 1925 lo da a entender: desde que la última prórroga terminó o sea desde el 18 de abril de 1901. Es esto también lo que se deduce de los pertinentes artículos del código civil sobre arrendamiento.

Con razón dijo el Procurador, al descorrer el traslado de la demanda: "....expirada la última prórroga del arrendamiento, surgían simultáneamente para la Sociedad arrendataria la obligación de entregar las minas y el derecho de reclamar las mejoras que hubiese hecho en ellas, mediante formal avalúo de las mismas mejoras" (cuad. 1º, f. 52).

Así las cosas, la prescripción alegada se ha cumplido, porque desde que el derecho a las mejoras se hizo exigible hasta la notificación de la demanda judicial, han transcurrido más de veinte años.

DEMANDA DE RECONVENCION

En lo que respecta a la demanda de reconvención, dice el señor Procurador en su alegación final:

"No podrá argumentarse que se adoptan dos criterios: uno al exigir la prueba de las mejoras a la parte demandante y otro al no exigir prueba a la parte demandada de los perjuicios sufridos. Es que son dos casos distintos. El arrendatario puede hacer o no hacer mejoras y, por tanto, toda vez que demanda el pago de ellas, tiene que probar, previamente, su existencia y cuantía. En cambio, por las razones dichas, el propietario de una mina, arrendador, sufre necesariamente perjuicios cuando, estando la mina en explotación y producción, el arrendatario retarda la entrega de la mina.

"El perjuicio de la Nación está, pues, acreditado con la prueba del retardo de la Compañía en entregar las minas. Su acción, debe, en consecuencia, prosperar.

"Pero se dirá que, lo mismo que la acción de la Compañía, la acción del Gobierno se halla prescrita. Sin embargo no podrá argumentarse en tal forma. El artículo 2513 del Código Civil establece que "el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el Juez no puede declararla de oficio". The Western Andes Mining Company Limited no ha alegado la prescripción en su defensa, no la ha alegado para establecer que la acción de su contraparte prescribió. En consecuencia, el juzgador no puede declararla de oficio, de conformidad con la norma legal citada, en lo que perjudique a la Nación. Su acción, pues, está viva.

"Con todo es lo cierto que, aunque su acción es conducente y que está acreditado el perjuicio sufrido por la Nación, no se acreditó, dentro del respectivo término probatorio, el monto o cuantía de los perjuicios sufridos por ella. En tales condiciones, la condena que se haga contra la Compañía demandante tiene que hacerse "en abstracto", es decir, en forma indeterminada para que su cuantía se fije por el procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J."

En contraposición a la tesis sustentada por el señor Procurador, la Sala acoge la siguiente doctrina de la sentencia de octubre 1º de 1943 de la Sala de Casación Civil:

"Al respecto se observa: sea tan sólo en virtud de las disposiciones generales, sea por las especiales de cada contrato confirmatorias de aquélla, la falta de cumplimiento puntual de las obligaciones de una de las partes contratantes determina, en principio, acción de perjuicios en la otra parte contratante; pero esto no significa que precisamente haya habido perjuicios; de suerte que quien ejercita esa acción tiene que demostrar haberlos sufrido, suministrando así la materia indispensable para un decreto de indemnización.

"De ahí, por ejemplo, que en el caso especial del artículo 1617 del Código Civil, sobre indemnización de perjuicios en obligaciones de pagar una suma de dinero, el acreedor no tenga necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses, por bastar el hecho del retardo.

"A contrario sensu predica esta disposición que sí hay necesidad en los demás casos. Cabe advertir que lo que entonces sucede es que, reputando el legislador que el dinero ha de dar esos frutos, encuentra en el retardo el lucro cesante y, por lo mismo, establece la presunción del perjuicio, lo que hace inoficioso exigir más pruebas. No es, pues, que se abstenga de exigirlas.

"Tampoco infirma el antedicho concepto la disposición del artículo 1599 de ese código, en cuanto no vale al deudor alegar que la inejecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor, porque aunque en lo general se tiene la pena como una apreciación antelada del perjuicio convenido por las partes, la cláusula penal no pierde su calidad de garantía de la obligación principal a que accede, ni la de sanción, ni menos la de acuerdo de voluntades que ha de regir con la fuerza consiguiente (artículo 1.602 ibídem), sin más salvedad que las cortapisas que en sus casos establece como limitaciones equitativas el artículo 1601 de esa obra.

"Si, por lo visto, ha de demostrarse el perjuicio sufrido para que, dando causa, materia y base a la indemnización, pueda prosperar la demanda para indemnizarlos, es claro que cuando esa prueba falta, la solicitud no se puede acoger por el sentenciador".

El señor Procurador durante la dilación probatoria, adujo copia de las sentencias de la Corte sobre tenencia sumaria de las minas solicitadas por el General Vásquez Cobo contra la Compañía; copia del poder dado a éste por la Nación; copia del lanzamiento practicado por el Juez 1º del Circuito de Marmato, y copia de la escritura 1687 de 11 de septiembre de 1905 otorgada en Bogotá, en la que se hacen unas declaraciones respecto del contrato celebrado por el Gobierno con el General Vásquez Cobo.

Se pidió también un avalúo de perjuicios que no se llevó a la práctica.

Con este medio probatorio no podía demostrarse la existencia de perjuicios, por lo cual no hay materia para decretar en abstracto el pago de ellos.

Como puede verse en el hecho 7º del libelo, los perjuicios se basan en haber privado a la Nación del usufructo y administración de las minas por más de un año, como por los gastos que hubiera ocasionado la recuperación de la tenencia de ellas. La simple enunciación de lo anterior está indicando la necesidad de determinar y comprobar en qué consistieron esos perjuicios. La privación del usufructo y la administración no es, en el fondo, otra cosa que el efecto natural de la retención de las minas. Pero de allí no puede deducirse cuál fue concretamente el daño emergente y el lucro cesante, condición necesaria para una condenación en abstracto.

Tampoco aparece cuáles fueron los gastos efectivos para la recuperación de la tenencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, resuelve:

1º Declárase que está probada la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción ordinaria promovida por The Western Andes Mining Company Limited contra la Nación, y en consecuencia se absuelve a la entidad demandada de todos los cargos formulados en la demanda.

2º Niéganse, asimismo, las peticiones de la demanda de reconvención, y por esta razón se absuelve a la Sociedad The Western Andes Mining Company Limited de todos los cargos formulados en dicha demanda.

3º Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

La Sala de Negocios Generales tiene establecida la siguiente doctrina, aplicable especialmente al caso de competencia por la calidad de las partes:

"Las disposiciones sobre jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales por razón de la naturaleza del asunto y de la calidad de las partes, son de orden público, como ya lo ha reconocido esta Sala en anteriores casos fundada en las disposiciones de carácter especial de los artículos 150 y 151 del código de procedimiento civil (vaése Gaceta Judicial número 1890, pág. 743, marzo de 1942), y su falta de observancia da lugar a nulidad insubsanable por la ratificación de las partes, por lo cual, cuando este caso ocurre, se hace innecesario llevar al conocimiento de aquélla la existencia de tal causal de nulidad, debiéndose entonces decretar ésta de plano.

"Cierto que el numeral 3º del mismo artículo 449 del Código Judicial, dice que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción 'si la jurisdicción es improrrogable, y se ratifica expresamente lo actuado', pero considera la Sala que este caso no puede comprender el de prórroga de jurisdicción cuando la competencia se refiere a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, porque en tal caso, para que deje de ser improrrogable se necesita disposición expresa. (Código Judicial, artículo 151)".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo quince de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna)

En el juicio ordinario seguido por la Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A. contra Eufrasio Pulido, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué avocó el conocimiento de la litis y la desató en sentencia fechada el 19 de julio de 1944, y cuya parte resolutiva es como sigue:

"En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Civil del Tribunal Superior, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, ABSUELVE a Eufrasio Pulido de los cargos de la demanda ordinaria que le promovió la Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A., con domicilio en Bogotá, el cuatro de junio del año próximo pasado".

Apelada la providencia por la parte actora, subió el negocio a esta Sala de la Corte, donde se agotó la tramitación de la segunda instancia y es ya la oportunidad de proferir la decisión definitiva.

La Sala, antes de entrar al fondo del asunto, enfoca la cuestión que en el siguiente aparte del alegato propone el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Quedaría por estudiar la competencia del H. Tribunal Superior de Ibagué para decidir un litigio entre particulares en el cual, en definitiva, no puede considerarse como parte la Nación.

"La Procuraduría se limita a anotar esta clara anormalidad del proceso, pero precisamente por no considerarse como parte en el juicio, se abstiene de promover el respectivo incidente para que se declare la nulidad en que notoriamente se ha incurrido".

Se considera:

La Compañía Eléctrica de Ibagué demandó al señor Eufrasio Pulido para que con su audiencia y citación del señor Fiscal del Tribunal Superior, se anulara el juicio posesorio que se había surtido entre las dos primeras personas citadas. Solicitó también que al demandado Pulido se le condenara en costas y pagara a la Compañía actora diez mil pesos por perjuicios.

Todo el libelo va dirigido contra el mencionado señor Pulido. Empero, hay en él un párrafo en que se dice:

"Interés de la Nación. Como por Resolución Ejecutiva número 1136 de 1940, publicada en el Diario Oficial número 24.468 de 19 de septiembre de 1940, el Gobierno Nacional, en defensa de los intereses de la Nación y en vista del innegable interés de éste en la litis a la cual se refieren los hechos que enumero, ordenó al señor Fiscal del Tribunal oponerse a la ejecución de los fallos que

la desataron, huelga advertir de otra manera ese interés, y, consiguientemente, que es ese Tribunal quien, a mi modo de ver, tiene jurisdicción para conocer de este negocio".

El Tribunal, sin tener en cuenta que en el juicio posesorio, cuya nulidad se impetra, sólo fueron partes la Compañía y Pulido, y que, en el actual, la petición de la demanda y los hechos indican que se trata de los mismos litigantes, avocó el conocimiento del negocio en primera instancia, como si se tratará de asuntos contenciosos en que sea parte la Nación.

No se está discutiendo en este pleito el permiso que el Ejecutivo concedió a la Compañía para derivar aguas del Combeima con destino a una planta eléctrica.

Por consiguiente, el Tribunal era incompetente, por no ser el caso del ordinal 1º del artículo 76 del C. J.

Bastaría, para fundamentar los anteriores asertos, considerar solamente la parte resolutiva del fallo recurrido, en el cual sólo se absolvió a Eufrasio Pulido, y nada se dijo respecto de la Nación.

La ratificación no es viable, y, en esas circunstancias, sería un auto inútil póner en conocimiento de las partes la causal de nulidad, por lo cual, lo racional y correcto, es invalidar de plano la actuación.

En verdad, se trata de una competencia improrrogable por la calidad de las partes.

Es cierto que el artículo 449 del Código Judicial, ordinal 3º, dice:

"Si la jurisdicción es improrrogable y se ratifica expresamente lo actuado".

De esta disposición podría inferirse que parece necesario poner en conocimiento de las partes la nulidad para ver si ellas ratifican lo actuado. Con todo (**Gaceta Judicial**, Tomo 55 pág. 385) la Sala de Negocios Generales tiene establecida la siguiente doctrina, aplicable especialmente al caso de competencia por la calidad de las partes:

Como el actor insinuó al Tribunal que la competencia podía corresponderle, y, por tal razón, éste creyó que debía avocar el conocimiento del negocio en primera instancia, la Sala no ve con claridad de quién es la culpa en la nulidad que va a declararse. Por este motivo, no se ordena el pago de costas.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, ANULA lo actuado en el presente juicio a partir del auto de admisión de la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda.—Aníbal Cardoso Gaitán. Víctor Cock.—Eleuterio Serna R., El Conjuez, **Carlos J. Medellín.—Nicolás Llinás Pimienta**, Setrio.

OBJECION A UN DICTAMEN PERICIAL

La Corte acoge, entre otros conceptos, los siguientes del Sr. Procurador: "Una cosa es el error grave y otra la falta de fundamentación en un dictamen pericial. Se incurre en error grave cuando los peritos toman en consideración factores que no podían influír en su dictamen o, al contrario, dejan de tener en consideración elementos necesarios. Igualmente se incurre en error grave cuando los peritos avalúan cosa distinta de la que se ha sometido a su consideración, o cuando de bases ciertas llega por operaciones erradas a resultados falsos. En cambio, la falta de fundamentación tiene lugar cuando las bases del dictamen no son suficientes para sacar de ellas las conclusiones formuladas por los peritos. Es posible que la falta de fundamentos de un dictamen conduzca a un error en las apreciaciones y conclusiones de los peritos, pero no por ello los dos fenómenos jurídicos indicados dejan de ser distintos en esencia".

Corte Suprema de Justicia.— Sala de Negocios Generales.—Bogotá, diez y ocho de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El señor Leopoldo Flórez R. demandó a la Nación ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué para que previos los trámites de un juicio ordinario le sean reconocidos e indemnizados perjuicios materiales y morales. Adelantado el negocio, el Tribunal fijó en providencia de enero 30 de 1945 en cinco días el término para que los peritos nombrados por las partes, y posesionados legalmente, rindiesen su dictamen, el cual aparece en el expediente a folios 13 y 13 vuelto del cuaderno de pruebas del actor. Al ser puesto en conocimiento de las partes este dictamen rendido por los doctores Alfonso Velásquez y Eduardo Kairus, peritos de la Nación y del demandante, respectivamente, el señor Fiscal del Tribunal lo objetó por error grave, fundamentándose para ello en que no hay prueba ninguna que justifique el monto de $ 3.00 como jornal del señor Leopoldo Flórez, fijado por los peritos. Consideró el señor Fiscal que el "jornal máximo que se paga en empresas particulares y aún oficiales oscila entre uno cincuenta y dos pesos". Para comprobar esta afirmación trajo al proceso como pruebas, certificaciones del señor Gerente de la Federación de Cafeteros de Ibagué, del señor Director de Obras Públicas Municipales de Ibagué y del Secretario de Obras Públicas del Departamento del Tolima, (folios 3v., 4v. y 5v., del cuaderno de pruebas del Fiscal en la articulación respectiva), en las cuales se constata que el jornal pagado por esas entidades durante el año de mil novecientos cuarenta y cuatro osciló entre un peso con treinta centavos y un peso con sesenta y cinco. Finalizado el trámite de la articulación pendiente, el Tribunal declaró en auto de abril tres del año próximo pasado, no probada la objeción que por error grave formuló el señor Fiscal, quien apeló de él para ante la Corte, entidad que entra a decidir sobre el particular.

Sobre la cuestión sometida a la Corte el señor Procurador Delegado en lo Civil ha expresado conceptos que la Sala estima muy acertados y que acoge como fundamento de la presente decisión. Dicho funcionario observa: "Ha llegado a esa H. Corte el juicio ordinario en referencia, con motivo de la apelación interpuesta por el señor Fiscal del H. Tribunal Superior de Ibagué, contra la providencia dictada por dicho Tribunal con fecha 3 de abril último, en la cual declaró no probada la objeción que por error grave formuló el representante de la Nación al dictamen pericial rendido por los doctores Alfonso Velásquez y Eduardo Kairus. En el memorial de objeción al dictamen pericial mencionado, el señor Fiscal transcribe las siguientes apreciaciones de los peritos: "1º Flórez ha quedado lesionado definitivamente por las mutilaciones sufridas en un cuarenta por ciento (40%) de su capacidad para el trabajo. 2º En las actuales circunstancias de la vida, Flórez podría ganar un jornal de tres pesos ($ 3.00) diarios por término medio si estuviera en su integridad anatómica". A continuación, expresa el señor Fiscal: ¿Pero qué movió a los señores peritos a fijar un diario de $ 3.00 al señor Flórez?, a tiempo que no

aparece **ninguna prueba** relacionada con su profesión que lo **justifique** y que el jornal máximo que se paga en empresas particulares y aun oficiales oscila entre uno cincuenta y dos pesos?' (He subrayado). Siendo éstas las razones del señor Fiscal para objetar por error grave el dictamen pericial indicado, considera la Procuraduría que la objeción no podía prosperar. El señor Fiscal no encontró motivo suficiente que respaldara el dictamen de los peritos, no halló pruebas convincentes que lo sustentaran ni dato alguno que lo justificara, es decir, no encontró bien fundamentado el dictamen en referencia. Por consiguiente, el señor Fiscal hubiera podido pedir una aclaración, una explicación o una ampliación del mismo dictamen; o hubiera podido esperar y atacar sus bases mismas en el alegato de conclusión ya que, conforme al artículo 721 del Código Judicial, un dictamen sobre avalúo o sobre cualquier regulación numérica sólo constituye plena prueba cuando se halla debidamente explicado y fundamentado. Pero el hecho de que el dictamen estuviera, como realmente está, desprovisto de fundamentos y explicaciones no autoriza al señor representante de la Nación para tacharlo por error grave, ya que esta tacha sólo es procedente cuando se reunen determinados requisitos que no es posible hallar en el caso de autos. Es decir, la Procuraduría considera que son dos fenómenos jurídicos perfectamente distintos el error grave y la falta de fundamentación de un dictamen pericial, y que en este caso tiene lugar este último fenómeno, pero no aquél. En un caso análogo, dijo ya este despacho: 'En realidad, una cosa es el error grave y otra la falta de fundamentación en un dictamen pericial. Se incurre en error grave cuando los peritos toman en consideración factores que no podían influír en su dictamen o, al contrario, dejan de tener en consideración elementos necesarios. Igualmente se incurre en error grave cuando los peritos avalúan cosa distinta de la que se ha sometido a su consideración, o cuando de bases ciertas llegan por operaciones erradas a resultados falsos. En cambio, la falta de fundamentación tiene lugar cuando las bases del dictamen no son suficientes para sacar de ellas las conclusiones formuladas por los peritos. Es posible que la falta de fundamentos de un dictamen conduzca a un error en las apreciaciones y conclusiones de los peritos, como parece ocurrir en el presente negocio, pero no por ello los dos fenómenos jurídicos indicados dejan de ser distintos en esencia. Por otra parte, dice el artículo 719 del C. J. que el dictamen pericial se pone en conocimiento de las partes por tres días para que, dentro de ese término, puedan pedir aquéllas que los expertos lo expliquen, amplíen o rindan con mayor claridad. Por consiguiente, si, como se desprende de sus escritos, el señor apoderado de la Nación encontró que el dictamen rendido en este asunto no estaba suficientemente explicado, o si le pareció que no hacía relación a todos los puntos y datos necesarios, o que las conclusiones carecían de respaldo, ha debido pedir explicación o ampliación del mismo peritazgo, pero no tacharlo de error grave, pues ello implica cierta falta de técnica procesal. Como lo advierte el H. Tribunal, lo anterior no implica la aceptación del mismo dictamen pericial, en sus fundamentos y conclusiones, como tampoco lo acepta, en manera alguna, este despacho. Se trata de un dictamen sin fundamento de ninguna clase que el fallador tendrá que desestimar. Según el artículo 721 del C. J. 'cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, el dictamen uniforme, **explicado y debidamente fundamentado** de dos peritos hace plena prueba'. Por tanto, si los alegatos de la parte demandada llevan al ánimo del juzgador a la conclusión de que el dictamen mencionado no está **explicado o debidamente fundamentado,** el mismo juzgador puede legalmente desestimarlo, que es sin duda lo que el doctor Palacio pretende con su objeción'. (Juicio ordinario seguido por Arturo Fabio Manotas contra la Nación, septiembre 20 de 1945). Creo suficiente lo expuesto para conceptuar que esa H. Corte debe confirmar la providencia recurrida...". (Folios 5, 6 y 7 del cuaderno número 6).

A lo dicho se agrega como razón para confirmar la que es objeto del recurso, que éste ha quedado prácticamente sin efecto, pues interpuesto por el Fiscal del Tribunal, el señor Procurador Delegado en lo Civil, su superior jerárquico y representante de los mismos intereses en el juicio, se abstiene de sustentarlo y antes bien lo contraría al pedir la confirmación del auto objeto del recurso.

En tal virtud, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Ibagué con fecha 3 de abril de 1945.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ramón Miranda.—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán.—Víctor Cock.—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

Págs.

Acción petitoria de terminación de un contrato de arrendamiento y de reivindicación.— No se casa la sentencia proferida en el juicio ordinario promovido por Carlos José y Jorge Pabón Pinzón contra Rafael Pedraza sobre terminación de un contrato de arrendamiento, ante el Tribunal Superior de Ibagué. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo. 348

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.—Cesión y mandato.—Se admite el desistimiento que hace Rosa Elena Malaber del pleito promovido por el doctor Marco Naranjo López contra el doctor Hernando Ruiz Cuevas ante el Juez 5º del Circuito en lo Civil de Bogotá y se dispone la continuación de la litis con aquél, como parte demandante y opositor en casación, y con el doctor Ruiz Cuevas como contraparte. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 354

Salvamento de voto de los Magistrados Castillo Pineda, Salamanca y Tapias Pilonieta a lo dispuesto en el auto anterior..... 357

Acción reivindicatoria.—Documentos auténticos o públicos.—Declaración oficiosa de nulidad absoluta en el acto o contrato.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario promovido por Manuel José García Lotero, como heredero de Estefanía Muñoz v. de García, contra Fernando Gómez P. y Francisco Arango, sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda.. 358

Acción reivindicatoria.—Aceptación de la herencia.—Reconocimiento de herederos.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario promovido por el "Instituto Homeopático Luis G. Páez" contra Raúl Varela Martínez, sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor José Antonio Montalvo..... 366

Acciones de nulidad relativa de un contrato, de resolución, etc.—Causal primera de casación.— Error de derecho.— No se casa la sentencia del Tribunal de Medellín proferida en el juicio ordinario promovido por Ismael Gómez contra Roberto Gómez, sobre nulidad de un contrato y otras acciones. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 372

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.— Prueba de cotejo de letras.— Documento privado.—No se casa la sentencia del Tribunal de Neiva proferida en el juicio ordinario promovido por Juan de Dios Charry contra Ascensión Rojas de Niño sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 379

Recurso de hecho.—Se declara bien denegado el recurso de casación en el de hecho promovido por el Dr. Víctor Mora León, como apoderado de Gertrudis Pedraza en juicio contra Andrés O. Ramussen ante el Juzgado 5º de este Circuito, recurso negado por el Tribunal Superior de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 383

Acción petitoria de disminución proporcional del precio de venta por falta de la cabida declarada en el contrato.—Se casa la sentencia del Tribunal de Cali pronunciada en el juicio ordinario promovido por la sociedad anónima Tedesco S. A. contra Guillermo Caicedo Albán y Raquel Henao de Cai-

Págs.

cedo Albán, sobre disminución proporcional del precio de venta por falta de la cabida declarada en el contrato que celebraron. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 384

Acción de nulidad de una cesión y de pago de perjuicios.—Incongruencia. — Primera causal.—No se casa la sentencia dictada por el Tribunal de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Jorge Martínez Landínez ante el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá contra Francisco y Sergio Pombo sobre nulidad de una cesión y sobre pago de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 390

Acción para el pago de una suma de pesos. Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal de Bogotá proferida en el juicio ordinario de Eliseo Cruz R. contra José Gregorio Baquero y otros, sobre pago del valor de unos materiales de hierro. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 398

Acción de indemnización de perjuicios por supuesta infracción de un contrato.—Apreciación de pruebas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Roberto Rodríguez y Agustín Cifuentes contra la "Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A.", Administradora de la Lotería de la Beneficencia del Huila, sobre indemnización de perjuicios por supuesta infracción de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 403

Acción petitoria de pago de perjuicios—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Silvestre Acosta González, como heredero abintestato de José de Jesús Acosta González, contra la sociedad comercial colectiva denominada Hijos de Patrocinio Barragán. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 406

Resguardos de indígenas. — Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto en el juicio seguido por el Cabildo de Indígenas de Ipiales contra Carmen Güepud, Isaac Viteri y Clara Elisa Valencia de Coral, sobre nulidad de un contrato de compraventa y sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 409

Acción de simulación de un contrato. — Confesión.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil proferida en el juicio ordinario que sobre simulación de un contrato siguió ante el Juzgado 2º del Circuito de Vélez Noemí Díaz Castillo contra Luis Alejandro Ariza y sus hijos menores. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 417

Reivindicación de una finca raíz vendida por uno de los cónyuges, sin anuencia del otro, bajo el imperio de la ley 28 de 1932.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario sobre reivindicación seguido por Julia Lara v. de Calvo contra José Joaquín Calvo. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 424

Responsabilidad del transportador aéreo. — Analogías del derecho aéreo con el marítimo.—El riesgo en el contrato de transporte aéreo.—Extensión de la responsabilidad del transportador aéreo—Alcance jurídico de la cláusula, aparentemente exhoneratoria o limitativa de responsabilidad, según la cual "todo viaje es a entero riesgo del pasajero".—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla proferida en el juicio ordinario seguido por Newton C. Marshall contra la Sociedad Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta), sobre pago de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 431

Reivindicación de una finca raíz vendida por uno de los cónyuges, sin anuencia del otro, durante el imperio de la Ley 28 de 1932.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga proferida en el juicio ordinario promovido por Rosa Zapata de Rojas contra Octavio Rojas, Samuel Pino y Rafael García Z., sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 449

Págs.

Acción de nulidad de unos contratos.—Reconvención petitoria de indignidad para suceder a determinada persona.—Incongruencia. Prueba indicial. — No se casa la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Luis Gaitán Hurtado contra José y María Gaitán Hurtado y el marido de ésta, Timoleón Pedraza y sus hijos menores, sobre nulidad de unos contratos. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 456

Acción principal petitoria de responsabilidad por la inundación de un predio y subsidiaria sobre pago de perjuicios. — Relaciones de vecindad entre los dueños de los predios colindantes.—Error de hecho.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Víctor Julio Zea contra Luis Londoño y Soledad Soto H., sobre responsabilidad por la inundación de un predio. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca.. 467

Acción rescisoria por lesión enorme y reivindicación.—Error de derecho.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Pedro Pablo González contra Julio E. Pardo S., sobre rescisión de un contrato por lesión enorme y reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda.. 478

Reivindicación.—Registro.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario promovido por Pedro Morales contra Dionisia Rodríguez v. de Pinilla y Luis J. Pinilla R., sobre reivindicación. Magistrado ponente, doctor Hernán Salamanca 486

Indemnización de perjuicios por culpa—Apreciación de los perjuicios morales. — Perjuicios futuros.—Cásase la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ordinario de Nieves Méndez y Erasmo del Valle contra la Compañía Colombiana de Electricidad, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 494

Acción de nulidad de una escritura y de reivindicación—Cásase la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario promovido por Ana Julia Pérez de González contra Santos Miguel Higuera, sobre nulidad de una escritura y sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 500

Solicitud de aclaración de la sentencia proferida en el juicio seguido por Pedro Pablo González contra Julio E. Pardo S..... 506

SALA DE CASACION PENAL

Homicidio. — Causal 2ª de casación. — No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla en la cual se condenó como homicidas a Martín, Miguel Santiago y Gilberto Luis Marín. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 507

Causal 2ª de casación. — Infracciones contra funcionarios públicos. — Avalúo de daños. Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta por la cual se condenó a Raúl Barrera Barrera por el delito de homicidio. Magistrado ponente, Doctor Agustín Gómez Prada 510

Recusación de un magistrado. — Declara la Sala que el Magistrado del Tribunal de Neiva, doctor Rafael Manrique Lara, no está impedido para seguir conociendo del proceso en que fue recusado. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 515

Aclaración de una sentencia.—Aclara la Sala la sentencia proferida por ella misma en el proceso seguido contra el ex-Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Edilberto Arévalo Correal, por delito de responsabilidad. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 517

Extravío de procesos.—Auto interlocutorio en el sumario a que se alude. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 519

El procesado no puede formular demanda de casación.—Se declara desierto el recurso de casación interpuesto por el procesado Gerardo Aristizábal Gómez contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M.. 524

Págs.

Epoca en que se cometió el delito. — Nulidades en el procedimiento.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Medellín por la cual se condenó como homicida a Luis Eduardo Muñoz. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 526

Calificación especial del delito en el auto de proceder.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual se condenó a José Duque como responsable de delito culposo de homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 531

Causal 2ª de casación. — Diferencia entre el estado de ira y el resentimiento.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué en la causa por asesinato contra Simón Laguna Hernández, Jacinto Zabala Nieto y otros. Magistrado ponente, Doctor Agustín Gómez Prada 535

Cambio de radicación. — Motivos que deben demostrarse. — Se conceptúa desfavorablemente sobre el cambio de radicación del proceso seguido ante el Tribunal de San Gil contra Juan Esteban Ovalle por el delito de violencia. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 541

Recurso de casación intentado por la parte civil. — Intervención del ministerio público en los recursos de casación referentes a perjuicios civiles.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el proceso seguido contra Carlos Silvestre Vanegas por homicidio. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 543

Decisión de una competencia. — Concurso de delitos de bigamia y estupro y su conocimiento—Se decide la competencia entre dos Juzgados Superiores para conocer de cierto proceso. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 547

Libertad o excarcelación del procesado. — Se concede la libertad provisional a Ana Teodora o Teodoro Arroyave Atehortúa en el proceso que se le siguió por lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 550

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción de responsabilidad por culpa presunta. Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario sobre responsabilidad civil y pago de perjuicios promovido por Jorge Hernández Marcucci contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 551

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por Leovigildo Sánchez contra la Nación sobre pago de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda.. 555

Atribuciones del Tribunal en asuntos referentes a pensiones de jubilación de los empleados del órgano jurisdiccional-Se declara la nulidad de un juicio seguido ante el Tribunal Superior de Medellín sobre reconocimiento de una pensión de jubilación. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 559

Acción para el cobro de una suma de pesos. Se confirma la sentencia del Tribunal de Santa Marta en el juicio seguido por la sociedad "Dávila & Fuentes" contra la Nación sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 560

Excepción de declinatoria de jurisdicción.— Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el juicio seguido por el doctor Jorge Mazabel contra el Departamento de Caldas. Magistrado ponente, Doctor Germán Alvarado..... 563

Acción de responsabilidad por culpa en el accidente aéreo de Santa Ana—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario promovido contra la Nación por Manuel Alberto González sobre pago de perjuicios en acción de responsabilidad por culpa. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 565

Acción petitoria de pago de perjuicios por culpa.—Nulidades.—Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá profe-

Págs.

rida en el juicio ordinario promovido por el doctor Mauricio Ospina Devia contra la Nación sobre pago de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado..... 569

No se aclara la sentencia anterior.—Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado.....579

Reivindicación de una mina. — Competencia relativa al conocimiento de juicios sobre minas en que sea parte el Estado.—Se confirma la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Cali en el juicio ordinario seguido por Manuel María Mosquera contra la Nación sobre propiedad de la mina de "Aganche" — Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 581

Acción de responsabilidad por culpa.—Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, proferida en el juicio seguido por el doctor Alberto López Herrera, como apoderado de Francisco de Borja España contra la Nación, sobre responsabilidad por culpa. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 592

Acción petitoria de indemnización de perjuicios por el siniestro aéreo de Santa Ana. Se reforma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por el doctor Jesús M. Arias como apoderado de María Luisa Pinilla y sus menores hijos Alvaro, Jaime, Juan Evelio y Luis María contra la Nación, sobre indemnización de perjuicios por culpa. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 598

Pensión de un ex-Magistrado del órgano jurisdiccional. — Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio sobre reconocimiento de pensión al doctor Liborio Escallón, con la reforma consiguiente. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock.... 605

Se ordena cumplir la providencia del 19 de junio de 1945.—Auto proferido en el juicio sobre lanzamiento del señor Rafael Prudencio de la Espriella. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 607

Pensión de jubilación de un antiguo miembro del órgano jurisdiccional—Se revoca la sentencia recurrida en el juicio sumario sobre reconocimiento de una pensión al doctor Francisco de P. Santander. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda..... 608

Acción ejecutiva sobre pago de una suma de pesos.—Cesión de créditos—Ordenanzas departamentales como título ejecutivo. — Se confirma el auto apelado del Tribunal de Cartagena en el juicio ejecutivo promovido contra el Departamento de Bolívar por Rogelio Grau sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 610

Acción petitoria de reconocimiento de una pensión.—Se confirma la sentencia consultada sobre reconocimiento de pensión al señor Jesús María Rodríguez. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 613

Recurso de hecho.—No se otorga el recurso de hecho interpuesto por el doctor Bernardo Rueda Vargas en el incidente sumario de inspección ocular promovido por el señor Guillermo Kopp con citación de la Nación y otras entidades. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 615

Acción de lanzamiento.—Se decreta el lanzamiento del señor Pierre Albrecht en el juicio sumario de tal naturaleza promovido por el doctor Luis Fernández Mora en su calidad de apoderado del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda.. 617

Embargo de rentas de un departamento.—Se confirma el auto del Tribunal de Pasto en el juicio de Clemente del Mónaco contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 619

Hecho notorio.—Hecho histórico. — Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio seguido por el doctor Juan Francisco Mújica como apoderado de Ernesto, Ana María y Sofía Aranza contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 621

Págs.

Acción de restitución de exceso de baldíos.— Se confirma el fallo apelado del Tribunal Superior de Ibagué en el juicio sobre rectificación de la adjudicación hecha en un juicio de partición material, promovido por el Fiscal de ese Tribunal contra Hernando Guzmán Vernaza, Ernesto, Guillermo, Inés y Francisco Tafur Morales, Luis Enrique Salazar, Teresa Rubio v. de Morales y Tulio Morales. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 624

Acción principal petitoria de pago de unas mejoras y reconvención sobre pago de perjuicios.—Interrupción de la prescripción.— Se declara probada la excepción perentoria de prescripción extintiva de la acción promovida por "The Western Andes Mining Company Limited" contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R... 630

Nulidad por incompetencia de jurisdicción.— Se anula lo actuado en el juicio seguido por la Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A., contra Eufrasio Pulido. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R..... 637

Objeción a un dictamen pericial—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio ordinario seguido por Leopoldo Flórez R. contra la Nación sobre indemnización de perjuicios materiales y morales. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 639



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'.

(Prooemium Institutionum D. Justiniani).

TOMO LX BOGOTA - COLOMBIA, JUNIO - JULIO - AGOSTO DE 1946. NUMEROS 2034 - 2035 - 2336

SALA PLENA

DECRETO Nº 1148 DE 1943, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

La obligación impuesta a los importadores de adquirir certificados de oro o de dollars en la cuantía establecida por los decretos 1148 y 1304 de 1943 fue derogada y todos sus efectos suprimidos. Posteriormente, por medio del Decreto número 1005 de 1945 se suprimió también el aumento en el encaje que debían mantener los bancos sobre las distintas clases de exigibilidades, y el Decreto número 1426 de 1946 suprimió la obligación impuesta a las sociedades y a las personas naturales por el artículo 2º del Decreto número 1148 y demás concordantes, y dispuso que las respectivas personas obligadas podían disponer libremente de las reservas para inversión de certificados de oro. No están vigentes, pues, las disposiciones acusadas.

Ha sido doctrina invariable de la Corte la de que desaparecido lo que formaba la sujeta materia de una demanda de inconstitucionalidad debe declararlo así y abstenerse, en consecuencia, de sentenciar sobre disposiciones abolidas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta).

En ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 214 de la Constitución Nacional —anteriormente 149—, el señor Juan Francisco Forero presentó ante la Corte demanda contra el decreto ley 1148 de fecha 10 de junio del año de 1943, publicado en el **Diario Oficial** número 25.274 del día 15 del mismo mes de junio, para que se declarara inexequible en los artículos pertinentes por ser contrarios a la Carta Fundamental.

La demanda reúne todos los requisitos que exige la ley 96 de 1936 para las de su género, ya que en ellas se señalan claramente el texto de las disposiciones acusadas, los artículos constitucionales que se consideran violados y las razones por las cuales el demandante cree que ha habido violación de la Carta.

El decreto acusado se dictó en virtud de las facultades extraordinarias de que fue investido el señor presidente de la república por el parágrafo del artículo sexto de la ley 7ª de 1943, para que,

pueda "suspender o modificar, y mientras subsisten las condiciones económicas anormales que el conflicto mundial ha ocasionado, las disposiciones vigentes sobre control de cambios", con el fin de evitar "que la constante acumulación de divisas continúe influyendo en el alza del costo de la vida".

Para obtener el mencionado fin el decreto autorizó al Banco de la República para expedir y vender al público "certificados de depósito no negociables" representativos de oro o dollars (U. S.), a elección del depositante, a un plazo de dos años y con una taza de interés especial.

Estas disposiciones que han sido combatidas especialmente por el demandante, el decreto impone la obligación de hacer inversiones en los mencionados certificados, de la manera siguiente:

1º Las sociedades anónimas y en comandita por acciones deben hacer inversiones, en los mencionados certificados, hasta el 1º de julio de 1945, en cuantía señalada en proporción al monto de sus utilidades líquidas y en la totalidad de las partidas apropiadas para depreciación de activos y reserva legal. Se impuso igualmente a las sociedades colectivas, en comandita simple y de responsabilidad limitada, la obligación de invertir en los mencionados certificados de depósito sumas determinadas en proporción a las utilidades líquidas y a las cantidades que deberían suscribir si estuvieran obligadas a hacer reserva legal, más la totalidad de la reserva para depreciación de activos.

2º Hizo obligatorio para los importadores la adquisición de certificados de oro o de dollars, por valor equivalente al 10% del monto de los giros que hagan al exterior.

3º Eleva hasta un ciento por ciento el encaje que, según las disposiciones legales vigentes, deben mantener los bancos y cajas de ahorros, aumento que deberá invertirse en los mismos certificados, en las proporciones y dentro de los términos señalados en el artículo 4º del decreto.

Las restantes disposiciones del decreto tienden a reglamentar la manera de hacer efectivas las obligaciones de inversión establecidas en los artículos 2º, 3º y 4º que se dejaron sintetizados en los tres numerales anteriores.

El demandante considera que las obligaciones impuestas por el decreto violan la constitución:

1º Porque pugnan con las disposiciones que salvaguardian el derecho de propiedad. Teniendo la propiedad carácter de función social, opina el demandante que el decreto desvirtúa este carácter desde el momento en que les quita a la sociedades anónimas, en comandita por acciones, a las sociedades colectivas, de responsabilidad limitada y en comandita simple, una cuota de las utilidades líquidas, que deben entregarle al Banco de la República bajo pena de multa, a cambio de una simple promesa de pago no negociable, pagadera dentro de dos años de plazo, dejándolas así imposibilitadas en gran parte, para cumplir el objeto para el cual fueron creadas.

2º Atenta también contra la propiedad como función social pues les quita a los bancos, cajas de ahorros, sociedades en sus diferentes formas, gran parte de su haber, a cambio de promesas de pago a cargo del Banco de la República y a dos años de plazo y devengando un interés del tres o cuatro por ciento (según sean sociedades o bancos) convirtiéndolas así en entidades productivas, creadoras de riqueza, en entidades pasivas y rentistas.

3º El decreto despoja a las sociedades y a los bancos de gran parte de sus bienes, en desacuerdo con todos los principios consagrados por el legislador respecto del régimen legal de las sociedades y régimen bancario, pues las obliga forzosamente a entregar al Banco de la República parte de sus bienes, a cambio de una simple promesa de pago no negociable, pagadera en ciertas clases de moneda, lo cual puede llegar a ser nugatorio pues el Banco de la República puede pagar en moneda corriente antes de dos años, inclusive cuando la moneda esté depreciada, y el plazo de dos años puede ser ampliado posteriormente por algún otro decreto.

4º Y atenta también contra la propiedad, violando la libertad contractual al establecer una especie de mutuo forzoso.

5º El decreto acusado es también inconstitucional, por ser violatorio del derecho de asociación tal como está consagrado en el artículo 44 de la Carta.

Desde el momento mismo en que el decreto les quita a las sociedades parte de sus bienes (parte de utilidades y fondo de reserva como también encaje bancario), a cambio de una simple promesa de pago no negociable, pagadera en cualquier tiempo, las perjudica restringiendo sus actividades, las pone en peligro de quiebra, imposibilitando así la creación de nuevas sociedades.

6º Por último el decreto es inconstitucional porque el gobierno no estaba, ni está autorizado por el congreso, para tomar las medidas en él consagradas, y que el demandante combate, pues para ello es menester "facultades precisas" y des-

de luego constitucionales, no violatorias de ninguna de las garantías sociales.

El señor procurador general de la nación se opuso a la declaratoria de inexequibilidad solicitada.

La Corte debe examinar si hay materia para que se pronuncie sobre la cuestión propuesta por el demandante, pues con posterioridad al decreto 1148 se dictaron sucesivos reglamentos que primero lo modificaron y en seguida fueron suprimiendo todas las obligaciones en él establecidas.

Mediante el decreto 1304 de 1943, publicado en el Diario Oficial número 25.293 del 10 de julio del mismo año, se modificó y adicionó el 1148, pero se conservaron con algunas variaciones de detalle las obligaciones de inversión a que se referían sus artículos 2º, 3º y 4º.

Poco tiempo después, el 9 de septiembre del mismo año, el señor ministro de Hacienda y Crédito Público dictó la resolución número 1634 de 1943 en la cual, haciendo uso de la facultad expresa que le confería el artículo 3º del decreto 1148 y su concordante 1304 resolvió: "Artículo 1º Suspéndase la obligación impuesta a los importadores por el artículo 3º del decreto 1148 y su concordante del decreto 1304 del presente año. Artículo 2º El Banco de la República devolverá a los importadores los depósitos que hubieren hecho en cumplimiento de esa obligación. Artículo 3º Comuníquese al Banco de la República, a la oficina de control de cambio y exportaciones y a la Superintendencia Nacional de Exportaciones y publíquese".

Como se ve, la obligación impuesta a los importadores de adquirir certificados de oro o de dollars en la cuantía establecida por los decretos 1148 y 1304 fue derogada y todos sus efectos suprimidos.

Posteriormente por medio del decreto 1005 de 1945 originario del ministerio de Hacienda y Crédito Público se suprimió también el aumento en el encaje que debían mantener los bancos sobre las distintas clases de exibigilidades, establecido por el artículo 4º del decreto 1148 de 1943 y su concordante el decreto 1304 del mismo año; y el Banco de la República quedó autorizado para que pagara antes de su vencimiento y a su presentación los respectivos certificados de inversión.

Por último, de acuerdo con el decreto número 1426 de 11 de mayo del corriente año, el gobierno suprimió la obligación impuesta a las sociedades y a las personas naturales por el artículo 2º del decreto 1148 de 1943 y demás decretos concordantes, y dispuso que las respectivas personas obligadas podían disponer libremente de las reservas para inversión de certificados de oro.

Se observa, pues, que ninguna de las obligaciones impuestas en el decreto 1148 y concordantes, sobre inversiones en certificados de oro físico o dollars, está vigente en la actualidad, e inclusive todos los efectos que produjeron esas disposiciones fueron suprimidos y anulados por el mismo gobierno que las había dictado con mero carácter temporal.

El demandante, como ya se dijo, concreta las razones de inconstitucionalidad, según la síntesis que de ellas se hizo, a las obligaciones impuestas en los artículos 2º, 3º y 4º del decreto 1148, de suerte que eran estas disposiciones las que estaban sometidas al control constitucional de la Corte.

Se observa que en este negocio el ponente registró proyecto de sentencia sobre el fondo de las cuestiones propuestas desde el mes de septiembre de 1944, proyecto que por lo tanto la Sala determinó no considerar.

Ha sido doctrina invariable de esta Sala la de que desaparecido lo que formaba la sujeta materia de una demanda de inconstitucionalidad la Corte debe declararlo así absteniéndose de sentenciar sobre disposiciones que carecen de vigencia.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, declara que ya no es el caso de decidir sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones del decreto 1148 acusadas por el demandante, por falta de materia.

Publíquese, cópiese, notifíquese y comuníquese al señor ministro de Hacienda y Crédito Público.

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

SE ABSTIENE LA CORTE DE DECIDIR SOBRE LA DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 10 DEL DECRETO 2184 DE 1945 POR NO SER DE SU COMPETENCIA

De la demanda de inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno no permanecieron dentro del conocimiento de la Corte sino los proferidos en ejercicio de las atribuciones a que alude el artículo 214 de la Constitución Nacional. El conocimiento de demandas de inconstitucionalidad de los demás corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 216 de la misma Constitución.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Nicolás Guerrero en escrito fechado en Ocaña pidió, poniendo de presente su calidad de Registrador de ese Circuito, se declarara inexequible el Decreto número 2184 de 1945 en su artículo 10.

No habiéndose dado curso a esa solicitud por carecer de los requisitos exigidos en la Ley 96 de 1936, el señor Edmundo Alarcón, en nombre propio y como apoderado de Guerrero, reemplazó aquel memorial por la demanda de 6 de febrero último, la que, por tanto, es la sujeta materia de este fallo.

La Ley 40 de 1932 dispone que desde su vigencia "no habrá más que un Circuito de Registro por cada Circuito Judicial", y en su artículo 2º que "En la cabecera de cada Circuito de Registro, que será la del correspondiente Circuito Judicial, habrá una Oficina de Registro a cargo de un Registrador".

La Ley 66 de 1944 creó (artículo 4º) el Circuito Civil de Convención, compuesto de ese Municipio, su cabecera, y los de El Carmen, Teorama y San Calixto, advirtiendo que dejan de formar parte del Circuito Civil de Ocaña, y dispuso asimismo (artículo 5º) que en la cabecera del dicho Circuito Civil de Convención habrá un juez.

El Decreto número 2184 de 4 de septiembre de 1945 (Diario Oficial número 25.933, de 11 de ese mes), "por el cual se reglamenta la Ley 66 de 1944", según su epígrafe, dicen en su artículo 10: "De acuerdo con los artículos 1º y 2º de la Ley 40 de 1932, en la cabecera del Circuito Civil de Convención habrá una Oficina de Registro a cargo de un Registrador".

Este artículo es el acusado.

Como es de ley, lo primero a que debe atender el sentenciador es a su capacidad de tal, a cerciorarse de su competencia para pronunciar la decisión que de él se solicita, a fin de cumplir este deber en caso afirmativo o el de abstenerse de decidir y aun de conocer del asunto mismo en el evento de que esa indagación le indique que carece de tal potestad.

Esto último es lo que sucede ahora.

En efecto: desde que el Acto Legislativo número 3 de 1910 confió a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la Constitución y estableció al efecto la demanda de inexequibilidad, ocurrieron serios motivos de duda, en lo atinente a decretos, sobre si todos indistintamente daban lugar a esa demanda o podían ser materia de ésta. Esa duda quedó disipada y prevenidas las aludidas discusiones con la distinción establecida por nuestra Carta en la reforma del año pasado, porque en su artículo 216 dice: "Corresponde a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de los decretos dictados por el Gobierno, cuando no sean de los expedidos en ejercicio de las facultades de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 y el artículo 121 de esta Constitución".

De la inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno no permanecieron dentro del conocimiento de la Corte sino los dictados en ejercicio de esas atribuciones (artículo 214, ibídem).

Tan perentoria clasificación y distinción hace ver que la Corte se halla ahora al frente de una demanda erróneamente dirigida a ella, puesto que el decreto en cuestión, no habiéndose dictado en ejercicio de aquellas atribuciones, corresponde

a los contemplados en el citado artículo 216, es decir, a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; y no a la Corte.

El señor Procurador General de la Nación al evacuar el traslado de la demanda abunda en las mismas reflexiones y, por ende, concluye manifestando que esta Corporación no es competente para conocer de este asunto.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, se abstiene de decidir sobre inconstitucionalidad del artículo 10 del Decreto número 2184 de 4 de septiembre de 1945, por no ser de su competencia.

Publíquese y notifíquese.

Comuníquese al señor Ministro de Gobierno y al de Hacienda y Crédito Público.

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

SALA DE CASACION CIVIL

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

La ley concede acciones sobre ocultación o inclusión indebida de bienes en el inventario; pero en manera alguna es hábil para tal fin el recurso del inventario adicional que solamente autoriza el artículo 949 del C. J. cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse en el inventario algún elemento del patrimonio, antes o después de hecha la partición de los bienes primitivamente inventariados. Cuando sobreviene a la partición el inventario adicional, recurso destinado a completar el enlistamiento de los bienes relictos, da lugar y base a una nueva distribución herencial.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil—Bogotá, treinta y uno de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Aprobado el inventario de los bienes sucesorales de Virginia Martínez de Guzmán y liquidado y cubierto el impuesto correspondiente, ante el Juez del conocimiento —Civil del Circuito de Gigante—, a pedimento de todos los interesados se decretó la partición de los bienes relictos. Mientras el partidor, nombrado de común acuerdo, realizaba su trabajo, uno de los herederos, Alfonso Moncaleano G., representante de su madre legítima Soledad Guzmán, cedió sus derechos a Sergio Guzmán por escritura pública número 434 de 15 de diciembre de 1943, pasada ante el Notario 2º de Neiva y debidamente registrada.

La partición fue presentada al Juzgado el 31 de enero de 1944, y en auto del 23 de febrero siguiente se ordenó su traslado legal.

El cesionario Sergio Guzmán llevó al juicio su título el 24 de enero de 1944 y fue tenido como parte en providencia del 2 de febrero siguiente. Sin embargo, en memorial fechado el 24 de enero anterior, acogido favorablemente por el Juzgado el primero de febrero, había pedido la formación de un inventario adicional en que él fue denunciante de algunos bienes pertenecientes a la sociedad conyugal formada por el causante con Santiago Guzmán. Este inventario no quedó en firme sino el 14 de agosto del citado año, fecha de la sentencia del Tribunal que decidió el recurso de apelación contra la providencia que decidió el incidente de objeciones.

En la oportunidad legal el cesionario Sergio Guzmán, en memorial del 2 de marzo de 1944, formuló objeciones al trabajo de partición. El Juzgado del Circuito, previa la tramitación del artículo correspondiente, en providencia de 4 de octubre del mismo año declaró improcedentes las objeciones formuladas y aprobó, en consecuencia, la partición y dispuso lo de ley. Recurrida esta decisión por el objetante Guzmán, fue decidida en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito de Neiva en sentencia del 10 de marzo de 1945, confirmatoria de la apelada.

Es esta sentencia de segunda instancia, aprobatoria de la partición, la que está a conocimiento de la Corte por el recurso de casación interpuesto por Sergio Guzmán, que por estar debidamente preparado, se procede a decidir.

"Acuso el fallo recurrido —dice el recurrente— por la primera causal señalada en el artículo 520 del C. J., o sea, por ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva. El H. Tribunal al no aceptar las objeciones e im probar (sic) la partición y obrar en conformidad con el artículo 964 del C. J., violó directamente por no aplicación al caso del pleito, los siguientes preceptos: artículos 1398, 1781 ordinales 3º, 4º y 6º, 1391, 1797, 1801, 1826, 1830, 1781 del C. C., 4º de la Ley 28 de 1932 y los artículos 1387, 1388 y 1392 del mismo código por interpretación errónea y aplicación indebida".

En el juicio se verificaron varios inventarios, y la partición se ejecutó con prescindencia del úl-

timo de ellos, en el que se había reconocido claramente que algunos bienes que figuraban como propios en el primer inventario, eran en realidad de la sociedad conyugal. Este hecho de haberse adjudicado bienes pertenecientes a la sociedad conyugal sin sujeción a las reglas que la gobiernan y la manera como deben distribuírse, así como también el de haberse adjudicado bienes pertenecientes a terceros como de propiedad de la sucesión, motivó las objeciones formuladas por Sergio Guzmán. Si el inventario es la base de la partición y el partidor tuvo conocimiento antes de presentar su trabajo de que había solicitado inventario adicional ha debido esperar esta diligencia que iba a modificar y corregir la liquidación y distribución de los bienes relacionados equivocadamente. De otro lado, el sentenciador, al no aceptar la objeción referente a la adjudicación del predio La Tigre, violó la ley porque permitió que se adjudique un bien que de acuerdo con pruebas fehacientes no pertenece a la sociedad conyugal ni a la sucesión. Presentándose el problema sobre la propiedad de esta finca, es obvio que el partidor no ha debido hacerla figurar entre los bienes adjudicables.

Estas son, resumidas de la demanda, las razones fundamentales en que el recurrente apoya sus cargos contra la sentencia del Tribunal, que la Sala pasa a considerar.

Como en esta especie de recursos de casación contra sentencias aprobatorias de la partición herencial la jurisdicción de la Sala está limitada y circunscrita por las cuestiones propuestas en las objeciones formuladas al trabajo del partidor, conviene precisar en qué consistieron en este caso los reparos hechos por el cesionario Guzmán para evitar consideraciones inútiles en esta decisión.

En el memorial corespondiente se lee:

"**Primera.**—En los inventarios practicados con fecha 12 de noviembre de 1942, bajo el acápite "BIENES PROPIOS DEL CONYUGE SOBREVIVIENTE", a las partidas 1ª y 3ª, se inventariaron los dos lotes que hicieron parte de la antigua comunidad de los Guzmanes y que son exactamente los mismos sobre los cuales radica el derecho proindiviso de $ 483,94, cuyo inventario adicional solicité y usted decretó en providencia que se encuentra ejecutoriada... **Segunda.**—Otro tanto ocurre con el lote relacionado en la partida 3ª del primer inventario 'como bien propio del cónyuge sobreviviente', y el de que trata la letra b) de la última diligencia a que me vengo refiriendo, como la única diferencia de que en ésta lo inventariado son derechos proindiviso y en el inventario primero fueron los lotes mismos en que ellas radican... **Tercera.**—En tales circunstancias, considero que no es posible ni acertado llevar a efecto la partición en la forma como la ha verificado el doctor Rojas Trujillo, por cuanto que no es legal adjudicar al cónyuge sobreviviente los inmuebles expresados con absoluta prescindencia de las cuotas proindiviso que sobre ellos corresponden a la sucesión de la señora Martínez de Guzmán. De lo contrario, el inventario adicional quedaría sin efecto y lesionados, en consecuencia, los herederos". Objeta también la partición porque en la partida 8ª del inventario original se incluyó como de propiedad de la sociedad conyugal el potrero de La Tigre, que no pertenece a la sucesión sino a los herederos de Paulino Segura, y como le fue adjudicado al cesionario objetante, él lo perderá cuando, tarde o temprano, sea reclamado por sus legítimos dueños.

Da testimonios la diligencia de inventario a que alude el objetante que allí se enlistaron como bienes propios del cónyuge sobreviviente, dos lotes particularmente alinderados, adjudicados a Santiago Guzmán en la partición de la comunidad de los Guzmanes, en el municipio de El Hobo, adquiridos por herencia de sus padres Manuel María Guzmán y María Gregoria Segura. En la singularización que de éstos inmuebles se hizo en el inventario no se hace mención especial de ninguna labranza en él existente. En el inventario adicional, decretado a solicitud del cesionario Guzmán, en que apoya su primera objeción, se enlistó "un derecho de $ 483,94 cuota parte de los $ 800 que le fueron adjudicados a Santiago Guzmán y María Gregoria Segura, sobre una labranza ubicada en el globo de los Guzmanes, jurisdicción del Municipio de El Hobo, la cual se encuentra dividida hoy en dos lotes..."

Bajo la partida Tercera se incluyó en el inventario, también como bien propio del viudo, el lote Nº 2, por sus linderos especiales, adjudicados a Santiago Guzmán en la partición de la comunidad de La Escuela, por su derecho de $ 12.66 que hubo por herencia de sus padres", y en el adicional referido, "un derecho de $ 7,66 cuota parte de los $ 12,67 que sobre el lote de La Escuela le fueron adjudicados al mismo señor en la partición de los bienes de sus prenombrados padres..."

Por la forma en que fueron propuestas las objeciones de que se trata parece que se refieren, más que a la partición al inventario de los bienes relictos, por haberse incluído allí bienes cuya pro-

piedad no es exclusiva del cónyuge sobreviviente, o como de la sucesión uno que no le pertenece. No se ataca en realidad el trabajo de partición en sí, por errores en la distribución de los bienes o desatención de los preceptos legales que la gobiernan, sino, como el objetante lo dice y su apoderado en el recurso lo corrobora, por haberse llevado adelante la partición sin esperar ni tener en cuenta el inventario adicional que modificaba y rectificaba el original, que de este modo no podía ser la base de la partición. La ley concede acciones sobre ocultación o inclusión indebida de bienes en el inventario; pero en manera alguna es hábil para tal fin el recurso del inventario adicional que solamente autoriza el artículo 949 del C. J. cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse en el inventario algún elemento del patrimonio, antes o después de hecha la partición de los bienes primitivamente inventariados.

En el caso de estudio se llevó a efecto el inventario primitivo de los bienes de la sucesión de Virginia Martínez de Guzmán el 12 de noviembre de 1942 con especificación precisa de los bienes y haciendo la debida separación entre los propios del cónyuge sobreviviente y los de la sociedad conyugal. Esta diligencia se llevó a efecto con intervención directa del heredero Alfonso Moncaleano, cedente del objetante de la partición, y contra ella, en la oportunidad procedimental, no se formuló ningún reparo. Tal inventario debía en estas condiciones ser la base utilizable por el partidor para su trabajo de distribución. El inventario adicional pedido por Sergio Guzmán, que no alcanzó firmeza sino después de formuladas las objeciones en que se pretendía que fuera tenido en cuenta, fuera de que, como ya se dijo, no puede servir para rectificar inventarios anteriores, no podía ser base de una partición anterior, ni motivo legal para suspender la ya practicada. Cuando sobreviene a la partición, el inventario adicional, recurso destinado a completar el enlistamiento de los bienes relictos, da lugar y base a nueva distribución herencial.

Si no se considera el problema de las objeciones como vinculado inoportunamente a la etapa procedimental de los inventarios y avalúos en el juicio sucesorio, surge entonces una cuestión de propiedad en torno de bienes inventariados y adjudicados en la partición que también afecta de improcedencia las objeciones propuestas por Sergio Guzmán. Se vio, en efecto, que los lotes de la comunidad de los Guzmanes y La Escuela adjudicados a Santiago Guzmán, cónyuge supérstite, como bienes propios, fueron adquiridos por él a título de herencia en la sucesión de sus padres Manuel María Guzmán y María Gregoria Segura, según la hijuela correspondiente. El cesionario Guzmán pretende contra el viudo y los demás herederos y contra lo que rezan los títulos escriturarios, que tales inmuebles no pertenecen a Santiago Guzmán en su totalidad y que en ellos corresponde a la sociedad conyugal una cuota de dominio. Se plantea así inequívocamente, como bien lo entendió el Tribunal, una cuestión de dominio cuya solución se vincula a la liquidación herencial de los padres del cónyuge sobreviviente, en que le fueron adjudicados los referidos inmuebles, que no puede ser decidida legalmente en un simple incidente de objeciones a la partición, y que tampoco estuvo resolverlo dentro de las atribuciones del partidor. Más visible, si cabe, es la improcedencia de debatir cuestiones de dominio como reparos al trabajo de partición, la objeción relacionada con el potrero de La Tigre, inventariado como de propiedad de la sociedad conyugal según título escriturario de la adquisición durante el matrimonio, cuya propiedad ajena la afirma el objetante pero no aparece reclamada por nadie contra la sucesión. Las pruebas aducidas por el objetante dentro del artículo correspondiente sobre la propiedad del potrero de La Tigre como adjudicado a los herederos de Paulino Segura en la partición del globo de El Abejón, cuya identificación no puede deducirse de las escrituras por la diversidad de linderos, está poniendo a la vista la naturaleza incuestionable de una acción de dominio sobre el aludido inmueble, de improcedente estudio e ilegal decisión en el trámite del juicio de sucesión de que se trata. "La primera consideración que sugiere este planteamiento de la cuestión —ha dicho esta Sala en caso análogo—, no siendo inequívocos los términos en que está concebido el instrumento referido, es que su decisión excede la cabida jurisdiccional de una articulación de objeciones a la partición en el juicio sucesoral. Antes de procederse a la partición de una herencia, es necesario, en efecto, determinar exactamente quiénes son partícipes y cuáles son los bienes sometidos a la división, porque el Juez en los trámites de la partición en juicios sucesorios no tiene propiamente la misión de resolver controversias de fondo sobre intereses encontrados, porque la partición herencial es un acto especial no constitutivo de una verdadera acción en justicia, ni el partidor tiene atribuciones para resolver asuntos o problemas que competen a la jus-

ticia ordinaria. Las cuestiones previas que han de resolverse se refieren, ya a las cosas comprendidas en la comunidad (a. 1388 C. C.) como ocurrió aquí con la mitad del predio Filadelfia de cuya división ahora se trata, o ya a los derechos de los mismos comuneros (a. 1387 ib.), esto es, a las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o abintestato, desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios..." (GACETA JUDICIAL LIV Bis., Página 142).

Las consideraciones que anteceden dejan ver claramente que el Tribunal, al no dar acogida a las objeciones formuladas por Sergio Guzmán, por razones coincidentes con las que ha expuesto la Sala, no incurrió en ninguna de las violaciones legales que le imputa infundadamente la demanda de casación.

Por tanto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 10 de marzo de 1945, 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.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ARRENDAMIENTO—TECNICA DE CASACION.—INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS.—LANZAMIENTO DE ARRENDATARIO

1.—El recurso de casación, buscando el fin principal de unificar la jurisprudencia, se encamina a estudiar si la ley sustantiva ha sido o no violada por la decisión del juzgador. La sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso y sólo el quebrantamiento de las normas legales puede conducir a la rectificación del fallo.

2.—La errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley sustantiva. Es necesario indicar la prueba y el concepto en que fue mal apreciada y demostrar cómo esta errada interpretación condujo al Tribunal al quebrantamiento de normas sustantivas que deben citarse concretamente, acompañadas del concepto sobre su violación.

3.—No bastaría para demandar la reducción del precio del arrendamiento que de una manera fehaciente constara que antes del contrato de arrendamiento el propietario hubiera vendido zonas de terreno dentro del predio arrendado, porque la propiedad por parte del arrendador no es condición esencial del contrato; el arrendador se obliga a entregar al arrendatario la cosa arrendada, a conservarlo en el goce, manteniendo la cosa en estado de servir para el fin propuesto y librarlo de toda turbación o embarazo. Esta última condición y obligación tiene la correlativa por parte del arrendatario de noticiar al arrendador de los inconvenientes que se le presenten en el goce de la cosa arrendada (artículo 1989, C. C.). Así, pues, la simple prueba de la venta de zonas dentro de la finca arrendada no daría lugar a disminución del precio o a resarcimiento de perjuicios, si no se demuestra la perturbación sufrida y los daños.

4.—La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.

La Corte, en repetidos fallos, ha sostenido la doctrina de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos, que esa interpretación sólo puede variarse en casación cuando es manifiestamente errónea de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso.

5.—Las reglas del juicio de lanzamiento están determinadas en los artículos 1103 y 1107 del C. J. El juez, mediante la solicitud del arrendador, a la cual debe acompañar la prueba del caso sobre el contrato y su terminación, decide si es la oportunidad de lanzar al inquilino o no. A estos particulares se reduce la sentencia. Si el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado por el arrendador del costo de mejoras y reparaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 1993 del C. C., y alega este derecho en el juicio de lanzamiento que se le haya propuesto, antes de verificarse la entrega o al tiempo de hacerse ésta, se le debe dejar la cosa en su poder mientras el arrendador no le pague o le asegure su importe. Si éste no está determinado, se fija por el mismo juez mediante una articulación. Como se ve, este señalamiento del precio de una mejora es una cuestión incidental en el juicio de lanzamiento que no forma parte de su naturaleza y que puede dar lugar a revisión en

juicio ordinario, en que el arrendador demuestre no estar obligado a pagar tales mejoras, o para discutir el avalúo que de una manera provisional se hizo para el solo y único efecto de cumplir la orden de lanzamiento.

6.—La falta de consonancia se refiere necesariamente a la parte resolutiva del fallo que es donde se encuentra el imperio de las decisiones judiciales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

La señora Celia Uribe de Hoffman y Julio Hoffman dieron a Marco A. Gómez en arrendamiento por el término de ocho años a partir del 9 de abril de 1932, un predio urbano denominado "Quinta Hoffman", situado en la ciudad de Bucaramanga, alinderado por calles y carreras, a razón de $ 25 por mes. Gómez quedó facultado para subarrendar bajo su responsabilidad y se estipuló que las reparaciones locativas y necesarias, serían costeadas por mitad entre ambos contratantes; que las mejoras útiles que el arrendatario hubiera puesto en la finca "como cultivos de cañas y otras sementeras", podrían ser disfrutadas por éste, al terminarse el arriendo, por un tiempo prudencial acordado entre ambas partes.

Vencido el término del arrendamiento Marco A. Gómez se negó a restituír, por lo cual los propietarios entablaron la correspondiente diligencia de lanzamiento, que culminó en la entrega del bien arrendado el día 14 de noviembre de 1941.

Gómez sólo cubrió ocho meses de arrendamiento, o sea la suma de $ 200 y quedó debiendo lo correspondiente a 107 mensualidades y 14 días, por un monto de $ 2.686.66.

Pendiente aún el juicio de lanzamiento el arrendatario Gómez, por medio de apoderado especial, demandó el 2 de abril de 1940 a los arrendadores para que mediante un juicio ordinario se les condenara a reembolsarle el costo de las mejoras necesarias y locativas que dijo haber realizado en el predio arrendado y a indemnizarle los perjuicios provenientes de haberle entregado dicha finca por linderos distintos de los que en realidad delimitaban el predio y haber sido, en consecuencia, mutilada la cosa arrendada, con sensible detrimento de sus intereses. También manifestó hacer uso del derecho de retención del inmueble mientras se le cubrían las sumas cobradas, reclamo que no tuvo ninguna finalidad práctica, por haber sido lanzado del predio antes de terminarse el juicio.

Habiendo fallecido el señor Julio Hoffman, el representante de la señora Celia de Hoffman contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y a la vez, en nombre de su cliente, contrademandó para que se condenara a Gómez a pagar los cánones de arrendamiento insolutos, que ascendían a $ 2.866.66; se contrademandó igualmente por los daños y perjuicios por el mal uso de la cosa arrendada, por no haber puesto el arrendatario en su conservación los cuidados de un buen padre de familia, por no haberse llevado a cabo en la finca las reparaciones locativas y por haberse restituído el inmueble con culpable deterioro y en condiciones antihigiénicas.

Además, se pidió, que se declarara que la señora Hoffman no estaba obligada a pagar a Gómez la suma de $ 500 fijada provisionalmente por el Juzgado Municipal de Bucaramanga, como precio de mejoras locativas que éste reclamó al tiempo de practicarse el lanzamiento.

Gómez, a su vez, se opuso a las pretensiones de la contrademanda.

La sentencia recurrida

El Juez Primero del Circuito de Bucaramanga que fue el del conocimiento, puso término a la instancia por sentencia de 27 de mayo de 1944, en la que ordenó pagar a Marco A. Gómez la suma de $ 250 por concepto de mejoras puestas por éste en el bien arrendado. Se condenó por su parte a Gómez a cubrir a la señora Hoffman la suma de $ 2.686.66, valor de los cánones de arrendamiento no satisfechos por el arrendatario, y se absolvió a una y otra parte de los demás cargos que recíprocamente se habían formulado.

De esta providencia apeló únicamente el arrendatario Marco A. Gómez, lo cual motivó el envío de los autos al Tribunal Superior de Bucaramanga, donde el juicio recibió la tramitación del caso hasta el estado de dictar sentencia, la que fue proferida el 21 de febrero de 1945. Tal fallo confirmó el de primera instancia, con la aclaración y reducción en lo que respecta al pago de las mejoras que la señora Uribe de Hoffman debía reconocer al arrendatario. Se rectificó además, en una

pequeña suma, la liquidación de los cánones de arrendamiento adeudados.

Las razones expuestas por el Tribunal para abstenerse de condenar a la arrendadora al pago de perjuicios por no haber entregado el bien arrendado por los linderos precisos que señala el contrato de arriendo, se desprende de los siguientes apartes de la sentencia recurrida:

"En el expediente no hay constancia alguna de que Gómez hubiera sido turbado o molestado en su goce de la cosa arrendada por los terceros que compraron algunos lotes del inmueble cuestionado. Y si fue turbado en ese goce, ¿por qué no intentó la acción correspondiente para que se le disminuyera el precio del arriendo?

"Esa actitud pasiva del arrendatario Gómez es bastante significativa. Y es extraño que sólo después de haber sido lanzado de la finca hubiese intentado la acción de perjuicios.

"Pero no sólo esto, sino que, no obstante ese 'cercenamiento o recorte de la finca arrendada', de que habla el demandante Gómez, éste pagó los cánones de arrendamiento correspondientes a varios meses, como consta de las copias de los recibos visibles al folio 13 v. del cuaderno número 3, sin hacer reclamo alguno, lo que está indicando que aquello no fue suficiente para impedir o disminuír el goce de la cosa arrendada.

"Están de acuerdo los autores, la doctrina y la jurisprudencia, en que la indemnización de perjuicios obliga a la demostración de haberlos sufrido quien los demanda. Y decía la Corte Suprema de Justicia en casación civil de 27 de agosto de 1941, que en la culpa contractual la sola falta de uno de los contratantes, aunque a ella enfrente el otro un estricto cumplimiento de lo de su cargo, no es suficiente para demandar éste indemnización, sino que le es preciso comprobar que con aquello se ha perjudicado. De ahí, que siempre el demandante por perjuicios tenga que demostrarlos, salvo casos excepcionales de que da ejemplo el artículo 1617 del C. C. en su regla segunda, que los presume".

No puede hablar de perjuicios un arrendatario que toma una finca por el término de ocho años, mediante un canon de arrendamiento de $ 25 mensuales; luego la subarrienda por siete años a razón de $ 30 mensuales; y este subarrendatario, a su vez, la arrienda a razón de $ 60 y $ 80 mensuales. ¿En dónde están los perjuicios que sufrió Marco A. Gómez con el cercenamiento de la finca arrendada?

No habiendo demostración ninguna de perjuicios, el Tribunal no tiene para qué entrar a hacer detallada referencia a lo expresado en ese particular por los peritos de la segunda instancia".

Para justificar la orden de pago de los arrendamientos vencidos, el Tribunal expresó lo que a continuación se copia: "Probado como está, que la arrendadora cumplió con la obligación de entregar al arrendatario la cosa arrendada, disfrutándola y gozando de ella, aunque no la hubiera mantenido en estado de servir para el fin que fue arrendada, de "lo cual no hay prueba; como tampoco existe prueba de que el arrendatario fuera turbado en el goce de la cosa, debe admitirse que la arrendadora cumplió con las obligaciones que le impone el artículo 1982 del C. C.

Ahora bien, de acuerdo con el artículo 2.000 ibidem, el arrendatario está obligado al pago del precio o renta.

Tratándose de un contrato bilateral, como lo es el arrendamiento, conocidas las obligaciones de las partes, en este caso, al arrendador o arrendadora no le corresponde probar el incumplimiento del arrendatario, basta para que prospere su acción presentar el título de la obligación, que es el contrato de arrendamiento, complementado con la prueba de que la cosa le fue entregada al arrendatario, de lo cual ya se dijo, hay amplia demostración. Aquí la carga de la prueba le correspondía al arrendatario, esto es, demostrar que ha pagado los cánones de arrendamiento que se le cobran, y como nada de esto hizo, la condena del juzgado, en armonía con la súplica correspondiente, es inobjetable".

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga interpuso en tiempo recurso de casación el apoderado del arrendatario señor Gómez, el cual previa la tramitación de rigor, pasa a ser decidido por la Corte.

En un extenso memorial, más propio para sustentar una apelación ante un Tribunal, se fundamentó ante la Corte el recurso de casación, que adolece de errores de técnica en su presentación y que hace difícil su estudio.

Olvidó el demandante que el recurso de casación, buscando la finalidad principal de unificar la jurisprudencia se encamina a estudiar, si la ley sustantiva ha sido o no violada por la decisión del juzgador. La sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso y sólo el quebran-

tamiento de las normas legales puede conducir a la rectificación del fallo.

La violación de la ley sustantiva es la causal de casación más frecuente en el presente recurso. El demandante se ha limitado, en la mayoría de los cargos, a acusar la providencia recurrida "por ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea", sin indicar los textos que considera infringidos. En varios de los cargos propuestos, no citó, como ha debido hacerlo, las disposiciones que a su juicio fueron violadas y el concepto en que lo hubieran sido.

Se acusa la sentencia en algunos capítulos de la demanda de casación, por violación de la ley sustantiva en la apreciación de pruebas, pero olvidó el recurrente, que la errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de la ley sustantiva. Es necesario indicar la prueba y el concepto en que fue mal apreciada y demostrar cómo esta errada interpretación, condujo al Tribunal al quebrantamiento de normas sustantivas, que deben citarse concretamente, acompañadas del concepto sobre su violación.

Con todo, la Corte, con espíritu de justicia, estudia las causales alegadas y deduce de los textos citados en la demanda, a cuáles se refiere la acusación propuesta.

Motivos de casación alegados

El primer motivo de casación lo presenta el recurrente en los siguientes términos: Causal primera del artículo 520 del C. J.

Cargo primero.—"Ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida y por interpretación errónea. Ha habido, además, violación de la ley por apreciación errónea y falta de apreciación de determinadas pruebas, incurriendo el Tribunal de Bucaramanga en error de derecho y en error de hecho que aparece de modo manifesto en los autos".

Señala como violados los artículos 1, 2, 3, 1527, 1602, 1603, 1620 del C. C. y 472 del C. J.

Son fundamentos del cargo propuesto los siguientes:

a) Que el arrendatario Gómez pide en su demanda inicial que se le indemnice los perjuicios provenientes de habérsele arrendado un inmueble por medio de la escritura pública número 306 de 9 de abril de 1932, de la notaría 2ª del Circuito de Bucaramanga, por linderos distintos de los que en realidad pertenecían a los arrendadores al tiempo de celebrarse el contrato.

b) Que con pruebas suficientes estableció "que le fueron sustraídos a los linderos de la escritura varios lotes y mediaguas comprendidos dentro del contrato" y que a pesar de esto, el Tribunal se limitó a decir que "el arrendatario no era susceptible de dejarse engañar y por lo tanto debía conocer el estado real y jurídico de la cosa arrendada". Que con este argumento se desvaloriza el contrato de arrendamiento como ley entre las partes, negando al arrendatario "el derecho de ser indemnizado por las mutilaciones culpables que sufrió la cosa arrendada".

c) Que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, que no puede ser invalidado sino por el consentimiento mutuo o por causas legales. Que los contratos deben ejecutarse de buena fe y que por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella; artículos 1602 y 1603 del C. C., disposiciones éstas que reputa violadas.

d) Que por medio de la escritura número 306 celebró Gómez un contrato de arrendamiento de una finca abandonada en aquel entonces, en las afueras de la ciudad, alinderada por calles y carreras, comprendiendo dentro de dicha alinderación todo el terreno y las construcciones a que se refieren los peritos y determinan las inspecciones oculares visibles en los autos.

e) Que como razones para no decretar la indemnización de daños y perjuicios o la reducción en el predio del arrendamiento el Tribunal se limitó a expresar que no cabía tal reducción porque Gómez conocía el estado real de la finca, por ser persona avisada, que el arrendatario se conformó con la cosa tal como le fue entregada y que ha debido intentar cualquier acción legal contra la arrendadora, lo que no hizo. Siendo así, replica, que para ejercitar la acción de perjuicios tenía el arrendatario la acción ordinaria y ésta no prescribe sino en 30 años (artículo 2536 del C. C.).

f) Que es lamentable que en poblaciones pequeñas en que todo el mundo conoce a todo el mundo, el juez tienda insensiblemente a sentenciar los casos de su jurisdicción con criterio local y subjetivo, desdeñoso de la ley positiva y exento de toda responsabilidad jurídica. Tal ha acontecido, dice, con el señor Gómez, quien por aparecer ante el Tribunal como "persona muy avisada en sus negocios", queda impedido para presentar a

litis un contrato de arrendamiento solemne y perfecto, como una ley para los contratantes y como una fuente de obligaciones y de acciones civiles". Considera, como deducción final, que con los conceptos expresados se violaron los artículos 1, 2, 3, 1527 y 1620 del C. C. y 472 del C. J.

g) Que hay aplicación indebida de la ley sustantiva en este fallo, porque tratándose de un contrato celebrado por medio de instrumento público, ha debido atenderse al principio de la fe pública consignado en el artículo 1757 del C. C., según el cual "las obligaciones y descargos contenidos en el instrumento público hacen plena prueba respecto de los otorgantes y de las personas a quienes se transfieren dichas obligaciones y descargos a título universal o singular, cosa que no tuvo en cuenta el Tribunal al guiarse por el conocimiento personal o subjetivo que tenía del arrendatario".

La Corte considera

Por medio de la escritura número 306 mencionada por el recurrente, la señora Uribe de Hoffman y don Julio Hoffman dieron en arrendamiento a Marco A. Gómez un predio urbano en la ciudad de Bucaramanga, por determinados linderos, comprometiéndose a cubrir la mitad de los gastos que hiciera el arrendatario en reparaciones locativas y concediéndole a la terminación del plazo un tiempo prudencial para el disfrute de los cultivos que hubiere realizado. No se expresó que la finca tuviera alguna o algunas construcciones o edificaciones y que éstas formaran parte del bien arrendado.

Vencido el plazo, es decir, transcurridos los ocho años, señalados en el contrato, sin el menor reparo por parte del arrendatario y cuando la dueña del predio se vio precisada a pedir a la autoridad el lanzamiento del inquilino que a pesar del vencimiento del término no entregaba la finca, además de que debía 170 meses y unos días del canon estipulado, el referido arrendatario demandó para que se redujera el precio del arrendamiento por no habérsele entregado en su totalidad la cosa arrendada y por daños y perjuicios por la misma causa y por el pago de mejoras.

El litigio planteado ha tenido como base principal la de que al determinarse en la escritura de contrato el bien arrendado, se dijo que era un predio urbano delimitado por ciertas calles y carreras de la ciudad y que a pesar de no haberse exceptuado ninguna parte de lo así comprendido, dentro de la zona delimitada se encontraban algunos lotes de terreno que con anterioridad a la celebración del contrato habían sido vendidos a terceros y que también existían, dando frente a las calles o carreras, ciertas mediaguas pertenecientes a extraños.

El caso es, pues, de reducción del precio convenido por disminución en la extensión del bien arrendado. Mas hay que advertir que no se estipuló cabida determinada, sino simplemente se señaló como bien arrendado un lote por ciertos linderos que resultaron abarcando algunas zonas de propiedad ajena.

Las condiciones del contrato, particularmente en lo relativo a mejoras, indican que aún cuando se trataba de una zona urbana, el predio arrendado lo fue con miras agrícolas; de ahí que se le permitiera al arrendatario podar los árboles y disponer de la leña, plantar caña de azúcar y otros cultivos y disfrutar, una vez vencido el plazo, de la mejora por un tiempo prudencial. El Tribunal entendió, aun cuando no se expresó en la escritura de arrendamiento, que éste incluía una casa de habitación situada en el interior del predio y ordenó pagar el 50% de sus reparaciones.

Entendió igualmente que siendo un predio urbano de poca extensión, conocido por el arrendatario y dada su condición de hombre avisado en negocios, era de suponerse que hubiera reclamado si la cosa arrendada no se le hubiera entregado en las condiciones pactadas. El arrendatario está obligado a noticiar al arrendador de toda turbación o molestia que reciba de terceros por consecuencia de derechos que aleguen. (Artículo 1989 del C. C.).

El arrendatario señor Gómez no dio tal noticia, ni expresó su inconformidad por actos de terceros, si los hubo, ni hay constancia en forma alguna de que se le hubiera perturbado en el goce tranquilo de la cosa arrendada.

No bastaría para demandar la reducción en el précio del arriendo que de una manera fehaciente constara que con anterioridad al contrato de arrendamiento el propietario hubiere vendido algunas zonas de terreno dentro del predio arrendado, porque la propiedad por parte del arrendador no es condición esencial del contrato de arriendo; el arrendador se obliga a entregar al arrendatario la cosa arrendada, a conservarlo en el goce, manteniendo la cosa en estado de servir para el fin propuesto y librarlo de toda turbación o embarazo. Esta última condición y obligación tiene la correlativa por parte del arrendatario de noticiar al arrendador de los inconvenientes que se le pre-

senten en el goce de la cosa arrendada. (Artículo 1989 del C. C.).

Así, pues, la simple prueba de la venta de zonas dentro del bien en arrendamiento no daría lugar a disminución del precio o a resarcimiento de perjuicios, si no se demuestra la perturbación sufrida y los daños.

Se ve claramente que la dificultad para determinar los linderos haciendo exclusión de algunos pequeños lotes y la facilidad de señalarlos valiéndose del número de las calles y carreras, fue la causa de la omisión apuntada. De idéntica manera alinderó el arrendatario Gómez al subarrendar a María Agudelo la misma finca por siete años. Comentando esta circunstancia, dice el Juez del conocimiento en su sentencia:

"Un hecho bastante significativo y que deja ver cómo los linderos que en el contrato de arrendamiento consignado en la escritura pública número 306 de 9 de abril de 1932, de la notaría segunda del circuito de Bucaramanga, no contemplaron con precisión el predio sino que se fijaron de una manera general citando lo comprendido entre calles y carreras, sin hacer especial mención para excluírlos de los lotes que para la fecha del contrato eran de propiedad de los arrendadores, lo que constituye el otorgamiento de la escritura número 116 de 11 de febrero de 1933, notaría segunda, por la cual Marco A. Gómez subarrienda la Quinta Hoffman a la señora María Agudelo por los mismos linderos de referencia sin hacer reservas de ninguna naturaleza, y en tal instrumento si se hizo mención de la casa de la Quinta Hoffman, sin que pueda decirse que por no haberse incluído dicha casa en la escritura 306 arriba citada, fuera construída por el arrendatario o no pertenezca a la finca arrendada. Estos hechos nos dan idea de la manera como fueron empleados algunos términos del contrato, redactado en forma vaga y que dio lugar al actual litigio.

Los linderos de la Quinta Hoffman que constan en la escritura 306, son: por el norte, calle 15 al medio, con propiedad de Pedro Elías Serrano; por el sur, con la calle 16; por el oriente, con la carrera 13 y por el occidente, con la carrera 12; en realidad esos eran los linderos de la finca tomados en conjunto, es decir, sin entrar a detallar que por tal o cual lado no limita con ésta o aquélla calle o carrera en toda su extensión, por ejemplo: porque uno, dos, tres o más lotes que no formaban parte de la finca impidieran que el lindero en cuestión diera en todas sus partes contra la vía pública citada en el lindero".

Es regla de interpretación de los contratos, que conocida claramente la intención de las partes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras. Esta intención puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra; otras convenciones o escritos emanados de las partes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.

En vista de la discrepancia de los contratantes sobre si habían sido incluídas en el arrendamiento algunas mediaguas y lotes pertenecientes a terceros, el Tribunal, con base en lo que se deja dicho, interpretó el contrato en el sentido de considerarlos fuera del convenio.

La Corte, en repetidos fallos, ha sostenido la doctrina de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que esta interpretación sólo puede variarse en casación cuando es manifiestamente errónea de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso. (Jurisprudencia de la C. S. de Justicia. Tomo I, número 2038, 2047, 2049 y G. J. 1982, página 27).

Por lo demás, dado que de ninguna manera se expresó que formaban parte del arrendamiento las referidas habitaciones, ni en el contrato hay base para hacer tal suposición, carece de fundamento el concepto pericial en que se estimó en $ 440 por mes el perjuicio para el arrendatario, avaluando el arrendamiento de cada enramada a $ 8 por mes.

No existe, pues, error evidente de hecho o de derecho en la apreciación del instrumento público como prueba del contrato. No se citan por el recurrente otras pruebas que lleven al ánimo de la Corte la existencia de ese error y por lo que hace a la prueba en sí del contrato de arrendamiento consignada en la escritura pública número 306, la Corte considera que el juzgado le ha dado una interpretación de acuerdo con su naturaleza, con los hechos posteriores al convenio y con la

interpretación práctica que de él hicieron las partes.

No se ve por lo demás que haya existido violación directa de las disposiciones citadas, muchas de las cuales no son aplicables al caso contemplado.

Cargo segundo

Acusa la sentencia el recurrente en varios apartes de su demanda de casación por interpretación errónea de la ley, en cuanto accedió el Tribunal al pedimento de la demanda de reconvención sobre revisión de la sentencia del Juzgado Municipal de Bucaramanga, proferida en el juicio especial de lanzamiento propuesto por la señora Hoffman contra el arrendatario para la entrega del bien arrendado y porque se estimaron por dicha oficina judicial las mejoras locativas realizadas por Gómez en la suma de $ 500.00, que redujo a $ 250 la sentencia acusada.

Afirma que por tal aspecto la providencia recurrida viola la firmeza de la cosa juzgada, en cuanto disminuyó a esa suma la cantidad que el arrendador debe abonar al arrendatario, porque la sentencia de lanzamiento no ha sido demandada y mal puede ser alterada en su fuerza de cosa juzgada en el juicio ordinario materia del presente litigio.

Señala como violados los artículos 473 del C. J., sobre la cosa juzgada, los artículos 1105 y 1106 sobre juicio de lanzamiento, 1757 y siguientes del C. C.; y 549 y 982 del C. J.

La Corte considera

Terminado el arriendo por cualquier causa el arrendador puede dirigirse al juez para que el arrendatario le restituya la cosa arrendada. De la demanda se corre un breve traslado, vencido el cual, háyase o no contestado, el juez debe decretar el lanzamiento si el inquilino se opuso a la entrega.

Como las causas que pueden dar lugar a la terminación del contrato de arriendo son diversas, el artículo 1104 del C. J., las enumera siguiendo la terminología del C. C. y señala la clase de prueba correspondiente a cada una de ellas que debe presentarse por el actor. En caso de oposición del demandado, existe un término de prueba compatible con la índole del juicio y luego uno prudencial para que el juez falle. Por último se señala otro término para que el lanzamiento tenga lugar.

Las reglas del juicio de lanzamiento están determinadas en los artículos 1103 y 1107 del C. J. El Juez mediante la solicitud del arrendador, a la cual debe acompañar la prueba del caso sobre el contrato y su terminación, decide si es la oportunidad de lanzar al inquilino o no. A estos particulares se reduce la sentencia.

Si el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado por el arrendador del costo de mejoras y reparaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 1993 del C. C., y alega este derecho en el juicio de lanzamiento que se le haya propuesto, antes de verificarse la entrega o al tiempo de hacerse ésta, se le debe dejar la cosa en su poder mientras el arrendador no le pague o le asegure se importe. Si éste no está determinado, se fija por el mismo juez mediante una articulación.

Como se ve, este señalamiento del precio de una mejora es una cuestión incidental en el juicio de lanzamiento que no forma parte de su naturaleza y que puede dar lugar a revisión en juicio ordinario, en que el arrendador demuestre que no está obligado a pagar tales mejoras o para discutir el avalúo que de una manera provisional se hizo para el sólo y único efecto de cumplir la orden de lanzamiento.

Los juicios especiales sólo son revisables por la vía ordinaria cuando expresamente lo determina la ley. Tal sucede, por ejemplo, con la sentencia de excepciones en el juicio ejecutivo, la relativa a la venta de bienes hipotecados (artículos 1030 y 1197 del C. J.). Pero este no es el caso de autos; no se trata de la revisión de la sentencia pronunciada en el juicio especial de lanzamiento, sino de la estimación provisional del precio de unas mejoras.

Además, debe hacerse notar que los artículos 1105 y 1106 del C. J. citados como violados por el recurrente, son de mero procedimiento, que no dan lugar al recurso de casación.

Por lo expuesto se declara no probado el cargo.

Cargo tercero

Se acusa la sentencia por apreciación errónea de la prueba documental y pericial que condujo al Tribunal a violar los artículos 26, 32, 66, 666, 1517, 1610, 1603 y 1613 del C. C. y 472 del C. J.

Sostiene el recurrente que no dándole al juzgador eficacia a la cláusula que en el contrato de arrendamiento señaló los linderos del precio arrendado por calles y carreras, que incluía dentro del bien arrendado las mediaguas que los peritos ha-

llaron dentro de tales límites, se apreció con evidente error el alcance de sus estipulaciones.

Que se desconoció "la fuerza demostrativa y pertinente de las conclusiones y avalúos a que llegaron los peritos de la segunda instancia, diz que por haberse fundado para hacerlos en la declaración de testigos que depusieron en la inspección ocular de la primera instancia".

El mérito probatorio del dictamen pericial, continúa el recurrente, estriba en la promesa juramentada de desempeñar el cargo según su propio conocimiento y tratándose de avalúos o de cualquier otra regulación en cifras numéricas, el dictamen uniforme, explicado y debidamente fundamentado de dos peritos hace plena prueba (artículo 721 del C. J.). Que los peritos que actuaron en la segunda instancia dieron un dictamen uniforme, explicado y fundamentado respecto del avalúo de los perjuicios sufridos, por el arrendatario Gómez a causa de la desmembración del lote arrendado. Que los peritos estimaron el avalúo del posible producido de las mediaguas halladas en el lote arrendado a Gómez, a razón de $ 8.00 por mes y que encontraron 36 mediaguas antiguas y 20 nuevas.

El Tribunal no obstante haberse presentado la plena prueba de que el predio tomado en arrendamiento por Gómez encerraba los lotes y las casas que tuvieron en cuenta los peritos al rendir su dictamen, desconoció dicha prueba.

Los peritos, a su juicio, no avaluaron sino las mejoras locativas y necesarias después de haber verificado los hechos de acuerdo con la petición de inspección ocular y de las pruebas del expediente.

Finalmente sostiene que el Tribunal hizo una apreciación errónea de la prueba pericial ya que según el artículo 732 del C. J. "la facultad que tiene el juez para apreciar con libertad el dictamen de peritos, está reservada únicamente para cuando se halle ante casos diferentes de los mencionados en los artículos 721 y 722 del C. J. Que la regulación en cifras numéricas que hicieron en dicha estimación los expertos, fue uniforme, explicada y debidamente fundamentada. Por consiguiente la entidad falladora carecía de jurisdicción para demeritar el sentido positivo y las proporciones jurídicas de la referida prueba.

La Corte considera

El cargo propuesto puede descomponerse en las siguientes proposiciones:

a) Desconocimiento de la prueba consistente en la escritura pública 306 en que se consignó el contrato de arrendamiento de un lote urbano delimitado por calles y carreras, que comprende una zona de terreno donde se encuentran varias enramadas y casitas de habitación que no le fueron entregadas a Gómez por pertenecer a extraños, lo mismo que algunos lotes de particulares que no recibió y que son de terceros.

b) Falta de apreciación o apreciación errónea de la prueba pericial practicada en la segunda instancia por dos aspectos: en cuanto no se aceptó como valor de unas mejoras el medio aritmético y se desechó tal prueba en lo referente al valor de las mejoras locativas puestas por Gómez en el predio y que según las voces del contrato, la arrendadora se comprometió a cubrir en un 50%; y por cuanto el Tribunal rechazó la estimación del justiprecio de los daños y perjuicios demandados por Gómez con motivo de la no entrega de un grupo de mediaguas y algunos lotes de terreno, éstos últimos que la propietaria de la finca había enajenado antes del arrendamiento y que no se excluyeron.

Con respecto a la estimación de la prueba escrituraria contentiva del contrato de arrendamiento, se reproducen los argumentos expresados atrás para sostener, dados los términos del contrato y la interpretación de las partes, que el predio arrendado no comprendía las zonas vendidas con anterioridad a la celebración del contrato. Esto mismo se deduce de los términos de la demanda propuesta por Gómez y de las cláusulas de la escritura.

Avalúo de las mejoras

Durante el juicio se practicó una doble estimación de las mejoras que el arrendatario sostiene efectuó dentro del predio arrendado: una vez ante el Juez de primera instancia. En tal justiprecio, los peritos fundaron su dictamen en la declaración del testigo Luis Alfredo Gómez, quien fue el encargado de señalar cuáles eran las mejoras realizadas y en qué consistían. Sobre esta declaración conceptó el Tribunal que en manera alguna suministraba un elemento suficiente para que los peritos pudieran formarse un juicio completo a fin de dar un dictamen debidamente fundamental. El segundo peritazgo fue ante el Tribunal.

Los peritos que actuaron en esta última diligencia de avalúo debieron concretar su dictamen, según lo solicitado en el memorial de pruebas del

actor en la segunda instancia, en primer término conforme al memorial de pruebas visible al folio primero del cuaderno número cinco y luego a ampliar, rectificar o confirmar el dictamen y avalúo ya practicado ante el Juez del conocimiento. Es decir, no se tuvo otra base de conocimiento en la determinación de los elementos que iban a justipreciarse, sino la deposición del testigo García, que no dio razón de su dicho al señalar en qué consistían las mejoras hechas en la finca. Por otra parte, el Tribunal estimó que las reparaciones o adaptaciones hechas en la casa de habitación de la finca para destinarla a un "cabaret" o el acondicionarla a las necesidades de un puesto antivenéreo, no correspondían al concepto de mejoras locativas necesarias de acuerdo con el objeto del contrato, que según sus términos debe entenderse para los fines de explotación agrícola o de simple habitación.

Dicen los peritos ante el Tribunal: "Avaluamos las mejoras que se estimaron en la primera instancia y que tienen por base el testimonio de Luis A. Gómez, recibido por el señor Juez **a quo**, así...", y procedieron a relacionar lo mencionado por el testigo para luego darle un valor de $ 863. El testigo Luis Eduardo Silva, también da algunos datos relativos a mejoras, pero este testimonio lo consideró el Tribunal sospechoso por haber sido el declarante empleado de Gómez. Habla de reparación de cercas de alambre, pero no se encontraron tales cercas.

Los artículos 721 y 722 del C. J., le conceden al dictamen uniforme de dos peritos la categoría de plena prueba cuando se trata de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica, o cuando se refiere a hechos sujetos a los sentidos o a lo que expongan los expertos según su arte, profesión y oficio, pero no de una manera irrestricta y absoluta, sino mediante la condición de estar el dictamen explicado y fundamentado. No se trata, pues, como lo dicen los autores, de una aceptación mecánica, sino que está en todo caso sujeta al juicio del juez quien debe decidir si lo encuentra fundado o no.

El Tribunal no encontró suficiente respaldo que justificara el dictamen rendido sobre el avalúo de las mejoras. Los peritos se apoyaron en el dicho de uno o de dos testigos, cuyos asertos critigó justamente el juzgador. Avaluaron como mejoras, trabajos cuya ejecución no se probó que hubiera sido realizada por el arrendatario, o que no estaban de acuerdo con el objeto para el cual se había destinado la cosa arrendada, o que no se encontraron o percibieron por el magistrado sustanciador que concurrió a la diligencia de avalúo. El acuerdo de los peritos sobre el precio determinado de ciertas reparaciones, no era suficiente para que se tuviera como prueba de que se habían realizado tales obras, como mejoras, y en cuánto se estimaban éstas y si correspondían a los fines que se propusieron los contratantes.

La Corte ha dicho:

"Conforme al querer del artículo 721 del C. J., cuando el dictamen no está debidamente fundamentado en todos sus aspectos, toca al juzgador en armonía con las reglas de la sana crítica determinar hasta dónde puede ser acogido y qué partes de él pueden rechazarse. Una suposición contraria supeditaría el criterio del juez al de los peritos, quienes entonces vendrían a ser en definitiva los reguladores de la indemnización." (Sentencia de 10 de julio de 1939).

El Tribunal no sólo desestimó el avalúo pericial, sino que declaró que no se habían demostrado las mejoras, ni los perjuicios reclamados. Para la Corte no existe error evidente en la apreciación de tal dictamen.

El dueño de la finca tenía en ella una casa de habitación que por estar dentro de los linderos pudo explotarla el arrendatario; pero esto no quería decir que si existían otras casas o enramadas ajenas, el arrendatario estaba facultado para percibir sus arriendos, pues tal finalidad no se estipuló en el contrato. Y tanto es esto cierto, que los peritos estimaron que cada mediagua (eran 55) podía arrendarse a $ 8 por mes, o sea $ 440 mensuales, y Gómez obtuvo en arrendamiento todo el lote por $ 25 mensuales. A lo sumo Gómez pudiera cobrar los perjuicios por no haber podido usufructuar con cultivos el suelo donde estaban construídas las mediaguas. Pero el Tribunal al interpretar el contrato consideró que Gómez conocía la situación del bien arrendado o por lo menos aceptó la forma como se le entregó la cosa materia del arriendo.

Al estudiar el cargo primero de este recurso, la Corte conceptuó con el Tribunal que la interpretación racional del contrato consignado en la escritura pública número 306 era la de que tales edificaciones pertenecientes a terceros, no entraron en el convenio y que si se señalaron las calles y carreras como linderos del lote tomado en arrendamiento por Gómez, esto se hizo por la facilidad para identificarlo y no con el ánimo de incluír las enramadas o casas construídas sobre parte de

tales calles y carreras. Gómez adoptó este mismo sistema de delimitación, como ya se dijo, cuando subarrendó por siete años a María Agudelo por la escritura pública de 11 de febrero de 1933 y ella declaró recibido el predio a su satisfacción.

No estando demostrados cuáles fueron los perjuicios y en qué consistieron, mal podrían los peritos avaluarlos; de aquí que el Tribunal rechazara por infundado el dictamen pericial.

Además, de los artículos 1603, 1610 y 1613 del C. C., que pueden tener relación con la causal apuntada, el recurrente cita otras disposiciones del mismo código que no se refieren al motivo de casación alegado: el art. 26 que trata de la interpretación de la ley por el Juzgador; el 32 relativo al mismo tema; el 66 que define qué se entiende por presunción; el 666 que determina qué son derechos personales o créditos; el 1517 que establece qué debe tener por objeto una declaración de voluntad.

El recurrente omitió expresar en qué concepto fueron violadas tales disposiciones y por lo tanto la Corte se abstiene de mayores comentarios.

Se rechaza, en consecuencia, el cargo.

Cargo cuarto

Con respecto a la decisión del Tribunal relativa a la demanda de reconvención, el recurrente hace a la sentencia el siguiente reparo:

Violación de los artículos 1609 y 2000 del C. C., por cuanto el Tribunal condenó al arrendatario al pago de los arrendamientos sin estar constituído en mora y sin que apareciera una prueba idónea de que se adeudaran.

Se funda en que la entrega de la cosa arrendada fue imperfecta, lo que equivale a decir que el arrendador no cumplió con su parte, dado que aparece un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos, donde se da cuenta de que, con anterioridad al contrato de arrendamiento, los propietarios del bien arrendado habían vendido algunos lotes de parcelas, comprendidos dentro de los linderos de la finca.

La Corte considera:

De autos consta que los Hoffman dieron en arrendamiento a Gómez un lote de terreno en la ciudad de Bucaramanga cuya destinación especial, según los términos del contrato, fue la de cultivos agrícolas: siembra de caña y otros cultivos, poda de árboles para disfrutar de la madera, etc.

Está demostrado que el inmueble fue entregado al arrendatario sin que éste hiciera reclamos porque dentro de los linderos y con anterioridad al contrato se hubieran vendido algunas parcelas. No aparece probado que el arrendatario hubiera sido perturbado en su goce durante ocho años del arrendamiento; antes por el contrario, consta que subarrendó la finca por precios mucho más elevados del estipulado en el contrato y por los mismos linderos. No hay constancia de que el arrendatario se hubiera quejado en alguna época a los propietarios por perturbaciones de terceros. Aparece, además, que estuvo en el goce del bien arrendado hasta el día en que, vencido el plazo, fue lanzado del inmueble por la autoridad.

No estaba pues en mora el arrendador de cumplir lo pactado. Entregó el inmueble y de él disfrutó el arrendatario sin perturbación ni embarazo por el tiempo del contrato. El precio fue de $ 25 por mes y el plazo de ocho años, durante los cuales gozó el arrendatario del objeto del contrato; luego no cabía otra solución sino cumplir por su parte lo pactado. Como no lo hizo voluntariamente, el juez lo condenó a hacerlo. Para que el Tribunal procediera de otra manera era necesario que Gómez hubiera demostrado el pago.

Establecidas las obligaciones del arrendador y su cumplimiento, como consecuencia se desprendía la satisfacción de las que correspondían al arrendatario, que constaban por escritura pública registrada.

Cargo quinto

Acusa también el recurrente la sentencia con base en la causal segunda del artículo 520 del C. J., por no estar el fallo en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por el arrendatario Gómez en su demanda.

Gómez pidió, dice el recurrente, que se le reembolsara el costo de las mejoras necesarias y locativas que hizo en la finca y que se le indemnizaran los perjuicios provenientes de habérsele entregado la cosa materia del contrato por linderos distintos de los que en realidad correspondían a dicho bien en el momento de la celebración del contrato. Que el arrendatario Gómez, apoyado en un contrato solemne y perfecto que celebró con la demandada, ejercitó las acciones consagradas por los artículos 1988 y 1993 del C. C. Hace un estudio de las pruebas aducidas por Gómez en el proceso para concluir que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones aducidas en la demanda.

La Corte considera:

El actor demandó el pago de las mejoras locativas necesarias efectuadas por él en la finca materia del arrendamiento e indemnización de perjuicios por la no entrega en su totalidad del bien arrendado.

El Juez de primera instancia condenó al pago de $ 500 por mejoras locativas realizadas por Gómez en el predio. El Tribunal redujo esta suma a $ 250. Ateniéndose a las voces del contrato de arrendamiento expresamente hizo la aclaración de que a tal partida quedaba reducida la suma señalada por el Juez Municipal de Bucaramanga, como precio de las mejoras, estimación que se había hecho en el momento de llevarse a cabo el lanzamiento del arrendatario Gómez y para el solo efecto de lo dispuesto por el artículo 1109 del C. J., o sea "para que el arrendatario pague lo fijado o asegure el precio".

El arrendador se limitó a asegurar el precio de las mejoras pero en la contrademanda propuesta pidió rectificación de la estimación provisional realizada y ésta fue reducida a la suma mencionada. No se ve, pues, en qué consista la incongruencia alegada, ya que el Tribunal falló sobre lo pedido y nada más que sobre eso.

La disparidad de criterio entre el actor y el Juzgador y los conceptos emitidos por el Tribunal sobre la habilidad comercial de Gómez, no son razones para sostener la incongruencia entre lo pedido y lo fallado. La falta de consonancia se refiere necesariamente a la parte resolutiva del fallo que es donde se encuentra el imperio de las decisiones judiciales.

No puede, por tanto, hacerse consistir la discrepancia entre las pretensiones del actor y una o algunas consideraciones de la parte motiva del fallo.

Se declara, en consecuencia, no probado el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha 21 de febrero de 1945, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Arturo Tapias Pilonieta—Pedro Castillo Pineda. Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO, DE REIVINDICACION, ETC. DIVISIBILIDAD DE LA ACCION RESOLUTORIA

1.—Cuando el objeto materia de la compraventa es susceptible de división material, intelectual o de cuota, la acción resolutoria también lo es, al tenor del artículo 1581 y siguientes del Código Civil.

2.—La acción resolutoria, consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está consagrada, además, de una manera especial en el Código Civil en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador. (Artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, como es la de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (art. 1880) pone al comprador en capacidad legal para perseverar en el contrato o para desistir de él (artículo 1882). A su turno el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Pero estas acciones pueden enervarse cuando en el caso del artículo 1930, no ha cumplido el vendedor con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

Por medio de escritura pública número 3900, corrida ante el Notario Primero de este Circuito, el 22 de diciembre de 1942, Ignacio Morales González transfirió "a título de venta y por iguales partes a los señores Alfredo Forero Bernal y Gervasio Obregón" un globo de terreno denominado "Yerba-Buenita", ubicado en jurisdicción del Municipio de Sopó y cuyos linderos se determinaron en el mismo instrumento. El precio de venta del inmueble fue fijado en la suma de $ 4.000.00, que los compradores pagaron así: $ 2.000.00 de contado en el acto del otorgamiento de la escritura, $ 1.000.00 representados en un lote de terreno ubicado en la población de Fontibón, de propiedad del comprador Alfredo Forero, quien le hizo transferencia de él al vendedor por medio del mismo instrumento, y $ 1.000.00 restantes que Forero y Obregón se comprometieron a pagar a Morales González o a su orden en esta ciudad, dentro de noventa días contados a partir de aquella fecha. Por medio de la cláusula cuarta de ese contrato expresó Forero Bernal que "hará entrega real y material del inmueble a que se refieren las cláusulas anteriores tan pronto como reciban real y materialmente de manos de Morales González el predio "Yerba-Buenita".

Con fundamento en esos antecedentes y afirmando además que de los $ 1.000.00 que los compradores quedaron a deber como saldo del precio de la compraventa, Obregón pagó la mitad que le correspondía; que Forero Bernal de la suya dejó de pagar $ 200.00; que tampoco le hizo la entrega material a que estaba obligado del lote situado en Fontibón, y que los compradores Obregón y Forero recibieron el predio "Yerba-Buenita" desde cuando se otorgó la escritura, Ignacio Morales González propuso ante el Juez 8º Civil del Circuito de Bogotá juicio ordinario contra Alfredo Forero Bernal para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

PRIMERA: Que queda resuelta la venta hecha por el señor Ignacio González al señor Alfredo Forero Bernal por la escritura pública número 3900 de 22 de diciembre de 1942 otorgada ante el notario 1º de este circuito, a causa de no haber pagado el comprador Forero Bernal íntegramente la parte del precio que le correspondía pagar y por no haber entregado al vendedor el lote de terreno ubicado en Fontibón, lote que por el mismo instrumento enajenó el comprador Forero al vendedor Morales.

"SEGUNDA: Que, en consecuencia, debe restituír a Ignacio Morales González, inmediatamente

o dentro del término que el Juzgado le señale, la mitad de la finca vendida por el citado instrumento 3900, o sea la siguiente: El terreno denominado "Yerba-Buenita", ubicado en jurisdicción del Municipio de Sopó, Cundinamarca, comprendido dentro de los siguientes linderos: "por el norte, con tierra de Laureano Alemán, Enrique Sarmiento, Carmen Chivatá, y herederos de Rufina Teque; por el occidente, con terrenos de Ignacio Pinilla, Ramón Parra y Arsenio Díaz, vallado de por medio; con tierras del Municipio de Chía; por el sur, con terrenos de Rosario Gutiérrez; por el oriente, con terrenos de Anatolio Acosta, Justino Ortega, Martín Pinilla y José Díaz".

"TERCERA: Que igualmente debe restituír a Ignacio Morales González la parte de los frutos de la finca "Yerba-Buenita" correspondiente a la parte de precio que no fue pagada.

"CUARTA: Que debe resarcir a Ignacio Morales González los perjuicios que le ha causado por el incumplimiento del contrato, perjuicios que serán regulados en este mismo proceso o en la ejecución de la sentencia.

"QUINTA: Que se ordene al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de este circuito la cancelación del registro de la escritura 3900 de 22 de diciembre de 1942 otorgada ante el Notario primero de este circuito, en cuanto se refiere a la venta hecha a Forero Bernal".

Trabada la litis sobre tales bases y sustanciada que fue en debida forma, el Juzgado del conocimiento la decidió en sentencia de 11 de abril de 1944, despachando de conformidad con lo pedido las súplicas de la demanda.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, al cual subió el negocio por recurso de apelación concedido a ambas partes, al término de la tramitación de la segunda instancia profirió la sentencia de 26 de febrero de 1945, por medio de la cual revocó la recurrida, declaró probada la excepción perentoria de inexistencia de personería sustantiva de la parte demandada; negó en consecuencia las súplicas de la demanda, e impuso al actor las costas del juicio.

Para fundamentar esa decisión expresó, en síntesis, el Tribunal que dados los términos en que se celebró el contrato de compraventa cuya resolución se demanda, entre los compradores "se formó por virtud de esa compra en común y por iguales partes no determinadas ni individualizadas, el contrato de cuasi-comunidad, a términos del artículo 2322 del C. C."; que el actor dirigió su demanda de resolución del contrato únicamente contra Forero Bernal, "sin que éste —por haberse ya liquidado la comunidad que se formó con Gervasio Obregón al adquirir conjuntamente el terreno de que se trata— fuera en el momento de la demanda, el dueño exclusivo de él"; que en tal situación "si existiese la mora que diera lugar a la resolución del contrato, ella no sería imputable al demandado, únicamente sino a la comunidad que adquirió, y de la cual forma él parte"; que la acción resolutoria de un contrato debe dirigirse contra todos los que intervinieron en su celebración; que no habiéndose incoado en tal forma la de que dan cuenta estos autos, de ello surge la existencia de la excepción perentoria de falta de personería sustantiva de la parte demandada, la cual al tenor de lo dispuesto en el artículo 343 del C. J., debe ser reconocida por el juzgador.

Al demandante se le concedió recurso de casación en contra de la anterior decisión y como ya se encuentra agotada la tramitación que le es propia, se procede a decidirlo.

Con fundamento en la causal primera de casación de que habla el numeral 1º del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente acusa la sentencia como violatoria por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 1568, 1581, 1583, 1591, 1608, 1928, 1929, 1930, 1935, 2322 y 2325 del Código Civil y como las alegaciones que alrededor de dichos textos hace tienen estrecha relación entre sí, la Corte las agrupa para considerarlas conjuntamente.

En resumen de los hechos de la demanda anotó especialmente el recurrente y lo repite después al desarrollar la misma, que la acción resolutoria por él propuesta no se refiere al derecho de dominio adquirido por Obregón, sino al comprado por Forero Bernal, es decir que la acción está limitada a la mitad de la citada finca "Yerba-Buenita". Luego, entrando ya a sustentar sus acusaciones, dice que los compradores Obregón y Forero Bernal contrajeron para con el vendedor Morales la obligación de pagar el precio, la que es esencialmente divisible, según el artículo 1528, inciso 2º del C. C.; que en consecuencia cada uno de ellos no estaba obligado a pagar sino la mitad de esa deuda; que como Obregón pagó cumplidamente la suma que le correspondía, Morales no podía demandarlo ni para el pago de los otros $ 2.000.00 ni para la resolución del derecho del dominio del mismo Obregón por el no pago del precio del derecho de dominio vendido a Forero; que como Forero no cumplió la obligación de pagar el precio

de lo que compró, o sea la mitad de la finca, contra él sí tenía Morales su acción de pago o de resolución de la venta e indemnización de perjuicios; que si Morales hubiera pretendido obtener la resolución de la venta de toda la finca, es decir, de las dos partes proindiviso en que ella quedó al hacer la venta, entonces sí debía establecer la acción resolutoria contra ambos compradores, pero que como Obregón cumplió con su obligación de pagar la parte del precio a que estaba obligado mal podía ser demandado; que no se puede afirmar que el precio lo debiera la comunidad como lo sostiene el Tribunal, pues ella se formó después de comprada la finca y el precio, como es obvio, lo debían los compradores Forero y Obregón individualmente considerados, porque ellos como personas naturales y no la supuesta comunidad fueron los que celebraron el contrato de venta, los que se obligaron a pagar el precio, los que han debido satisfacerlo en el plazo señalado; que no siendo la comunidad persona jurídica mal podía Morales demandarla y que a quien debía demandar, como así lo hizo, es al comprador que no le pagó el precio; que como los compradores adquirieron la finca "Yerba-Buenita" por iguales partes, también por iguales partes debían pagar el precio; y como Obregón pagó la suya dentro del plazo estipulado quedó libre de su obligación y de la acción resolutoria, y que ejercitó un derecho clarísimo al demandar la resolución contra Forero.

También dice que por las mismas razones fueron violadas, por no haberlas aplicado al caso del pleito, a excepción de los artículos 1568 y 1581, las demás disposiciones del Código Civil que invocó y que fueron citadas arriba.

Para resolver se considera:

La decisión adoptada en la sentencia recurrida descansa en dos argumentos, a saber: 1º Que por haber sido adquirido el terreno "Yerba-Buenita" conjuntamente entre Forero Bernal y Obregón y no constar en autos que esa comunidad se hubiera liquidado para reputar al demandado como dueño exclusivo del inmueble mencionado, en tal caso si existiese la mora que diera lugar a la resolución del contrato, ella no sería imputable al demandado, únicamente, sino a la comunidad que adquirió y de la cual forma él parte, y 2º Que no habiendo sido propuesta la acción resolutoria contra todos los que intervinieron en la celebración del contrato, la personería de la parte demandada es incompleta y de ello surge la existencia de la correspondiente excepción perentoria. Ambos argumentos, que han sido acusados por el recurrente, son violatorios de ley sustantiva, como pasa a verse.

Consta en la ya citada escritura pública número 3900, de 22 de diciembre de 1942 (fs. 1 a 4, cuaderno principal), que el predio "Yerba-Buenita" fue adquirido conjuntamente y "por iguales partes" por Forero Bernal y Obregón y que, además, los compradores quedaron a deber al vendedor Morales como saldo del precio, la suma de $ 1.000, la cual, como dice el dicho instrumento, "pagarán Forero y Obregón a Morales González o a su orden en esta ciudad de Bogotá, dentro de noventa (90) días contados a partir de la fecha de este instrumento".

Esa obligación de pagar una suma de dinero es esencialmente divisible, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1581 del C. C., que expresamente la trae como ejemplo de tal, y como de acuerdo con los transcritos términos del contrato no se estableció solidaridad entre los deudores, es claro que cada uno de éstos es obligado solamente—conforme a la norma que establece el artículo 1568 ibídem—a su parte o cuota en la deuda.

Por consiguiente, hay que admitir que Forero era deudor de Morales González por la suma de $ 500.00 y si por parte del primero no se cumplió —como lo afirma el segundo— oportunamente e integralmente con esa obligación y que en cambio Obregón sí satisfizo la que le correspondía, en tal caso y de acuerdo con lo prescrito en el numeral 1º del artículo 1608 del C. C. la mora sería imputable exclusivamente al deudor Forero Bernal, y no a la comunidad, como lo entendió el Tribunal, el cual desde ese punto de vista quebrantó directamente, por no haberlas aplicado al caso del pleito, las disposiciones sustantivas mencionadas.

Por otro lado, la demanda está enderezada a obtener que se declare la resolución del contrato contenido en la escritura pública número 3900, pero sólo en lo que respecta a la cuota que en el bien materia de la compraventa le cupo al demandado Forero, es decir, que lo que se demanda es la resolución parcial de dicho contrato, como que está concretada a los meros derechos que en el inmueble vendido le corresponden a Forero y con fundamento, entre otras causas, en que éste no cumplió con la obligación de pagar total y oportunamente la parte del precio que había quedado a deber. Y como el objeto materia de la compraventa es susceptible de división material, intelectual o de cuota, la acción resolutoria también lo es, (artículos 1581 y siguientes del C. C.), y de allí

que la demanda del recurrente esté bien enderezada.

La solución sería diversa de la expresada, si aquí, como lo observa el recurrente, se hubiese demandado la resolución total y no parcial de la compraventa, puesto que entonces sí se habría requerido dirigir la acción en contra de ambos compradores, ya que sería ilegal e injurídico desatar la integridad de los vínculos que el contrato crea sin la presencia en el debate judicial de todos los que intervinieron en su celebración, contraviniendo con ello, la garantía constitucional, que constituye también un principio universal de derecho procesal, que enseña que nadie puede ser condenado sin antes haber sido oído y vencido en juicio.

Como respaldo de la doctrina propugnada en este fallo, es conveniente recordar que ya la Corte se había pronunciado sobre el mismo tema de derecho, en idéntico sentido, como puede verse en la sentencia de 26 de febrero de 1930, en la cual dijo esta Sala lo siguiente:

"La acción resolutoria es, por regla general, divisible cuando, como en el caso de la presente litis, se refiere a un objeto susceptible de división material, intelectual o de cuota. Así se desprende de los principios que gobiernan la indivisibilidad de las obligaciones, de conformidad con los artículos 1581 y siguientes del Código Civil, y lo profesa la Jurisprudencia más aceptable. La francesa tiene admitido (con algunas excepciones que ahora no vienen a propósito), que "la acción de resolución es divisible, tanto del lado del vendedor como del lado del comprador, cuando el objeto de la venta es divisible en sí mismo. Así, cuando el vendedor deja varios herederos, cada uno de ellos tiene la acción de resolución por su parte y porción". (G. J. Tomo XXXVII, Nº 1861; pág. 487, 2ª).

En el mismo sentido se pronunció la Corte en sentencia de casación de 19 de diciembre de 1930, que corre publicada en la G. J. Tomo XXXVIII, pág. 339, 1ª y 2ª).

De lo expuesto se deduce que el Tribunal al sostener que "existe falta de personería sustantiva en la parte demandada" con fundamento en que la acción resolutoria no se dirigió conjuntamente en contra de los dos compradores Forero y Obregón, sino contra el primero, únicamente; al declarar probada la consiguiente excepción perentoria y al negar las súplicas de la demanda con ese fundamento, incurrió también en quebranto, por interpretación errónea, de los artículos 1928, 1929 y 1930 del Código Civil.

Se impone, pues, la casación del fallo de segunda instancia proferido en este negocio, y para dictar el que ha de reemplazarlo la Corte considera:

La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está, además, consagrada de una manera especial en el Código citado en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador (artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, como es la de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (art. 1880), pone al comprador en capacidad legal para perseverar en el contrato o para desistir de él (art. 1882). A su turno el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Pero estas acciones pueden enervarse cuando en el caso del artículo 1882 está el comprador en mora de cumplir su obligación y, cuando en el caso del artículo 1930, no ha cumplido el vendedor con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales.

"La parte que ha incumplido las obligaciones que le corresponden en un contrato bilateral, ha dicho la Corte, 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" .(G. J. Tomo LV, número 1993 a 1995, pág. 71, sentencia de 23 de marzo de 1943).

Debe, pues, esclarecerse si al demandante le asiste la acción resolutoria propuesta, por haber cumplido o allanádose a cumplir la obligación que le impone el contrato de compraventa de entregar la cosa vendida, la que consiste, al tenor de lo dispuesto en los artículos 1880 y 1882 del C. C. y conforme a reiterada y constante jurisprudencia de la Corte, no sólo en verificar la inscripción o registro del título, sino también en hacerle al

comprador entrega material del inmueble vendido.

Con respecto a lo primero, está plenamente acreditado en autos (folios 6 v. cuaderno Nº 4), que la escritura pública número 3900 está debidamente registrada; pero no ocurre de igual modo con relación a lo segundo. En efecto, con la aceptación expresa del vendedor, en la cláusula cuarta del citado instrumento dijo Forero Bernal: "Que hará entrega real y material del inmueble a que se refieren las cláusulas anteriores (el lote de Fontibón) tan pronto como reciban real y materialmente de manos de Morales González el predio "Yerba-Buenita". Luego es evidente que al celebrarse el contrato referido, se dejó pendiente la entrega material que del inmueble vendido le correspondía hacer al vendedor, la cual éste estaba obligado a cumplir inmediatamente después del contrato, por no haberse prefijado época distinta (artículo 1882 del C. C.).

El demandante afirmó en los hechos de la demanda que cumplió con esa obligación, pero es obvio que esa simple afirmación no constituye demostración suficiente de ese hecho, pues preestablecida la existencia de aquélla, al actor le correspondía suministrar la prueba plena sobre su cumplimiento, y ese deber no lo ha llenado en forma alguna en el proceso.

En presencia de esa situación procesal hay que concluír que al demandante no le asiste la acción resolutoria que ha propuesto, porque se repite, la resolución de un contrato bilateral —como lo es el de compraventa— por falta de cumplimiento de las obligaciones de una de las partes, sólo puede pedirla el contratante que ha cumplido o se ha allanado a cumplir sus obligaciones y que además demuestre aquella falta de cumplimiento por parte del otro contratante. Lo dicho impone a la Sala el deber de declarar la existencia de la respectiva excepción perentoria, al tenor de lo dispuesto en el artículo 343 del C. J.

Dado todo lo anterior, resulta superfluo entrar a considerar si el demandado ha cumplido o no con las obligaciones que le impone el mismo contrato y a las cuales la demanda hace referencia.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de veintiseis (26) de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente negocio, y REVOCANDO la de primer grado, FALLA este juicio así:

Primero: Declárase probada la excepción perentoria temporal de contrato no cumplido.

Segundo: No es el caso de decretar ninguna de las peticiones de la demanda, y en consecuencia se absuelve al demandado de los cargos en ella formulados; y

Tercero: Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la Gaceta y, devuélvase al Tribunal de su procedencia.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE

1.—Reglamentado el remate de bienes para los juicios ejecutivos en forma de consultar a la vez los derechos del acreedor ejecutante y los del deudor ejecutado procurando, entre otras cosas, la concurrencia de postores a fin de compensar cierta habitual sugestión hacia el deprecio que los remates llevan consigo, era natural que el legislador aprovechara esa reglamentación para todos los que ocurran en diligencias o juicios distintos, como el de sucesión o el divisorio, por ejemplo. Pero esa circunstancia extrínseca, relativa tan sólo a la materialidad del procedimiento, no puede inducir a identificación de los juicios mismos o diligencias aludidos. Así, v. gr., no cabe pensar en un juicio divisorio de un inmueble común, en deudor difunto y en título ejecutivo por notificar a sus herederos, como si es el caso tratándose de ejecución por incoarse o ya en curso en que muere el deudor. Si, para bien del acreedor, la ley, como es de justicia, da mérito ejecutivo contra los herederos a los títulos que lo tienen contra el DE CUJUS, al prepio tiempo, EX EQUO ET BONO, exige esa notificación y concede un breve plazo, lo que permite a los herederos pagar, entrar en arreglos con el acreedor y, en todo caso, defenderse, y los asegura contra adversidades sorpresivas.

En un juicio divisorio, dejando de lado la posibilidad de oposición, sobre la cual establece cierto procedimiento, esto es, uno en que todos los comuneros han manifestado su voluntad de enajenar, se tiene que uno o más de ellos asumen el papel de demandantes y los demás el de demandados, sin que estas determinaciones pasen de lo meramente formal, puesto que no pueden reputarse como contendores, no habiendo contienda. El contraste entre un remate de esta clase y el del juicio ejecutivo cobrá mayor relieve desde el punto de vista de la voluntad del dueño de lo rematado, la que es requisito esencial para la validez de la tradición y con la que excepcionalmente, si acaso, es de contarse en las ventas que la ley misma llama FORZADAS, en las cuales, con ese cabal fin principalmente, se asigna al juez la calidad de representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere. Hay coacción, hay apropiación de los bienes materia de la traba ejecutiva cuando se rematan para pagar lo que su dueño está debiendo al ejecutante, y esto es muy distinto de la espontaneidad con que acuden al remate voluntario los dueños, por ejemplo, de un bien común, ya solicitando unánimemente desde luego su venta en esa forma, ya asumiendo unos con la iniciativa el papel de demandantes y otros el de demandados que responden la demanda coadyuvando esa petición. Cuando eso sucede y, como si no fuese suficiente, todos los comuneros afirman de nuevo su voluntad de enajenar consintiendo expresamente la orden de remate y ésta se ejecutoria, se ha creado con ello una situación procesal que no pueden modificar aquéllos y que, por ende, no les es dado modificarla a quienes ulteriormente vengan a ser sucesores procesales, como herederos o cesionarios o a cualquiera otro título. Y ello es así, por lo visto, no sólo en lo atañedero a la actuación, en relación con la fuerza de esa ejecutoria, sino también en lo atinente a la voluntad del tradente como elemento necesario para la validez de la tradición.

2.—Las nulidades procesales del remate enumeradas en el artículo 451 del C. J. son procedentes todas, en sus casos, tratándose de juicio ejecutivo; pero lógicamente no lo son aquéllas que miran a situaciones legales que no se producen sino en ese preciso juicio. De ahí que en uno divisorio no quepa la relativa al citado artículo 1434, ni la consistente en falta de citación para sentencia de remate, que son la 1ª y 3ª de ese artículo 451.

3.—En principio es de exigirse de una persona prudente y diligente que estudie los títulos de un inmueble que se va a rematar, así como el expediente respectivo, a fin de

cerciorarse de la propiedad y libertad de aquél y, además, de que obran los avisos de ley con la anticipación debida para el señalamiento y de que en su día se dan los pregones y, sobre todo, que el remate se decretó en debida forma y la respectiva providencia está en firme: así contará con base firme para hacerse postor y, en su caso, adjudicatario. Pero en manera alguna podría exigírsele como requisito para estos y para la validez de tal adjudicación, que se prevenga sobre algo que no está en sus manos sospechar y verificar, como, por ejemplo, que en el curso de la actuación judicial no haya fallecido ninguno de quienes en ella han figurado y gestionado o que en el momento del remate ninguno de ellos esté en lugar distinto de la cabecera del juzgado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por los demandantes contra la sentencia de segunda instancia en el presente juicio ordinario de la señora María Elena Restrepo de Gaviria y otros contra la señora Carolina Vargas de Santamaría y la sociedad conyugal existente entre ella y su marido señor Hernando Santamaría.

Antecedentes

La casa Nº 278, hoy 13-28, de la carrera 10 de esta ciudad pertenecía en común a varias personas, entre ellas el señor Antonio Ricaurte, quien demandó a las demás, entre ellas las señoras Julia Herrera de Restrepo y María Teresa Herrera de Galindo, a fin de que el inmueble común se rematase y su producto se repartiese entre sus condueños en proporción a sus cuotas.

Correspondió conocer de ese juicio al Juzgado 6º Civil de este Circuito, quien admitió la demanda en auto de 25 de octubre de 1915. Notificada a todos los demandados, la contestaron conviniendo y coadyuvando la solicitud de remate, por lo cual el Juzgado lo decretó en sentencia de que los interesados se apresuraron a manifestarse sabedores y contra la cual no se interpuso recurso alguno. Ejecutoriada, y avaluada la finca, se señaló día para el remate, dos veces en 1917 y una tercera para el 25 de febrero de 1918, por no haber habido postor en aquéllas, como tampoco lo hubo en ésta.

Sin gestión alguna transcurrieron desde entonces varios años, hasta que la señora Vargas de Santamaría y su marido se presentaron nombrando apoderado y aduciendo la adquisición por ella de los derechos o cuotas de varios comuneros, lo que se le reconoció en auto de marzo de 1936.

La primera providencia dictada después de aquella larga suspensión o inactividad, se notificó como previene el artículo 322 del C. J. Reanudada la tramitación así, se señaló nuevo día para el remate —el 3 de junio de 1936—, el que se adjudicó como mejor postor a la señora Vargas de Santamaría. Aprobado, se nombró partidor que, en su trabajo, aprobado también, precisó la cuota de los comuneros en los $ 35.000 a que subió en las pujas y repujas la finca que había recibido un avalúo de $ 15.000.

La alta cifra de comuneros designados en la demanda, que pasaba de veinte, quedó reducida a tres por las aludidas compras de la señora Vargas, a quien le quedaban faltando sólo los derechos de las señoras Julia y María Teresa. De ahí que lo que a éstas correspondió en el monto de la subasta quedara en el Juzgado, tomándolo de la suma consignada por la rematadora para hacer postura, no sin descontar, como pagados a buena cuenta, los $ 75 que aquellas señoras habían recibido según documento de 8 de junio de 1918.

Consta en él un convenio celebrado entre los varios comuneros que lo suscriben, entre ellos las señoras Julia y María Teresa, en cuya virtud éstas recibieron $ 75 cada una como valor de su cuota en la mencionada finca, de manos de la señora Vargas, quien debía hacer postura en el remate y a quien, si se le adjudicaba, darían ellas recibo por lo que les correspondiese sin lugar a aumento en su caso. Como ya se dijo, cuando años más tarde se hizo el remate y efectivamente se adjudicó a la señora Vargas, quedó para las señoras Julia y María Teresa la cuota fijada en la partición sobre el mayor precio efectivo.

Las autorizaciones dadas en ese documento a la señora Vargas sobre administración de la finca e inversión de su producto no son para relatadas aquí por no prosperar, como se verá adelante, la súplica de la demanda al respecto.

La señora Julia murió el 24 de mayo de 1923, dejando como herederos a sus hijos María Elena, Cecilia Beatriz, Clemencia, Federico y Leonor Res-

trepo Herrera, quien murió el 5 de diciembre de 1934 dejando como herederos a sus hijos Guillermo Francisco, Ana del Carmen y Julia Reyes Restrepo que por transmisión vinieron a ocupar el puesto de su madre doña Leonor en la sucesión de su abuela doña Julia.

El grupo de herederos de la señora Julia Herrera de Restrepo que queda nombrado, representados los menores Reyes Restrepo por su padre doctor Luis F. Reyes Llaña, y los demás por apoderado, que también lo es de la señora María Teresa Herrera de Galindo, en nombre propio, formularon y presentaron el 19 de julio de 1942 la demanda inicial del presente juicio ordinario, a fin de que se declare la nulidad de los referidos remate y partición, así como la del juicio mismo en que éstos se hicieron, a partir de la muerte de la señora Herrera de Restrepo, se ordene la cancelación del registro del remate y se condene al pago de frutos, en sus cuotas respectivas, y de perjuicios a los demandados. De aquellas nulidades se deduce la restitución consecuencial al estado anterior, es decir, entre otras cosas, la existencia de la referida comunidad, lo que el libelo pide se declare.

Los demandados, señor Hernando Santamaría y señora Carolina Vargas de Santamaría, por sí y en nombre de su sociedad conyugal, contestaron oponiéndose y contrademandaron solicitando se declare que la señora Vargas pagó a las señoras Julia y María Teresa el precio de sus cuotas, que la comunidad se extinguió por la reunión de los derechos de todos los comuneros en poder de aquélla y que deben responderles de los perjuicios que les causan con su demanda.

El Juzgado 5º Civil de este Circuito, en sentencia de 29 de febrero de 1944, absolvió a los demandados de todos los cargos de la demanda, declaró no ser el caso de hacer las declaraciones solicitadas por los demandados en su reconvención y condenó a la parte actora en las costas del juicio. Así se resumen los tres numerales de la parte resolutiva de ese fallo.

La sentencia recurrida

Por apelación de los demandantes se surtió la segunda instancia en el Tribunal Superior de este Distrito Judicial que la cerró el 12 de diciembre de ese año, así: confirmó la del Juzgado en sus numerales 1º y 3º, o sea en cuanto absolvió a los demandados y condenó en costas a los demandantes, y la revocó en su numeral 2º en que se había dicho no haber lugar a las peticiones de la contrademandante y, en cambio, declaró que la señora Vargas pagó a las señoras Julia y María Teresa el precio de sus cuotas, de acuerdo con el documento de ocho de junio y la subasta de 3 de junio antedichos, y que la comunidad que existió sobre el mencionado inmueble se extinguió por su división y por la reunión de las cuotas de todos los comuneros en manos de la señora Vargas. Además, el Tribunal condenó en las costas de la segunda instancia a los demandantes.

Ellos fundan sus pretensiones cardinalmente en la muerte de la señora Julia, acaecida dentro del largo lapso transcurrido sin actuación y en que ésta se reanudara pasando ese hecho por alto, sin que se hiciera saber a sus herederos que podían seguir interviniendo en el juicio, esto es, sin llenarse el requisito exigido por el artículo 370 del C. J.. Deducen de ahí la nulidad de la actuación posterior al fallecimiento de la señora Julia y, por ende, la del remate, que fue parte de esa actuación posterior, sosteniendo que ninguna de las providencias dictadas en ese lapso pueden tener valor o fuerza obligatoria contra quienes las ignoraron y no tuvieron intervención alguna en el juicio en que se dictaron, como no la tuvieron en nada de lo atañedero al remate y al reparto de su producto.

Respecto de la señora María Teresa conceptúan análogamente, basados en que en aquel mismo lapso ella estuvo ausente de esta ciudad en Europa y en nuestra Costa Atlántica.

Agregan que ninguna de estas dos señoras tuvo apoderado ni ningún otro representante en el juicio divisorio.

Se transcriben a continuación ciertos pasajes de la sentencia del Tribunal, porque condensan y exponen claramente la razón de su fallo.

Dice: "Como observación general para antes de calificar los motivos de nulidad de que habla la demanda como se produjeron en el divisorio cuestionado, anota la Sala, que estudiados detenidamente los hechos allegados en fundamento de la acción así como los elementos probatorios aducidos para su demostración, se llega a la conclusión de que la mayor parte de los hechos se refieren a simples formalidades procesales que ni alcanzan a producir nulidad de la actuación ni menos pueden ser alegables en juicio revisorio. Se explica: alega la parte demandante que el juicio es nulo, porque el escrito de contestación de la demanda no fue presentado personalmente; porque dos de los comuneros demandados no constituyeron apo-

derado para que los representaran; porque el juicio divisorio estuvo en suspenso en varias ocasiones, y la providencia que lo encausó nuevamente no se notificó personalmente a las partes; porque, habiendo fallecido uno de los comuneros, la señora Julia Herrera de Restrepo, el juicio siguió su trámite a pesar de que alguno o algunos de los otros comuneros tuvieron noticia de ese fallecimiento; porque ninguna de las partes en el divisorio, ni el Juez del conocimiento, denunciaron las causales de nulidad existentes en el juicio; porque, corriendo la administración del inmueble a cargo de uno solo de los comuneros, antes del remate, el obligado no dio cuenta de su administración; porque la señora Carolina Vargas de Santamaría en su carácter de rematadora solamente consignó en el Juzgado, por conducto de su apoderado doctor Carlos de Mendoza Vargas, la suma de $ 1.500 como porcentaje legal para poder hacer postura y esta suma le fue reintegrada, previo descuento de las sumas que estimó el partidor que correspondían a las comuneras María Teresa Herrera de Galindo y Julia Herrera de Restrepo en el producto del remate".

Continúa el Tribunal: "De todas las circunstancias anotadas, caso de haberse consumado en la actuación que se acusa y de haberse demostrado que así lo fue, sólo podría deducirse que talvez había habido lugar o base para solicitar la nulidad de esos trámites en el mismo juicio en donde se consumaron, porque el juicio ordinario revisorio sólo puede fundarse en las causales taxativamente señaladas en el artículo 451 del C. J. Siendo así, cabe concluír que los hechos indicados no pueden estimarse, dentro de este juicio, como generadores de la nulidad que se pretende".

Agrega, respecto de la señora María Teresa, que, aun demostrada su referida ausencia, que no lo está, no podría demandar nulidad de la actuación, tanto porque no es causal de nulidad la falta de presentación personal de la contestación de la demanda, cuanto porque, habiéndose dado por notificada de la sentencia de remate y manifestado consentirla, mal puede pretender se desconozca su intervención y presencia en el juicio, y de otro lado, cuando se reanudó la tramitación años más tarde para proveer a la ejecución de esa sentencia, se llenaron los requisitos que en especial para tal reanudación establece el citado artículo 322 con el fin de que queden notificados todos los interesados, sin consideración a cuál sea su residencia ocasional para entonces.

Respecto de la señora Julia, el Tribunal acoge y traslada estos conceptos del Juzgado, en relación con el reparo nacido de la muerte de ella y el citado artículo 370 del C. J. en su numeral 2º:

"...No es aplicable al caso que estudiamos, ya que esta disposición se refiere a los juicios en curso, y bien sabemos que los juicios de división **ad valorem** terminan con la sentencia que se pronuncia, viniendo las posteriores diligencias que son las encaminadas a dar cumplimiento a este fallo, diligencias éstas que no se pueden considerar en ningún caso como actuaciones procesales. Tan evidente es esto, que el artículo 456 del C. J. nos enseña que en cualquier estado del juicio, antes de que se dicte la sentencia, las partes pueden pedir que se declaren nulidades. Esta disposición está indicando que las nulidades se refieren a los actos procesales, es decir, a las actuaciones que se lleven a efecto en los juicios. En el caso de autos ya vimos que cuando falleció la Sra. Herrera de Restrepo hacía seis años que el juicio había terminado por sentencia definitiva; en consecuencia, la nulidad alegada es inoperante por referirse a unas diligencias y no a un juicio que ya había fenecido".

Así trata el Tribunal la nulidad en lo relativo al juicio mismo. En seguida estudia la del remate, así: Cita el artículo 1147 del C. J., según el cual los remates de bienes comunes han de hacerse en los mismos términos señalados para el juicio ejecutivo, y recordando en seguida el artículo 451 de esa obra, ve que las nulidades procedentes son la falta de citación para sentencia de remate en su caso, la falta de las formalidades prescritas para proceder al remate de bienes y librar o seguir ejecución después de muerto el deudor sin haber hecho a sus herederos la notificación de los títulos ejecutivos ordenados por el artículo 1434 del C. C. Anotando obvia diferencia entre un juicio ejecutivo y un juicio divisorio, observa que, para un remate verificado en este último, no cabe pensar sino, dentro de estas tres causales, en la segunda, por lo cual, no habiéndose faltado a las formalidades aludidas, ni habiendo expresado el libelo de demanda en sus sesenta y siete hechos fundamentales cuál formalidad se omitiera en el remate de que aquí se trata, no es aceptable la petición de que se le anule.

Respecto de la súplica del libelo sobre declaración de que la señora Carolina obró ilícitamente y desconociendo los derechos de los actores y perjudicándolos al adelantar el juicio divisorio y rematar en él dicha finca, advierte el Tribunal que

no dice la demanda en qué consistieran o cuáles fueran los hechos constitutivos de esa conducta; que el dolo no se presume y los actores no lo han probado; que la señora no fue demandante; que no tenía impedimento para presentarse como rematador; que la subasta se hizo con pujas y repujas de varios postores hasta subir a más del doble del avalúo, porque la licitación fue debidamente anunciada; que la señora llenó sus deberes de rematador. Ante este conjunto de circunstancias rechaza el Tribunal esa otra súplica, que es la sexta en el libelo.

Poniendo de presente que las súplicas restantes son consecuenciales de las antedichas, hace ver que, negadas éstas, es inoficioso el estudio de aquéllas.

Cuanto a la demanda de reconvención, refiriéndose a lo estudiado para la principal, encuentra procedentes las dos primeras peticiones, relativas, como ya se dijo, a que la señora Vargas había pagado las cuotas de las señoras Julia y María Teresa en el inmueble y que se extinguió la comunidad que sobre éste había existido. Y respecto de la última, sobre perjuicios, estima que los provenientes de pleitos se traducen en costas, por lo cual al respecto debe estarse a la aludida condena.

Queda resumido el fallo del Tribunal materia del presente recurso, en cuyo estudio se entra, una vez expuesta esa fundamentación y relacionados los antecedentes del litigio.

El recurso

Se invocan los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J. Dentro del motivo 1º se formulan los varios cargos que adelante se resumirán en el mismo orden en que los presenta la demanda de casación.

En el motivo 2º se aduce el hecho de que la sentencia de primera instancia negó las súplicas de la demanda de reconvención y en esto quedó ejecutoriada, porque los contrademandantes no apelaron, y a pesar de esto y del artículo 494 del C. J., el Tribunal reformó aquel fallo revocándolo en esa precisa parte para hacer las declaraciones con cuya negativa habían sido favorecidos los demandantes, hoy recurrentes, como contrademandados.

En sendos capítulos, de 1º a 5º, con el nombre de causales, expone los cargos correspondientes al motivo 1º, los que se resumen así:

I. — La sentencia es violatoria por infracción directa de los artículos 9º de la Ley 57 de 1887 y 1494 a 1502 y 1740, 1741, 1849, 1851 y 1857 del C. Civil, en cuanto, siendo el remate una compraventa en que el vendedor es el propietario, sea ejecutado o comunero, y el comprador el rematador, se pasó por alto que las obligaciones nacen del concurso de voluntades; como en los contratos, que contrato es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar alguna cosa, bilateral cuando las partes se obligan recíprocamente, oneroso cuando tiene por objeto la utilidad de ambas, conmutativo cuando las prestaciones se miran como equivalentes, principal cuando subsiste por sí mismo y solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales; que son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales degenera en otro o no produce efecto alguno, y que para obligarse una persona es necesario que sea capaz y consienta.

Eso, en lo tocante a los primeros nueve artículos citados del C. Civil. La violación de los artículos 1740 y 1741 consiste en no haberse declarado la nulidad del remate; y la de los demás artículos del mismo Código de cuya violación se acusa, ella consiste en que no se declaró la nulidad a pesar de lo que ellos exigen sobre venta de inmuebles como contrato solemne.

Señala como quebrantado dicho artículo 9º, según el cual la existencia de las personas naturales termina con su muerte.

Para formular el cargo de quebranto directo de este grupo de disposiciones legales sustantivas, el abogado recurrente razona así: el remate es una compraventa; si se hace en una ejecución, el vendedor es el ejecutado representado por el juez, y en un juicio divisorio de finca común, los comuneros, con igual representación, son los vendedores; en el caso de que se trata el remate se hizo en 1936, trece años después de muerta la comunera señora Julia, lo que basta para reconocer que esa venta, en lo que a ella atañe, es nula absolutamente por no existir ya cuando se remató y no poder, por tanto, mediar su consentimiento, sin que valga argüir que ella había consentido al firmar el documento de 1918 y aun antes al notificarse el decreto judicial del remate, porque este acto solemne no tuvo lugar sino en 1936, ya muerta ella, y es en el momento del remate, como en el de otorgarse la escritura pública en su caso, cuando el vendedor presta su consentimiento. Agrega que, siendo el juez representante legal del rematante en todo remate, la representación otorgada por la señora al consentir la sentencia que lo de-

cretó en dicho juicio, cesó, como todo mandato, con la muerte del mandante.

Cierra la demanda de casación este su primer capítulo con un análisis del documento de 8 de junio de 1918, en esta forma: el convenio consignado en él es nulo, porque lo celebraron mujeres casadas sin autorización de sus maridos y sin la licencia judicial necesaria a la sazón por tratarse de bienes raíces, y de otro lado, no es lícita la estipulación de precio fijo antes del remate en fraude de la ley que procura el libre concurso de licitadores y su llamamiento con la mayor publicidad a fin de que los dueños de lo que en cada caso va a rematarse se beneficien con las pujas y repujas de la subasta. Acaba este análisis de dicho documento con la cita del artículo 282 del C. Penal.

II. — Violación por infracción directa de los artículos 740 a 742 del C. C. y 9º de la citada Ley 57. Según el recurrente aquélla consiste en que, terminada la existencia de la comunera señora Julia con su muerte, acaecida en 1923, no puede entenderse que en la enajenación hecha por medio del remate de 1936 mediara la voluntad de esta señora ni el juez pudiera representarla, no existiendo ella ya. El Tribunal, por tanto, quebrantó, al desconocer la nulidad demandada, estas disposiciones del C. Civil, según las cuales, en su orden, la tradición, modo de adquirir, requiere facultad e intención de transferir, y es tradente quien transfiere el dominio de la cosa que entrega, con el juez por representante suyo en las ventas forzadas, y la validez de la tradición requiere que sea hecha voluntariamente por el tradente o su representante.

III. — Violación de los artículos 1434 del C. C. y 451 y 1147 del Judicial, en esta forma: conforme a esta última disposición los remates de bienes comunes deben hacerse como los del juicio ejecutivo, según el artículo 451 es causal de nulidad seguir la ejecución después de muerto el deudor sin cumplirse la orden del citado artículo 1434, según el cual los títulos ejecutivos contra el difunto lo son contra sus herederos, pero los acreedores no pueden adelantar la ejecución sino pasados ocho días de la notificación judicial de los títulos. En el presente caso no se llenó esta formalidad y sin embargo el Tribunal no declaró la nulidad del remate, sobre lo cual repite el recurrente su confrontación de fechas: la del fallecimiento de la señora Julia en mayo de 1923 y la del remate en junio de 1936.

Añade al respecto que el documento de 1918 no llegó al expediente sino en junio de 1936 con petición de la señora Vargas de que se corriera traslado de él para los efectos del artículo 645 del C. J., esto es, para que se le tuviese por reconocido si no se le objetaba o redargüía de falso, y que, dada esa orden en auto de 8 de ese mes, al vencerse el traslado, se declaró reconocido, no obstante que, muerta hacía trece años la señora Julia, mal podía reputarse hecha esa notificación y surtido ese traslado a ella.

Con ocasión de este reparo sobre el documento, insiste en que otro tanto sucede con todas las demás gestiones, entre ellas notificaciones y traslados, posteriores a esa muerte, e insiste en que todo ello debió surtirse con los herederos de la comunera difunta y en que todo ello es nulo por no habérsele llamado a que interviniesen en esa actuación judicial, y añade que, por la misma ausencia de éstos en el proceso, no es válida la notificación que de acuerdo con el artículo 322 del C. J. se hizo de la primera providencia dictada después del antedicho largo lapso de inactividad.

IV. — Violación de los artículos 466 y 472 por infracción directa y 451, 370 y 982 por aplicación indebida e interpretación errónea. Estas disposiciones son del C. Judicial.

Se refiere el recurrente al concepto del Juez acogido por el Tribunal de que el juicio divisorio terminó con la sentencia de remate y que la actuación posterior, encaminada a cumplir esa sentencia, ya no fue propiamente juicio, concepto del cual se dedujo la inaplicabilidad e impertinencia del artículo 370 en su numeral 2º sobre que los términos no corren cuando muere alguno de los litigantes hasta que se haga saber a quien debe representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio. Añade que, así como el juicio ejecutivo no termina sino con el pago al acreedor, según dicho artículo 982, del propio modo el divisorio no termina sino con el pago a los comuneros de lo que a cada cual toque en el producto del remate de la finca común, y el remate en estos juicios se ajusta en todo a lo dispuesto sobre el que se hace en las ejecuciones.

De otro lado, el decreto de remate no es sentencia, sino auto, según lo indica la redacción misma del artículo 1149 de ese Código; el cual en su artículo 466 define las sentencias diciendo que son las resoluciones judiciales que "deciden definitivamente la materia del juicio", al paso que, según el artículo 472 del mismo, "el objeto de los

procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustantiva".

Estas reflexiones se encaminan a sostener que aquel concepto de Juez y Tribunal es erróneo, pues la división no puede entenderse hecha con el solo decreto de remate, el que cierra apenas la primera época o capítulo de un juicio que efectivamente no viene a terminar sino con el reparto del producto en remate de los bienes o del bien de que se trate en cada caso.

Como conclusión de este cargo vuelve el recurrente al citado artículo 451 que enumera las causas de nulidad especiales en el juicio ejecutivo, a más de las que lo son en todos los juicios según el artículo 448.

V. — Infracción directa del artículo 146 del C. J. en cuanto dice: "La jurisdicción se suspende en uno o más negocios determinados: ....3º por haber suspensión del asunto en los casos de la ley o por acuerdo de las partes".

Expone este cargo así: la muerte de la señora Julia determinó suspensión del negocio al tenor del citado artículo 370 del C. J. en su numeral 2º; consecuencialmente quedó suspendida la jurisdicción de conformidad con la disposición que acaba de transcribirse, y, sin embargo de esto, el Juzgado siguió conociendo y actuando al punto de verificarse el remate y la partición y aprobarse ambos, sin haberse llenado los requisitos indispensables para que aquella suspensión cesara y, por ende, el Juez recuperara su jurisdicción. Sobre este pie, la nulidad de esos actos y de toda la tramitación posterior a la muerte de dicha señora es evidente, por lo cual la sentencia recurrida al denegarse a declarar tal nulidad quebrantó aquella disposición legal.

Según el recurrente, el Tribunal desacierta al conceptuar que las nulidades del citado artículo 448 no pueden alegarse sino dentro del juicio en que se producen y antes de la citación para sentencia, de conformidad con los artículos 456 y 457 del C. J., porque a ese concepto se opone el texto del artículo 520 del mismo, cuyo numeral 6º erige en motivo de casación el "haberse incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448", sin distingos ni excepciones y sin más salvedad que la de no haberse saneado la nulidad legalmente.

En obsequio de la claridad conviene exponer previamente las reflexiones que se verán en seguida para luego entrar en el análisis de los cargos.

Reglamentado el remate de bienes para los juicios ejecutivos en forma de consultar a la vez los derechos del acreedor ejecutante y los del deudor ejecutado, procurando entre otras cosas la concurrencia de postores a fin de compensar cierta habitual sugestión hacia el deprecio que los remates llevan consigo, era natural que el legislador aprovechara esa reglamentación para todos los que ocurran en diligencias o juicios distintos, como el de sucesión o el divisorio, por ejemplo. Pero esa circunstancia extrínseca, relativa tan sólo a la materialidad del procedimiento, no puede inducir a identificación de los juicios mismos o diligencias aludidos.

Así, v. gr., no cabe pensar en un juicio divisorio de un inmueble común, en deudor difunto y en título ejecutivo por notificar a sus herederos, como sí es el caso tratándose de ejecución por incoarse o ya en curso en que muere el deudor. Si, para bien del acreedor, la ley, como es de justicia, da mérito ejecutivo contra los herederos a los títulos que lo tienen contra el **de cujus,** al propio tiempo, **ex equo et bono,** exige esa notificación y concede un breve plazo, lo que permite a los herederos pagar, entrar en arreglos con el acreedor y, en todo caso, defenderse, y los asegura contra adversidades sorpresivas.

En un juicio divisorio, dejando de lado, por no venir al caso presente, la posibilidad de oposición, sobre la cual la ley establece cierto procedimiento, esto es, en uno en que todos los comuneros han manifestado su voluntad de enajenar, se tiene que uno o más de ellos asumen el papel de demandantes y los demás el de demandados, sin que estas denominaciones pasen de lo meramente formal, puesto que no pueden reputarse como contendores, no habiendo contienda. Tal es, en general, lo que acontece en los remates voluntarios. Así sucedió con el que es materia del presente pleito, porque lo pidió uno de los interesados y todos los demás coadyuvaron ese pedimento, y a mayor abundamiento cuando sobre esa base el Juzgado decretó lo pedido, todos los comuneros se apresuraron a consentir la providencia que pronunció esa orden.

El contraste entre un remate de esta clase y el del juicio ejecutivo cobra mayor relieve desde el punto de vista de la voluntad del dueño de lo rematado, la que es requisito esencial para la validez de la tradición y con la que excepcionalmente, si acaso, es de contarse en las ventas que la ley misma llama **forzadas,** en las cuales, con ese cabal fin principalmente, se asigna al juez la ca-

lidad de representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere. Hay coacción, hay expropiación de los bienes materia de la traba ejecutiva cuando se rematan para pagar lo que su dueño está debiendo al ejecutante, y esto es muy distinto de la espontaneidad con que acuden al remate voluntario los dueños, por ejemplo, de un bien común, ya solicitando unánimemente desde luego su venta en esa forma, ya asumiendo unos con la iniciativa el papel de demandantes de que atrás se habló y otros el de demandados que responden la demanda coadyuvando ese pedimento.

Cuando esto sucede y, como si no fuese suficiente, todos los comuneros afirman de nuevo su voluntad de enajenar consintiendo expresamente la orden de remate y ésta se ejecutoría, se ha creado con ello una situación procesal que no pueden modificar aquéllos y que, por ende, no les es dado modificarla a quienes ulteriormente vengan a ser sus sucesores procesales, como herederos o cesionarios o a cualquiera otro título. Y ello es así, por lo visto, no sólo en lo atañedero a la actuación, en relación con la fuerza de esa ejecutoria, sino también en lo atinente a la voluntad del tradente como elemento necesario para la validez de la tradición.

El remate discutido en el presente pleito no lo ha sido por falta de tal o cuales de las formalidades por decirlo así materiales de su realización, como avisos anticipados, pregones preparatorios, horas de licitación, consignación por los postores de la suma necesaria para serlo, etc., sino porque se llevó a cabo en una época y dentro de una actuación en que la actual demandante señora María Teresa Herrera de Galindo estaba ausente de la ciudad y aun del país y en que la señora Julia Herrera de Restrepo había fallecido, sin que se llamara al juicio divisorio a sus herederos.

Es de observarse que de la muerte de la señora Julia no obró comprobante en aquel proceso. Los demandantes en éste ven dolo en el silencio de los demandados a ese respecto allí por la intención dañada de perjudicar a los herederos procediendo sin su conocimiento ni intervención después de años de finada la señora y de muchos más de interrumpida toda actividad procesal.

Pasan a estudiarse uno a uno los cargos de los recurrentes contra la sentencia del Tribunal, en el mismo orden que la demanda de casación los formula, advirtiéndose, eso sí, que el relativo al motivo 2º de los del artículo 520 del C. J. de que aquí se habló en primer lugar, es el último en esa demanda, en la que lleva el número VI, pues los restantes, números I a V, corresponden al motivo 1º de aquella disposición legal.

I. — Relatado ya aquí cuál es el grupo o lista de disposiciones legales sustantivas de cuyo quebranto se acusa en este capítulo, es innecesario repetir su enumeración; baste recordar que él estudia el remate como compraventa y halla violadas ciertas disposiciones de este contrato y las de nulidad de aquellos a que faltan requisitos de ley y las relativas a consentimiento, así como el mencionado artículo 9º que fija como término de la existencia de una persona, su muerte, todo para concluír que el remate en cuestión fue una compraventa nula por haber faltado, con la persona de uno de los vendedores, su voluntad.

Se rechaza el cargo. Todos los comuneros y, por ende, entre ellos las señoras Julia Herrera de Restrepo y María Teresa Herrera de Galindo, manifestaron su voluntad de enajenar en forma que, no sólo por su coadyuvancia a la solicitud inicial al respecto, sino por su consentimiento del decreto de venta, que quedó ejecutoriado, no les habría sido legalmente posible retirarlo ni revocarlo. No puede, pues, decirse que faltara el consentimiento de cuya supuesta ausencia derivan los recurrentes esa nulidad. La muerte de la señora de Restrepo señaló la terminación de su existencia, pero no la desaparición de su voluntad, consignada en el proceso cómo y cuándo se ha recordado aquí, situación que no podía alterarse tampoco porque entre aquella ejecutoria y el día de la subasta transcurriera un lapso de tiempo, corto o largo.

En el documento privado de 8 de junio de 1918 no puede hallarse la compraventa que el recurrente dice encontrar. Su simple lectura indica un pacto según el cual la señora Vargas sería postor y, si el remate se le adjudicaba, las demás personas que lo suscribieron manifestarían en oportunidad haber recibido su cuota para que aquél se aprobase, sin necesidad de aumentar lo que pagó la señora Vargas ese día a cada uno de los aludidos comuneros haciendo la proporción del caso sobre el precio del avalúo, que fueron $ 15.000. Sobre tal pago ese día, no ha habido discusión. Se advierte que cuando más tarde se celebró el remate, hubo otros postores y en las pujas y repujas subió la casa a $ 35.000 y que fue sobre esta base como se computó la cuota de cada una de dichas dos comuneras, cuyo valor al tenor

de la subasta dejó así la rematadora en el Juzgado. Muy lejos está, pues, este caso de los que atiende, prohibe y sanciona el artículo 282 del C. Penal.

La asimilación a escritura pública de la diligencia de remate y el auto de su aprobación establecida en el artículo 1052 del C. J. e invocada por el recurrente, cabalmente demuestra que no se faltó a las solemnidades de la compraventa de bienes raíces.

II. — No hubo quebranto de las disposiciones sobre tradición a que se refiere este capítulo. Queda visto que no faltó la voluntad de enajenar de las comuneras señoras Herrera de Galindo y Herrera de Restrepo porque aquélla estuviera ausente de esta ciudad el día del remate y ésta desgraciadamente hubiera entonces fallecido. Repítese que si sus herederos hubieran intervenido en las diligencias seguidas más tarde para cumplir la sentencia de remate que ella consintió y que en vida de ella quedó ejecutoriada, no habrían podido alterar esta situación procesal.

III. — No prospera este cargo. En un juicio divisorio no cabe pensar, para rematar el bien común, en deudor difunto ni en títulos ejecutivos que notificar a sus herederos. A esto provee el artículo 1434 del C. C.; pero, como es obvio, para cuando hay deuda a cuyo pago se encamina la persecución y remate de bienes del deudor, cuando éste muere estando en curso ó por incoarse una ejecución y cuando hay títulos ejecutivos, obligada materia o elemento de tal notificación.

Las nulidades peculiares del remate enumeradas en el artículo 451 del C. J. son procedentes todas, en sus casos, tratándose de juicio ejecutivo; pero lógicamente no lo son aquellas que miran a situaciones legales que no se producen sino en ese preciso juicio. De ahí que en uno divisorio no quepa la relativa al citado artículo 1434, ni la consistente en falta de citación para sentencia de remate, que son la 1ª y la 3ª de ese artículo 451. La otra, la 2ª, se refiere a las formalidades prescritas para hacer el remate: y ya se vio que acerca de esto no hay reclamo de los actores.

Sus reparos sobre la oportunidad con que llegó al juicio divisorio el documento de 8 de junio son ajenos al recurso de casación actual. Además, como ya se dijo, no niegan el pago hecho ese día por quien más tarde vino a ser rematadora. De otro lado, al reanudarse la actividad procesal en aquella causa, después de larga suspensión, se llenó la formalidad establecida para tal evento por el C. J. en su artículo 322.

IV. — Tampoco prospera este cargo, en fuerza de lo tantas veces dicho ya sobre voluntad de los comuneros y ejecutoria de la providencia que decretó el remate. Es incuestionable la afirmación de que la celebración de este acto es el cumplimiento de aquella orden. Que esta providencia se haya de llamar sentencia o auto, es algo sin trascendencia ante aquella afirmación evidente. El Juzgado, en palabras acogidas por el Tribunal dijo, refiriéndose a las diligencias encaminadas a cumplir aquella providencia celebrando el remate, que "no se pueden considerar en ningún caso como actuaciones procesales". Dando por excesivas estas voces, no se podría negar que el decreto de remate, que era lo único que podía haberse disputado, ya para reclamar en su día contra tal orden, ya para oponerse a que se dictara, cerró la época en que pudiera haber habido contienda y abrió otra en que simplemente se trataba de la materialidad de cumplir aquélla. Siendo esto así y habiendo sobrevenido la muerte de la señora Julia cuando esa orden estaba ejecutoriada y sólo pendía su cumplimiento, no se ve cómo pueda motivar casación la frase transcrita, siendo así que, con ella o sin ella, la situación procesal a que acaba de aludirse y que detenidamente se ha descrito en capítulos anteriores, de esta sentencia, es una realidad y fue la contemplada por el Tribunal al dictar su fallo hoy recurrido.

V. — Este cargo queda rechazado con lo ya expuesto sobre cumplimiento del artículo 322 del C. J. e inaplicabilidad del 1434 del C. C. y sobre la manifestación de voluntad de enajenar pronunciada por todos los comuneros, tanto al incoarse el juicio divisorio y al coadyuvar la demanda de remate de la finca común, cuanto al consentir la providencia que ordenó esta medida.

Atendiendo a este elemento voluntad y, de otro lado, a que cuando se reanudó la actuación suspendida se llenaron las exigencias del artículo 322 del C. J., no hay lugar a estudiar si, en su caso, la incompetencia de jurisdicción puede alegarse, teniendo en cuenta el artículo 457 de aquel Código. Cumplido dicho artículo 322, se produjeron los efectos que él busca y así pudo seguirse la actuación válidamente.

VI. — Como queda dicho, la acusación que este capítulo formula aduce el motivo 2º de los del citado artículo 520.

Los demandados reconvinieron a los demandantes en libelo que, entre otras súplicas, hace la de que se declare terminada la comunidad y también la de que la señora rematadora pagó las cuotas de

las señoras comuneras Julia y María Teresa en la finca común.

Salta a la vista que si los demandantes no triunfaban en sus pretensiones, virtualmente quedaba reconocido lo que los demandados solicitaron en su contrademanda, sin necesidad, por lo mismo, de ésta, es decir, de petición especial en ese sentido. Al final de la parte motiva de su sentencia, el Juzgado así lo estimó y calificando de inoficiosas y redundantes esas declaraciones suplicadas en la contrademanda, manifestó no ser el caso de hacerlas, según se vio aquí al resumir la parte resolutiva de ese fallo.

Sin duda por la evidencia de esas reflexiones los demandados se abstuvieron de apelar.

Pero es el caso que, a pesar de ser apelantes únicos los demandantes, el Tribunal revocó en esa parte aquella sentencia y pronunció esas declaraciones solicitadas por los demandados en su demanda de reconvención, y que el artículo 494 del C. J. establece que, salvo la excepción de que habla en su parte final, que no es del caso, la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante y que, por tanto, "el superior no puede enmendar la providencia en la parte que no es objeto del recurso", a que se agrega que, según el artículo 148 **ibídem,** "usurpan jurisdicción los jueces cuando la ejercen sin tenerla legalmente".

Desde el punto de vista formal la sentencia de segunda instancia no podía alterar la de la primera en lo que la modificó, porque lo impedían estas disposiciones legales, por más que en el fondo no hubiera en realidad enmienda alguna por estar implícitamente contenidas en el fallo del Juez las declaraciones de que por esto mismo él se abstuvo y que, por hacerlas expresamente el Tribunal, aparece la sentencia suya revocando en esa parte aquélla.

Pero el hecho, aunque meramente formal como ya se dijo, es que el Tribunal pronunció declaraciones de que el Juez se abstuvo y que ellas fueron solicitadas en la contrademanda y los contrademandantes no apelaron, es decir, que se produjo una situación que debe corregirse en fuerza de aquellas disposiciones (artículos 148 y 494 del C. J.).

Así pues, este último cargo prospera.

Esta sentencia, atendiendo como es lo natural los argumentos y reclamos de la parte recurrente, ha puesto el mayor detenimiento en los relativos a la muerte de la señora Julia Herrera de Restrepo y a la influencia que a este hecho atribuyen los demandantes sobre la validez del remate y en general de la actuación seguida sin llamar a sus herederos; pero ello no significa que se haya prescindido de lo atañedero a la demandante señora Herrera de Galindo. Lo que sucede respecto de esta señora es que la sinrazón de sus pretensiones es más transparente. Ella, que recibió en legal forma la notificación de la demanda inicial del juicio divisorio, lo que bastaría para reconocer que en él fue parte, contestó esa demanda conviniendo y coadyuvando la solicitud de remate de la finca común y no reclamó contra la sentencia que lo decretó, la que, antes bien, consintió expresamente, y a mayor abundamiento pactó respecto del remate lo que reza el documento de 8 de junio. Imposible aceptar que lo ignorara o que se actuara a espaldas suyas en forma de no tener fuerza obligatoria para ella lo actuado, máxime cuando al reanudarse la actuación suspendida, se procedió como para este preciso evento previene el artículo 322 del C. J.

En lo relativo a la demandante doña María Teresa se aduce como fundamento personal, aparte de los hechos ya estudiados aquí, el de haber estado ella ausente de la ciudad y aun del país en la época en que se reanudó aquella actividad procesal durante la cual se celebró el remate. Semejante reparo es inadmisible dados los referidos antecedentes ante los cuales es incuestionable su calidad de parte, la que no se cancela o desaparece por ausencia de la cabecera del Juzgado que sobrevenga más tarde.

El remate en estudio se adjudicó a la señora Vargas de Santamaría, cuya intervención en esas diligencias, así como sus contratos relativos a cuotas de los diversos comuneros, hacen suponer que estaba al tanto de la muerte de la señora de Restrepo y de la ausencia de la señora de Galindo, hechos que no invalidan aquel acto, según lo demuestran las precedentes consideraciones, las que cobran mayor relieve si se piensa en los remates en general y en que habitualmente el rematador es persona extraña. En principio es de exigirse de una persona prudente y diligente que estudie los títulos de un inmueble que se va a rematar, así como el expediente respectivo, a fin de cerciorarse de la propiedad y libertad de aquél y, además, de que obran los avisos de ley con la anticipación debida para el señalamiento y de que en su día se dan los pregones y, sobre todo, que el remate se decretó en debida forma y la respectiva provi-

dencia está en firme: así contará con base firme para hacerse postor y, en su caso, adjudicatario. Pero en manera alguna podría exigírsele como requisito para esto y para la validez de tal adjudicación, que se prevenga sobre algo que no está en sus manos sospechar y verificar, como, por ejemplo, que en el curso de la actuación judicial no haya fallecido ninguno de quienes en ella han figurado y gestionado o que en el momento del remate ninguno de ellos esté en lugar distinto de la cabecera del Juzgado.

Prosperando uno de los cargos formulados en casación, no hay lugar a condenación en costas a los recurrentes, y no lo hay tampoco, de otro lado, para intervenir la Sala en la que a cargo de ellos pronunciaron las sentencias de una y otra instancia, condena que, por ende, queda en firme.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa parcialmente la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro y en su lugar confirma en todas sus partes la de primera instancia, pronunciada el veintinueve de febrero de ese año por el Juzgado 5º Civil de este Circuito.

Sin costas el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION PETITORIA DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE PAGO DE PERJUICIOS

Ha dicho ya la Corte que la acción de cumplimiento de un contrato (artículo 1546, inciso 2º del C. C.) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento 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". Y como dice el profesor Alessandri Rodríguez, "si el comprador tiene un plazo para pagar, y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora, porque la mora del uno purga la mora del otro".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil. — Bogotá, trece (13) de junio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Por medio de Escritura Pública número 2225 de 18 de agosto de 1941, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Bogotá, Roberto Ramos C. transfirió a título de venta al doctor José Hugo Soler, la casa marcada con el número 14-51 de la calle 64, del Barrio de Chapinero, manifestando que por lo que hacía al solar anexo a la misma casa mediaba a su favor un contrato de promesa de venta pactado entre Paulina Montejo v. de Ospina, como promitente vendedora y él, Ramos y Juan B. Monroy, como promitentes compradores, al tenor del documento privado de 11 de enero de 1941, y que le cedía al comprador dicho documento para todos los efectos legales consiguientes. Según términos del mismo instrumento el vendedor se obligó "a entregar al mismo comprador Soler V. hasta perfectamente registrada la escritura de venta que debe otorgarle la señora Paulina Montejo vda. de Ospina sobre la porción determinada en el documento de 11 de enero de 1941, sin erogación alguna de parte de Soler V. a más tardar dentro de cuarenta (40) días a partir de la fecha de esta escritura y bajo multa de $ 1.000.00 y debiendo citar oportunamente al mismo Soler V. para que acepte de dicha señora la citada escritura. Y entregaré la casa vendida al comprador a más tardar el día 15 de septiembre del presente año, de dos a tres de la tarde, bajo la pena ya indicada de pagarle $ 1.000.00 por el simple retardo y sin perjuicio de las demás indemnizaciones legales consiguientes".

El precio de la venta fue fijado en la suma de $ 6.800.00, de los cuales el vendedor confesó tener recibidos del comprador la cantidad de $ 6.000.00 y por el resto le otorgó el plazo de un año a partir del 15 de septiembre de 1941, sin interés alguno durante ese plazo. Soler V. se declaró deudor de la mencionada cantidad, en las condiciones dichas, y expresamente manifestó que "en caso de mora me someto al pago del principal junto con el interés del uno por ciento mensual durante la mora y de una multa de $ 1.000.00 y las costas llegado el caso" y para garantizar el cumplimiento de esa obligación constituyó hipoteca a favor de Ramos.

Con fundamento en ese contrato y alegando que Ramos C. no cumplió dentro del plazo estipulado con la obligación de entregarle el título correspondiente del solar en referencia y de hacerle entrega del inmueble en las condiciones pactadas, el doctor José Hugo Soler, en libelo de 12 de marzo de 1943 propuso ante el Juez Segundo Civil del Circuito de esta ciudad juicio ordinario contra Ro-

berto Ramos C. para que en sentencia definitiva se le condenara a lo siguiente:

"PRIMERO. A cumplirme el contrato contenido en la Escritura Pública número dos mil doscientos veinticinco de diez y ocho de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, de la Notaría Primera de este Circuito. SEGUNDO. A indemnizarme de todos los perjuicios que me ha ocasionado y ocasione por la mora y por la infracción de dicho contrato en las cláusulas a cargo del demandado y a rebajar el precio de la venta proporcionalmente, estimados dichos perjuicios en el mínimo de tres mil pesos, o en lo que se determine en este juicio o al ejecutar la sentencia. TERCERO. A pagar las costas del juicio y la multa que él me exige. Todo dentro de los seis días de la ejecutoria del fallo".

Admitida esa demanda Ramos C. la contestó negando prácticamente todos los hechos en que se fundamenta, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y alegando las excepciones de inepta demanda, pleito pendiente, y la genérica consistente en cualquier hecho que la constituya y que resulte probado.

Al término de la tramitación de primera instancia el Juez del conocimiento desató la litis en sentencia de 1º de abril de 1944, en la cual resolvió lo siguiente:

"Primero.—Condénase a Roberto Ramos C. a cumplirle a José Hugo Soler V., el contrato celebrado por escritura pública número dos mil doscientos veinticinco (2225) de diez y ocho (18) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno (1941) autorizada por el notario primero de este Circuito. En consecuencia, deberá el demandado Ramos, entregar a Soler, dentro de los seis días de ejecutoriado el presente fallo, el título registrado de la porción de la cosa vendida determinada en el documento privado a que se hace referencia en el título de venta, que tiene fecha once (11) de enero de mil novecientos cuarenta y uno (1941), suscrito por la señora Paulina Montejo v. de Ospina y Juan B. Monroy y el exponente Ramos, que en la actualidad forma un solo cuerpo con la finca vendida por Ramos a Soler y que en la actualidad tiene éste último en su poder.

"Segundo.—Condénase a Roberto Ramos C. al pago de la multa de mil pesos ($ 1.000.00) estipulada por el simple hecho de la demora en el cumplimiento de la obligación a que se le condenó en el punto primero.

"Tercero.—Condénase a Roberto Ramos C., a pagar a José Hugo Soler, los perjuicios que, en la ejecución del presente fallo, se comprueben, sobre la base enunciada en la parte motiva de este fallo.

"Cuarto.—Las anteriores prestaciones habrá de hacerlas el demandado Ramos, dentro de los seis días de ejecutoriada la presente sentencia.

"Quinto.—No es el caso de hacer la declaración sobre rebaja proporcional del precio de venta de la finca arriba indicada.

"Séxto.—Con costas, a cargo del demandado".

El Tribunal Superior de Bogotá, a cuyo conocimiento subió el negocio por virtud de recurso de apelación concedido al demandado, decidió la alzada en sentencia de 16 de noviembre de 1944, por medio de la cual reformó la apelada y falló el pleito así:

"Primero.—Decláranse infundadas y no probadas las excepciones propuestas por el demandado.

"Segundo.—Condénase al demandado Roberto Ramos C. a cumplirle a José Hugo Soler V. el contrato celebrado por escritura pública número dos mil doscientos veinticinco (2.225) de dieciocho (18) de agosto de mil novecientos cuarenta y uno, de la notaría primera del circuito de Bogotá. En consecuencia, el demandado Ramos C. deberá otorgar a Soler V. en el momento mismo en que éste cancele el crédito de ochocientos pesos ($ 800.00) moneda corriente de que habla la parte motiva de este fallo, junto con los intereses legales de esta suma computados a partir del quince de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos, el título traslaticio del dominio de la porción o solar determinado en el documento privado a que se hace referencia en el título de venta, o sea el de fecha once (11) de enero de mil novecientos cuarenta y uno (1941), suscrito por la señora Paulina Montejo v. de Ospina y los señores Juan B. Monroy y Roberto Ramos C., porción o solar que en la actualidad forma un solo cuerpo con la finca vendida por Ramos a Soler por la citada escritura 2225, y que en la actualidad tiene éste en su poder.

"Tercero.—Absuélvese al demandado de los demás cargos de la demanda.

"Cuarto.—No se hace condenación en costas en ninguna de las dos instancias; y

"Quinto.—En los términos anteriores queda reformada la sentencia apelada de fecha primero de abril del corriente año, proferida por el señor Juez 2º Civil de este Circuito".

En la parte motiva de esa sentencia hizo el Tribunal una relación pormenorizada de los antecedentes del litigio a la luz de las pruebas traídas

al debate y formuló a la vez numerosas y variadas disquisiciones jurídicas alrededor de la acción alternativa que consagra el artículo 1546 del C. C.; de la manera cómo deben ejecutarse los contratos bilaterales y de los principios que gobiernan la mora en el cumplimiento de las obligaciones, invocando a estos respectos conocida jurisprudencia de la Corte. Del examen de las pruebas encontró el sentenciador establecidos estos dos hechos principales: que Ramos no cumplió con la obligación de obtener que la señora vda. de Ospina otorgara a Soler la escritura del lote dentro del tiempo señalado en el instrumento 2225 y que Soler no pagó ni el día del plazo ni antes el valor del crédito hipotecario, de lo cual dedujo que en tales condiciones cabía concluír que en principio el actor carecía de la acción de cumplimiento del contrato y de indemnización de perjuicios entablada en este proceso, conclusión a la cual le había servido de fundamento, entre otras, la siguiente consideración de la sentencia:

"En los negocios jurídicos bilaterales cada parte es acreedora de la otra y al mismo tiempo deudora de su deudor y si en un momento ocurre que ambos deudores recíprocos tienen el tiempo de la prestación cumplido y sin embargo no la han ejecutado, incurren en mora recíproca, y así la falta del uno compensa la falta del otro y en forma, que nadie puede demandar perjuicios porque el mutuo incumplimiento enerva la acción de su contrario. Y esto es lo que ocurre en el caso del proceso".

No obstante esas consideraciones, el Tribunal estimó que en atención al planteamiento del litigio y a la voluntad manifestada de las partes, que no había "inconveniente en proferir en favor de la demanda por lo que hace a la acción de incumplimiento, porque es el caso de disponer que demandado y demandante cumplan simultáneamente las obligaciones que mutuamente se impusieron y que son de plazo ya vencido", optando así por imponer a Ramos la obligación de otorgarle a Soler la escritura del lote, en el momento en que éste pague a aquél el saldo del precio estipulado junto con los intereses a partir del día en que ha debido cancelarlo.

Respecto a la indemnización de perjuicios demandada con fundamento en la no entrega de los bienes en el estado convenido, dijo el Tribunal que la multa pactada no afianzó esa obligación y que además Soler recibió los bienes a su satisfacción y no demostró que no le fueron entregados en el estado convenido.

Por último, estudiando las defensas invocadas por el demandado, las encontró infundadas y no probadas.

Al actor se le concedió recurso de casación el que por estar debidamente preparado se procede a decidir.

Invoca el recurrente las causales 1ª y 2ª consagradas en el artículo 520 del Código Judicial, y como la Sala encuentra debidamente fundamentada la última, estima del caso proceder conforme lo ordenan los artículos 538 y 539 ibidem.

En el Capítulo II de la demanda de casación que trata de dicha causal 2ª, dice el recurrente que la sentencia acusada no está de acuerdo con las pretensiones de las partes oportunamente alegadas en el juicio, incurriendo por ello el sentenciador en quebranto de las normas contenidas en los artículos 471, inciso final, 472 y 593 del Código Judicial y afirma entre otros particulares que la demanda pide cosas claramente debidas por el demandado conforme a las cláusulas de la escritura 2225; que la parte resolutiva del fallo favorece al demandado sin lógica y sin armonía con las pruebas y el derecho; que en esa parte Soler sale condenado a pagar a Ramos para que éste le perfeccione el título y a pagarle intereses desde el vencimiento del plazo y que "negadas las excepciones propuestas por Ramos y las demandas de Soler, es evidente que el fallo no está de acuerdo con las pretensiones de las partes, demostradas en el expediente".

Para resolver se considera:

El cargo es procedente. Una simple comparación entre lo pedido y lo sentenciado es suficiente para convencerse de ello. En las súplicas de la demanda se pidió, como ya se vio, que se condenara al demandado al cumplimiento de las obligaciones que le resultan del contrato contenido en la escritura Nº 2225, de 18 de agosto de 1941; a la consiguiente indemnización de perjuicios y al pago de la pena estipulada con motivo del incumplimiento de aquéllas, y la sentencia, sin mediar contrademanda del demandado, condenó a éste a cumplirle a Soler el referido contrato, pero en el momento mismo en que el actor cancele a Ramos el crédito por $ 800.00 y sus intereses a que se refiere la parte motiva del fallo del Tribunal. Luego es evidente que al proferir esta última condena en contra del actor, el sentenciador otorgó algo que no se le había pedido oportunamente por los litigantes, resolviendo sobre puntos ajenos a la controversia, y rompiendo así las normas forma-

les que impone el artículo 471 del Código Judicial.

Se encuentra, pues, procedente la causal de incongruencia consagrada en el numeral 2º del artículo 520 del Código Judicial, por lo cual se impone la casación del fallo de segundo grado acusado, y para dictar el que ha de reemplazarlo, la Corte considera:

Como se ha dicho anteriormente, el actor ejercita en el presente juicio la acción de cumplimiento del contrato de compraventa contenido en la citada escritura Nº 2225 y la respectiva indemnización de perjuicios, con fundamento, entre otros hechos, en que el demandado no le cumplió las obligaciones de hacerle "la entrega o tradición de la cosa vendida tal como reza dicha escritura" y de obtener que dentro del plazo estipulado al efecto se le otorgase el título debidamente registrado del solar en que está ubicada la casa vendida.

Esa acción que en principio sería viable, como que está expresamente consagrada en los artículos 1546, 1880 y 1882 del Código Civil, no está llamada a prosperar dada la situación procesal que aquí se contempla.

En autos están debidamente acreditados dos hechos principales, sobre cuya realidad las partes ni siquiera discuten, a saber: que Ramos no cumplió con la obligación de obtener que la señora vda. de Ospina otorgara a Soler la escritura del lote antes mencionado dentro del término fijado en el instrumento 2225 de 18 de agosto de 1941, o sea dentro del lapso de 40 días a contar de la indicada fecha, y que Soler no pagó el día del plazo, ni antes ni después el saldo del precio de la venta montante a la suma de $ 800.00 que le quedó a deber a Ramos y que garantizó con hipoteca del mismo inmueble comprado, y para cuyo pago se le concedió el plazo de un año a partir del 15 de septiembre de 1941. De otro lado no existe en el expediente prueba alguna que demuestre que el demandante o el demandado se hubieren allanado a cumplir en tiempo y forma debidos esas obligaciones.

Por lo anotado, bien se ve que cuando la presente demanda se intentó, (12 de marzo de 1943), ya ambos contratantes habían incumplido sus recíprocas prestaciones, y en esas condiciones la acción propuesta es improcedente, a la luz de los principios consagrados en los artículos 1546 y 1609 del Código Civil.

En apoyo de esta conclusión se reproducen y acogen las siguientes doctrinas de esta Sala:

"La acción resolutoria consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está, además, consagrada de una manera especial en el Código citado en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador (artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, como es la de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (artículo 1880) pone al comprador en capacidad legal para perseverar en el contrato o para desistir de él (artículo 1882). A su turno el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Pero estas acciones pueden enervarse cuando en el caso del artículo 1882 está el comprador en mora de cumplir su obligación y, cuando en el caso del artículo 1930, no ha cumplido el vendedor con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales". (Casación, 5 de los corrientes, no publicada aún).

"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, inciso 2º) 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 princi-

pio consignado en el artículo 1609 del Código Civil, que traduce en fórmula positiva el aforismo de que "la mora purga la mora". En el caso de que todas las partes que celebraron el contrato sean negligentes en el cumplimiento de sus obligaciones, para las cuales ni la ley ni el contrato señalan orden de ejecución, caso no especialmente previsto por la ley y contemplado en este pleito, la solución de la doctrina, no pudiéndose considerar como morosa a ninguna, es la improcedencia, para todos, de las dos acciones que alternativamente concede el inciso segundo del artículo 1546 del Código Civil, situación ésta de involuntaria y estéril 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". (Casación, 23 de marzo de 1943, G. J., Nos. 1993 a 1995, pág. 71).

Refiriéndose a la condición resolutoria tácita que al tenor del artículo 1489 del C. C. chileno, igual al 1546 del C. C. colombiano, va subentendida en los contratos bilaterales, dice el profesor Barros Errázuriz al precisar los caracteres propios de la acción resolutoria, entre otras cosas lo siguiente:

"...2º Supone que ha habido de parte del demandado **falta de cumplimiento** de las obligaciones que contrajo, porque en eso consiste la realización de la condición tácita que va envuelta en el contrato. Esa falta de cumplimiento puede ser total o parcial, y debe ser de tal naturaleza que haya producido para el demandado el estado de mora, ya que la ley lo obliga a indemnizar los perjuicios, lo que es consecuencia de la mora.

"3º Supone que el demandante o actor **ha cumplido por su parte** las obligaciones que le imponía el contrato bilateral, o está pronto a cumplirlas en la forma y tiempo debidos.

"El inciso 1º del artículo 1489 dice que en todo contrato bilateral va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado y el inciso 2º agrega: "Pero en tal caso podrá **el otro contratante"**, esto es, el que ha cumplido por su parte y en cuyo beneficio la ley establece la acción, "pedir la resolución..." (Derecho Civil, pág. 135, De las Obligaciones en general, Vol. II).

"Si el comprador tiene un plazo para pagar, y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora, porque la mora del uno purga la mora del otro". (Alessandri Rodríguez, Obligaciones, pág. 92).

En fuerza de las anteriores razones y en ejercicio de la facultad que al juzgador le otorga el artículo 343 del C. J., lo pertinente es declarar la existencia de la excepción de contrato no cumplido y absolver en consecuencia al demandado de los cargos formulados en la demanda, desde luego que la decisión proferida por el sentenciador de segundo grado de condenar al actor y reo al cumplimiento simultáneo de sus obligaciones no encaja dentro de nuestro sistema jurídico contractual, en el cual, como ya se vio, la acción de cumplimiento se rechaza por prematura, puesto que si el acreedor no ha cumplido por su parte con la obligación que le incumbe, su demandado no está en mora de cumplir lo pactado, y no estando en mora, su obligación no es exigible. Sería jurídicamente irregular la condena al pago de una obligación sin exigibilidad.

Por último, podría pensarse que siendo el actor el único recurrente no sería dable a la Sala revocar la parte de la sentencia del Tribunal en que se condenó al demandado al cumplimiento del contrato contenido en la Escritura Pública número 2225, pero a ello se observa que dados los términos ya referidos en que se formuló la condena, ellos están tan estrechamente vinculados y condicionados entre sí que sería injurídico reformar la sentencia en la parte que contiene una condenación en favor del demandado y en contra del actor sin reformar a la vez la proferida en favor de éste. (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, CASA la sentencia de fecha diez y seis (16) de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, y revocando la de primera instancia, FALLA este pleito así:

PRIMERO: Declárase probada la existencia de la excepción perentoria temporal de contrato no cumplido y en consecuencia se absuelve al demandado de los cargos que se le formulan en la demanda.

SEGUNDO: Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón., Secretario en propiedad.

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932.

Precisamente porque la sociedad conyugal es realmente un tercero con respecto a los actos de disposición de bienes celebrados por uno solo de los cónyuges tiene sentido y operancia la doctrina jurisprudencial de la Corte, promulgada y sostenida invariablemente desde 1937, según la cual se requiere el consentimiento conjunto de los cónyuges para disponer de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la ley 28 encontró formadas y que no se han acomodado al nuevo régimen por la vía de la liquidación provisional que les ofrece su artículo 7º.

El estatuto de la ley 28 de 1932 favorece no solamente a las mujeres casadas después del día inicial de su imperio, sino también a las que se casaron antes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Durante la sociedad conyugal formada entre Lázaro Calvo Pulecio y Julia Lara por efecto del matrimonio católico contraído por ellos, en Girardot, el 23 de julio de 1928, por medio de la escritura pública Nº 73, otorgada ante el Notario del Guamo el 11 de marzo de 1932, debidamente registrada, Calvo Pulecio, en su condición de único administrador de la sociedad conyugal, compró a Trinidad Pulecio, entre otros bienes, un globo de terreno denominado "Luisa", ubicado en jurisdicción municipal del Guamo y alinderado como allí se expresa.

En el año de 1933, sin que la sociedad conyugal se liquidara en ninguna de las formas legales y sin autorización, ni intervención, ni ulterior confirmación de la cónyuge Lara, su marido Lázaro Calvo, obrando por sí solo, como si fuera exclusivo dueño del inmueble, por medio de la escritura pública Nº 253 de 30 de octubre, pasada ante la Notaría del Guamo, vendió a Eduardo Calvo Pulecio un globo de terreno que forma parte del de "Luisa", deslindado y determinado en ese instrumento.

Asimismo vendió a Jorge Calvo Pulecio, por medio de la escritura Nº 10 de 6 de enero del mismo año de 1933, otorgada en la misma Notaría, otro lote, también parte de la hacienda "Luisa".

Este último comprador vendió a Luis Alberto del Campo el referido lote de "Luisa" por escritura Nº 176 de 8 de septiembre de 1936, pasada ante la Notaría del Espinal; y del Campo, a su turno, vendió el mismo terreno a Eduardo Calvo Pulecio por escritura Nº 328 de 19 de noviembre de 1938, de la Notaría del Guamo. De esta suerte Eduardo Calvo Pulecio vino a ser dueño de dos parcelas o lotes en la expresada finca de "Luisa", lotes que actualmente posee y disfruta.

El cónyuge Lázaro Calvo Pulecio murió en Bogotá el 14 de enero de 1937.

Con apoyo en estos hechos y en la razón de derecho de que los lotes vendidos por el marido pertenecen a la sociedad conyugal, cuya gerencia no ejercía ya exclusivamente el cónyuge vendedor al tiempo de la venta, en libelo de 7 de octubre de 1942, ante el Juzgado Civil del Circuito del Guamo, Julia Lara v. de Calvo, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos legítimos Leonor, Ernesto y Gladys, herederos éstos de Lázaro Calvo Pulecio, demandó a Eduardo Calvo Pulecio para que previos los trámites de un juicio ordinario se declare que pertenece a la sociedad conyugal, disuelta e ilíquida, formada por Lázaro Calvo Pulecio, hoy la herencia de éste representada por sus hijos, y la demandante, el derecho de dominio en el terreno "Luisa", ubicado en jurisdicción del Guamo, por los linderos que se expresan, y en los dos lotes, que forman parte de esta finca, adquiridos por el demandado por compra a Lázaro Calvo y a Luis Alberto del Campo, según escrituras ya mencionadas y por los linderos allí expresados, y que, en consecuencia, se condene al demandado, considerado como poseedor de mala fe, a restituírle a la mencionada sociedad conyugal los dos inmuebles relacionados con sus frutos percibidos y los que se hubieran podido per-

cibir con mediana inteligencia, mas las costas procesales en caso de oposición.

Subsidiariamente se pidió la declaración de que pertenece a la demandante la mitad de cada uno de los referidos lotes y que consecuencialmente debe el demandado restituírle esa mitad con los frutos correspondientes a esa cuota.

El demandado Calvo Pulecio negó el derecho de la actora al contestar la demanda, cuyos hechos básicos niega en su mayoría, y propuso las excepciones perentorias de carencia de acción, simulación del contrato contenido en la escritura pública Nº 73 del 23 de julio de 1928, pleito pendiente y la llamada general consagrada en el artículo 329 del C. J.

Fundado en el artículo 235 del C. J. el demandado denunció el pleito a Luis Alberto del Campo, en lo que respecta al lote singularizado en la escritura 328 de 19 de noviembre de 1938, quien debidamente notificado contestó oportunamente coadyuvando la oposición de Eduardo Calvo Pulecio.

Al mismo tiempo el demandado presentó demanda de reconvención, en su calidad de heredero y albacea de Trinidad Pulecio, para que se declare simulado el contrato contenido en la escritura Nº 73 de 11 de mayo de 1932 de la Notaría del Guamo, y se hagan otras declaraciones cuya puntualización no es necesario para la decisión de este recurso.

Planteada así la litis, previa la tramitación legal correspondiente el Juzgado del Circuito puso término a la primera instancia con sentencia del 30 de noviembre de 1943, favorable a la presentación de la demandante, en sus pedimentos principales. Declaró el derecho de saneamiento por la evicción a favor del demandado Calvo Pulecio y en contra de Luis Alberto del Campo. Denegó todas las declaraciones pedidas en la demanda de reconvención, y no hizo condenación en costas.

Sentencia acusada

La apelación del demandado Eduardo Calvo Pulecio elevó el negocio al Tribunal del Distrito Judicial de Ibagué, donde agotada la tramitación propia del grado fue sentenciado el 18 de noviembre de 1944, confirmando el fallo recurrido que declaró la propiedad social sobre los lotes vendidos por el marido, en la forma ya vista, y ordenó su reintegro a la sociedad conyugal Calvo-Lara, representada por la cónyuge supérstite. La adicionó solamente con la declaración de que no están probadas las excepciones perentorias propuestas por el demandado. También sin costas.

La motivación esencial de este fallo se funda en la interpretación doctrinaria, varias veces reiterada y razonada por esta Sala, sobre la operancia del nuevo régimen patrimonial del matrimonio establecido por la ley 28 de 1932, respecto de las sociedades conyugales existentes e ilíquidas cuando comenzó su vigencia, conforme a la cual, la mujer, con legítimo interés de socia y personería independiente y en nombre y representación de la sociedad conyugal ilíquida y anterior al primero de enero de 1933, puede reivindicar como en el caso de cosa ajena los bienes sociales de que el marido dispuso a espaldas de ella como si sobreviviera dentro del nuevo estatuto el omnímodo poder dispositivo de que gozaba en el antiguo régimen del Código Civil.

Largas páginas dedica el Tribunal al estudio de las excepciones perentorias propuestas, especialmente a la de simulación del contrato contenido en la escritura Nº 73 de mayo de 1932, en que el demandado se apoya para negar la propiedad social sobre los bienes reivindicados por ser gratuito el título de adquisición de la "Luisa" durante el matrimonio, para declararlas sin fundamento después de minucioso análisis de los elementos probatorios aducidos al efecto.

El recurso

El demandado, vencido en las dos instancias del juicio, interpuso contra la sentencia definitiva de segundo grado el recurso de casación que hoy se decide después de tramitado legalmente.

Se apoya en la primera de las causales del artículo 520 del C. J. y se formulan contra la sentencia tres cargos que pasan a considerarse en el orden propuesto en la demanda:

Primer cargo.—"El sentenciador violó las siguientes disposiciones, dice el recurrente:

El artículo 1796 del C. C. y los artículos 1º, 2º y 4º de la ley 28 de 1932 que regulan la responsabilidad de la sociedad conyugal y de los cónyuges, por interpretación errónea y consiguiente aplicación indebida de esos textos legales. Si el sentenciador hubiera interpretado lógicamente esas disposiciones, hubiera llegado a la conclusión de que es la sociedad conyugal Calvo-Lara la que está obligada al saneamiento en caso de evicción y que, en consecuencia, no puede ella misma causar el despojo.

"Violó los artículos 1880, 1893, 1894, 1895 y 1904 del C. C. que establecen las obligaciones de los vendedores, porque si la sociedad conyugal es la responsable de las obligaciones contraídas por Lázaro Calvo Pulecio, el sentenciador estaba obligado a dar aplicación a las disposiciones que acabo de citar y a negar por lo tanto, la viabilidad de la acción propuesta, cosa que no hizo el sentenciador.

"Violó también el artículo 343 del C. J. por cuanto no declaró probada la excepción de carencia de acción, propuesta por mi mandante, como estaba obligado a hacerlo, de conformidad con este texto legal".

Para llegar a la conclusión de que la sociedad conyugal quedó obligada al saneamiento de la evicción, discurre así la demanda:

"En vida, es decir, durante su matrimonio, el doctor Lázaro Calvo P. era responsable de las obligaciones contraídas al celebrar los contratos a que me he referido, o sea, la de entregar las cosas vendidas —ya cumplida—, la de mantener a los compradores en la posesión tranquila y pacífica de los bienes y responderles de los vicios ocultos. Pero al morir dicho señor la situación jurídica es distinta: así como a la sociedad conyugal Calvo-Lara entran todos los bienes adquiridos por los cónyuges en los casos contemplados en el artículo 1781 del C. C. por la ficción consagrada en el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, dicha sociedad es responsable de las deudas contraídas por los cónyuges durante el matrimonio, provenientes de negocios a título oneroso, precisamente por la misma ficción de considerarse existente la sociedad. Esas obligaciones gravan la masa social y de ella deben descontarse. Si la sociedad conyugal está obligada a mantener y amparar a los compradores de Lázaro Calvo P. en la posesión tranquila de los inmuebles vendidos y a responder de los vicios ocultos, o sea, si la sociedad conyugal está obligada al saneamiento en los casos de la ley, no puede ella misma causar el despojo, porque quien debe la evicción no puede despojar. **Quen de evictione tenet actio eumdem agentem repellit exceptio,** es decir, quien tiene que sanear no puede causar la evicción".

Considera la Sala:

"...Por 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 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 cuales la mujer tiene también un derecho indubitable de socia". (G. J. XLV p. 639).

Bajo el antiguo régimen patrimonial del matrimonio no había, respecto de terceros, más que marido y mujer; la sociedad conyugal y el marido se identificaban; éste podía obligar ilimitadamente a la sociedad. Dentro de ese sistema ningún reparo podría hacérsele a la tesis del recurrente de que los contratos de venta contenidos en las escrituras públicas números 10 del 6 de enero de 1933 y 253 de 30 de octubre del mismo año, de la Notaría del Guamo, fueron negocios de la sociedad Calvo-Lara. Para darles esta calidad de negocio social, que es el fundamento esencial en que se hace reposar el cargo, es necesario olvidar que para la época en que el cónyuge Lázaro Calvo Pulecio los celebró regía ya el nuevo estatuto de la Ley 28 de 1932, que no abolió la sociedad conyugal ni liquidó las preexistentes pero quitó al marido, en relación con los terceros, su apariencia de dueño de los bienes sociales. Si las fincas que dijo vender el marido pertenecen a la sociedad conyugal no liquidada, y si para entonces la ley lo había desposeído de su exclusiva facultad dispositiva, no hay duda de que las ventas aludidas fueron actos personales del cónyuge y que no hay razón jurídica para entender que alguno de los efectos de ese contrato pueda vincular la responsabilidad patrimonial de la sociedad conyugal. El saneamiento es obligación generada en el contrato de venta y corre a cargo personalmente del vendedor o sus causahabientes. La situación jurídica de obligado personal por razón de saneamiento, que en vida le reconoce el recurrente a Lázaro Calvo, no varió ni tenía por qué variar por razón de su muerte, que la hizo pasar a sus herederos, pero que en manera alguna la llevó al pasivo y cargas de la

sociedad conyugal, tercero en los contratos referidos porque quien los celebró no podía afectar legalmente su patrimonio especial y por consiguiente no le pueden ser oponibles.

Ajustadas tales convenciones bajo el imperio de la Ley 28, que contiene normas para determinar los pasivos respectivos de la comunidad y de los cónyuges, las deudas y obligaciones personales a que ellas dieron origen sólo afectan la responsabilidad particular y exclusiva del cónyuge contratante. Otra cosa sería si se tratara de obligaciones nacidas de contratos celebrados antes de la expedición de la citada ley, porque entonces es claro que estaría afectado por ellas el patrimonio social que hasta la vigencia de la ley existiera, y el nuevo régimen no podría perturbar las relaciones jurídicas preexistentes.

Es precisamente porque la sociedad conyugal es realmente un tercero con respecto a los actos uniconyugales de disposición de sus bienes, por lo que tiene sentido y operancia la doctrina jurisprudencial de la Corte, promulgada y sostenida invariablemente desde 1937, según la cual se requiere el consentimiento conjunto de los cónyuges para disponer de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la ley 28 encontró formadas y que no se han acomodado al nuevo régimen por la vía de la liquidación provisional que les ofrece su artículo 7º. Ninguna razón de derecho se opone a esta solución que estanca con el requisito de la voluntad dual de marido y mujer el patrimonio de las antiguas sociedades matrimoniales sobre el límite de la vigencia del nuevo estatuto de la mujer casada, y por el contrario, es la manera de interpretar con lealtad jurídica la reforma de la ley 28, a la hora en que con ocasión del tránsito de regímenes estaba la mujer más expuesta al desamparo.

Disipado el equívoco radical de considerar las ventas de que se trata como negocios de la sociedad conyugal, quedan sin sostén los desarrollos que sobre esta base contiene la demanda, en el cargo que se estudia, destinados a demostrar que la citada sociedad es la deudora de la obligación de saneamiento por evicción.

Por lo visto, carece de fundamento el primer cargo.

Segundo cargo.—Con la tesis que ha venido sosteniendo la Corte, adoptada sin reparo en la sentencia acusada, de que a partir de la vigencia de la ley 28 los bienes de sociedades preexistentes e ilíquidas quedaron sujetos a la administración dual de marido y mujer de modo que para su enajenación es necesaria la concurrencia de ambos consortes al acto dispositivo de dominio, se viola directamente la ley sustantiva consagrada en los artículos 1805, 1806 y 1808 del C. C., porque no es exacto que la mujer sea condueña en la sociedad conyugal. "Al contrario, durante la sociedad conyugal que estaba regida por el código civil bajo el imperio del cual se adquirieron los bienes que se reputan sociales, la mujer no tenía en ellos derecho alguno (artículo 1808). Para que su derecho naciera y tuviera realidad era necesario que se presentara uno de los eventos de disolución de la sociedad conyugal... La ley 28 de 1932 no disolvió las sociedades conyugales existentes el día que empezó a regir, y así lo acepta el Tribunal, y, en consecuencia, respecto de los bienes pertenecientes a dichas sociedades, no puede decirse que la mujer tenga derechos en ellos. Para que esos derechos nazcan y tengan vida jurídica es necesario que se pida la liquidación provisional de la sociedad de conformidad con el artículo 7º de la misma ley. Entonces cada cónyuge entra a administrar y disponer de lo que en la liquidación y distribución de bienes le correspondió. Pero mientras tanto, la situación legal existente debe respetarse y el marido continúa, en consecuencia, manejando los bienes sociales como dueño de ellos y formando con sus bienes propios un solo patrimonio".

Se considera el cargo:

Como las disposiciones que aquí se citan como infringidas directamente por el Tribunal contienen los principios de la jefatura única, la apariencia ante terceros del dominio del marido sobre los bienes sociales y la carencia de derecho de la mujer sobre éstos durante la sociedad, que son precisamente las vértebras rotas del antiguo sistema patrimonial del matrimonio y están, por consiguiente, abrogadas por el contrario imperio de la Ley 28 de 1932, hay que entender que en el cargo que se estudia el recurrente propugna la supervivencia del abolido régimen del código civil como aplicable a las sociedades conyugales anteriores al 1º de enero de 1933 y que no se han liquidado provisional ni definitivamente.

La Corte ha considerado invariablemente que carece de todo fundamento jurídico y de equidad esta pretendida supervivencia de textos abolidos que conduciría a la yuxtaposición de sistemas antinómicos, con fundamento en los principios jurídicos consignados en los artículos 19, 20 y 23 de la Ley 153 de 1887 que imponen la aplicación inmediata de las nuevas normas a todas las socie-

dades conyugales existentes al tiempo de su vigencia, y ha concluído asimismo que el estatuto de la ley 28, de acuerdo con los propósitos que lo inspiraron, favorece no solamente a las mujeres casadas con posterioridad al día inicial de su imperio sino también a las que se casaron antes. "Se impone asimismo —ha dicho la Corte, refiriéndose a este punto— por el espíritu general de la ley, de la cual no aparece, para los efectos de su aplicación, que se deban considerar dos categorías de mujeres casadas: sometidas las unas, las casadas antes de la ley, a una situación de inferioridad con respecto a determinados bienes, sobre los cuales el marido mantuviera sus originales prerrogativas; y otras, las casadas bajo la vigencia de la ley, gozando de su plenitud de todas las nuevas facultades. Para admitir semejante diferencia habría sido necesario un texto expreso que la consagrara. Pero ese texto excepcional no existe. Y en ausencia de él corresponde al intérprete darle a la ley su alcance lógico... De otra manera, si la masa de bienes de las viejas sociedades debiera continuar gerenciada por el marido solo, el artículo 1º sería incongruente con el 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 el principio contrapuesto, dándose normas reguladoras para liquidar aquel estado de cosas". (G. J. Tomo XLV p. 639).

Ciertamente en el anterior sistema, el llamado del código civil, la mujer poseía solamente la posibilidad de llegar a ser partícipe en los bienes sociales si ellos existían a la disolución de la sociedad conyugal y que sólo entonces adquiría realidad el derecho de la cónyuge sobre el patrimonio social, en el cual había tenido una mera expectativa. La Sala de Casación Civil de la Corte ha entendido, para salvar el espíritu de la reforma de las deformaciones que lo amenazan en relación con matrimonios preexistentes, que lo mismo que con uno de los eventos de disolución de la sociedad conyugal adquiría operancia el derecho de la mujer como socio o partícipe en esa comunidad matrimonial o "institución **sui géneris**, de naturaleza especial, con características peculiares que la distinguen y la distancian de toda otra institución legal", como la ha calificado la Corte. el nuevo estatuto patrimonial del matrimonio que introdujo modificaciones radicales al régimen de la sociedad conyugal, es sobrada razón jurídica y moral para darle también realidad y sentido práctico a la noción de patrimonio social con participación efectiva de sus dos socios acreedores. Así lo acepta, aunque involuntariamente el propio recurrente, al condicionar el derecho de gananciales de la mujer con la liquidación provisional del artículo 7º de la Ley 28, pues si el tránsito de regímenes no hubiera traído a la realidad y vida jurídica ningún derecho para la mujer en el patrimonio social, ¿por qué y para qué iba a demandar su liquidación provisional?

No se encuentra en la demanda de casación, en el capítulo de disentimiento con esta interpretación jurisprudencial de la Ley 28, argumentos o puntos de mira que no hayan sido ya objeto de consideración en el largo proceso de elaboración de la doctrina, que hoy, después de muchas veces, sostiene la Sala.

En sentencia de Julio de 1945, aún no publicada y proferida en un pleito gemelo de éste, se escribió, tomándolo a la vez de decisiones anteriores:

"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 de la sociedad conyugal, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios, con derecho ante 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 entró a regir, ha pro-

ducido, 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..."

Lo predicho da base suficiente para rechazar el segundo cargo.

Tercer cargo.—"Acuso el fallo —dice el recurrente— por la primera de las causales de casación establecidas en el artículo 520 del C. J., o sea, por violación directa de la ley sustantiva consagrada en los artículos 593, 594, 601, 630, 632, 664, 665 y 697 del C. J. Incide el sentenciador en errores de derecho y en errores de hecho manifiestos en la apreciación de las pruebas a consecuencia de los cuales violó indirectamente la ley sustantiva consagrada en los artículos 1781 y 1782 del código civil y primero de la ley 28 de 1932".

Enfoca este cargo el problema de la simulación del contrato contenido en la escritura pública Nº 73 de 11 de marzo de 1932, de la notaría del Guamo, celebrado entre Trinidad Pulecio y Lázaro Calvo Pulecio, del cual dice derivar su derecho de dominio la sociedad conyugal a cuyo nombre se reivindica, propuesto como excepción por el demandado, quien de este modo pretende demostrar que la hacienda "Luisa" no pertenece a la mencionada sociedad conyugal por no haber sido adquirida por el cónyuge a título oneroso sino a título lucrativo, toda vez que en él no interviene Lázaro Calvo sino como mero testaferro de Trinidad Pulecio para transferir bienes a sus sobrinos, el demandado entre éstos.

Afirma el recurrente que el razonamiento del sentenciador en la estimación de los indicios adolece del error de derecho consistente en la valoración separada, sin análiss y concatenación entre sí de los diversos elementos probatorios demostrativos de la simulación, y añade que, en su opinión el proceso arroja un acervo de pruebas incompletas, plenamente establecidas, diversas ellas, precisas y en estrecha conexión con el hecho investigado, y dedica en seguida numerosas páginas de su demanda al análisis particularizado y minucioso de cada uno de los hechos indiciarios, ya en su prueba misma, ya en sus conexiones con la simulación averiguada, para deducir al cabo que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la valoración indicial, al dejar de reconocer la simulación.

Considera la Sala:

Objeto de la mayor atención e interés por parte del Tribunal fue el estudio de la simulación referida, propuesta por el demandado como excepción contra la acción de dominio y como acción de su contrademanda. Nueve páginas de la sentencia están dedicadas a este extremo de la controversia, y en ellas, después de una puntualizada enumeración de los elementos de convicción aportados al respecto, formula el Tribunal una larga serie de consideraciones y conclusiones en las que analiza discriminada y cuidadosamente los indicios que en su concepto pueden deducirse de los hechos que halla plenamente acreditados, haciendo especial crítica de sus vinculaciones lógicas con el hecho averiguado y a la vez referencia a los demás hechos indiciarios. En vista de la forma adoptada por el sentenciador para valorar la prueba incompleta que tuvo a su vista y aprecio, en la que se revela, por el engranaje de sus conceptos, un proceso intelectual a la vez particularizado y de conjunto, para la Sala no hay duda que allí está consignada una convicción judicial producida en el balance total de correlación y estudio de los varios indicios, que el Tribunal quiso expresar, cuando escribió al final de su estudio probatorio: "Conclusión de las anteriores conclusiones es la de no estar probada la excepción perentoria de simulación que el demandado propuso al dar contestación a la demanda".

En estas condiciones, no siendo en realidad el cargo que se estudia cosa distinta de un nuevo planteamiento probatorio de una de las cuestiones controvertidas, la Corte no puede, como Tribunal de casación, enjuiciar el juicio del sentenciador sobre el mérito de los indicios. "Esta acusación —ha dicho esta Sala— que consiste en proponer razonamientos distintos de los que hizo el Tribunal, pugna con la naturaleza jurídica del indicio y excede la facultad analítica de pruebas que corresponde a la Corte en casación. En efecto; por lo que hace a su mérito legal, el criterio judicial se forma libremente dentro de las normas y principios de derecho probatorio consignados en la

ley, y en relación con el error de hecho no es posible en tratándose de prueba de indicios no necesarios, puesto que tal especie de error no se concibe sino cuando la cuestión de hecho no ofrece duda. Esta manera de atacar el mérito deducido por el sentenciador de la prueba indiciaria, es completamente equivocado e inaceptable en casación. El Juez es soberano en el justipreció de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y precisión según las relaciones y conexiones entre los hechos que los constituyen y los que se trata de averiguar. A la inferencia lógica deducida judicialmente de un hecho, al cálculo de probabilidades fundado en él, no se puede oponer, en ataque de pruebas, otra inferencia distinta, otra interpretación del hecho. Los cargos contra la prueba indiciaria son conducentes y eficaces solamente si se enderezan contra la existencia del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar..." (G. J. Tomo LI, pág. 212).

Esto, en lo que atañe a la suficiencia de la prueba, que es el punto atacado por el cargo. Por lo que hace a la idoneidad de la prueba, cuestión que habría que tratar en el caso de que hubiera resultado fundada la acusación, quizá no es inoportuno pensar que la solución sobre la defensa por simulación sería la misma que trae la sentencia.

En efecto, como se dijo al comienzo de este capítulo, el demandado excepcionante afirma que Lázaro Calvo Pulecio, en lo que al reo se refiere, no intervino en el contrato de la escritura 73, sino como mero intermediario, con el objeto de hacerle llegar a él, simuladamente, una parcela de la finca de "Luisa". Preséntase de este modo el caso clásico de una simulación relativa por interposición ficticia de persona, en que es elemento necesario el conocimiento del tercero contratante sobre el acuerdo simulatorio, en el cual los derechos que emanan del negocio celebrado pasan directamente al tercero, que es su verdadero titular. Pues bien; con este planteamiento que el recurrente da a la cuestión jurídica, Eduardo Calvo Pulecio no puede considerarse como un tercero en relación con la simulación, como equivocadamente cree el Tribunal, sino como una de las partes en el negocio simulado. Y en esta condición, según conocida doctrina de la Corte, sobre admisibilidad y eficacia de pruebas en materia de simulación, resultaría improcedente por sí sola la de indicios.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué el 18 de noviembre de 1944, 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.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca. Manuel José Vargas — Arturo Tapias Pilonieta. Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.



ACCION RESCISORIA DE UN CONTRATO.—VICIOS REDHIBITORIOS

1.—La falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado ha sido determinada claramente por la Corte en múltiples decisiones, aceptándose cuatro formas en que puede presentarse: o cuando se ha resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o cuando se ha dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto de litigio; o porque se condenare a más de lo pedido, o porque no fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo.

2.—La calidad de vicio redhibitorio está definida por el artículo 1915 del Código Civil. Cuando la cosa está afectada por un vicio redhibitorio da lugar a la rescisión o a la rebaja del precio a juicio del comprador. Pero cuandoquiera que se pueda establecer que el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si ellos eran de tal naturaleza que el vendedor hubiera debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

El día 25 de febrero de 1942, el señor Guillermo Morales Botía, demandó ante el Juzgado Primero Civil del Circuito de Bogotá, a la sociedad denominada Colombia Motor Limitada, para que con audiencia de la misma, representada por su Gerente, en ese entonces señor Ian D. Peat, se declarara rescindido el contrato de compraventa celebrado el día 26 de noviembre de 1941, entre la sociedad demandada y el actor, con respecto a un motor marca Ford, modelo 1940, número 81T6049.

Solicitó igualmente se condenara a la entidad demandada al pago de los perjuicios que estimó en la suma de $ 4.000.00, o los que resultaran de un avalúo pericial.

Los hechos en que fundó las anteriores peticiones, en resumen, son los siguientes:

A virtud del contrato de compraventa a que se ha hecho referencia, la sociedad demandada entregó al señor Guillermo Morales el motor Ford número 81T6049, con la expresa declaración de ser nuevo, y el comprador lo llevó a la ciudad de Málaga para ser instalado en el vehículo llamado "Timacoy", placa 0842 de Bogotá, por el mecánico señor Jorge García Valencia y por sus ayudantes Manuel Suárez O. y Pedro Bernal C., montaje que se hizo sin haber desarmado el motor, en los días comprendidos entre el 30 de noviembre y el 15 de diciembre de 1941, fecha en que el bus salió de los talleres para entrar en servicio.

Afirma el demandante haber observado en los tres primeros viajes realizados por la máquina graves fallas de indiscutible importancia, que se manifestaron en un consumo exagerado de aceite y gasolina. Estos defectos movieron al comprador a traer el vehículo a Bogotá, a la Gerencia de la sociedad vendedora, ante la cual manifestó su desagrado y formuló el correspondiente reclamo, habiendo ordenado la Gerencia que lo llevara a los talleres de la misma empresa, situados en esta ciudad, en donde fue dejado. En los talleres se desmontó el motor, pero sin lograr repararlo y allí permanece actualmente.

De lo anterior dedujo el actor perjuicios comerciales de diversa índole, pues se vio obligado, según lo expresa, a incumplir varios contratos de transporte que había celebrado y acusó a la Compañía de obrar con mala fe, pues varias personas versadas en mecánica afirman que el motor tenía un recorrido de más de cincuenta mil kilómetros para la época de la compraventa. El motor vendido como nuevo, no lo era en realidad, a pesar de sus apariencias externas, hecho que el actor afirmó demostraría más tarde en el curso del juicio con el reconocimiento pericial del caso.

Admitida la demanda se corrió el traslado correspondiente, el cual fue absuelto por el demandado en el sentido de aceptar la venta de un motor al señor Morales Botía; los demás cargos y aseveraciones fueron rechazados.

En sentencia de siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres, el Juez del conocimiento declaró rescindido el contrato y ordenó que las

partes fueran restituídas en sus respectivas prestaciones: el demandante a entregar el motor objeto de la compraventa, y el demandado a devolver la suma de ciento noventa pesos que recibió como parte del precio.

La sentencia recurrida

Ambos litigantes apelaron de la anterior providencia y el juicio subió al estudio del Tribunal Superior de Bogotá, que decidió la segunda instancia en fallo de nueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, en que se confirmó lo resuelto por el inferior en todas sus partes, menos en la que absuelve al demandado de la indemnización de perjuicios y las costas. En esta parte se adicionó la providencia apelada, en el sentido de condenar a la sociedad demandada a la indemnización de perjuicios que debían fijarse en la forma indicada por el artículo 553 del C. J., y al pago de las costas procesales.

En tiempo y con el lleno de las formalidades pertinentes, se interpuso recurso de casación contra la anterior sentencia, el cual pasa la Corte a fallar.

Estudio de cargos

Antes de hacer un examen y análisis de las causales de casación invocadas por el apoderado de la sociedad Colombia Motor Limitada, la Sala observa que el recurso ha sido sustentado por medio de una demanda que adolece de notorios defectos de técnica, ya que se han dejado de citar en varios de los motivos propuestos las disposiciones que se consideran violadas y en otros el concepto de su violación, requisitos ambos que la Corte en múltiples fallos ha considerado como de rigurosa exigencia, pues el carácter formal de la casación y el restringido ámbito de examen que la ley le ha concedido, hacen casi imposible el estudio de demandas como la que ahora se examina. Además se ha incurrido en el error de invocar como causal de inconsonancia entre lo pedido y lo fallado, la simple divergencia de concepto en la interpretación de la ley. Sin embargo, un criterio de amplitud mueve a la Corte en el presente caso a estudiar los diferentes cargos, no sin dejar constancia de los defectos anotados.

Cargo primero.—El recurrente afirma que "la sentencia es violatoria de la ley sustantiva por infracción directa que consiste en la apreciación errónea que dio el Tribunal a unas pruebas".

En defensa de su tesis dice: el Tribunal dio por establecida la identidad del motor vendido con las declaraciones de Manuel Suárez, Pedro Bernal y José García Valencia, quienes declaran haber montado un motor al vehículo "Timacoy". Estas declaraciones, que sirvieron de base al Tribunal para su fallo, no tienen valor probatorio ninguno, ni son indicios, pues no concuerdan en el hecho y sus circunstancias de modo, tiempo y lugar. En consecuencia, tales testimonios no constituyen plena prueba y al aceptarlos como tal el Tribunal violó el artículo 697 del C. J., lo cual condujo al quebrantamiento de los artículos 1914, 1915, 1917 y 1918 del C. C.

La Corte considera:

El Tribunal al declarar demostrada la identidad entre el motor vendido y el devuelto a los talleres por el comprador, no se fundó solamente en el dicho de los testigos, sino en una serie de indicios no atacados, ni contradichos por el recurrente. Aun cuando se prescindiera de los testimonios, siempre quedarían soportes suficientes para sustentar el fallo.

En efecto, el Tribunal expresa que en ningún momento rechazó la sociedad demandada la identidad del objeto vendido; que por el contrario, se dispuso que el comprador llevara el vehículo a los talleres para su reparación. En el término de prueba sólo se intentó demostrar que por falta de técnica en el montaje se habían causado desperfectos al motor que eran la causa de las fallas advertidas en él.

Se tuvo en cuenta por el Juzgador el dicho de los mecánicos que montaron la máquina y la deposición de las personas que la condujeron de Bogotá a Málaga, lugar donde debía ser acomodada al vehículo. No satisfecho el sentenciador con esta prueba indiciaria, dispuso por auto para mejor proveer, injustamente criticado por el recurrente, que se reconociera el motor para determinar si era el mismo, si había sido usado o si tenía un desgaste que no correspondiera al uso a que lo sometió el adquirente. De tal prueba se obtuvo la declaración precisa de acuerdo con las facturas y demás elementos del expediente sobre la identidad entre el motor entregado y el devuelto por el comprador y que sin protesta recibió la oficina comercial de la Colombia Motor Limitada.

Pero hay algo más: los vendedores no demostraron, ni intentaron demostrar la suplantación del

motor, ni su aseveración de que los correspondientes al año de 1940, eran distinguidos con un mismo número.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Afirma el recurrente: "No está la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes'.

"La primera carga del proceso —dice—, es la de establecer el acto o contrato de que se trata, definido con todas sus características y modalidades. Si no se cumple con ella, se imposibilita para obtener en su favor el reconocimiento de su pretensión'.

El demandante no demostró la existencia del contrato en la forma planteada en su libelo y si no estaba probado, no podía el Tribunal decretar su rescisión, por lo cual el fallo debe revocarse.

Continúa sosteniendo que aunque en hipótesis se aceptara que el pacto entre Morales Botía y la Colombia Motor Limitada estuviera probado de autos, faltaría la identificación de la cosa vendida, o sea saber si el motor que actualmente tiene el vehículo fue el mismo que se vendió por la sociedad demandada. Considera que la carga de la prueba por este aspecto, también estaba en manos del demandante, obligación que no fue cumplida por éste.

Finalmente agrega que tampoco podía el Tribunal deducir la viabilidad de la demanda incoada, pues no está demostrado en el proceso, el conjunto de elementos y condiciones de la acción ejercitada. Hace luego breve referencia al concepto de los peritos y dice que el Tribunal incurrió en error de apreciación al darle a su dictamen un valor que no tiene y al deducir de su exposición que necesariamente tenía que prosperar la acción rescisoria incoada.

La Corte considera:

Como puede observarse del resumen que se deja hecho del cargo aducido, el recurrente de nuevo comete un grave error en su planteamiento.

Se acusa la sentencia en este motivo de casación por falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes en el juicio y se toma por incongruencia entre la demanda o las excepciones propuestas y el fallo del Tribunal, la disparidad de criterio jurídico entre el juzgador y los litigantes.

La falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado ha sido determinada claramente por la Corte en múltiples decisiones, aceptándose cuatro formas en que puede presentarse: o cuando se ha resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o cuando se ha dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condenare a más de lo pedido; o porque no se fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo.

No cabe dentro de estos casos el que la sentencia no esté de acuerdo con el sentir jurídico de las partes. Para probar la causal de casación de falta de consonancia, debe ponerse de relieve alguno de los casos arriba enumerados, pues no es posible alegar incongruencia cuando en realidad sólo existe, como en el cargo que se estudia, disparidad de opinión entre el juzgador y una de las partes.

No existiendo tal incongruencia, se rechaza el cargo.

Tercer cargo.—Dice el recurrente: El Tribunal decretó el pago de perjuicios por parte de la sociedad demandada con base en que ésta conocía los vicios que tenía la casa vendida. El dolo que se pretende demostrar por parte del vendedor no tiene asidero ninguno, pues para darlo como probado, la sentencia recurrida se basó en testimonios que no merecen crédito por las razones que pasan a expresarse:

Carlos Julio Ayala y Pedro Rivera Saboya, antiguos obreros de la compañía, en calidad de mecánicos, refieren que la Colombia Motor había erigido en sistema hacer pintar y arreglar los motores usados y así los vendía como nuevos, lo que ocasionó en diversas ocasiones perjuicios y reclamos a la empresa. Estas declaraciones, dice el recurrente, no merecen tenerse en cuenta, pues es obvio que obreros que fueron despedidos por la Compañía estaban prevenidos contra ella y no puede deducirse de su declaración un hecho tan grave como el de que el vendedor conocía los vicios ocultos de la cosa.

Al dar por establecido el dolo con que actuó la Compañía, sin estar éste debidamente acreditado de manera inconfundible en los autos, se quebrantaron los artículos 1915 y concordantes del C. C.

La Corte considera:

Nuestro derecho civil concede al comprador, cuando quiera que la cosa vendida esté afectada por vicios ocultos, la acción redhibitoria para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio.

La calidad de vicio redhibitorio está definido por el artículo 1915 del C. C., que exige para su calificación, que el vicio haya existido al tiempo de la venta; que sea de tal naturaleza que por él no sirva la cosa para el uso natural, o sirva imperfectamente; no haberlos manifestado el vendedor; y ser tales que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave de su parte o no haya podido fácilmente conocerlos por razón de su profesión u oficio.

Lo anterior da lugar, como se dijo anteriormente, a la rescisión o a la rebaja del precio a juicio del comprador. Pero cuandoquiera que se pueda establecer que el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si los vicios eran de tal naturaleza que el vendedor haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios.

Estas son, en general, las disposiciones del código respecto a esta materia.

El Tribunal tuvo en cuenta también la prueba aducida por el demandante en el pleito, consistente en las declaraciones de dos antiguos mecánicos de la empresa vendedora, que afirman que en los talleres de dicha sociedad se reparaban y pintaban motores, que parecían nuevos, para darlos a la venta.

El Juzgador de instancia consideró que estas deposiciones unidas a las demás pruebas indiciarias aportadas al proceso, dejaban claramente demostrado que el vendedor sí conocía los vicios de la cosa vendida y no los declaró.

No aparece por parte alguna el error evidente en que haya podido incurrir el Tribunal al aceptar la prueba anterior, pues se ciñó en todo a sus aseveraciones y dio por establecido un hecho que en ningún momento del juicio ha sido contradicho eficazmente por ningún otro elemento de convicción. Y si se tiene en cuenta además, el dictamen de los peritos, sobre el aspecto de uso que acusa la máquina, las atestaciones de los mecánicos que montaron el motor en la ciudad de Málaga, y la circunstancia de las reparaciones a que tuvo que sometérsele poco tiempo después de salido de los talleres de la empresa, es jurídica la conclusión a que llegó el Juzgador y que lo condujo a hacer efectiva a la sociedad demandada la responsabilidad por los perjuicios que se causaron.

Además, la ley es rigurosa en cuanto exige al vendedor cautela para proceder en esta clase de negocios, pues advierte que habrá lugar a la indemnización de perjuicios no sólo cuando se compruebe que el vendedor conocía los vicios, sino cuando ellos sean tales que éste haya debido conocerlos por razón de su profesión u oficio. Es claro que la empresa vendedora de repuestos de automóviles estaba suficientemente capacitada para saber si era o no nueva la cosa que vendía.

En el presente caso el concepto del Tribunal está respaldado por lo dispuesto en el artículo 1918 del C. C., ya que por la clase de negocios a que se dedica la sociedad demandada, por su especialización en la venta de motores y por su diaria celebración de operaciones de la misma índole, ha debido conocer las condiciones en que se encontraba la cosa vendida. Sería ilógico suponer y esta suposición haría francamente inestables las transacciones comerciales, que la actividad a la cual se dedica habitualmente una persona no sea dominada por ella, pues se restaría toda seguridad al tráfico diario y se obligaría al comprador a sufrir las consecuencias que pudieran derivarse de esta falta de conocimientos en su vendedor.

En el caso en estudio es obvio pensar que la sociedad demandada debía saber el estado de su mercancía, con más razón, si se trata de una máquina que se entrega como nueva, ya que todo el movimiento del establecimiento mercantil, los diferentes sistemas de recibo y despacho de la mercancía y la organización de una empresa de esta índole, hacen imposible que se negocie un motor como nuevo, sin que la empresa vendedora conozca el estado en que se encuentra.

La convicción a que llegó el Tribunal se fundamenta en una serie de pruebas conjugadas, indicios y elementos directos de convicción que a lo largo de todo el proceso se encaminan a demostrar la venta de un motor que aunque aparentemente nuevo, tenía ya un desgaste, por uso, bastante apreciable. No puede, pues, la Corte infirmar la estimación de estos elementos hecha por el Tribunal, que sólo podría desconocerse cuando estuviera en abierta pugna con hechos debidamente comprobados dentro del proceso.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo quinto.—En este aparte de la demanda de casación presenta el recurrente algunas alegaciones y críticas contra la inspección ocular que por auto para mejor proveer decretó el Tribunal antes de entrar a fallar el litigio.

Por no encontrar la Corte en este ataque a la citada providencia, configurada ninguna causal de las limitativamente señaladas por el artículo 520 del C. J., se abstiene de estudiar el punto o tema propuesto que se sale de los fines de la casación.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha nueve de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la G. J., y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION SOBRE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—ERROR DE HECHO

1.—Es bien sabido que sólo el error de hecho manifiesto en los autos da entrada en casación para quebrar el fallo. Un error del sentenciador, pero que no se presente con caracteres de acentuada evidencia, no alcanza a constituir causal de casación. Así, el hecho de que el Tribunal sostenga determinada interpretación de una cláusula escrituraria, en oposición a otra interpretación distinta y aun contraria, que también sea defensable, no es error de hecho evidente.

2.—Por la forma perentoria en que está concebido el artículo 520 del Código Judicial es por lo que la Corte siempre ha declarado inadmisibles los cargos en casación limitados al solo enunciado de que se ha violado una disposición sustantiva, omitiéndose el concepto de esa violación que, cuando tiene por origen la mala apreciación probatoria, obliga todavía más a puntualizar la clase de error en que se cree incurrió el sentenciador, bien de derecho o ya de hecho. Y es tal la importancia de esa claridad y precisión en la demanda de casación, que la Corte no puede cambiar los términos de la acusación declarando, por ejemplo, error de hecho cuando el alegado es de derecho, o viceversa. Sobre ese punto es copiosa la jurisprudencia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El tribunal superior del distrito judicial de Pasto decidió en segunda instancia el juicio ordinario promovido por el Banco de Colombia, sucursal de Pasto, contra el señor Manuel T. Vela para el pago del crédito por suma de pesos garantizado con hipoteca, de que da cuenta la escritura pública número 664 de fecha 2 de septiembre de 1925 otorgada en la notaría de Ipiales, suscrita por el señor Vela en favor del Banco Hipotecario del Pacífico, de la ciudad de Cali, crédito del cual es cesionario actual la entidad demandante. En la misma sentencia quedó resuelta también la demanda de reconvención que el demandado instauró contra el demandante, tendiente a obtener varias declaraciones relacionadas con el mismo crédito.

El tribunal sentenció, con la salvedad de un voto disidente:

"1º El señor Manuel T. Vela, debe pagar al Banco de Colombia de esta ciudad como subrogatario en virtud de incorporación del Banco Hipotecario del Pacífico, cinco días después de la ejecutoria de este fallo, la cantidad de $ 1.707.14 por concepto de capital, y $ 7.661.25 por concepto de intereses hasta el día 27 de abril de 1940. De esta fecha en adelante hasta el día del pago seguirá debiendo los intereses estipulados al final de la cláusula 3ª de la escritura número 664 de 2 de septiembre de 1925, pero únicamente sobre el capital de $ 1.707.14".

"2º La anterior obligación a cargo del señor Manuel T. Vela, está garantizada con la hipoteca constituída sobre los inmuebles singularizados en la cláusula cuarta de la escritura número 664 de 2 de septiembre de 1925, otorgada ante el Notario Público del Circuito de Ipiales.

"3º Se absuelve al señor Manuel T. Vela de los demás cargos.

"4º Se absuelve al Banco de Colombia de los otros cargos a él formulados en la demanda de reconvención.

"5º Declárase no probadas las excepciones alegadas en la contestación de la demanda principal por el apoderado del señor Manuel T. Vela, por las razones anotadas en el estudio que al respecto se hizo anteriormente".

Contra esta decisión interpuso el recurso de casación el litigante Vela, y a resolverlo procede la Corte por ser ya oportuno, después de estar agotados los trámites del recurso.

La obligación discutida

En ésta don Manuel T. Vela se declaró deudor del Banco Hipotecario del Pacífico de la cantidad de "ocho mil cincuenta y tres pesos ochenta y tres centavos ($ 8.053.83) oro legal que representa el

monto del capital y los intereses hasta hoy, de las sumas recibidas a mútuo con interés por el exponente y por los señores César C. Vela y Sinforoso Garcés C., según consta en los pagarés de diez y siete de octubre de mil novecientos veinticuatro, por tres mil quinientos pesos, y el de seis de julio de mil novecientos veinticinco, por cuatro mil setecientos treinta y siete pesos con cincuenta y un centavos, otorgados por los señores Manuel T. Vela y Sinforoso Garcés, conforme a los usos del Banco, pero cuya proporción de deuda exacta es la consignada en el documento privado de siete de julio de mil novecientos veintiocho, celebrado entre los citados señores, y en la escritura pública número 498 de 7 de julio de 1925, siendo a pesar de esto responsable ante el Banco Hipotecario del Pacífico el compareciente señor Manuel T. Vela. Segundo.—El Banco conservando las acciones ejecutivas, ordinarias o especiales que tuviera contra los señores César C. Vela y Sinforoso Garcés C., las propondrá contra éstos dentro del término de quince días a partir de hoy, y adelantará contra los mismos la ejecución iniciada con la acción preventiva que cursa en el Juzgado Tercero de este Circuito, hasta embargar en la ejecución los bienes secuestrados y embargados al señor César C. Vela, y embargar y secuestrar los que se descubran a Garcés, necesarios para el pago total de la deuda, pudiendo desistir de las acciones en caso de transacción; se advierte que el Banco no se hace responsable del resultado de los juicios, como también que la consecución de abogado y el pago de honorarios y gastos serán de cuenta del señor Vela. Tercero.—Que el exponente se obliga a pagar al Banco Hipotecario del Pacífico, la expresada cantidad de ocho mil cincuenta y tres pesos con ochenta y tres centavos ($ 8.053,83) oro legal, con intereses a la rata del diez por ciento anual, sobre el capital que quede deducido los abonos que se hicieron con imputación al capital, en la ciudad de Pasto, en la oficina de Caja del mismo Banco, o levantándose esta Sucursal, en la ciudad de Cali, domicilio principal del Banco, en la oficina de Caja, en los términos que se expresan en seguida: A) Que el plazo total, dentro del cual el exponente hará el pago del capital prestado y de los intereses, es el de cinco años, contados desde hoy; B) Que este pago podrá hacerlo el exponente en los anticipos que quiera, abonando el Banco sobre cada anticipo, el mismo interés del diez por ciento anual que cobra; C) Que al vencimiento de los cinco años, el exponente deberá haber cancelado la deuda total, por capital e intereses que sumados ascenderán a doce mil ochenta pesos con setenta y cuatro centavos ($ 12.080,74) oro legal; y D) Que vencido el plazo de los cinco años, el Banco procederá a hacerse pagar por la vía ejecutiva, para lo cual el exponente renuncia domicilio; o cobrará, como intereses de demora, por el no pago, el diez y ocho por ciento anual sobre el saldo retardado y por el tiempo que dure el retardo. Cuarto.—Manuel T. Vela, para asegurar el cumplimiento de las obligaciones que toma por este contrato, hipoteca a favor del Banco Hipotecario del Pacífico los siguientes bienes: ..... Noveno.—Los gastos de la presente escritura, los de la copia que quedará en poder del Banco y registro, son comunes entre el Banco y el exponente; y los gastos que pueda ocasionar el cobro judicial o extrajudicial de esta obligación, serán únicamente de cargo del exponente. Décimo.—Los productos de las ejecuciones, acciones ordinarias, especiales, o transacción de que habla la cláusula segunda de este contrato, se entregarán al señor Manuel T. Vela, quien puede disponer libremente de ellos o hacer que se lleven a la cuenta corriente especial que, únicamente para el pago de la obligación contraída por esta escritura le abrirá el Banco Hipotecario".

La sentencia acusada

El Tribunal afirma que la cláusula primera de la escritura número 664 es esencial en el estudio del contrato, porque ella al mismo tiempo que indica la causa o razón de la deuda descarta la pretensión del señor Vela de que no quiso responder de la totalidad de la deuda allí consignada sino de la suma de $ 306,75.

Las partes en sus alegaciones —agrega— están de acuerdo en que la escritura sustituyó los dos pagarés a que ella se refiere y en que las obligaciones constantes en éstos son solidarias entre los deudores. En virtud de esta solidaridad el Banco acreedor podía exigir el pago a cualquiera de los obligados y cualquiera de éstos podía pagar o garantizar exclusivamente la totalidad de la deuda. A este hecho obedeció el otorgamiento de la escritura número 664.

Más adelante expone: "De manera que conforme a la cláusula primera se confiesa una deuda suscrita por los tres señores a favor del Banco, deuda que desde la fecha de la escritura va a pesar contra el señor Manuel T. Vela. Pero según la cláusula segunda, el Banco lejos de renunciar

las acciones contra los señores César C. Vela y Sinforoso Garcés, expresa que las propondrá, aunque declarando que no se hace responsable del resultado de los juicios. Es notable esta cláusula porque ella indica que la solidaridad de la deuda contraída por los señores Manuel T. Vela, César C. Vela y Sinforoso Garcés, no fue rota sino que permaneció vigente; esa solidaridad pasiva permaneció incólume y la obligación de Garcés y Vela (César) no quedaba extinguida, toda vez que el Banco lo seguía reconociendo y se obligó a su cobro judicial. La circunstancia de que en un documento privado se hubiese estipulado la cuantía de lo que cada codeudor recibió no cambia ni atenúa los efectos de la solidaridad, ni puede alegarla en su favor el señor Manuel T. Vela por cuanto que en la escritura Nº 664, dijo que a pesar de esto el compareciente respondía ante el Banco Hipotecario. El documento privado a que hacen referencia en la escritura, establece tan sólo una relación y obligación entre los deudores, pero no obliga al Banco".

"En el caso que estudiamos, recuérdese que la escritura Nº 664 según allí mismo se expresa, nació para asegurar una deuda del mismo otorgante señor Manuel T. Vela contraída conforme a obligaciones mutuarias anteriores a favor del mismo Banco. Por voluntad expresa, fue también excluída la intención de romper la solidaridad, porque según se vio ya, "el Banco conservando las acciones ejecutivas, ordinarias o especiales que tuviera contra los señores César C. Vela y Sinforoso Garcés C. las propondrá contra estos.....";
lo que indica que descartó de nítida manera, la liberación o la renuncia al cobro respecto a los otros codeudores. Y esta manera de reasegurarse era natural en la entidad bancaria, porque tanto el señor Manuel Vela, como don César, eran suficientemente solventes para responder por toda la deuda como se comprende por la ejecución seguida al último, y por la garantía dada por el primero. Resulta pues que conforme a la escritura Nº 664 no hubo intención de novar, ni se rompió la solidaridad, ya que conforme lo anota el mismo apoderado del Banco, **"la única faz nueva que la escritura precitada trajo** (la subraya es nuestra) a las obligaciones entre el Banco Hipotecario del Pacífico y los señores Vela y Garcés FUE LA DE ASEGURAR EL PAGO CON LA HIPOTECA QUE CONSTITUYO EL SEÑOR MANUEL T. VELA". (Folio 3, C. Nº 4). Esta interpretación que el Tribunal hace de la escritura Nº 664 es conforme con el principio consagrado por el artículo 1622 del C. C. porque no es jurídico interpretar un contrato desarticulándolo en sus cláusulas independientemente".

Hace luego el Tribunal el recuento del resultado que dieron las ejecuciones seguidas por el Banco contra César Vela apoyadas en los pagarés, contemplados en la escritura; y en seguida se refiere así a las defensas del demandado sobre "contrato no cumplido" y "pago de la obligación".

"CONTRATO NO CUMPLIDO.—Se funda esta excepción en el hecho de que no obstante las obligaciones contraídas en las cláusulas 2ª y 10ª de la escritura Nº 664, el Banco no cumplió. Pero como ya se dijo, en la cláusula 2ª el Banco aclaró que no se hacía responsable del resultado de los juicios, y respecto de la 10ª debe considerarse que si no se había roto la solidaridad, ni se había novado, al perseguir el Banco la deuda en los bienes del codeudor solidario, señor César C. Vela, perseguía el pago de un crédito que le pertenecía en virtud de la facultad que conservó para conseguir el pago total de la deuda. También pues resulta inconsistente esta excepción....."

"EXCEPCION DE PAGO.—Conforme a lo dicho respecto a la cancelación del primer pagaré mediante los bienes rematados al señor César C. Vela, y habida cuenta de la solidaridad esta excepción aunque en forma parcial es fundada, sin embargo no alcanza a destruir la acción intentada, porque ya se vio que hay otra deuda insoluta que en atención a su carácter de solidaridad, puede ser cobrada íntegramente al señor Manuel T. Vela".

El recurso de casación

El recurrente, dentro de la causal primera de casación ataca la sentencia del Tribunal, exponiendo tres motivos, a saber:

1º.—Violación de los artículos 1546, 1618, 1622 y 1624 del código civil, por haberse dejado de aplicar.

Razonando como en instancia, alega en síntesis el recurrente, en los pasajes sobresalientes de su alegato, que la **cláusula segunda** de la escritura de hipoteca "implica necesaria y forzosamente una obligación a cargo del Banco y que favorece a Vela. Ya no quedaba a opción del Banco el seguir la ejecución contra uno, sino que limitó esa facultad, obligándose a seguir las acciones que emanaban de esos créditos solidarios, contra César Vela y Sinforoso Garcés, dentro de términos precisos, obteniendo los embargos definitivos, ha-

ciendo efectivos los créditos contra ellos para que Manuel T. Vela no tuviera que pagarlos y no pudiendo desistir de esas acciones sino en caso de **transacción**..... El Banco tenía que continuar el juicio o juicios, iniciar los que fueran necesarios y avisar a Vela qué dineros necesitaba para gastos. Así debe entenderse y aplicarse racionalmente esa cláusula que es de claridad meridiana y cuyo cumplimiento favorecía a Vela".

Que la cláusula tercera expresa una obligación a cargo de Vela, subordinada a que el Banco cumpliera la que él contrajo en la cláusula segunda, o sea actuación diligente encaminada a obtener que los otros dos deudores de los documentos privados pagaran primero; de esta manera el saldo de la obligación hipotecaria debía pagarlo Vela al cabo de cinco años, "que las partes estimaron como tiempo máximo y suficiente para que se terminaran los juicios ejecutivos contra aquéllos otros dos deudores solidarios, si la diligencia del Banco ejecutante era siquiera mediana y no retardada y descuidada como lo fue. Sin el cumplimiento estricto y oportuno de la cláusula segunda a cargo del Banco, no puede éste exigir que se le cumpla al señor Vela la tercera, y la segunda no se cumplió ni a medias".

Que si el Banco no cumplió la cláusula segunda tampoco puede exigir la garantía hipotecaria, porque la escritura de hipoteca reza un contrato bilateral conmutativo.

Y que "El artículo 1618 del código civil establece estarse preferentemente a la intención clara de los contratantes y la clara intención del señor Vela y del Banco fue que por la diligencia y normal actuación de éste, dentro de los cinco años obtuvieran el pago de los otros deudores, que los persiguiera ejecutivamente a ambos, que no desistiera de ninguno, salvo transacción, etc. Aparece todo lo contrario, con una interpretación errónea de la escritura 664, o sea error de hecho y de derecho, que perjudicó gravemente a mi poderdante".

Con otros razonamientos el recurrente intenta demostrar, refiriéndose particularmente a detalles de las ejecuciones que adelantó el Banco contra César C. Vela y Sinforoso Garcés, los otros dos deudores de los pagarés de 17 de octubre de 1924 y 6 de julio de 1925, que el Banco dejó de cumplir la cláusula segunda de la escritura 664 por falta de la debida diligencia en perseguir los bienes de aquéllos.

Se considera:

El único cargo susceptible de ser tomado en cuenta por la Corte, de entre la extensa exposición de que es extracto el resumen anterior, es el referente a error de hecho y de derecho en la interpretación de la escritura 664, en cuanto ésta estipuló un plazo de cinco años para que el Banco acreedor obtuviera el pago de los otros deudores solidarios de los pagarés antes mencionados.

Las demás alegaciones son razonamientos, pero que no concluyen en una acusación correcta por error de hecho o de derecho en la apreciación de pruebas determinadas y específicas.

El recurrente, cuando desciende del campo de la crítica de la sentencia del Tribunal y del examen de la actuación del Banco en los juicios ejecutivos que adelantó contra César Vela y Sinforoso Garcés, sólo infiere que ese fallo conlleva violación de la ley sustantiva, particularmente en el artículo 1618 del código civil, por no haber entendido el Tribunal que la escritura 664 le concedía al Banco acreedor el término de cinco años para perseguir eficazmente a los nombrados deudores, condición indispensable para reputar vencida la obligación hipotecaria que en este juicio se está haciendo efectiva; con lo cual estima que el Tribunal incurrió en error de hecho y de derecho.

Mas la acusación así concretamente formulada es inadmisible.

No hay error de derecho, porque el sentenciador tomó la escritura 664, con el valor legal que le corresponde. Ni sobreestimó, ni subestimó esa prueba. La tuvo en el plano que le corresponde de instrumento público contentivo de las obligaciones allí estipuladas, en virtud de las cuales don Manuel Vela asumió el carácter de deudor de una suma determinada, asegurada con garantía hipotecaria, y el Banco el carácter de acreedor de la misma suma, con los compromisos a que se refieren algunas de las cláusulas del instrumento.

Los errores que el Tribunal pudo cometer en la interpretación de la cláusula del instrumento, cambiando su sentido o dejando de ver estipulaciones allí previstas de manera más o menos expresa, versarían sobre aspectos de hecho de la misma escritura, y no de derecho, pues radican en que ésta contenga o no determinada estipulación con el alcance que se le asigna.

Pero el Tribunal tampoco incidió en error de hecho en la apreciación probatoria de las cláusulas respectivas de la escritura, susceptible de ser tomado en cuenta en casación, por dos razones:

Porque ni el recurrente llega hasta afirmar que ese error sea evidente, palmario; y es bien sabido que sólo el error de hecho manifiesto en los autos da entrada en casación para quebrar el fallo. Un error del sentenciador, pero que no se presente con caracteres de acentuada evidencia, no alcanza a constituír causal de casación. Así el hecho de que el Tribunal sostenga determinada interpretación de una cláusula escrituraria, en oposición a otra interpretación distinta y aún contraria, que también sea defensable, no es error de hecho evidente. Se requeriría en caso tal, que el sentido de la cláusula sea tan claro, tan patente, que al fijarle uno distinto el Tribunal haya manifiestamente torturado el alcance o significado de los vocablos o de las frases, en grado tal que el contrasentido se perciba **prima facie,** a primera lectura.

Y porque el entendimiento que le asignó el Tribunal a la cláusula segunda de la escritura, es correcto. El Tribunal desecha el sentido que el demandante le atribuye a esa cláusula y a la décima, basado en que la estipulación del Banco de adelantar las ejecuciones contra César Vela y Sinforoso Garcés, más que a subordinar la existencia del crédito al hecho de que el Banco obtuviera el pago de los instrumentos, tendió a dejar a salvo la vigencia de esos pagarés y la solidaridad de los deudores, en ellos estipulada, entre quienes se encontraba don Manuel Vela.

No hay pues error evidente de hecho en la apreciación que hizo el Tribunal de las cláusulas correspondientes de la escritura; pues es inaceptable que mediante ellas se hubiera querido convenir que si el Banco por cualquier circunstancia abandonaba las acciones que tenía iniciadas contra César Vela y Garcés, o la persecución de determinados bienes de éstos, ya por eso don Manuel Vela se libertaba de la obligación hipotecaria, y por ende de la solidaridad con que estaba vinculado a los créditos de los dos pagarés.

El cargo debe, pues, desecharse.

2º.—El segundo motivo de acusación es por violación de los artículos 1º y 10º de la ley 37 de 1932 en relación con el artículo 7º de la ley 46 de 1933.

Se apoya dicho motivo en la alegación de que la obligación que contrajo el demandado Vela, de pagar al Banco por los préstamos que hizo a él y sus dos codeudores solidarios, fue garantizado con hipoteca en el lapso comprendido entre el año de 1925 y 1930. Y esas obligaciones no tenían que causar intereses superiores del 6% anual, aun cuando fuera en favor de los Bancos o personas jurídicas conforme al artículo 10 de la misma ley 37 de 1933, en relación con el artículo 1º. El Banco nunca expresó que se allanaba a lo dispuesto en las leyes citadas y en el juicio aparece obrando como si ellas no existieran. Tampoco aparece en el expediente la prueba de que el Banco acreedor haya aceptado y cumplido lo dispuesto en los decretos números 280, 711 y 945 de 1932. Termina el recurrente con la solicitud de que los intereses de la obligación se reduzcan como lo ordenaron las disposiciones citadas.

Se considera:

Aun cuando la acusación está deficientemente formulada, debido a que no se precisa el concepto de la violación, ya que una ley puede violarse en varias formas —bien directamente, por interpretación errónea, o falta de aplicación o por indebida aplicación; bien indirectamente, a través de la apreciación de las pruebas, y entonces se configura el error de hecho o el error de derecho—; por cuya razón en casación no basta que se diga que determinada ley fue violada, sino que hay que agregar el concepto o la manera como ha ocurrido la violación; aun prescindiendo de este reparo formal, el cargo es infundado.

El cargo lo destruye el decreto número 171 de 30 de enero de 1933, publicado en el Diario Oficial, número 22.206 de 6 de febrero de 1933.

Ese decreto aprueba el contrato celebrado entre el ministro de hacienda y crédito público y algunas instituciones bancarias del país, entre las cuales está expresamente incluído el Banco de Colombia, representado por su gerente, contrato en el cual se lee esta cláusula: "Primera.—El gobierno procede en la celebración de este contrato en virtud de las autorizaciones que le confieren el decreto 711 de 22 de abril de 1932, reformado por el número 945 del mismo año, la ley 23 de 1932 y el artículo 11 de la ley 37 del mismo año. Décima quinta.—El gobierno declara que de conformidad con el artículo 10 de la ley 37 de 1932, en concordancia con el artículo 11 de la misma ley, ninguna de las disposiciones de ésta es aplicable a los Bancos que suscriben el presente convenio, y en tal virtud, no los afectan las disposiciones de suspensión de términos para los remates, tasa de los intereses y demás disposiciones de dicha ley en favor de los deudores".

Se rechaza el cargo.

3º.—En la demanda también se dice que el Tribunal violó el artículo 1653 del código civil.

Se alega para fundamentar este cargo que el Tribunal cometió tres errores en la liquidación que trae la sentencia; a saber:

1º.—Como el remate que tuvo en cuenta el Tribunal se aprobó el 27 de abril de 1940, habiendo quedado la cantidad de $ 1.516,16 después de pagar el crédito, gastos e interés del documento de los $ 2.500.00, entonces toma el crédito de los $ 8.053,83 que figura en la escritura 664 y le deduce los $ 3.500.00 pagados, quedando $ 4.553,83 como capital por pagarse, y dice luego que esa cantidad devengó intereses del 10% desde el 2 de septiembre de 1925 al 2 de septiembre de 1930. "No es verdad", pues según el respectivo documento, el crédito de $ 4.731,51 sólo devengaba intereses desde el 1º de julio de 1926 por haberse pagado anticipadamente sus intereses hasta el vencimiento de la obligación.

2º.—El 26 de octubre de 1928 y el 8 de febrero de 1929 el deudor Vela consiguió en el Banco $ 1.195,30 y el Tribunal los imputa a intereses, contra lo dispuesto en la cláusula 3ª, aparte B de la escritura 664, y el aparte C., según las cuales el deudor sólo tenía que pagar los intereses al vencimiento de los cinco años y por tanto esa cantidad tenía que imputarse a capital, y que por gastos se cobró todo en la liquidación del juicio.

3º.—La cantidad de $ 1.516,16 no se debe imputar al capital sólo desde el 27 de abril de 1940 en que se aprobó el remate, sino desde el día en que se hizo la liquidación. Así las cosas, esa suma deja de devengar intereses desde el día del remate que lo fue en 1937.

Se considera:

El cargo por la manera como está formulado, mencionando únicamente la violación del artículo 1653 del código civil pero sin concretar el concepto en que se estima consumada tal violación, no le abre campo a la Sala para verificar la exactitud de los datos que da el recurrente en rectificación de la liquidación que formula el Tribunal.

Según se ve por esos cargos, las supuestas equivocaciones del Tribunal se originan en datos que arrojan los documentos mencionados por el recurrente, y que fueron mal apreciados. Trataríase así de errores de hecho provenientes de equivocada apreciación de elementos procesales.

De acuerdo con el artículo 520 del código judicial si la violación de la ley proviene de apreciación errónea o de falta de apreciación de determinada prueba, **es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos.**

Por la forma perentoria en que está concebido el artículo 520, es por lo que la Corte siempre ha declarado inadmisible los cargos en casación limitados al solo enunciado de que se ha violado una disposición sustantiva, omitiéndose el concepto de esa violación, que cuando tiene por origen la mala apreciación probatoria, obliga todavía más a puntualizar la clase de error en que se cree incidió el sentenciador, bien de derecho o ya de hecho. Y es tal la importancia de esa claridad y precisión en la demanda de casación, que la Corte no puede cambiar los términos de la acusación, declarando por ejemplo error de hecho, cuando el alegado es de derecho o viceversa. Sobre este particular es copiosa la jurisprudencia.

Se rechaza el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, declara que NO CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, materia del recurso que se deja examinado.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese, e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION. — PRUEBA DE LA DEMENCIA DE QUIEN EJECUTO EL ACTO O CONTRATO

1.—De acuerdo con el artículo 553 del Código Civil no mediando decreto de interdicción que declare incapaz la persona se presume que ésta ha procedido con plena conciencia y voluntad de obligarse jurídicamente con terceros. Esta presunción puede destruírse comprobando plenamente que por el estado de demencia o locura la persona era incapaz de contratar. Para declarar esa incapacidad no basta la simple prueba de que la persona adolecía en un momento dado de perturbaciones mentales; se requiere que la alteración psíquica sea de grado tal que suprima la libre determinación de la voluntad, pues no toda psicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil. Bien sabido es que existen enfermedades mentales de numerosas y diferentes especies, desde las que nublan de manera permanente y completa el poder de la voluntad, hasta aquéllas que sólo son esporádicas o efímeras, o en que la capacidad volitiva se merma pero dejando siempre un relativo poder de discernimiento.

El medio idóneo de comprobar la incapacidad de una persona para contratar en un momento dado, por imbecilidad, demencia o idiotez, es el dictamen de médicos psiquiatras. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de los sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña un cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profesa. La exposición de un perito es conceptual, al paso que la del testigo es la expresión de lo que ha visto u oído. De donde se deduce que para comprobar que una persona estaba afectada de demencia cuando contrató debe traerse al proceso la prueba del dictamen pericial sobre la pretendida demencia.

2.—Es doctrina uniforme de la Corte la de que los cargos por el motivo segundo del artículo 520 del Código Judicial "no son procedentes sino cuando se deja de decidir sobre algo que ha sido materia de la controversia, o cuando se decide sobre lo que no lo ha sido o al decidir sobre lo que sí lo ha sido el fallo va más allá de lo demandado; pero en manera alguna cuando la sentencia recae, libre de abstención o de exceso en tales sentidos, sobre lo que ha sido materia del pleito."

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Al estudio y decisión de la Sala encuéntrase el recurso de casación formulado contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo en el juicio ordinario promovido por Domingo Galvis G. contra Diógenes Oviedo, Benedicta Tarazona, Rosalvina Arias, y los menores Mercedes y Bárbara Barrera, representados por su padre Pompilio Herrera, sobre dominio y propiedad de los inmuebles denominados "La Huerta", "Las Travesías", "La Peña" y "La Laja", ubicados en la vereda del Hatico, jurisdicción del municipio de La Uvita, departamento de Boyacá.

En el libelo de demanda presentado al juzgado de primera instancia el demandado Galvis pidió la declaración de dominio y consiguiente restitución de los inmuebles en favor de la sucesión intestada e ilíquida de Sofía Botía y de la sociedad conyugal formada por el matrimonio de Pompilio Barrera con Sofía Botía, y disuelta por muerte de ella.

El juez declaró no probadas las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada; condenó a todos los demandados a restituír y entregar a la sucesión de Sofía Botía las fincas materia del pleito; declaró nulos los contratos contenidos en las escrituras números 77 de 20 de marzo de 1937 y 245 de 30 de agosto de 1939, de las notarías primera y segunda de Soatá; condenó a los demandados, con excepción de Diógenes Oviedo, quien no formuló oposición a la demanda, al pa-

go de las costas del pleito; y condenó igualmente, sin excepción, a los demandados al pago de los frutos civiles y naturales que hayan producido las fincas desde el 16 de agosto de 1937 hasta la fecha de la entrega.

El Tribunal en la sentencia recurrida en casación confirmó en todas sus partes lo resuelto por el juez. Y son recurrentes Benedicta Tarazona y Rosalvina Arias.

Hechos del pleito

Los hechos más importantes propuestos en la demanda inicial del pleito por Domingo Galvis, como base de la acción de dominio, se pueden sintetizar así:

Que Pompilio Barrera y Sofía Botía contrajeron matrimonio en la población de La Uvita el 26 de junio de 1909, y de esa unión nació Silvino Barrera. Durante la existencia de esa sociedad conyugal ella adquirió los inmuebles reclamados. Sofía Botía falleció el 17 de abril de 1917. Después Silvino Barrera enajenó al demandante Domingo Galvis sus derechos en la sucesión de su madre Sofía Botía. De acuerdo con escritura número 77 de 20 de marzo de 1937, de la notaría de Soatá, Pompilio Barrera enajenó los inmuebles reclamados, sin ningún derecho, a Diógenes Oviedo, quien los adquirió a título de venta, declarando que la compra la hacía, en la mitad de los bienes para los menores Mercedes y Bárbara Barrera, y en la otra mitad para Benedicta Tarazona, con dinero de ésta y de aquéllos. Pompilio Barrera se casó con Benedicta Tarazona, y de ese matrimonio nacieron Mercedes y Bárbara Barrera. Por instrumento número 245 de 30 de agosto de 1939, de la notaría de Soatá, Benedicta Tarazona dijo vender a Rosalvina Arias los inmuebles de que se ha hablado, con la circunstancia de que en la venta comprendió la parte que en ellos correspondía a las menores Mercedes y Bárbara.

La sentencia acusada

A continuación se destacan aquéllos de los conceptos esenciales de la sentencia pertinente en el recurso de casación:

El Tribunal después de aceptar que con los títulos traídos al proceso se demuestra ampliamente el derecho de dominio en favor de las entidades a cuyo nombre se demanda la reivindicación, sobre los inmuebles denominados "La Huerta", "La Travesía", "La Peña" y "La Laja", aborda el estudio de las excepciones perentorias propuestas por la parte demandada. Y como entre estas excepciones se cuenta la de nulidad de las escrituras por medio de las cuales Silvino Barrera transfirió al demandante Galvis la totalidad de los derechos y acciones que le correspondían al vendedor en la sucesión de su madre Sofía Botía, proveniente de que Silvino Barrera durante su vida fue persona perfectamente "cretino", tonto, fatuo, imbécil, es decir, falto de razón y entendimiento, incapaz de consentir, ni de celebrar negocio alguno, pues no sabía contar ni distinguir la moneda, ni tenía nociones sobre el valor y apreciación de las cosas", el Tribunal desestima tal excepción mediante las siguientes razones:

"Para que las conclusiones a que llega el representante judicial de los demandados fueran aceptables, y para que las disposiciones legales señaladas en sus alegatos encontraran perfecta aplicabilidad en el caso de estudio, es necesario —como acertadamente lo anota el señor Juez— que se hubiera traído a los autos la prueba técnica sobre la insanidad del juicio de Silvino Barrera en la época en que se celebraron los referidos contratos. Por abundantes que sean las declaraciones de testigos con que se pretende establecer las dolencias psíquicas atribuídas a dicho sujeto, no pueden apreciarse en este caso sino como un simple indicio incapaz de producir una convicción plena sobre la demencia que se alega".

"Son tan copiosas, tan variadas y sobre todo tan complejas las enfermedades mentales, que resulta bastante difícil para el profano en estas materias determinar su verdadera influencia sobre la voluntad y la inteligencia, y de ahí que la misma ley contemple la necesidad de acudir a la psicopatología judicial, ciencia que permite la exploración de las facultades mentales y con cuyo auxilio se consigue establecer técnicamente el estado de la razón y del entendimiento del contratante".

"Aceptar que los solos testimonios traídos al proceso son suficientes para reconocer que Silvino Barrera fue demente, sería no sólo un absurdo, sino que además implicaría la proclamación de un método contrario a nuestro sistema jurídico y en extremo peligroso en el campo contractual".

"Es un principio reconocido por nuestro derecho, que toda persona es legalmente capaz excepto aquéllas que la misma ley declara incapaces. Y es cierto también que entre estos incapaces que la ley señala figuran precisamente los dementes; pero no hay que perder de vista que la demencia que considera la ley, es aquélla que efectivamente hace perder todo control psíquico y que produce

el desequilibrio de la razón. Y esto porque existen ciertas afecciones mentales que según la psiquiatría forense no alçanzan a debilitar en el paciente la claridad de su razón y de su inteligencia".

"No obrando en los autos un dictamen científico sobre las dolencias mentales que haya podido sufrir Silvino Barrera, no existiendo decreto de interdicción judicial, y resultando por todos sus aspectos insuficiente la prueba que se produjo para demostrar su incapacidad absoluta, deben desecharse los argumentos propuestos en este sentido por los demandados".

Por último el Tribunal refiriéndose al fallo del juzgado expresa que allí se puntualizaron los obstáculos de orden legal que impidieron la tradición del dominio de los bienes que enumeran las escrituras hechas por Pompilio Barrera a Diógenes Oviedo y la que posteriormente hiciera Benedicta Tarazona a Rosalvina Arias, sentencia en la cual se constató también "el quebrantamiento de la norma consagrada en el art. 1852 del código civil, como consecuencia del estado civil y de los vínculos de familia existentes entre Pompilio Barrera, Benedicta Tarazona y las menores Mercedes y Bárbara Barrera".

El recurso de casación

El recurrente invoca las causales de violación de la ley sustantiva e incongruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Primera causal

Alega el recurrente que el Tribunal no aceptó las declaraciones de testigos traídas al juicio como prueba del estado de demencia de Silvino Barrera porque echó de menos el dictamen científico sobre las dolencias que padecía Silvino Barrera, y el decreto de interdicción judicial. Esta es una equivocación del Tribunal porque en ninguna parte del código civil se ha establecido que para probar el estado de demencia de un contratante no declarado en interdicción, sea requisito indispensable el dictamen de facultativos. Y menos cuando se trata de probar el estado de enajenación mental de persona fallecida como es el caso de Silvino Barrera. De consiguiente careciendo de respaldo legal la exigencia del Tribunal, cabe la demostración por cualquier medio probatorio del estado de demencia de una persona en determinado momento.

Examina el recurrente las distintas declaraciones de testigos con que en las instancias se aspiró a establecer la incapacidad de Silvino Barrera, y de ellas deduce la prueba plena y completa "acerca de la insanidad mental de Silvino Barrera y que daba base legal suficiente para que la justicia desconociera todo valor legal a las escrituras que otorgó en favor de Domingo Galvis". Semejante error del Tribunal, al que el recurrente atribuye el carácter de ser de hecho y de derecho incidió en las conclusiones de la parte resolutiva del fallo, violando los artículos 1757 del código civil, 593, 597, 601, 694, 697 y concordantes del código judicial; el artículo 8º de la ley 95 de 1890; los artículos 553, 1502, 1503, 1504, 1603, 1928, 1740, 1741 y 1747 del código civil y artículo 2º de la ley 50 de 1936 y concordantes, así como los artículos 946, 950 y 951 del código civil.

Se considera:

De acuerdo con el artículo 553 del código civil los actos y contratos ejecutados sin previa interdicción judicial son válidos, a menos de probarse que quien los ejecutó o celebró estaba entonces demente.

De consiguiente, no mediando decreto de interdicción que declare incapaz la persona, se presume que ésta ha procedido con plena conciencia y voluntad a obligarse jurídicamente con terceros. Presunción que puede destruirse comprobando plenamente que por el estado de demencia o locura la persona era incapaz de contratar.

Por la naturaleza de las cosas, para declarar la referida incapacidad no basta la simple prueba de que la persona en un momento dado adolecía de perturbaciones mentales; se requiere que la alteración psíquica sea de grado tal que suprima la libre determinación de la voluntad, pues no toda sicosis acarrea por sí misma la incapacidad civil.

Bien sabido es que existen enfermedades mentales de numerosas y diferentes especies, desde las que nublan de manera permanente y completa el poder de la voluntad, hasta aquéllas que sólo son esporádicas o efímeras, o en que la capacidad volitiva se merma pero dejando siempre un relativo poder de discernimiento.

En el presente pleito la demencia de Silvino Barrera pretendióse comprobar con las declaraciones en que los testigos afirman haberlo conocido y tratado y por eso pueden afirmar que era tonto, cretino o imbécil.

El recurrente estima que esta prueba era suficiente en orden a establecer la denuncia de Barrera en el momento de celebrar los contratos de enajenación de bienes en favor de Domingo Gal-

vis, por cuyo motivo el sentenciador al desestimarla, incurrió en error de hecho.

La alegación es infundada. Si bien es cierto que tratándose de acreditar un **hecho,** en principio son admisibles todos los medios de prueba, la aplicación de esta idea no implica la consecuencia de que el juez tenga que llegar forzosamente a la convicción de ese **hecho,** con pruebas que, siendo admisibles, no tengan el carácter legalmente establecido de **plenas,** y no liguen por consiguiente al fallador, que conserva con respecto a ellas el derecho de apreciarlas conforme a su criterio. Tratárase de hechos sujetos a los sentidos y susceptibles de ser apreciados por cualquier persona, se habría podido decir que el juez incurrió en un error al no darles el valor que merecían. Pero como se trata de hechos sobre los cuales aun los mismos siquiatras sólo presentan juicios y deducciones, sujetos cuando no están de acuerdo, a la libre apreciación del juez, es obvio que el tribunal en ningún error incurrió al echar de menos el dictamen pericial y no atenerse a la sola declaración de los testigos.

El medio idóneo de comprobar la incapacidad de una persona para contratar en un momento dado, por imbecilidad, demencia o idiotez, es el dictamen de médicos siquiatras. El testigo declara sobre lo que le consta por percepción directa de los sentidos, sobre lo que ha visto u oído, al paso que el perito, quien desempeña un cargo, dictamina de acuerdo con sus conocimientos que deben estar ajustados a los principios de la profesión, arte o ciencia que profesa. La exposición de un perito es conceptual, al paso que la del testigo es la expresión de lo que ha visto u oído. De donde se deduce que para comprobar que Silvino Barrera estaba afectado de demencia cuando contrató con Domingo Galvis, ha debido traerse preferencialmente un dictamen pericial.

En sentencia de casación de 16 de agosto de 1937, publicada en la **Gaceta Judicial,** tomo 45, página 431, esta Corte dijo refiriéndose a la prueba de confesión, en calidad de medio de convicción de la demencia de alguien, lo siguiente, igualmente aplicable a la mera prueba testimonial con la misma finalidad:

"La demencia de alguien no se comprueba con la confesión que otro haga de haber creído en ella. El confesante, si por tal puede reputarse a quien declara que ha creído que otro está demente, no hace sino exponer su personal concepto sobre un punto que, de otro lado, hay que recordar que la ley lo sujeta al de expertos como lo ordenan los artículos 705 y 820 del Código Judicial y el 549 del Código Civil; de manera que pruebas de otra índole, en cuanto sean pertinentes por relacionarse con la vida anterior y conducta habitual del supuesto demente, sobre lo cual debe informarse al juez, sirven sin duda como elemento complementario, muy valioso en lo general, pero no como sustitutivo de ese dictamen de facultativos requerido por la disposición que se acaba de citar".

Lo expuesto acredita que el tribunal estuvo en lo cierto al exigir un dictamen pericial como elemento de convicción respecto de la supuesta demencia de Silvino Barrera, pues aun cuando éste había muerto a tiempo de iniciarse el juicio, el dictamen no era imposible sobre la base de elementos probatorios plenos encaminados a demostrar la conducta habitual del supuesto demente, sus antecedentes, métodos de vida que llevara, trato social, grado de educación, etc., todo lo cual había suministrado factores inapreciables a un psiquiatra, para determinar con alguna aproximación el grado de razón reflexiva que acompañaba a Barrera.

Segunda causal:

Se acusa la sentencia de incongruencia de lo demandado con lo sentenciado, debido a lo siguiente:

La sentencia de primera instancia confirmada por el tribunal condenó a los demandados "a restituír y entregar a la sucesión ilíquida de Sofía Botía las fincas" determinadas en la demanda; a pagar a la misma entidad los frutos naturales y civiles de las fincas desde el 16 de agosto de 1937 hasta la fecha de la entrega; y a las costas del juicio, de las cuales excluyó al demandado Diógenes Oviedo.

Pero la demanda pide la entrega y declaraciones consecuenciales en favor de la sociedad conyugal ilíquida formada por el matrimonio de Pompilio Barrera y Sofía Botía, disuelta por muerte de ésta, y de la sucesión de Sofía Botía.

Se considera:

El recurrente, bajo la acusación de incongruencia, propone la solución de un problema de fondo, que es materia propia de la causal primera, violación de la ley sustantiva.

En efecto: si el demandante invocó la acción en pro de dos entidades y el juez sólo la decretó para una de ellas, quiere decir que la omitida de hecho queda excluída del derecho reconocido. En esta situación, la parte agraviada y que tiene interés para reclamar es la demandante, con fundamento

en que la sentencia viola las disposiciones legales que sitúan el derecho en cabeza de las dos entidades. Naturalmente la demostración de esto, requiere un estudio de fondo tendiente a establecer que la configuración de la acción propuesta tiene por base las dos entidades para las cuales se ha demandado. Y ello es más propio de la causal primera que de la causal segunda, porque envuelve quebrantamiento de la ley, ya de manera directa, o en forma indirecta a través de las pruebas.

En la demanda inicial del presente juicio se pidió en favor de una sucesión y una sociedad conyugal ilíquida. Excluída la segunda de la sentencia, que sólo se pronunció en favor de la primera, la enmienda del error supone que la sala avoque nuevamente el examen del punto concreto referente a determinar el verdadero dueño de los bienes reivindicados; lo que conduciría a estudiar la ley sustantiva a efecto de establecer si las dos entidades en cuyo nombre se demandó el dominio —sucesión ilíquida de Sofía Botía y sociedad conyugal Botía-Barrera— son efectivamente titulares de tal derecho en forma conjunta, o sólo una de ellas es la dueña. Empero, en casación la vía idónea que conduce a este terreno es la causal primera, y únicamente por este camino le es dable a la Corte adentrarse en el examen del tema, y eso condicionado también a que el cargo se formula correctamente.

En el caso de autos, sobre la base de un cargo bien propuesto quizá la Corte hubiera resuelto que los bienes reivindicados son de la sociedad conyugal ilíquida, por haberlos adquirido durante su vigencia. Ello implicaría naturalmente un cambio fundamental de la parte resolutiva de la sentencia del tribunal, que tendría que emanar, como efecto necesario, de la modificación de conceptos fundamentales del sentenciador; conceptos que no están atacados adecuadamente dentro de la causal primera, por lo cual la Corte debe respetarlos.

El carácter formalista y técnico de la casación no permite que alegada una causal, asignándole motivos que no la producen, aunque por otra parte estos motivos sean generadores de otras causales distintas, pero no alegadas, la Corte pueda cambiar los términos de la acusación.

Es doctrina uniforme de la Corte que los cargos por el motivo segundo del artículo 520 del Código Judicial, "no son procedentes sino cuando se deja de decidir sobre algo que ha sido materia de la controversia, o cuando se decide sobre lo que no lo ha sido o al decidir sobre lo que sí lo ha sido, el fallo va más allá de lo demandado; pero en manera alguna cuando la sentencia recae, libre de abstención o de exceso en tales sentidos, sobre lo que ha sido materia del pleito". (Casación de 30 de mayo de 1941, **Gaceta Judicial**, Tomo LI, página 511).

Basta ver que en el presente caso no hubo abstención de fallar por parte del tribunal; al contrario el fallo recayó sobre lo demandado, en forma tal que reconoció el dominio en favor de una sola de las entidades para las cuales se pidió.

Y en cuanto al aparente exceso que contiene la sentencia, por haber decretado expresamente la nulidad de las escrituras 77 de 20 de marzo de 1937 y 245 de 30 de agosto de 1939, cuestión que no fue objeto de petición en la demanda, obsérvese que tal decreto obedece a que el sentenciador encontró que tales títulos adolecen de objeto ilícito por ser otorgados entre marido y mujer, y padre e hijos, habiendo entonces hecho uso de la facultad legal de declararlos de oficio absolutamente nulos. Este concepto del tribunal está en pie pues no fue atacado, dentro de la causal primera. En consecuencia, lo natural es que la declaración consiguiente tampoco sea susceptible de estudio por la Corte.

En suma, la causal en examen también corre la suerte adversa de la anterior.

Sentencia

Por lo expuesto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, decide que NO CASA la sentencia del tribunal de Santa Rosa, materia del recurso de casación estudiado.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. Tásense.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE UNA PARTICION

Como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición no es medio hábil para que un interesado proponga objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal que no es otra distinta del término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el juez. No objetada la partición en tiempo oportuno el juez tiene el deber de aprobarla y el Tribunal el de confirmar esa aprobación. (Artículo 964, incisos 1º y 3º, C. J.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veintisiete (27) de junio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En el juicio de sucesión de Eugenio Urdaneta, radicado en el Juzgado 8º Civil del Circuito de Bogotá, el partidor presentó con fecha ocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco el respectivo trabajo de partición, del cual se ordenó dar traslado a los interesados por el término legal en auto de esa misma fecha, sin que por ninguno de ellos se hubiera propuesto objeción alguna, por lo cual el Juzgado en sentencia de veintiuno de febrero del expresado año impartió su aprobación a la dicha cuenta de partición, ordenó la inscripción de ésta y de la sentencia en el libro de Causas Mortuorias "y en los mismos libros de los Circuitos en donde están situados los bienes inmuebles adjudicados" y dispuso la protocolización del expediente en la Notaría que indiquen los interesados.

En contra de esa sentencia interpuso recurso de apelación el apoderado de Isabel Talero Guzmán, cesionaria de los derechos herenciales de Rafael Ignacio Urdaneta, heredero en su condición de hijo legítimo del causante, y subido el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, esta entidad, previa la tramitación correspondiente, decidió la alzada en sentencia de diez y seis de julio último, por medio de la cual confirmó la recurrida, sin costas.

Al apoderado de la expresada señorita se le otorgó recurso de casación, el que por estar debidamente preparado hoy se decide.

La recurrente invoca las causales primera y tercera consagradas en el artículo 520 del Código Judicial; pero como en relación con la última no se formula cargo alguno en contra de la sentencia y como además ella está condicionada para su viabilidad a que la parte que la aduzca haya solicitado previamente aclaración ante el Tribunal de la decisión proferida, requisito éste que no ha cumplido la recurrente, la Sala concretará su estudio a la primera.

En la demanda de casación, y a través de errores de hecho y de derecho que la recurrente imputa al sentenciador, con los cuales afirma que se violaron algunos textos legales cuya cita hace, se formulan varias objeciones relacionadas con la cuenta de partición, la que como antes se dijo no fue objetada por la recurrente ni por ninguno de los interesados.

En esas condiciones se comprende que las objeciones de la recurrente son notoriamente improcedentes, porque como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia el recurso de casación contra una sentencia aprobatoria de una partición no es medio hábil para que un interesado proponga objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal que no es otra distinta del término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el Juez. No objetada la partición en tiempo oportuno, el Juez tenía el deber de aprobarla y el Tribunal el de confirmar esa aprobación (artículo 964, incisos 1º y 3º del Código Judicial).

También censura la recurrente el aparte de la sentencia de primera instancia en que se ordenó la inscripción de la partición en los libros de Registro de los respectivos Circuitos en que están ubicados los inmuebles relictos, fundándose en que en el trabajo de partición no se adjudicó inmueble alguno a los herederos, ya que los que existían fueron rematados a petición de alguno de los

interesados y de ello deduce que en la sentencia se incurrió en error de hecho manifiesto; pero aparte de que la recurrente no indica como violada disposición sustantiva alguna pertinente con el punto materia del cargo, lo que por sí solo determina que éste sea improcedente al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., es de observarse además que la alegación constituye un hecho nuevo inadmisible en casación y que a la recurrente no le causa agravio alguno la mentada disposición de la sentencia, desde luego que si en la partición no se adjudicaron inmuebles a los herederos o interesados no habrá inscripción alguna que realizar con respecto a tales bienes.

Por todo lo expuesto se declaran inadmisibles los cargos que se han formulado en la mencionada demanda de casación.

En atención a lo dicho, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y seis de julio del año pasado, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en el presente negocio.

Sin costas por no haberse causado.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

NO SE ACCEDE A ACLARAR LA ANTERIOR PROVIDENCIA

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

Por medio del anterior memorial solicita el doctor Eduardo Talero Guzmán que se aclare la sentencia de esta Sala de fecha veintisiete de junio último, por medio de la cual se decidió el recurso de casación interpuesto por la señorita Isabel Talero Guzmán en contra de la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, aprobatoria de la partición practicada en el juicio sucesorio de Eugenio Urdaneta, en el sentido de que se resuelva "si aprobada esa partición, se puede disponer del dinero objeto de la caución, o el rematador mediante esta caución está en la obligación de pagar a los herederos el valor de su respectiva hijuela".

Para resolver se considera:

Conforme a lo dispuesto en el artículo 482 del Código Judicial el recurso de aclaración se otorga con el fin exclusivo de que se aclaren los conceptos o frases que ofrezcan verdaderos motivos de duda en las sentencias y por la transcripción que acaba de hacerse de la solicitud del memorialista se comprende que ésta no encaja dentro de los límites restrictivos de aquel recurso. Por lo demás, si la Corte se abstuvo de casar y en consecuencia no entró al fondo de los puntos resueltos en la sentencia del Tribunal, mal puede ahora, por vía de aclaración, modificar o aclarar los conceptos del sentenciador.

Por lo expuesto no se accede a lo que viene solicitado en el precedente memorial.

Notifíquese,

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Srio. en propiedad.

ACCION DE FILIACION NATURAL

Conforme a la nueva doctrina de la Corte que abrogó la anterior sobre filiación natural, los artículos 401, 402 y 403 del C. C., forman un conjunto tal que desligarlos conduciría al absurdo. El primero de ellos da alcance absoluto al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; de suerte que "no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino RESPECTO DE TODOS"; para que se produzca tan excepcional resultado establece el segundo de aquéllos (el 402) ciertos requisitos, de ellos, que se haya pronunciado contra LEGITIMO CONTRADICTOR, y el tercero (el 403) define esta locución precisando que en la cuestión de paternidad lo es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre. Claramente se ve que la intervención del padre con tal nombre o calidad de legítimo contradictor significa que cuando se está ante ella de manera que con esa intervención se haya seguido el juicio, la sentencia tendrá alcance contra todos, en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia, circunscrito como está por los artículos 473 y 474 del C. J. y 17 del Civil a las personas que han intervenido en el litigio o sus causahabientes. Así, pues, aquellas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que precisamente el presunto padre haya de ser el demandado en un pleito como el de autos y que, por lo mismo, la acción de quien se pretende hijo de él se haya de tener por extinguida si en vida de aquél no fue invocada.

Ante los artículos 219, 220, 221, 222 y 223 del C. C. y 335 a 337 del mismo no puede sostenerse que precisa y exclusivamente sea la persona del padre, y en su caso la de la madre, la que intervenga como parte en los juicios respectivos, aunque, como regla básica, según el artículo 216, mientras viva el marido solo él mismo podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Habiendo otras personas capacitadas por aquellas disposiciones con tal fin, no puede entenderse la expresión "so pena de nulidad" con que termina el artículo 403 como corroboración de que la muerte del padre extingue la acción del hijo, porque bajo aquella pena se exija allí la intervención del padre "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo". Si así se entendieran esa exigencia y sanción, se incurriría en el absurdo de darlas por aplicables a los casos aludidos en que otras personas distintas del padre están provistas de aquella capacidad, a más de que esas mismas exigencia y sanción sobrarían y quedarían sin sentido si se refirieran a juicios como los aludidos en el artículo 216, es decir, en los que figura el padre. De estas consideraciones se deduce que aquel requisito y la pena de nulidad se refieren ante todo a los juicios de maternidad disputada, principalmente en los que, estando implicada igualmente la paternidad, no basta señalar a la madre como demandado o que se señale como tal al hijo, sino que es preciso traer al padre a la controversia, claro es que en cuanto no haya muerto.

El artículo 7º de la ley 45 de 1936 declara aplicables al caso de filiación natural los del C. C. que enumera, entre los cuales no figura el 402. En general, la cita de ciertas disposiciones no cabe entenderla como exclusión de las pertinentes no citadas. Y la íntima vinculación de este artículo con el que le precede y el que le sigue, a la vez que impide jurídicamente desligarlos, impide interpretar el artículo 7º y la ausencia en él de la cita del 402 del Código como prohibición de mirar hacia éste en tales juicios. De otro lado, el estado civil y las acciones conducentes a establecerlo son algo existente PER SE y, por lo mismo, independientes de circunstancias extrínsecas, como lo es, por ejemplo, para aquel estado del hijo en lo tocante a su filiación, el que su padre viva aún o haya muerto, pues mientras el hijo viva tiene que considerarse vivo con él su interés relativo a ese estado. Además, éste no puede

entenderse simplemente como estado desde el punto de vista netamente familiar o social o moral, sino también desde el punto de vista patrimonial. Y sería un contrasentido dar por extinta la aludida acción con la muerte del padre, la que señala el momento de la apertura de su sucesión según el artículo 1012 del C. C. y determina la vocación, el llamamiento de que habla el artículo 1013 IBIDEM.

Si todas estas reflexiones impone el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre, a quien, viviendo, le habría tocado responder, ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones transmisibles (artículo 1155 C. C.). Querrá decir tan sólo que la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos tendrá el alcance relativo de toda sentencia y que, por ende, no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido parte en la controversia, en contraste con la que se dictara en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto ERGA OMNES, en virtud de la declaración excepcional del artículo 401, ya que la locución LEGITIMO CONTRADICTOR de que el artículo 402 se vale para señalar al padre, tiene ese preciso sentido y resultado, y no la sugestión que había querido vérsele A CONTRARIO SENSU de ilegitimidad en cualquiera persona distinta.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena cursó la primera instancia del presente juicio ordinario de Euclides Barboza Barrios por medio de apoderado contra la señora Carlota Barrios de Barboza, como heredera y albacea de su finado marido señor Sofronín S. Barboza, con el fin de que se hagan las declaraciones y condenaciones que se verán adelante.

Los hechos fundamentales se resumen así: 1º De las relaciones sexuales estables y notorias entre dicho doctor Barboza y Elisa Barrios nació en aquella ciudad el 16 de mayo de 1906 un niño a quien se puso por nombre Euclides, que es el actual demandante; 2º Desde ese día el doctor Barboza le prodigó toda clase de atenciones y proveyó a su subsistencia, educación y establecimiento tratándolo como hijo suyo y así lo presentó a sus parientes y amigos; 3º Parientes, amigos y el vecindario de su domicilio, que ha sido invariablemente Cartagena, han reconocido y reputado a Euclides como hijo del doctor Barboza, por lo ya expuesto y por haberlo visto acompañándolo siempre; 4º El doctor Barboza llevó a su casa a Euclides cuando éste cumplió dos años y en ella vivió éste siempre, como hijo de aquél; 5º Ese trato y consideraciones de padre las tuvo el doctor Barboza con Euclides desde que éste nació hasta que aquél murió el 15 de diciembre de 1940; 6º El doctor Barboza falleció bajo el testamento que había otorgado en escritura Nº 235 el 23 de abril de 1924 ante el Notario 2º de Cartagena, y a la presentación de ese instrumento en el Juzgado 3º de ese Circuito, se declaró allí abierta su causa mortuoria; 7º En ese testamento dejó el doctor Barboza a Euclides varios bienes raíces; 8º Según el mismo testamento, los demás bienes los deja el testador a su cónyuge, a quien instituye heredero único y nombra albacea, caracteres ambos con que la señora actúa en el juicio mortuorio; 9º Ese testamento, en cuanto al otorgante se refiere, quedó en firme por su muerte; 10º El actor, como hijo natural del causante, es su legitimario, por lo cual, en cuanto cercenan su legítima, lo perjudican las disposiciones testamentarias en favor de la señora viuda; 11º Por tal motivo, asiste al actor la acción de reforma de ese testamento; 12º La señora demandada tiene en su poder los bienes sucesorales como albacea y heredera testamentaria única, deducidos los del legado de Euclides; 13º Este, como hijo natural del doctor Barboza, quien no dejó herederos de mejor derecho, lo tiene para que se le adjudique la herencia que le corresponde y se le restituyan las cosas hereditarias que han de cubrirle la totalidad de su haber, y 14º En el juicio de sucesión se reconoció a la señora Carlota de Barboza como heredero, por auto de 3 de febrero de 1941.

Las súplicas de la demanda inicial, complementadas en libelo de adición, son las de que se hagan estas declaraciones:

a) Euclides Barboza B. es hijo natural del doctor Sofronín G. Barboza; b) Tiene derecho a heredarlo como establece el artículo 20 de la Ley 45 de 1936, ya que el difunto no dejó descendientes ni ascendientes legítimos; c) El testamento bajo el cual murió el doctor Barboza debe reformarse reconociendo a su hijo Euclides el derecho a los bienes relictos que corresponden a su legítima; d) Por lo mismo deben adjudicársele los bienes que la cubran; e) La señora demandada debe restituír al demandante las cosas hereditarias que a éste se adjudiquen en tal virtud; f) Esa restitución comprenderá aun aquéllas de que el difunto era mero tenedor y que no hayan vuelto legítimamente a sus dueños, así como sus aumentos y sus frutos naturales y civiles; g) Como consecuencia del reconocimiento de que el actor es hijo y legitimario del doctor Barboza, carece de valor legal el auto de 3 de febrero de 1941 que tiene como heredera a la señora demandada, y h) Esta señora debe pagar las costas del juicio.

En sentencia de 30 de junio de 1942 el Juzgado cerró la primera instancia declarando a Euclides hijo natural del doctor Barboza con los concomitantes derechos herenciales que son la mitad legitimaria y la cuarta de mejoras; decretando la reforma del testamento a fin de que ese haber herencial se le complete y sobre esta base se proceda a la partición y adjudicación de los bienes con sus accesiones y frutos desde la muerte del causante, y negando la anulación del auto sobre declaratoria de heredero en favor de la demandada, así como la condenación en costas.

Ambas partes apelaron. Tramitada la segunda instancia, el Tribunal Superior la decidió el 28 de noviembre de 1944 revocando el fallo del Juez y absolviendo a la demandada. Sin costas.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el abogado del demandante. Concedido, admitido y tramitado este recurso, se procede a decidirlo.

El Tribunal funda su negativa y consecuencial absolución en que la muerte del presunto padre extingue la acción incoada, tesis para la cual se respalda en la doctrina que esta Sala sentó en su fallo de 26 de abril de 1940, reiteró en la de 30 de junio de 1941 y sostuvo de ahí en adelante en las demás a que el Tribunal se refiere (G. J. Tomo XLIX, pág. 263 y Tomo LI, pág. 627).

A esa conclusión llegó la Sala no por unanimidad, sino siempre con votos disidentes. En el primero de esos fallos los dos Magistrados que la sostenían se vieron acompañados por el Conjuez que reemplazó a un Magistrado impedido, por lo cual, sosteniendo la tesis contraria los tres restantes, ocurrió un empate para dirimir el cual intervino otro Conjuez que, adhiriendo a aquella opinión, creó una mayoría de dos Magistrados y dos Conjueces. Los otros tres Magistrados aludidos salvaron su voto. En el período actual quedaron en la Sala dos de estos Magistrados e integrada con otros que compartieron su opinión, ésta vino a prevalecer, ya con unanimidad en la primera ocasión que se presentó de estudio del trascendental problema. Tal la sentencia de 1º de octubre de 1945, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL.

Ella con el mayor detenimiento toma en consideración ese problema a la luz de las diversas disposiciones legales que le conciernen, buscando entre ellas la debida correspondencia y armonía, así como la historia fidedigna de su establecimiento, sobre lo cual indaga las fases sucesivas que esas disposiciones tuvieron en los proyectos del Código de Chile de que las nuéstras son transcritas, investiga sus antecedentes en la legislación francesa, en la española y en la romana y trae a cuento los conceptos de expositores antiguos y contemporáneos sobre todas ellas.

Debiendo el presente fallo limitarse a lo procedente a lo debatido en este proceso, en vez de reproducir aquél en su totalidad, extrae de él lo indispensable para la motivación del de que hoy se trata, así:

Los artículos 401, 402 y 403 del C. C. forman un conjunto tal que desligarlos conduciría al absurdo. El primero de ellos da alcance absoluto al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; de suerte que "no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino **respecto de todos**"; para que se produzca tan excepcional resultado establece el segundo de aquéllos (el 402) ciertos requisitos, de ellos, que se haya pronunciado contra **legítimo contradictor,** y el tercero (el 403) define esta locución **legítimo contradictor** precisando que en la cuestión de paternidad lo es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre.

Claramente se ve que la intervención del padre con tal nombre o calidad de legítimo contradictor significa que cuando se está ante ella de manera que con esa intervención se haya seguido el juicio, la sentencia tendrá alcance contra todos, en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia, circunscrito como está por los artículos 473 y 474 del C. Judicial y 17 del Civil

a las personas que han intervenido en el litigio o sus causahabientes.

Así, pues, aquellas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que precisamente el presunto padre en persona haya de ser el demandado en un pleito como el presente y que, por lo mismo, la acción de quien se pretende hijo de él se haya de tener por extinguida si en vida de aquél no fue incoada.

Ante los arts. 219, 220, 221, 222 y 223 del C. C. y los artículos 335 a 337 del mismo, no puede sostenerse que precisa y exclusivamente sea la persona del padre, y en su caso la de la madre, quien intervenga como parte en los juicios respectivos, aunque, como regla básica, según el artículo 216, mientras viva el marido sólo él mismo podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Habiendo otras personas capacitadas por aquellas disposiciones con tal fin, no puede entenderse la expresión "so pena de nulidad" con que termina el citado artículo 403 como corroboración de que la muerte del padre extingue la acción del hijo, porque bajo aquella pena allí se exija la intervención del padre "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo". Si así se entendieran esa exigencia y sanción, se incurriría en el absurdo de darlas por aplicables a los casos aludidos en que otras personas distintas del padre están provistas de aquella capacidad, a más de que esas mismas exigencia y sanción sobrarían y quedarían sin sentido si se refirieran a juicios como los aludidos en el artículo 216, es decir, en los que figura el padre.

De estas consideraciones se deduce que aquel requisito y la pena de nulidad se refieren ante todo a los juicios de maternidad disputada, principalmente, en los que, estando implicada igualmente la paternidad, no basta señalar a la madre como demandado o que se señale como tal al hijo, sino que es preciso traer al padre a la controversia; claro es que en cuanto no haya muerto.

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 declara aplicables al caso de filiación natural los del C. Civil que enumera, entre los cuales no figura el 402. En general, la cita de ciertas disposiciones no cabe entenderla como exclusión de las pertinentes no citadas. Y la íntima vinculación de este artículo con el que le precede y el que le sigue, de que ya se habló, a la vez que impide jurídicamente desligarlos, impide interpretar el dicho artículo 7º y la ausencia en él de la cita del 402 del Código, como prohibición de mirar hacia éste en tales juicios.

De otro lado, el estado civil y las acciones conducentes a establecerlo son algo existente per se y, por lo mismo, independiente de circunstancias extrínsecas, como lo es, por ejemplo, para aquel estado del hijo en lo tocante a su filiación, el que su padre viva aún o haya muerto, pues mientras el hijo viva, vivo tiene que considerarse con él su interés relativo a ese estado. Además, éste no puede entenderse simplemente como estado desde el punto de vista netamente familiar o social o moral, sino también desde el punto de vista patrimonial. Y sería un contrasentido dar por extinta la aludida acción con la muerte del padre, la que señala el momento de la apertura de su sucesión según el artículo 1012 del C. C. y determina la vocación, el llamamiento de que habla el artículo 1013 **ibidem.**

Si todas estas reflexiones imponen el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre a quien, viviendo, le habría tocado responder, ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones transmisibles (artículo 1155 del C. C.).

Querrá decir tan sólo que la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos tendrá el alcance relativo de toda sentencia y que, por ende, no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido parte en la controversia, en contraste con la que se dictara en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto **erga omnes**, en virtud de la declaración excepcional del citado artículo 401, ya que la locución **legítimo contradictor** de que el artículo 402 se vale para señalar al padre, tiene ese preciso sentido y resultado, y no la sugestión que había querido vérsele **a contrario censu** de ilegitimidad en cualquiera persona distinta.

La objeción consistente en que sería inadmisible una sentencia sin efecto **erga omnes**, en cuanto una misma persona tendría determinado estado civil para unos y carecería de él para otros, no tiene la trascendencia que a primera vista parece y hasta podría decirse que tampoco tiene sentido, al menos prácticamente hablando, puesto que cuando se ha pronunciado en juicio no contra el padre sino contra sus herederos, sucederá, sin que ello implique contradicción ni contrasentido, que los que figuraron como demandados y fueron ven-

cidos en el juicio han de contribuír, por ejemplo, en su cuota respectiva a cubrir la cuota herencial del vencedor, al paso que esta carga no pesa sobre los que no fueron demandados y a quienes por lo mismo el fallo no perjudica.

Las precedentes consideraciones, formuladas en consonancia con las del citado fallo de 1º de octubre de 1945, del que en gran parte són sólo transcripción o resumen, conducen a la viabilidad de la acción incoada, rectificada como desde entónces quedó la doctrina de que la acción en estudio se extingue con la muerte del presunto padre si ésta sobreviene sin haberse incoado aquélla.

El recurrente en el presente juicio formula una alegación lógica, ampliamente respaldada con el análisis de las disposiciones legales pertinentes y la cita de expositores, deslustrada desgraciadamente por una acritud tan innecesaria como injusta al rebatir la tesis que había prevalecido y se esfuerza en sostener la que aquí queda expuesta, no pronunciada aún para entonces, pues esa demanda de casación es de 18 del anterior septiembre. Y con su exposición jurídica por base, formula, entre otros cargos, el de quebranto por interpretación errónea y por falta de aplicación de los artículos 401 a 403 del C. C. y 7º de la Ley 45 de 1936, por haber conceptuado el Tribunal que la acción ejercitada se extinguió con la muerte de Sofronín Barboza y pronunciado absolución.

Las consideraciones previas aquí expuestas determinan la prosperidad del cargo. Al invalidarse, por ende, el fallo recurrido, la Sala debe dictar el que lo reemplace. A que procede.

Como bien observó el Juez de primera instancia, dos cuestiones capitales se presentan al sentenciador: si la acción es viable y, caso afirmativo, si está debidamente comprobada. Respondió afirmativamente la primera en fallo de 30 de junio de 1942, es decir, muy anterior al citado de 1º de octubre último y, por tanto, en época en que primaba lo que como doctrina sobre el grave problema tenía establecida la Corte.

Tras de esa respuesta entró, por lo mismo, a estudiar las súplicas de la demanda, la primera de las cuales es clave y razón de las demás. Esa primera súplica, como ya se vio, es la de declaración de que el actor es hijo natural del doctor Barboza. El juez la pronunció por hallar satisfactorios los diversos comprobantes traídos al proceso para justificar tal pretensión, los que analiza debidamente.

Consisten en documentos oficiales en que el doctor Barboza aparece aseverando de modo expreso que Euclides Barboza es hijo suyo. Obran también las matrículas de los colegios a que como tal hijo suyo, expresamente declarado por él así, llevó a Euclides a educarse. Y obran también declaraciones de testigos en alta cifra, entre los cuales hay personas de señalada respetabilidad, que dando razón a su dicho por lo que vieron y oyeron, y que conocieron y trataron por largo lapso de tiempo al Dr. Barboza hasta su muerte y a Euclides Barboza desde su nacimiento, afirman que aquél dio a éste el trato de hijo y su apellido, que desde niño lo llevó a su casa y lo tuvo en ella hasta que murió, que siempre acompañó Euclides a su padre, que éste proveyó a la crianza, educación y establecimiento de Euclides como su hijo, que así lo presentó a todos y que parientes y amigos del doctor Barboza y el vecindario en general de Cartagena, que fue el domicilio de ambos, siempre tuvieron y han reputado a Euclides como hijo de aquél.

Llama la atención acertadamente el Juez a que la señora demandada convino en los aludidos hechos desde su respuesta a la demanda y agrega que, si bien la confesión no es por sí prueba del estado civil, esa respuesta sí lo es de tales hechos, y de ahí deduce una corroboración de los mismos muy cargada de sentido también en lo moral. Es de recordarse que esta señora se casó con el doctor Barboza y que hasta la muerte de él los tres vivieron juntos.

Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, según el artículo 4º de la citada Ley 45, "... 5º Cuando se acredite la posesión notoria del estado de hijo". Esta consiste, según el artículo 397 del C. C. en los hechos y circunstancias de que ya se habló aquí, a saber: trato de tal por los padres (aquí por el doctor Barboza), provisión o crianza y educación, presentación así a deudos y amigos y concepto de éstos y del vecindario, todo con una duración, por lo menos, de diez años continuos.

Ya se vio que están acreditadas esas circunstancias plenamente, a más de otras de la más señalada significación, de donde se deduce que, hallándose así la Corte, ha de confirmar la sentencia del Juez.

Más todavía: el Tribunal llegó a iguales conclusiones en lo atañedero a las probanzas. Después de agrupar globalmente los hijos naturales de ciertas clases, se refiere, dentro de la de aquellos que no han formulado demanda oportuna dentro del

concepto anterior mencionado, a los que, "teniendo motivos de gratitud por la asistencia y cuidados que estén recibiendo de quien espontáneamente los atiende como hijos —lo que constituye un impedimento moral muy poderoso— ...se encuentran en la imposibilidad de presentar demanda contra su padre, quien muere antes de iniciarse el juicio". Y agrega: "Indudablemente, en este último caso se encuentra el demandante señor Euclides Barboza R. De los elementos que figuran en el proceso resulta la comprobación plena de que es hijo natural del Dr. Sofronín Barboza, quien lo levantó en su hogar atendiéndolo en sus necesidades con todos los cuidados y distinciones que el padre más afectuoso puede tener por un hijo. Tan evidentes son estos hechos, que la señora viuda del doctor Sofronín Barboza, parte demandada, no ha podido negarlos. Antes bien, los acepta expresamente como ciertos al contestar los hechos fundamentales que están marcados en la demanda con los numerales 1º, 2º, 3º, 4º y 5º.

Con todo, el Tribunal niega, porque sigue la tesis que venía prevaleciendo sobre extinción de la acción por la muerte del padre sin habérsele demandado, de que tan repetidamente se habla en esta sentencia.

Declarada la paternidad natural, procede a estudiar las súplicas consecuenciales de la demanda, acogidas también en la sentencia del Juzgado, la que del propio modo ha de considerarse por la Sala en fuerza de este sencillo razonamiento: la Ley 45 llama al hijo natural en la mitad legitimaria y lo coloca entre los posibles asignatarios de la cuarta de mejoras en sus artículos 23 y 24, a la que éste hace extensiva la acción de reforma. Ante estas disposiciones, no habiendo descendientes ni ascendientes legítimos y no apareciendo más hijo natural que el demandante, es de reconocerse que le corresponden esas tres cuartas partes del haber líquido de la sucesión y que, de otro lado, el testamento debe reformarse en ese sentido por no haberle dejado todo lo que vale esa asignación forzosa (C. C. artículo 1275). Consecuencialmente la partición de los bienes ha de verificarse de manera que al asignatario forzoso le quede cubierto todo su haber. Así decidió el Juzgado respecto de estas peticiones.

Su negativa a infirmar el auto que reconoció a la señora Carlota de Barboza como heredero también se justifica, puesto que esa institución en sí no tiene reparo legal, ni a ella puede extenderse la acción de reforma. Cosa distinta es que por la entrada de Euclides como asignatario forzoso se reduzca la cuota herencial de la señora a la cuarta libre o, con más precisión, a lo que de esta cuarta resulte como saldo en su favor una vez descontados de aquí los legados que el testador hizo a personas distintas a Euclides. Acerca de estas personas y legados no cabe hacer en el presente fallo más que esta referencia, porque tales legatarios no han sido parte en el juicio, porque tales legados no han sido materia de la controversia y porque, por lo mismo, hasta se ignora lo atañedero al respecto, comenzando porque no se sabe, ni era de indagar en esta causa, si los legatarios han aceptado ni siquiera si sobrevivieron al testador.

No se ve razón para que el demandante apelara del fallo de primera instancia. En sus alegaciones en la segunda manifiesta que lo hizo para obtener en su favor condenación en costas; pero, como bien dice el Juez, no hay temeridad en la defensa de la señora demandada consistente en aducir la doctrina hasta entonces uniforme de la Corte sobre extinción de la acción, mientras aceptó con completa buena fe los referidos hechos fundamentales al contestar la demanda.

Previniendo todo equívoco, se advierte:

a) El legado que el testador hace a Euclides se imputa a la legítima, como manda el artículo 1256 del C. C., por lo cual las adjudicaciones aquí ordenadas en favor de este asignatario forzoso tendrán ya ese legado como un pago parcial. De ahí que con buen acierto el Juzgado habla de que aquel haber total se complemente.

b) Las cuotas supradichas se refieren al haber herencial, es decir, a lo que corresponda al cónyuge difunto en la liquidación de la sociedad conyugal, por la cual debe comenzarse al procederse a la partición de los bienes en la causa mortuoria del doctor Barboza, de conformidad con el artículo 1398 de ese Código.

c) El presente fallo no se refiere, ni podría referirse, al haber del cónyuge sobreviviente en dicha sociedad. Es de advertirse que lo que corresponda a la señora viuda en razón de su mencionada asignación testamentaria de heredera no afectará su mitad de gananciales por no haber orden del testador en el sentido de que a ellos se impute aquella asignación. (C. C. artículo 1831).

d) Como de paso se advirtió, en el proceso no aparece sino el actual demandante como interesado en lo atañedero a las tres cuartas forzosas de la herencia del doctor Barboza; de ahí que sólo a Euclides Barboza se haya reconocido el derecho concomitante; pero esto no puede significar prejuicio alguno sobre que haya o no herederos de

igual derecho, el que no puede ser sacrificado, si los hubiere, por la presente sentencia, entre otras razones porque su fuerza de cosa juzgada no puede extenderse a quienes no han sido parte en este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena el veintiocho de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, y en su lugar confirma la de primera instancia, pronunciada por el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena el treinta de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese,

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Emilio Prieto H., Ofic. Mayor, en propiedad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR CULPA.—INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR ACCIDENTE QUE CAUSO LA MUERTE A UNA PERSONA POR ELECTROCUCION

Está ya suficientemente definido por la doctrina que el Estado, al igual que las personas naturales y las demás personas morales con personería jurídica, tales como los Departamentos y los Municipios, responden tanto de sus propias culpas, como de las cometidas por sus agentes o empleados con ocasión de la prestación de los servicios públicos. El actor, en las acciones por culpa delictual y cuasi-delictual, está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa. Pero tal regla tiene a veces sus excepciones cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad revelan la existencia de una culpa, cuya prueba predilecta y específica no se le exige en casos tales al demandante. Así ocurre cuando la víctima ha sido ajena a la ejecución del hecho, consumado en virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa en relación con terceros, pues a aquélla le basta probar que el daño lo sufrió por razón o con motivo de semejantes actividades para que el autor del daño se presuma culpable, con lo cual el damnificado ha cumplido su papel probatorio. Estos principios están expresamente consagrados, entre otras disposiciones legales, en el artículo 2536 del Código Civil, en el cual la Corte ha encontrado constantemente, a partir de la sentencia del 14 de marzo de 1938 (G. J. Nº 1934), que se establece una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo, empleo o uso de elementos peligrosos que releva a la víctima de suministrar la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, bastándole sólo demostrar el hecho dañoso y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio sufrido, para echar sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa destructora de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad, lo cual sólo puede lograr mediante la demostración de uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y el cual puede consistir en un error de conducta de la propia víctima, pues para exonerarse de toda responsabilidad en el caso de que se viene hablando no es suficiente la simple prueba de la diligencia y cuidado por parte de quien ha debido emplearlos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juzgado Civil del Circuito de Armenia y en libelo de 27 de mayo de 1942, el doctor Norberto Ossa, como apoderado de Laura Ricaurte y de los menores hijos de ésta, propuso demanda contra el Municipio de Montenegro, representado por su Personero Municipal, para que por los trámites del juicio ordinario y en sentencia definitiva, se declare lo siguiente:

"a) Que la Entidad Política denominada Municipio de Montenegro es directamente responsable civilmente de la muerte del señor Ignacio Díaz, por negligencia o descuido en la vigilancia de los cables que conducen la energía eléctrica desde la planta municipal hasta el barrio de Nariño, y por ser la misma Entidad la creadora del riesgo.

"b) Que la Entidad mencionada en la letra inmediatamente anterior debe a la viuda señora Laura Ricaurte y a sus hijos José Ignacio, María Eugenia, María Ana y Teresa Díaz Ricaurte o en subsidio a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida formada por Ignacio Díaz y Laura Ricaurte y a la sucesión de éste, la suma de diez mil pesos como perjuicios materiales, y la de diez mil pesos como perjuicios morales, provenientes ambos de la muerte del señor Ignacio Díaz de la que es civilmente responsable el municipio de Montenegro".

Los fundamentos de esa demanda los expuso el actor así:

"En el año de 1941 la familia Díaz-Ricaurte se vio sometida a un acontecimiento luctuóso originado por un fenómeno físico y por el descuido que las personas, tanto naturales como jurídicas, mantienen frente a estos elementos de peligro.

"Los antecedentes de este hecho y los subsiguientes que motivan la demanda son estos:

"PRIMERO: En la mañana del día diez y siete de agosto de mil novecientos cuarenta y uno salió el señor Ignacio Díaz a dar cumplimiento a uno de sus muchos deberes, cual era el de arrear algunas vacas hacia el ordeñadero. Al ir en persecución de una res extraviada el señor Díaz se vio obligado a dar vado a un cerco de alambre que se interponía entre él y el animal extraviado, estableciendo contacto con los hilos metálicos de dicha cerca, rozamiento que le causó una muerte instantánea por electrocución.

"SEGUNDO: Trasladada la Alcaldía de Montenegro al barrio denominado Tierrabaja, en donde había ocurrido el suceso que se deja relatado, se encontró al practicar la diligencia de levantamiento del cadáver, que el señor Díaz había fallecido por electrocutamiento proveniente de un circuito establecido entre el vallado de alambre y los cables que conducen la energía eléctrica desde la planta eléctrica municipal de Montenegro hacia el barrio Nariño de esa misma población.

"TERCERO: El corto circuito se había ocasionado merced al contacto de las líneas primarias con un cable templete sostenedor del poste metálico, templete excesivamente largo, cuyo sobrante iba a enredarse, por imprevisión, en el cerco de alambre referido, según se desprende del acta del levantamiento del cadáver, cuya copia acompaño con el fin de que su estudio contribuya al mejor dilucidamiento del caso.

"CUARTO.—Certifican los expertos que efectuaron la necropsia, que el aspecto general que presentaban las vísceras era completamente normal, salvo, naturalmente, las lesiones internas y externas debidas a acción de la violenta descarga eléctrica. La edad madura del occiso, la salud de que parecía gozar antes del acontecimiento, las mismas labores a que estaba consagrado, prometían para él una supervivencia de, por lo menos, otros veinte años.

"QUINTO.—Siendo el municipio de Montenegro, por falta de vigilancia sobre los cables conductores de la energía eléctrica, el directamente responsable de la muerte del señor Díaz, dirigíme oportunamente al H. Concejo de esa población, procurando evitar los largos y dispendiosos trámites judiciales. Mas ha sido completamente inútil toda tentativa de una amistosa transacción".

Como fundamentos de derecho se citaron los artículos 1757, 1768 y 2356 del Código Civil.

La entidad demandada contestó el traslado que de la demanda se le dio negando todos los hechos en que se fundamenta, oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y proponiendo las excepciones de carencia de derecho y de acción, improcedencia de la misma, ilegitimidad de la personería de los demandantes, ineptitud de la demanda, culpa del extinto Ignacio Díaz, caso fortuito y todas las demás que resulten comprobadas.

Continuado el juicio por sus correspondientes trámites, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 16 de abril de 1943, por la que declaró probada la existencia de la excepción perentoria temporal de falta de personería sustantiva de la parte demandante, sin costas, con fundamento en que no se demostró que la entidad demandada, sea dueña o administradora del establecimiento o planta eléctrica que desarrolló la energía causante del daño.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, al cual llegó el juicio por virtud de apelación concedida a la demandante, previo el trámite de rigor, cerró el segundo grado de la instancia, en sentencia de 8 de marzo de 1945, por medio de la cual revocó el fallo apelado y en su lugar resolvió lo siguiente:

"1º Que la entidad política denominada municipio de Montenegro (Caldas) es directamente responsable civilmente de la muerte del señor Ignacio Díaz, por negligencia o descuido en la vigilancia de los cables que conducen la energía eléctrica de la planta municipal hasta el barrio de Nariño, por ser la misma entidad la creadora del riesgo.

"2º Que dicho municipio de Montenegro debe pagar a la señora Laura Ricaurte y a sus menores hijos José Ignacio, María Eugenia, María Ana y Teresa Díaz Ricaurte la suma de quinientos pesos por concepto de perjuicios morales de que habla la parte motiva de esta sentencia;

"3º Que asimismo el municipio de Montenegro está en la obligación de pagar a las mismas personas citadas en el punto anterior el valor de los perjuicios materiales y el resto de los morales por concepto de la muerte del señor Ignacio Díaz, ciñéndose para su tasación de conformidad con el

artículo 553 del C. Judicial, a las pautas contenidas en esta providencia y a las piezas procesales que con estos puntos guarden relación".

El sentenciador encontró como plenamente demostrado que en la mañana del 17 de agosto de 1941 el señor Ignacio Díaz al hacer contacto con una cerca de alambres de púas que separaba un potrero de la vía pública por donde pasa el Ferrocarril Nacederos-Armenia, recibió una descarga eléctrica que le produjo instantáneamente la muerte. Del acta del levantamiento del cadáver, practicada por la Alcaldía de Montenegro, en el sitio en donde se operó el accidente, destacó los siguientes apartes como constatación de los hechos que allí se refieren:

"El cadáver fue encontrado a sesenta y un metros con treinta centímetros de un poste que conduce líneas primarias de la planta eléctrica municipal hacia el barrio Nariño de la ciudad, líneas que pasan en alto y por encima del alambrado de que se ha hablado. Este poste es de guadua, y a continuación, distando veintiséis centímetros, se encuentra un poste metálico con dos crucetas, instalado recientemente y al cual se piensan pasar las líneas primarias. El poste de guadua tiene un templete para sostenerlo, el cual es de hierro galvanizado y dá al potrero, pasando por encima del alambrado. El templete o rienda del poste de guadua es doble y de un calibre de diez milímetros, al parecer. El poste metálico tiene un templete de cobre que dá precisamente a la misma estaca metálica en donde está amarrado el del poste de guadua. El mismo alambre que presta servicio de templete al poste metálico, tiene dos vueltas en el poste de guaduas y tres metros con ochenta centímetros más, colgando al suelo y dando precisamente sobre el alambrado, cerca ésta que dista sesenta y cinco centímetros del poste metálico. La estaca que sostiene los templetes está a tres metros con cincuenta centímetros del poste metálico. Precisamente enredadas ambas patas en los templetes y al pie de la estaca metálica, se encontró muerto un caballo colorado. Al ser desenredado el caballo y ceder los templetes, desapareció el contacto establecido entre las líneas conductoras de energía eléctrica y el poste metálico, rozamiento o contacto que se advirtió antes, precisamente en medio de las dos crucetas del poste de metal. Ya desaparecido el contacto entre la línea primaria y el poste metálico, aquélla quedó a unos diez centímetros de éste. Se advierte que el alambre de cobre hacía contacto únicamente con el cuarto hilo de alambre, pero éste a su vez lo hacía con los demás que forman la cerca. En esta forma queda establecido que Ignacio Díaz murió electrocutado".

Aceptado, pues, como debidamente comprobados los referidos antecedentes pasó a considerar como puntos previos lo relativo a la personería de demandante y demandado y encontró al respecto elementos probatorios suficientes para darlas por establecidas.

Entró después a estudiar lo tocante a la responsabilidad civil de la parte demandada y halló como plenamente justificados los siguientes hechos: que "la empresa eléctrica que ocasionó la muerte a Ignacio Díaz estaba bajo la administración y cuidado del Municipio de Montenegro"; que por orden de esa entidad "se habían colocado a una proximidad casi contigua e inmediata a los soportes de guadua que mantenían las líneas de alta tensión, unos postes metálicos con sus respectivas crucetas para traspasar los hilos conductores, una vez fraguara la construcción en cemento en que estaban incrustados y poder hacer el traslado de las líneas"; que entre el poste de guadua y el metálico existía una distancia de veintiséis centímetros y entre los alambres de alta tensión colocados sobre uno de los brazos de la cruceta y el poste metálico mediaba una distancia de diez centímetros; que el poste de guadua fue sujetado con un templete de hierro galvanizado y el de metal con un alambre de cobre, los cuales pasaban por encima del alambrado para sujetárse a una estaca de metal que estaba dentro del potrero, a una altura muy baja, y que "lo que es más grave todavía es que con la misma cuerda que sirvió de templete al poste metálico se le hubieran dado dos vueltas al poste de guadua, desde luego más próximo a la cerca de alambre y haber dejado libre la misma cuerda en una longitud de tres metros con ochenta centímetros colgando al suelo y dando precisamente sobre el alambrado" de la cerca del potrero; que indudablemente la muerte de Ignacio Díaz fue ocasionada por una fuerte descarga eléctrica al ponerse en contacto el poste metálico con una de las primarias y la cuerda suelta que el poste sostenía con los hilos de la cerca de alambre que separan la vía pública del potrero donde posiblemente el occiso quiso penetrar.

Analizando estos hechos dijo el sentenciador:

"Como se vio por los pequeños apartes transcritos de las numerosas pruebas que a este respecto contiene el proceso y del cúmulo de datos que arroja el concepto pericial rendido durante el término de pruebas, la muerte de Ignacio Díaz se debió a un acto manifiesto de culpa originado por

el sumo descuido, negligencia e imprevisión por parte de los operarios que actuaron por cuenta del municipio de Montenegro en la colocación de los postes metálicos que habían de sustituír a los de guadua que venían funcionando. No se necesitaba mucha técnica ni siquiera de aquél buen sentido y razón que implica el ejercicio de algún acto, para ver que la inmediata proximidad de unas líneas de alta tensión a un poste metálico, conductor eficacísimo de la electricidad, pudieran representar grave peligro, máxime si a esto se suma el haber consentido que parte del templete sobrante de cobre que sujetaba el poste metálico, al mismo tiempo que daba dos vueltas al soporte de guadua, fuera a ponerse en contacto con los hilos de la cerca de alambre.

"El apoderado de la parte demandada ha pretendido alegar caso fortuito al tratar de establecer en primer término el buen estado y firmeza de la guadua que servía de soporte a las líneas de alta tensión y en segundo el que la electrificación de la cerca de alambre se debió al hecho casual de haberse enredado, en los templetes que daban hacia el potrero, un semoviente, cuya muerte se constató además como ocurrida por electrocución.

"Si a la sucesión de riesgos y peligros causados por la imprevisión y descuido se auna por último el haber sujetado dentro del potrero los templetes a una altura capaz para un animal tropezarse y enredar en ellos, este hecho aumenta la responsabilidad por cuanto constituye otro acto de imprevisión por parte de quien tenía la obligación de emplear sumo esmero y cuidado en el manejo de una empresa cuya peligrosidad no tiene límites. El solo hecho de haberse podido enredar el semoviente en los templetes que sujetaban los postes conductores de las primarias acusa por sí solo el peligro que los operarios del municipio crearon con la ejecución de ese acto. Por otra parte dicen los peritos doctores Restrepo y Monsalve refiriéndose a la manera de sujetar templetes que "Es lo común y corriente cuando se usan o precisan templetes, prenderlos de una estaca inclinada a una altura no inferior a dos metros con cincuenta, como igualmente es lo común y corriente, aconsejado por la técnica, el sentido común y el mediano juicio o sindéresis, que la estaca no sea metálica y que el templete no afiance al mismo tiempo la guadua y el poste metálico y el no dejar sobrante suelto de templete".

"Por cualquier aspecto por donde se mire, la causa que originó la muerte de Ignacio Díaz, se observará que ello tuvo su cumplimiento no en forma casual y fortuita, sino en virtud de una serie de actos imprudentes que crearon el riesgo.

"De manera que en aplicación del artículo 2356 del C. Civil, ampliamente dilucidado en multitud de fallos emanados de la H. Corte Suprema de Justicia y de los diversos Tribunales del país, todo daño que pueda imputarse a negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta. La culpa en este caso se denomina extracontractual y toca al demandado demostrar la fuerza mayor, el caso fortuito o intervención de un elemento extraño, sobre todo en tratándose de empresas de naturaleza peligrosa como lo es una planta de energía eléctrica".

Concretándose después a las súplicas de la demanda consideró que la primera debía despacharse favorablemente como consecuencia de las razones antes aludidas. Con relación a la segunda estimó que los perjuicios materiales estaban acreditados en el expediente, aun cuando no en cuantía determinada, por lo cual se hacía preciso proferir una condenación en abstracto para regularlos posteriormente al momento de la ejecución del fallo, disponiendo igualmente que los morales objetivados se avaluasen mediante el mismo procedimiento, y con relación a los morales no objetivados estimó del caso aplicar por analogía la facultad que al Juez en lo Penal confiere el artículo 95 del Código Penal.

Con relación a las excepciones dijo que dada la argumentación en que el fallo se sustenta se deducía claramente que ellas no podían prosperar.

A la entidad demandada se le otorgó recurso de casación, el cual debidamente preparado se pasa a decidir.

El recurrente invoca contra la sentencia la primera causal de casación consagrada en el artículo 520 del Código Judicial y las acusaciones que conforme a ella se formulan se estudiarán en seguida en el orden en que han sido propuestas.

Cargo primero: Sostiene el recurrente que el Tribunal al condenar al Municipio al pago de perjuicios materiales y morales se basó en la afirmación equivocada de que la muerte de Díaz se debió a un acto manifiesto de culpa de la entidad demandada, con lo cual incurrió en error de hecho manifiesto en los autos por no haber apreciado algunas pruebas y haber apreciado erróneamente otras. Aunque el recurrente no lo dice expresamente, parece que entre las pruebas mal apreciadas cita la diligencia de levantamiento del cadáver, folio 9 del cuaderno número 1, y la certifica-

ción del Alcalde que obra al folio 13 del cuaderno número 3, las cuales dice que como documentos auténticos que son, al tenor de los artículos 593 y 632 del C. J., acreditan plenamente que el accidente en que perdió la vida Ignacio Díaz se debió a la intervención del elemento extraño imprevisible y casual de haberse enredado un caballo en los templetes que sujetaban ambos postes y al hacer por este hecho contacto la línea conductora de energía y el poste metálico. Se refiere luego al descuido e imprevisión que el Tribunal imputa al Municipio por el hecho de haber sujetado dentro del potrero los templetes a una altura capaz para que un semoviente pudiera enredarse en ellos, y dice que a pesar de esas afirmaciones, el Municipio al poner tales templetes obró con prudencia y diligencia, circunstancias éstas que estima acreditadas con las declaraciones de Juan Gómez, Abelardo López, y de otros testigos presenciales, que obran a los folios 16 a 20, del cuaderno número 3, las cuales dejó de apreciar el Tribunal y que constituyen plena prueba al tenor del artículo 697 del C. J.; que el Tribunal sólo apreció sobre este punto el dictamen de los peritos doctores Restrepo y Monsalve, el que carece de valor probatorio porque versó sobre una cuestión que no es de técnica; que la negligencia e imprevisión que el sentenciador imputa al Municipio por haber colocado el poste metálico a tan inmediata proximidad de las líneas de alta tensión no tiene ninguna validez por las razones que al respecto allí expone. Por último, después de dar a entender que el Tribunal incurrió en error acogiendo la teoría del riesgo, cuando al finalizar el número primero de la parte resolutiva estampó la frase que dice: "por ser la misma entidad la creadora del riesgo", remata las alegaciones en que sustenta este cargo sosteniendo que el Municipio usó de la prudencia y diligencia aconsejables para evitar cualquier accidente, lo cual lo exime por completo de toda responsabilidad en la muerte de Díaz y que el Tribunal incurrió en un error de hecho evidente al dejar de apreciar las declaraciones de los testigos mencionados y al haber admitido como plena prueba el dictamen pericial sobre los puntos referidos, "violando así en forma directa, por interpretación errónea los artículos 2341 y 2356 del C. C., por cuanto no declaró exento de responsabilidad al Municipio de Montenegro, ya que el accidente se produjo debido a la intervención de un elemento extraño, por causas ocasionales o fortuitas y por estar demostrado de un modo manifiesto en los autos que el Municipio sí tomó todas las precauciones para evitar que se produjera cualquier accidente".

Se considera:

Es de anotarse, ante todo, que, por lo que hace al planteamiento de este primer cargo por algunos de sus aspectos, incurre el recurrente en notorios errores, en cuanto no se ajusta a las reglas que gobiernan la técnica de la casación. Así ocurre en lo relacionado con el examen que hace de las pruebas que a su juicio demuestran la intervención de un elemento extraño en la consumación del accidente, pues en esa alegación para combatir el criterio jurídico del Tribunal le opone el criterio particular suyo en la apreciación de los hechos, y sabido es que tal procedimiento es ineficaz en casación, pues ante todo es indispensable demostrar y no sólo alegar, que en la apreciación probatoria del sentenciador se incurrió en error de derecho o de hecho que aparezca de manifiesto en los autos. También sostiene el recurrente que el Tribunal "incurrió en error de hecho evidente" "al haber admitido como plena prueba el dictamen pericial", y en ello no podría encontrarse un error de la naturaleza mencionada sino uno de derecho, ya que éste consiste precisamente en asignarle a una prueba un valor que no le corresponde o en negarle el que en realidad debe tener conforme a la ley. Por último tampoco es exacto el concepto del recurrente cuando dice que se ha operado violación directa de las disposiciones sustantivas que cita, pues en caso de existir tal violación ella provendría de haberlas aplicado sobre una errada apreciación de las pruebas. Pero no obstante esas notorias deficiencias de técnica que se anotan por vía de doctrina, la Corte, procediendo con amplitud de criterio, estima del caso tomar en cuenta el cargo, para lo cual considera oportuno sentar las siguientes premisas de orden jurídico:

Está ya suficientemente definido por la doctrina, y ésta es cosa que no se discute en este pleito, que el Estado, al igual que las personas naturales y de las demás personas morales con personería jurídica, tales como los Departamentos y Municipios, responden tanto de sus propias culpas, como de las cometidas por sus agentes o empleados con ocasión de la prestación de los servicios públicos.

El actor, en las acciones por culpa delictual y cuasi-delictual, está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa. Pero tal regla tiene a veces sus excepciones cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad, revelan la existencia de una

culpa, cuya prueba directa y específica no se le exige en tales casos al demandante. Así ocurre cuando la víctima ha sido ajena a la ejecución del hecho, consumado en virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa en relación con terceros, pues a aquélla le basta probar que el daño lo sufrió por razón o con motivo de semejantes actividades para que el autor del daño se presuma culpable, con lo cual el damnificado ha cumplido su papel probatorio.

Estos principios están expresamente consagrados, entre otras disposiciones legales, en el artículo 2356 del Código Civil, en el cual la Corte ha encontrado constantemente, a partir de la sentencia de 14 de marzo de 1938 (G. J. Nº 1934), que se establece una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo, empleo o uso de elementos peligrosos, la cual releva a la víctima de suministrar la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, bastándole sólo demostrar el hecho dañoso y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio sufrido, para echar sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa destructora de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad, lo cual sólo puede lograr mediante la demostración de uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y el cual puede consistir en un error de conducta de la propia víctima, pues para exonerarse de toda responsabilidad en el caso de que se viene hablando no es suficiente la simple prueba de la diligencia y cuidado por parte de quien ha debido emplearlos.

Sobre la virtualidad liberatoria de responsabilidad de esos tres factores ha dicho la Corte:

"La fuerza mayor exonera siempre de responsabilidad, pero no sucede lo mismo con el caso fortuito, en tratándose del ejercicio de actividades peligrosas, porque cuando el accidente ha podido o debido ser previsto por quien ejercita la actividad, el caso fortuito que motiva el accidente, por lo mismo que era previsible no causa exoneración de responsabilidad. El error de conducta de la víctima, envuelve el concepto de una culpa en ésta y entonces esta culpa se enfrenta a la del agente y se produce, según las circunstancias, la reducción en el monto del perjuicio que puede llegar hasta la compensación total. No es pues que el error de conducta de la víctima destruya la culpa del agente ni menos que ese error rompa la relación de causalidad entre el hecho que produce el accidente y el perjuicio, sino que existiendo ambas culpas, la del agente y la de la víctima, el daño causado está sujeto a reducción en los términos ya expresados y tal es el verdadero alcance del artículo 2357 del Código Civil".

(G. J., Tomo L., Nos. 1964 y 1965, sentencia de 18 de noviembre de 1940).

Sentados los anteriores principios y teniendo en cuenta que ellos son de estricta aplicación al caso en autos contemplado, ya que está admitido como cosa no discutida que el Municipio es dueño o administrador de la empresa de energía eléctrica; que ésta desarrolla en el sitio del suceso un voltaje de 2299, 8795, más que suficiente para producir la muerte instantánea de una persona (dictamen pericial doctores Restrepo y Monsalve, f. 72 v., cuaderno Nº 4), lo cual demuestra a las claras su excesiva peligrosidad, y que Ignacio Díaz murió electrocutado por la corriente de esa planta eléctrica al establecerse un circuito entre las líneas de alta tensión y la cerca de alambre del potrero, con la cual hizo contacto la víctima, se comprende que en contra del demandado opera una presunción de culpabilidad, que eximía al actor del deber de suministrar la prueba concreta y específica de la culpa en que aquél hubiera incurrido. Por tanto si el sentenciador erró en la apreciación de las pruebas de donde dedujo que estaba demostrada la culpa del Municipio, el cargo no incide en casación, porque habría necesidad de llegar a la misma conclusión por fuerza de los principios jurídicos y de las situaciones procesales indiscutidas de que antes se ha hablado. Igual cosa acontecería si se constatase que la entidad demandada obró prudente y diligentemente en la ejecución de los hechos suyos concatenados con la realización del accidente, porque ejercitando el Municipio, como se ha dicho, una actividad esencialmente peligrosa y actuando por ello en su contra una presunción de culpabilidad, de ésta no se exonera mediante la mera prueba de la diligencia y cuidado ordinarios en esas actividades, sino con la demostración precisa de la fuerza mayor o caso fortuito o de la intervención de un elemento extraño que no le sea imputable.

El recurrente cree encontrar la intervención de un elemento extraño liberatorio de su responsabilidad en el hecho de haberse hallado al pie de la estaca metálica enredado un semoviente en los templetes y ser ésta la causa que produjo el contacto que se estableció entre las líneas conductoras y el poste metálico; pero este hecho le es im-

putable al Municipio y por ello carece de la virtualidad liberatoria que le asigna el recurrente, pues en él o en su acaecimiento tuvo ingerencia o participación una imprevisión o descuido de la entidad demandada, dada la manera contraindicada por la técnica como fueron sujetados los templetes dentro del potrero, a una altura capaz para que uno de los animales que en él pastaban se pudiese enredar en aquéllos y producirse así el contacto que determinó la electrificación de las cercas de alambre. Sobre este punto es concluyente el dictamen pericial antes aludido rendido por expertos electricistas sobre una cuestión que indudablemente cae dentro de la esfera de sus conocimientos, pues en él los peritos aseguran, que "es lo común y corriente cuando se usan o precisan templetes, prenderlos de una estaca inclinada a una altura no inferior de dos metros con cincuenta, como igualmente es lo común y corriente, aconsejado por la técnica, el sentido común y el mediano juicio o sindéresis que la estaca no sea metálica y que el templete no afiance al mismo tiempo la guadua y el poste metálico y el no dejar sobrante suelto del templete".

Pero fuera de esto existen otros hechos claramente imputables al Municipio reveladores de culpa, descuido o imprevisión, sin cuya ocurrencia no se habría producido el accidente, tales como los siguientes: haberle dejado el templete metálico un sobrante de tres metros ochenta centímetros que caía sobre la cerca de alambre, cuya electrificación se verificó por conducto de dicho sobrante; haber colocado el poste metálico a una distancia del poste de guadua que en su base era de 23 centímetros y en su extremidad superior apenas de 10, y haberlos atado ambos con la cuerda que sirvió de templete al poste metálico, y no haber colocado los templetes en la misma dirección de los rieles, de manera que como lo dicen los peritos hubieran quedado los postes tensionados en sentido contrario, "en forma tal que al obrar una fuerza extraña sobre cualquiera de los templetes, como efecto natural se hubiera producido la separación entre las líneas de alta tensión y la torre metálica y no acercamiento o juntura como ocurrió en el caso presente por la viciosa, antitécnica y pésima colocación de los templetes" (dictamen citado, f. 74).

Es claro que si alguno de estos hechos antecedentes o si todos ellos no se hubiesen llevadó a cabo por el Municipio, el daño no se habría consumado, aun a pesar de que dada la baja altura de los templetes se hubiese enredado en ellos un semoviente.

Por último el reparo que a la sentencia formula el recurrente al dar a entender que acoge la llamada teoría del riesgo creado, carece de todo fundamento, pues es obvio que cuando el Tribunal habla de riesgo en el fallo recurrido, no lo ha entendido en el concepto que este vocablo tiene en el sentido de la responsabilidad objetiva, desde luego que es marcado el empeño que el sentenciador empleó en demostrar la culpa en que incurrió el Municipio para deducir su consiguiente responsabilidad, y esta circunstancia excluye que le hubiera dado acogida a la mencionada teoría.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo segundo: Afirma el recurrente que el Tribunal incurrió en error de hecho manifiesto en los autos por haber dejado de apreciar algunas pruebas que demuestran que el accidente se debió a culpa de la víctima, que se expuso imprudentemente a sufrir el daño, error que lo llevó a violar por mala interpretación los artículos 2341 y 2356 del Código Civil, y por falta de aplicación, el artículo 2357 de la misma obra. Como pruebas dejadas de apreciar señala el dictamen pericial en lo referente a la contestación contenida en el punto cuarto del mismo y lo expuesto en el hecho primero de la demanda, de las cuales deduce como plenamente demostrado que Ignacio Díaz quiso atravesar el cercado de alambre que se interponía entre él y el animal extraviado, sin que por ese lugar existiera puerta ni sendero abiertos, ni fuera una vía pública y sin que fuera dueño del potrero, ni hubiera obtenido previo permiso de su dueño, y que además invadió una zona de tránsito prohibida para peatones, como lo es la zona de la carrilera del ferrocarril.

Se considera:

Es cierto que el Tribunal no analizó ni tomó en cuenta las pruebas aludidas por el aspecto a que el recurrente se refiere; pero de ellas no es posible desprender que la víctima se expuso imprudentemente al daño, porque es elemental que tal imprudencia sólo podría darse si Díaz, sabiendo que la cerca de alambre estaba electrizada hubiera intentado pasarla, desde luego que el conocimiento del riesgo o del peligro es un elemento subjetivo indispensable para deducir o no la culpa de la víctima, y la demostración de ese hecho no consta en los autos. Tampoco constituye un error de conducta de la víctima el que tratara de introducirse a un predio ajeno, sin permiso de su dueño, para así darle alcance a la res extraviada, porque es

de usual y frecuente ocurrencia entre vaqueros proceder en las mismas condiciones en que procedió Díaz, y mucho más cuando se obra sin ánimo de ocasionar perturbación alguna al dueño del predio y cuando, con permiso o sin él, el accidente en todo caso habría acontecido.

De otra parte, el accidente no ocurrió al transitar Díaz, si es que transitó, por la zona de la carrilera, pues está probado que aquél se produjo al hacer contacto la víctima con la cerca de alambre del potrero, la cual, según se desprende del acta de levantamiento del cadáver, dista de aquélla por lo menos tres metros. Luego, por este aspecto, no puede hallarse la culpa de que el recurrente habla.

No prospera, pues, la acusación.

Cargo tercero: Con fundamento en las alegaciones antes expresadas dice el recurrente que en caso de que se considere que hubo alguna culpa del Municipio y como cree demostrado que la víctima se expuso imprudentemente al daño, el Tribunal debió aplicar el artículo 2357 del Código Civil, y que como asi no lo hizo, lo violó, por lo cual pide que la sentencia sea parcialmente casada; pero como ya se ha visto que con la culpa presunta y a la vez probada del Municipio no concurre una culpa de la víctima, el Tribunal no tenía por qué aplicar en ese caso el precepto del artículo 2357, por lo cual no incurrió en su quebranto.

Cargo cuarto: Sostiene, en síntesis, el recurrente que el sentenciador condenó al Municipio al pago de perjuicios materiales, morales no objetivados y morales objetivados, y que como no está demostrado en el expediente que los demandantes hubieran sufrido perjuicios de la índole últimamente mencionada, al condenarlo al pago de ellos no estando causados, el Tribunal violó, por interpretación errónea, los artículos 1613, 2341 y 2356 del C. C.

Se considera:

La sentencia condenó al demandado a pagar a los actores indemnizaciones por razón de los perjuicios materiales, morales no objetivados y morales objetivados sufridos por aquéllos. El cargo en estudio no se endereza en contra de la condena proferida con fundamento en las dos primeras clases o categorías de daños mencionadas, de tal suerte que nada de lo que aquí haya de decirse y resolverse tiene relación con esos puntos. La acusación se propone en contra de la condena que toma como base a los últimos, o sea los perjuicios morales objetivados, los cuales, siguiendo las distinciones y definiciones hechas en conocidas jurisprudencias de la Corte, son aquellos que entrañan para la víctima alguna consecuencia pecuniaria, alguna disminución y merma de su patrimonio causadas o producidas con ocasión o como resultado de un quebranto moral. Tal sería, por ejemplo, la inhibición para el trabajo, que lo hace menos productivo o que determina una baja en las entradas de un negocio, que a los demandantes se les hubiera causado con motivo de la pena o del dolor que naturalmente debió producirles la muerte de su esposo y padre.

Aceptadas estas premisas, se observa que el proceso no contiene prueba ni dato alguno que demuestren que a los actores se les ha ocasionado un perjuicio moral objetivado, por lo cual es contrario a derecho imponerle al demandado una obligación de reparar una lesión no comprobada, pues sabido es que la amplitud o el alcance que debe otorgársele a la obligación indemnizatoria se determina por la existencia y extensión verdadera del daño. La indemnización se otorga en tanto se pruebe que éste ha acaecido, ya que el perjuicio no se presupone de ordinario, en tal forma que la existencia de la lesión es condición previa e ineludible de la obligación de reparar. La víctima tiene el derecho de exigir una compensación igual al perjuicio que en realidad se le ha causado, pero no puede exigir más.

Cómo consecuencia de lo expuesto se deduce que el cargo en estudio es procedente y que debe ser casada parcialmente la sentencia recurrida; en cuanto al segundo aparte del punto tercero de la parte resolutiva de la misma, impone el Municipio la obligación de cubrir una indemnización por concepto de perjuicios morales no objetivados, que no se ha probado se hayan causado. Se suprime, pues, esta condena y se deja en pie la relacionada con los perjuicios morales subjetivos estimada por el sentenciador en suma concreta y la referente a los perjuicios materiales que habrán de estimarse conforme a lo dispuesto en el artículo 553 del Código Judicial.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira proferida en este negocio con fecha ocho

de marzo del año pasado, en el sentido de suprimirle la condena por los mencionados perjuicios morales objetivados, y la deja vigente en todo lo demás.

Sin costas en el recurso.

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

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

REIVINDICACION

Dentro de los tres objetos que el artículo 2637 del Código Civil asigna al registro o inscripción de los instrumentos públicos el último, por su fin predominante de dar seguridad a los títulos, permite su utilización como prueba supletoria en las condiciones que determina el artículo 2675 del C. C., esto es, cuando ocurra el caso de pérdida del protocolo o expediente en que estaba consignado el título original registrado y no existiere en poder del interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes guardados en oficinas públicas, pero con la obligación que corresponde a la calidad de supletoria de la prueba, de que se demuestre por quien quiera usarla que el protocolo ha desaparecido, y que la certificación del Registrador, con el objeto preindicado, sea expedida por orden del juez. Suplir una prueba principal y solemnemente exigida por la ley, sin el cumplimiento de las condiciones exigidas para la suplencia, es quebrantar una norma legal probatoria, o sea, incurrir en error de derecho en la apreciación de su mérito demostrativo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 1º del Circuito de Zipaquirá, en libelo de fecha 22 de octubre de 1942, Benjamín Hoyos R., por medio de apoderado, demandó a Emilio Fandiño en juicio ordinario de reivindicación, para que se declare que el demandante es dueño de un lote de terreno, parte del denominado La Toma, ubicado en el sitio del Oratorio en jurisdicción municipal de Nemocón, con cabida de seis fanegadas, dos mil doscientas trece varas cuadradas alinderado como allí se expresa, y que, en consecuencia, se condene al demandado, como poseedor de mala fe, a restituírselo con sus frutos naturales y civiles y a pagarle las costas del juicio.

Surtido el traslado legal, el demandado contestó oponiéndose a que se hagan las declaraciones impetradas y negando la mayor parte de los hechos fundamentales de la acción de dominio, y propuso algunas excepciones perentorias.

Llevado a su término el trámite de primera instancia, el Juzgado del Circuito desató la litis con su sentencia de 14 de marzo de 1944, totalmente absolutoria.

Sentencia acusada

La apelación del demandante elevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que lo sentenció en segundo grado el 28 de noviembre de 1944 revocando la sentencia recurrida y haciendo, en su lugar, todas las declaraciones demandadas, inclusive la condena en costas de ambas instancias.

Están, en concepto del Tribunal, fehacientemente establecidos los elementos esenciales para la prosperidad de la acción reivindicatoria, esto es, singularidad de la cosa reivindicada, dominio del actor sobre ella, posesión del demandado e identidad entre la cosa reivindicada y la poseída por éste. En lo que respecta a la propiedad del demandante, que es el aspecto debatido en el recurso, estima la sentencia que la parte actora trajo a los autos distintos elementos probatorios, la mayor parte vistos a través de certificados del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Zipaquirá, con los cuales se demuestra plenamente y "puede describirse así la tradición ordenada o cronológica del lote en cuestión: Cerbeleón Fandiño adquirió para sus hijos varios bienes, entre ellos el que es materia del proceso; la comunidad así formada se liquidó y en la partición se adjudicó el lote indicado a la comunera María Antonia Fandiño; en el juicio ejecutivo que contra ésta seguía Elías Hernández se embargó el tal bien, y fue luego rematado en la subasta de ese juicio por el acreedor Hernández; ya en poder de éste, lo vendió a los señores Carlos J. y Gratiniano Durán quienes lo traspasaron a Benjamín Hoyos, en cuyo poder reside su última inscripción según las constancias que al particular expidió el

registrador de instrumentos públicos de Zipaquirá". Se menciona a continuación en la sentencia la titularidad que el demandado opone a la del actor para concluír que no es "hábil o suficiente a obtener el cambio de la situación jurídica" acreditada por el demandante.

El recurso

Está el negocio al actual conocimiento de la Corte por recurso de casación oportunamente interpuesto por la parte demandada contra la sentencia definitiva de segunda instancia.

Se apoya el recurso en la primera de las causales legales del artículo 520 del C. J. y se funda en una larga demanda cuya mayor parte es inservible como materia de estudio de casación porque se dedica a replantear la cuestión litigiosa como si se tratara de resolver la controversia y no de juzgar la sentencia que la desató. Dejando de mano todo lo que de inconducente tiene la demanda fundamental del recurso, la Sala encuentra que se formula con razón un cargo por violación indirecta de la ley sustantiva, bastante para producir la infirmación del fallo, y a él, de acuerdo con el artículo 538 del C. J., circunscribe la consideración del recurso.

El cargo, sintética y ordenadamente expuesto, se hace consistir en que el Tribunal al estimar las titulaciones enfrentadas por parte y parte para probar su pretendido dominio sobre el lote parcial de La Toma descrito en la demanda, sustituyó ilegalmente la prueba principal de las escrituras públicas con la supletoria de los certificados de registro para establecer las diversas transferencias del dominio del inmueble a partir de la compra hecha por Cerbeleón Fandiño en 1891, hasta llegar a las escrituras números 410 de 22 de febrero de 1934 y 389 de 7 de julio de 1942 por medio de las cuales Elías Hernández vendió la aludida finca a Gratiniano Durán y éste a su turno a Benjamín Hoyos, error de derecho éste que lo condujo a violar los artículos 946, 950 y 961 del C. C., desestimando los títulos escriturarios aducidos por el demandado.

Considera la Sala:

Según la demanda es éste un caso de reivindicación en que el demandado no ampara su pretensión de dominio en el hecho de su mera posesión, sino que ha opuesto a la de su demandante una titulación para contrarrestarla, de modo que el estudio de la acusación contra la sentencia impone el eslabonamiento y análisis probatorio de los títulos presentados por una y otra parte para decidir a cuál corresponde la preferencia.

De un mismo causante arrancan las pretensiones en controversia. Cerbeleón Fandiño es para ambas partes la fuente remota de donde hacen provenir sus respectivas cadenas de titulación.

El demandante Hoyos señala el dominio de aquél causante como la raíz del suyo y lo vincula a la liquidación de su herencia. "María Antonia Fandiño adquirió un derecho en el lote general de La Toma equivalente a la cantidad de $ 875 m|c. —dice el hecho 11 de la demanda— en la sucesión de su padre Cerbeleón Fandiño, según hijuela registrada en Zipaquirá con fecha 16 de febrero de 1918". Y explica que la comunidad de este modo formada se liquidó por virtud del juicio divisorio de José María Forero contra José Agustín Fandiño y otros, en el cual se adjudicó a María Antonia, entre otros bienes, el lote de La Toma alinderado en la demanda de este juicio, según partición registrada el 6 de febrero de 1924. Que esta adjudicataria hipotecó el referido lote en garantía de un préstamo de dinero a Elías Hernández, que no devolvió al vencimiento del plazo, por lo cual el acreedor la ejecutó habiéndose embargado en tal ejecución el inmueble y adjudicándose al acreedor Hernández en pago de su crédito. Que este rematador lo vendió a Carlos J. y Gratiniano Durán, y éstos, a su vez, al demandante Benjamín Hoyos, por escritura pública que se halla vigente y que se ha exhibido como título de probada suficiencia para su acción de dominio.

Esta es la historia que el actor hace del derecho de propiedad de que afirma ser dueño. El Tribunal la acepta en todos los detalles de su tradición con vista en las siguientes pruebas que estimó de mérito completo:

La escritura Nº 273 de 6 de mayo de 1891, de la Notaría de Zipaquirá, por medio de la cual Cerbeleón Fandiño compró para sus legítimos hijos Manuel Vicente, Ana Joaquina, Antonia y Emilio Fandiño, con dinero de los cuales pagó el precio, "un terreno denominado 'La Toma' partida del Oratorio y jurisdicción de Nemocón, el cual mide veinte fanegadas...";

La escritura Nº 410 de 22 de febrero de 1934, de la Notaría 4ª de Bogotá por medio de la cual Elías Hernández, con intervención de apoderado, vendió a Carlos J. Durán, quien adquirió para su menor hijo Gratiniano Durán, "un lote de terreno que hace parte de 'La Toma', ubicado en el sitio del Oratorio, de la jurisdicción del Municipio de Nemocón" que el vendedor dice haber adqui-

rido por remate en el ejecutivo que siguió contra María Antonia Fandiño y otro.

La escritura Nº 389 de 7 de julio de 1942, de la Notaría de Zipaquirá, por medio de la cual Carlos J. y Gratiniano Durán vendieron el referido lote a Benjamín Hoyos, hoy demandante en reivindicación.

Fuera de estas escrituras, el Tribunal apreció una serie de Certificados expedidos por el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Zipaquirá con los cuales estimó que se probaba plenamente la adjudicación que el actor dice le fue hecha en la finca de "La Toma" a María Antonia Fandiño en la liquidación herencial de su padre Cerbeleón; la hecha a ella del lote singularizado en este pleito, en la partición de la comunidad formada por la adjudicación sucesoral y la verificada a Elías Hernández en el remate de la ejecución mencionada.

Esta forma de prueba es la atacada en el cargo que se estudia por error en la estimación de su mérito. No autoriza nuestro derecho probatorio, como lo dice el recurrente, esta manera de establecer en juicio actos y contratos para cuya prueba requiere la ley la solemnidad de la escritura pública, producida y aportada a los autos en la forma prevista en el procedimiento civil. Dentro de los tres objetos que el artículo 2637 del C. C. asigna al registro o inscripción de los instrumentos públicos, —servir de medio de tradición, dar publicidad a los actos y contratos que trasladan, mudan, gravan o limitan el dominio de los bienes raíces, y ser garantía de los documentos—, el último, por su finalidad predominante de dar seguridad a los títulos, permite su utilización como prueba supletoria en las condiciones que determina el artículo 2675 del C. C., esto es, cuando ocurra el caso de pérdida del protocolo o expediente en que estaba consignado el título original registrado y no existiere en poder del interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes guardados en oficinas públicas, pero con la obligación que corresponde a la calidad de supletoria de la prueba, de que se demuestre por quien quiera usarla que el protocolo ha desaparecido, y que la Certificación del Registrador, con el objeto preindicado, sea expedida por orden del Juez. Suplir, como aquí se hizo, una prueba principal y solemnemente exigida por la ley, sin el cumplimiento de las condiciones exigidas para la suplencia, es quebrantar una norma legal probatoria, o sea, incurrir en error de derecho en la apreciación de su mérito demostrativo.

Visible es el error de la sentencia cuando al hacer cronológicamente la historia de la propiedad del lote cuestionado, coloca como raíz del derecho pretendido por el actor, la escritura Nº 273 de mayo de 1891 en que Cerbeleón Fandiño adquirió para sus hijos un terreno denominado "La Toma", pues si este bien no formó parte de su patrimonio, ni del de la sociedad conyugal, sino del de sus menores hijos, no tenía por qué figurar entre sus bienes relictos ni ser objeto de adjudicación a sus herederos, como lo pretende el demandante y lo acepta el Tribunal.

En estas condiciones, no habiéndose traído al proceso los instrumentos escriturarios legalmente adecuados e indispensables para demostrar judicialmente los antecedentes que el demandante señala como fuente de su derecho, la titulación aducida por él en cumplimiento de su obligación de probar, queda reducida a la escritura 410 de 22 de febrero de 1934, de la Notaría 4ª de Bogotá, por medio de la cual Elías Hernández vendió el solar de la demanda a los Durán, de quienes el demandante Hoyos lo adquirió por compra según la escritura Nº 389 de 7 de julio de 1942, de la Notaría de Zipaquirá. De ese título hacia atrás nada ha probado de la tesis fundamental que planteó en su demanda, según la cual él es dueño del solar que se reivindica como causahabiente de María Antonia Fandiño quien lo adquirió a título de heredera en la distribución de los bienes de su padre Cerbeleón Fandiño.

En contraposición a estas pruebas del reivindicador, el demandado poseedor trajo al expediente, en la oportunidad y forma legal los títulos que respaldan la historia de su pretendido derecho según la cual su propiedad tiene origen remoto en la escritura 273 de 6 de mayo de 1891 de la Notaría de Zipaquirá, ya citada, por la cual su padre Cerbeleón Fandiño adquirió para él y para sus hermanos el fundo de "La Toma", del que hace parte el solar determinado en la demanda de este juicio. Este litigante, como se ve, enraíza su derecho, no en comunidad herencial formada por la muerte de su causante, sino en la que resultó de la compra que reza la referida escritura.

A partir de este instrumento, Emilio Fandiño adujo los siguientes, en demostración de la forma como ha venido eslabonándose la propiedad del inmueble cuestionado hasta llegar a él:

Copia de la escritura pública número 129 de 8 de marzo de 1915, de la misma notaría de Zipaquirá, en la cual, después de hacer referencia a la anteriormente citada, Manuel Vicente, Emilio y

José Agustín Fandiños venden a Antonio María Fandiño todo lo que según la precitada escritura les corresponde en el terreno cuya ubicación y linderos se expresaron.

Copia de la escritura pública número 690 de 25 de marzo de 1936, de la Notaría 4ª del Circuito de Bogotá, por medio de la cual Antonio María Fandiño transfirió a título de venta a Emilio Fandiño un lote de terreno que hace parte del denominado "La Toma", situado en la vereda del Oratorio, dentro de la jurisdicción municipal de Nemocón, alinderados como allí se expresa. "Este lote así particularizado —dice la escritura— para mejor administración de los bienes comunales, es al que esta venta se refiere y tiene una cabida de seis fanegadas dos mil doscientas trece varas cuadradas con cincuenta y nueve centésimos de vara cuadrada y el vendedor se compromete a que le sea adjudicado en la división material de la comunidad existente. Tal lote representa una parte proporcional a un derecho comunero, y es el que el vendedor adquirió por compra que de él hizo al comunero Manuel Vicente Fandiño, por escritura 129 de 8 de marzo de 1915 pasada ante el Notario de Zipaquirá, quien a su vez lo adquirió con los otros comuneros que figuran en la escritura número 273 de 6 de mayo de 1891, pasada ante el Notario de Zipaquirá, de Margarita Sánchez..."

Las precitadas escrituras públicas obran en el proceso debidamente registradas, y el Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Zipaquirá certifica "que el señor Emilio Fandiño, actual propietario de la finca de que se trata, no la ha enajenado a ningún título en todo o en parte a ninguna persona".

El solar que describe esta escritura, aunque coincide por cabida con el particularizado en la demanda, tiene diferencia en su alinderación, pero de la identidad de los dos no deja duda la propia afirmación del demandante, quien en el hecho 13 de su demanda dice: "El contrato de venta que figura en la escritura número 690 de 25 de marzo de 1936, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá no tiene ningún valor, por ser fingido y simulado; el lote que figura como vendido en tal escritura ya había sido rematado por Elías Hernández A. con fecha 27 de abril de 1933, en un juicio en que había sido parte José Antonio o Antonio María Fandiño y Emilio Fandiño y cualquier dominio que hubieran tenido sobre él había quedado cancelado, como ya se dijo, con el registro del remate en cuestión".

Como se ve, las deficiencias probatorias de que adolece la demostración del derecho de dominio del actor sobre el solar que pretende reivindicar y que impiden encadenar su título de adquisición con el que indica como su fuente original del año de 1891, inclinan a tener como mejor caracterizada en el orden jurídico la propiedad del demandado Fandiño sobre el inmueble que posee y que el actor reclama, y sobre el cual tiene, cuando menos, un incuestionable derecho de comunero.

En mérito, pues, de las consideraciones que anteceden, contentivas a la vez de las razones que le han dado prosperidad al cargo en casación y de los motivos de la decisión de reemplazo, 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 proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de fecha 28 de noviembre de 1944, y en su lugar confirma la absolutoria proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Zipáquirá el 14 de marzo del año citado.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Emilio Prieto Hernández, Oficial Mayor en ppdad".

NULIDADES.—MINAS

Hay que distinguir entre la nulidad de una actuación y la ventilación en juicio ordinario de lo fallado en uno especial. Para esto último no es necesario que haya habido irregularidades procedimentales en ese juicio especial, ni esa posibilidad la abre la ley por motivo de irregularidad de ese orden. La establece con la mira de estudiar en determinados casos nuevamente y con la amplitud que un juicio ordinario ofrece, lo contenido en el especial. De ellos es ejemplo la sentencia de excepciones en el ejecutivo. Muy diferente de eso es la nulidad nacida de irregularidades procedimentales, sobre las cuales debe recordarse que no todas teienen esa calidad o categoría. Así, el Código Judicial establece que son causas de nulidad en todos los juicios las de su artículo 448, con las salvedades de los dos artículos subsiguientes (449 y 450), y agrega para el juicio ejecutivo las del artículo 451, de las cuales la segunda se extiende por el artículo 452 a todos los juicios especiales en que haya remate de bienes. Para el de concurso de acreedores hay, sobre ilegitimidad de la personería, la limitación del artículo 453.

La potestad que el artículo 456 confiere a las partes para pedir la declaración de una nulidad está condicionada allí mismo en tiempo y lugar en esta forma: ha de ejercitarse precisamente dentro del juicio mismo en que ella haya ocurrido y antes de dictarse sentencia. Por excepción puede ejercitarse en juicio distinto en el caso especial contemplado por el artículo 457.

2.—Según el Código de Minas desde el momento del aviso se adquiere la posesión ordinaria (artículo 304) y la regular, con la expedición del título. (Artículo 303).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Germán Molina Callejas demandó en vía ordinaria a la Compañía Minera de La Leona con los fines que se verán adelante. El Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, tramitada la primera instancia, la decidió el 30 de enero de 1942 absolviendo. Por apelación de Molina cursó la segunda en el Tribunal Superior, cuya sentencia de 11 de mayo de 1945 reformó aquélla así: en parte confirmó la absolución y en lo demás la revocó para declarar al respecto probadas las excepciones de petición antes de tiempo y de pleito pendiente.

El demandante por medio de abogado interpuso casación y fundó el recurso, el que hoy se decide.

Antecedentes:

En el año de 1884 se avisaron las minas de oro La Balsala, en la jurisdicción de Yolombó, y San José, en la de Pabón, hoy Municipio de Gómezplata, con la extensión indicada en las respectivas diligencias de posesión en 1886, la que sirvió de base para el pago de los impuestos desde entonces.

En 1923 se denunció la mina de El Darién entre las dos antedichas, a continuación de la mina El Tapón, hacia el sur, ubicada en esos dos Municipios; y, según el demandante, los denunciantes dejaron caducar su respectivo derecho por abandono.

El 5 de mayo de 1924 en la Acaldía de Gómezplata el señor Molina denunció con el nombre de El Tapón Sur lo que había sido materia del dicho aviso de 1923. Ordenada más tarde la posesión del caso a Molina, al ir a procederse a ella el 30 de mayo de 1930, hubo oposición, por lo cual aquélla no se llevó a cabo.

Con todo, el 8 de junio de 1930 aparece Molina dando en arrendamiento esta mina a Jesús Jiménez, quien dice recibirla, y el 27 de octubre del mismo año Molina demandó en lanzamiento a Jiménez y en seguida (el 30 de los mismos) Jiménez contestó conviniendo y renunciando el traslado. De ahí que el Juez ordenara el lanzamiento y procediera a la entrega en diligencia que se anuló; de manera que al ir a practicarse después debidamente, se opuso como ocupante el representante de la sociedad hoy demandada, en cuyo poder se

dejó y en cuyo favor se decidió el incidente a que la oposición de este tercero dio lugar.

Quedan resumidos así, en lo pertinente, los hechos fundamentales de la demanda inicial del presente juicio, la que formula diecinueve súplicas, a fin de que se hagan estas declaraciones y condenaciones: 1º Que está en firme el auto de 19 de febrero de 1937 que ordenó la entrega a Molina en la acción de tenencia contra Jiménez. 2º Que se rectifique la cita que esa providencia hace de un auto de 27 de octubre por la de 14 de noviembre, ambas de 1933. 3º Que es nulo lo actuado en la aludida articulación desde el auto de 13 de septiembre de 1937. 4º Que la sociedad demandada debe pagar al demandante la multa de que trata el artículo 884 del C. J. 5º Que a más de las costas, debe pagarle los $ 1.400 mitad del valor de los honorarios de los peritos que intervinieron en la inspección ocular de dicho incidente. 6º Que debe pagarle las costas de esa oposición o, en subsidio, los perjuicios motivados con ella. 6º-bis. Que debe indemnizarle los perjuicios de todo orden causados a Molina por la suspensión de la entrega. 7º Que debe rendirle cuenta del mineral determinado en la diligencia de 18 de diciembre de 1935 sobre esa entrega. 8º Que debe indemnizarle los perjuicios causados a Molina por la privación de la explotación de esos minerales comprendidos entre las quebradas del Hatillo y Sestillal en el sector que la demanda alinda. 9º Que debe indemnizarle también por la usurpación y explotación de ese mineral en el tiempo anterior a esa fecha. 10º Que en esas indemnizaciones ha de considerarse a la sociedad demandada y a los terceros que de ella dependan como "poseedores dolosos y de mala fe". 11º Que son ilegales e ineficaces los cambios de linderos de la mina San José tal como se dio su posesión el 25 de enero de 1886, al compararlos con los de los actos y contratos de 1923 en adelante presentados por la sociedad demandada y que tales cambios por su objeto ilícito anulan esos actos y contratos. 12º Que la mina San José es un rectángulo de cuatrocientos metros de base alindado como esta petición indica afirmando que son los de la referida diligencia de 1886. 13º Que el mineral determinado en la diligencia de 18 de diciembre de 1935 no está comprendido en el perímetro de las minas San José y la Balsala fijado al entregarlas en 1886 pero sí lo está dentro de la extensión que para el Tapón Sur señalan el aviso y denuncia de esta mina el 5 y el 24 de mayo de 1924. 14º Que los títulos exhibidos por la compañía demandada en su oposición a la entrega de diciembre de 1935 carecen de eficacia jurídica por ser absolutamente nulos, por no estar registrados y por haber perdido aquélla los derechos respectivos. 15º Que la sociedad demandada debe desocupar en favor de Molina la mina determinada en la diligencia de diciembre de 1935. 16º Que lo mismo debe hacer con la mina de que trata el pedimento 8º, y para estas entregas debe comisionarse al Alcalde de Yolombó facultándolo para hacer uso de la fuerza. 17º Que esa sociedad debe abstenerse de seguir explotando esos minerales y, en general, la mina denunciada como Tapón Sur por el demandante y de atentar contra los derechos de éste sobre esos minerales. 18º Que debe pagarle las costas.

El 21 de febrero de 1939 se notificó la demanda al Presidente de la sociedad demandada, señor William Neilson.

La sentencia del Tribunal

Esforzándose por orientarse y lograr claridad en medio de las múltiples y confusas solicitudes y alegaciones de la demanda, el Tribunal separó las varias acciones en atención a su afinidad y relacionó las súplicas con los respectivos hechos, agrupados en forma en lo posible ordenada, y sobre cada grupo de súplicas y sus correspondientes numerosos hechos dijo, en suma:

Las peticiones 1ª y 4ª, relacionadas con los hechos 45 a 61, versan sobre nulidades adjetivas o de procedimiento en la actuación de lanzamiento y en la oposición a la entrega ordenada allí. Nulidades de esa clase, cuando efectivamente las hay, no pueden ventilarse sino dentro de la misma causa en que han ocurrido, salvo la entendida por el artículo 457 del C. J., que no es el caso. Deben, pues, denegarse esas peticiones.

La 5ª versa sobre honorarios de peritos en ese lanzamiento y oposición. Le corresponden los hechos 40, 41 y 51. Ese punto quedó resuelto en esa actuación. No cabe debatirlo aquí. Se deniega.

Las peticiones 6ª y 6ª-bis, relacionadas con los hechos 44, 47, 57 y 62, versan sobre perjuicios causados a Molina como arrendador por la oposición a la entrega que en dicha acción de lanzamiento iba a hacérsele el 18 de diciembre de 1935. Acerca de costas y gastos en esa actuación, ya se decidió en ella. Si se trata de perjuicios distintos, basta observar que la sociedad hoy demandada estaba ocupando para aquella fecha lo que se iba a entregar a Molina por orden pronunciada en actuación en que esa sociedad no había sido parte. Ade-

más, ella estaba ocupando y con esto bastaba para oponerse. El ejercicio de este derecho, reconocido por el Juez, no da lugar a concepto de culpa ni a indemnización de perjuicios.

La petición 7ª versa sobre cuentas por la explotación de los minerales. No demostrando Molina ser su dueño, su solicitud no puede acogerse. Además, el Tribunal hace presente que, según palabras del mismo Molina, su demanda actual no es sobre dominio de las minas de San José, Balsala y Tapón Sur, ni sobre mejor derecho a su propiedad o posesión, sino que "se contrae a la revisión por la vía ordinaria de algunas actuaciones cumplidas en la articulación consiguiente a la oposición resultante en la entrega diligenciada el 18 de diciembre de 1935".

Las peticiones 8ª, 9ª y 10ª, relacionadas con los hechos 27 a 32, 43, 44 y 57, versan sobre pago de perjuicios por elaborar la sociedad demandada los minerales denunciados por Molina. El Tribunal dice: "Como el actor no es dueño de esos minerales, ningún perjuicio se le ha causado", y agrega que si se cree dueño por haber avisado, yerra confundiendo un derecho de dominio ya adquirido con el derecho del avisante a que se le adjudique de preferencia. Los derechos nacidos del aviso al tenor de los artículos 8º, 79, 346 y 367 del C. de Minas no obstan a que a un ocupante anterior asistan los derechos que a este hecho corresponden, y el conflicto entre unos y otros se decide en la actuación respectiva, sin lugar a acudir a juicio ordinario antes de la diligencia de posesión, porque este juicio no cabe sino en las oportunidades indicadas por el artículo 386 de esa obra. Es en el proceso sobre posesión, oposición en su caso y titulación donde se dilucidan las cuestiones que de una oposición surgen o a que ella da lugar.

Las peticiones 12 y 13 sobre perímetro del territorio minero de San José y Balsala no son tampoco para dilucidadas en este juicio, pues mientras en aquella actuación administrativa no se decida sobre el mejor derecho, carece Molina de personería para demandar lo que ahora solicita.

La petición 11 versa sobre cambios de linderos. A más de que, al hacerse esos cambios sin intervención de Molina, no lo perjudican, ese tema no puede ventilarse sin audiencia de los interesados todos, esto es, de quienes concurrieron a hacerlos y a crear los vínculos jurídicos aludidos.

La petición 14º, relacionada con los hechos 1º a 11, 20, 22, 23, 26, 28, 33 a 39, 48 a 51, 53, 56, 57 y 59, versan sobre los títulos de las minas presentados por la sociedad demandada, de los que el actor pide se declare que son absolutamente nulos, que no están debidamente registrados o que los interesados perdieron sus derechos por virtud de lo establecido en los artículos 139 y 363 del C. de M. El Tribunal resume los cargos del demandante contra esos títulos así: a) Que las diligencias de avisos no llenaron los requisitos de los artículos 8º y 346 de ese Código; b) Que no se pagaron completamente los impuestos; c) Que entre San José y Balsala quedó un territorio distinto del sector señalado a cada una de ellas; d) Que no fueron trabajadas en la forma y tiempo requeridos; e) Que el presidente de la sociedad demandada no formalizó oportunamente su oposición; y f) Que en el juicio de lanzamiento el abogado opositor obró sin poder de los opositores mismos.

El Tribunal analiza estos cargos así: "La ley no reconoce nulidad de avisos y de denuncios, como lo demostró este Tribunal en sentencia publicada en la G. J. de 1886, número 13, página 100.

"El interesado no afirma que se haya incurrido en determinada nulidad de las que trata el Cap. 8º del C. de Minas, ni se halla evidenciada causal de nulidad alguna. La pérdida del derecho por no oposición o por no formalización oportuna de la que se haya hecho, es declaración que no puede hacerse fuera del juicio donde la oposición se presentó, o donde dejó de presentarse, pues ahora no se trata de revisar ese proceso.

"Las minas aparecen redimidas a perpetuidad. Se alega que ese pago no fue completo, alegación fundada en la teoría llamada de los veintiún años. Al respecto ha habido opiniones encontradas. La más aceptable parece ser la sostenida últimamente por el ministerio: que por causarse el impuesto por anualidades vencidas no está el minero en mora de pagar sino cuando ha vencido el año, y que, para la legal redención a perpetuidad bastaba pagar en la forma dicha en el citado artículo 3º, ley 59 de 1909. Y si hubo mala representación del doctor Córdoba la alegación correspondería al mal representado que quisiera aprovecharse de ella.

"La obligación del laboreo formal de que hablan las citadas leyes de 1887 desapareció por la suspensión de lo así dispuesto en la Ley 153, y ello antes de vencerse los ocho años, y todas ellas por la derogación que hizo la Ley 58 de 1896. Pero fuera de esto es de hacer notar que no hay prueba de que las minas de que se viene hablando no hubieran estado en laboreo en aquel lapso, la declaración sobre reversión no podría hacerse sino en favor de la Nación, o de un denunciante que ale-

gara un mejor derecho dentro del proceso de titulación. No habrá lugar a tratar nada a ese respecto mientras esté suspendida la vigencia del Decreto 223 de 1932 en los términos dichos en la Ley 54 de 1944, si es que se va a volver a ese sistema de la legislación española, que por mirar más a los intereses de la Corona Real que al desarrollo de la minería, fue abrogado en otros países: en Chile, en el nuevo código de minas; en Bolivia, por una ley de 1880; en Perú, por ley de 12 de enero de 1877; en Méjico, en 1892; en Ecuador, por ley de 15 de agosto de 1892; en Honduras, en 1898, etc., etc."

Para las peticiones 15, 16 y 17 carece de interés jurídico el demandante, mientras no se le haya reconocido el referido mejor derecho en el juicio administrativo a que da lugar la oposición hecha a la hora en que iba a entregarse el Tapón Sur, juicio que pende aún ante las autoridades de ese ramo.

De todo esto deduce, en suma, el Tribunal, que no pueden acogerse las peticiones de la demanda; pero que no puede pronunciarse aquí la negativa implicada en una absolución total como la que pronunció el Juez, porque falta hoy la base firme necesaria para tratar en el fondo algunas de ellas, en razón de ignorarse, por no haberse fallado, lo tocante a la posesión y oposición antedichas, puesto que sólo cuando esté determinado por la autoridad administrativa lo que corresponda al respecto será cuando se sepa si ha de entregársele a Molina lo que avisó y, caso afirmativo, cuál es la extensión y ubicación de esto.

Estando pendiente aún lo atañedero a hecho tan decisivo, no puede prosperar la demanda de Molina por no estar aún capacitado legalmente al efecto, ni tampoco puede negársele.

De ahí que el Tribunal confirmara la absolución en lo relativo a las súplicas de la primera clase mencionada y que sobre las restantes declarara probadas las referidas excepciones temporales de petición antes de tiempo y de pleito pendiente.

El recurso

Ajustándose al mismo sistema de profusión y multiplicidad anotado ya para su demanda inicial, sus pedimentos, sus hechos fundamentales y sus alegaciones, el actor en la demanda de casación formula los más diversos cargos y acusa por quebranto de disposiciones legales en cifra exageradamente alta, cuya lista hace cuidadosamente el opositor ordenándolas en esta forma:

Código Civil: 1, 2, 3, 30, 63, 653, 664, 665, 666, 669, 670, 768, 776, 982, 984, 1613, 1614, 1618, 1666, 1670, 2342, 2343, 2356.

C. de Minas: 12, 29, 30, 54, 117, 123, 127, 139, 149, 153, 164, 174, 204, 289, 290, 304, 305, 313, 320, 328, 331, 343, 346, 347, 348, 357, 360, 363, 382, 384, 385.

C. Judicial: 148, 194, 198, 203, 231, 269, 296, 329, 330, 334, 348, 366, 372, 457, 467, 471, 473, 484, 487, 488, 490, 491, 494, 593, 596, 722, 724, 730, 772, 884, 886.

Leyes: Artículo 35, Ley 4ª de 1915; artículo 34, Ley 57 de 1887; artículo 8º, Ley 153 de 1887; artículo 24, Ley 292 de 1875; artículo 39, Ley 292 de 1875.

A fin de poner en lo posible el orden indispensable para un estudio, la Sala, concretándose a las causales sobre cuya expresión y fundamentación se hayan llenado por el recurrente las exigencias del artículo 531 del C. J., agrupa y considera sus cargos como pasa a verse.

Los relativos a revisión y nulidad de lo actuado en el juicio de lanzamiento con motivo de la oposición antedicha, obligan a estas breves reflexiones previas: como ya se dijo, no habiendo logrado Molina en las diligencias sobre aviso y titulación del Tapón Sur que se le diese posesión, porque cuando iba a dársele por la Alcaldía el 30 de mayo de 1930 hubo oposición, recurrió en seguida al procedimiento de que ya se habló aquí de aparecer celebrando con persona que, habiendo intervenido en esas diligencias, estaba al tanto de la falta de entrega, un contrato de arrendamiento en que el arrendatario aparecía recibiendo esa mina de manos de él y asumiendo graves obligaciones por cuya falta de cumplimiento Molina lo demandó en juicio especial de lanzamiento cuya demanda se apresuró el demandado a contestar conviniendo en ella. Como ya se dijo, la demanda y la respuesta son, respectivamente, de 27 y 30 de octubre del mismo año. No le prosperó la maniobra; como era de esperarse, se cumplieron por las autoridades judiciales las disposiciones legales pertinentes y así el tercer ocupante quedó en poder de aquello que por medio de ese lanzamiento creyó Molina conseguir. Ese tercero ocupante, que es la sociedad hoy demandada, obtuvo la aplicación del artículo 1107 del C. J. y, con él, del 882 del mismo, no sin reñida y larga controversia en articulación (artículo 883 **ibídem**). Es lo actuado en ese incidente, que duró años, lo que Molina solicita ahora se revise y anule.

Desde luego hay que distinguir entre la nulidad de una actuación y la ventilación en juicio ordi-

nario de lo fallado en uno especial. Para esto último no es necesario que haya habido irregularidades procedimentales en ese juicio especial, ni esa posibilidad la abre la ley por motivo de irregularidad de ese orden. La establece con la mira de estudiar en determinados casos nuevamente y con la amplitud que un juicio ordinario ofrece, lo contendido en el especial. De ello es ejemplo la sentencia de excepciones en el ejecutivo.

Muy diferente de eso es la nulidad nacida de irregularidades procedimentales, sobre las cuales es de recordarse que no todas tienen esa calidad o categoría. Así, el C. Judicial establece que son causas de nulidad en todos los juicios las de su artículo 448, con las salvedades de los dos artículos subsiguientes (449 y 450), y agrega para el juicio ejecutivo las del artículo 451, de las cuales la segunda se extiende por el artículo 452 a todos los juicios especiales en que haya remate de bienes. Para el de concurso de acreedores hay sobre ilegitimidad de personería la limitación del artículo 453.

La potestad que el artículo 456 confiere a las partes para pedir la declaración de una nulidad está condicionada allí mismo en tiempo y lugar en esta forma: ha de ejercitarse precisamente dentro del juicio mismo en que ella haya ocurrido y antes de dictarse sentencia. Por excepción puede ejercitarse en juicio distinto en el caso especial contemplado por el artículo 457.

Ante estas disposiciones legales, cuya ignorancia no serviría de excusa en ningún caso y que, además, son muy trajinadas, salta a la vista que no son admisibles ni explicables las peticiones de la demanda del presente juicio encaminadas a que se decida sobre lo actuado y resuelto en el referido incidente de oposición. Ninguna disposición legal quebrantó la sentencia recurrida al negar esas peticiones.

Las restantes de la demanda presuponen la personería del demandante, en cuanto lo dan por investido de las acciones correspondientes; y, como para estarlo habría sido indispensable la posesión y titulación en su favor de la mina avisada por él y esto no se ha realizado, salta a la vista igualmente que ninguna disposición legal violó el Tribunal al echar menos ese elemento básico y al decidir que, mientras no lo haya ni se sepa si lo habrá o no, no pueden estudiarse en el fondo esas peticiones.

Según el C. de Minas, desde el momento del aviso se adquiere la posesión ordinaria (artículo 304) y la regular, con la expedición del título (artículo 303). El artículo 323 dice: "La acción para hacer efectiva la posesión puede intentarse solamente por los poseedores regulares sobre los que han adquirido su misma posesión ordinaria, violenta o clandestina". Por tanto, cualquiera que sea la clase de la posesión de la sociedad demandada, ello es que en posesión se encuentra y que al demandante no se ha expedido título. Esta simple reflexión bastaría para respaldar al Tribunal.

El recurrente reclama porque entre las excepciones acogidas esté la de pleito pendiente, advirtiendo que las diligencias administrativas no tienen esta calidad; pero ello es que esas diligencias están en curso, que a Molina no se le ha dado posesión, que, como sobra decirlo o repetirlo, no se le ha otorgado título y que, por ende, aunque hubiera de suponerse desde ahora que todo ello ha de seguirse y terminar en su favor, con no haberle sobrevenido ese favor aún es suficiente para reconocer y declarar que ha demandado antes de tiempo, excepción que bastaría como soporte de la sentencia recurrida en la parte en que, separándose de la absolución total pronunciada para el demandado en la primera instancia, la reforma en la parte cobijada por las excepciones en forma de reservar el fallo de fondo al respecto para su caso y su día.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia pronunciada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el once de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

PETICIÓN DE HERENCIA

En la acción de petición de herencia el demandante, invocando título preferente o concurrente de heredero contra el que alega el demandado, intenta excluír a éste, total o parcialmente, de la participación en los bienes hereditarios. Por eso esa acción, como su sentido lo indica, se propone por el heredero que se cree con mejor derecho respecto del que está ocupando la herencia, en todo o parte, para que éste se la restituya. De ahí que sea esencial que la acción se dirija contra el ocupante de los bienes a título de heredero, pues de otra manera no podría ordenarse la restitución. La acción de petición de herencia tiene analogía con la de reivindicación, pues una y otra persiguen la restitución de bienes al verdadero titular del derecho de propiedad. (Artículos 132 y 946 C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Espíritusanto Gómez de Arce y Sofía Gómez de Arce, por medio de apoderado, instauraron demanda en juicio ordinario contra Alberto Julio Ch. y Rosa Julio Ch., para que se declare:

"A) Que tenemos el carácter de legítimos herederos del señor Elías Julio de Arco, muerto en esta ciudad el día 24 de diciembre de 1913, en nuestras condiciones de hermanas naturales uterinas del de-cujus, por no existir para la fecha en que tuvo lugar su defunción parientes de mejor derecho que puedan acreditar este carácter de conformidad con las disposiciones legales vigentes para el 24 de diciembre de 1913; B) Que los señores Rosa Julio Ch. y Alberto Julio Ch. carecen de derecho para heredar al finado señor Elías Julio de Arco por cuanto con él no le ligan vínculo de parentesco alguno; C) Que carece, en consecuencia, de valor legal y de eficacia el auto de fecha 9 de agosto de 1939 dictado por el señor Juez 1º civil del circuito de Cartagena en el juicio sucesorio del señor Elías Julio de Arco, por el cual reconoce a los señores Rosa Julio Ch. y Alberto Julio Ch., herederos de éste; D) Que los demandados señores Rosa Julio Ch. y Alberto Julio Ch. se encuentran en la obligación de restituír, dentro de los tres días después de ejecutoriada la sentencia, a nosotras, en nuestras condiciones de únicas y legítimas herederas del finado señor Elías Julio de Arco, los bienes de la sucesión de éste, tanto corporales como incorporales, aún de aquellos de que el difunto fuera mero tenedor, más los aumentos que posteriormente haya tenido la herencia que reclamamos, así como los frutos naturales y civiles de esos bienes que hayan apercibido y que aperciban hasta que verifiquen la restitución; E) Las costas y gastos del presente juicio, incluso los honorarios del abogado que nos asesore".

Dentro de la oportunidad legal el apoderado judicial de los actores adicionó la demanda, solicitando estas otras declaraciones:

"1º Que es nulo, de nulidad absoluta, el juicio tramitado ante el señor juez 2º civil de este circuito, entre los señores Alberto Julio Ch. y Rosa Julio Ch. como demandantes y el señor Personero Municipal de Cartagena, por el cual se obtuvo la declaración judicial de paternidad a favor de los demandantes, como hijos naturales del señor Elías Julio de Arco; 2º Que nulo como es el juicio a que se refiere el numeral anterior, es igualmente nula, írrita y sin efectos la sentencia de fecha 25 de julio de 1939, que puso fin al mencionado juicio".

El juez primero civil del circuito de Cartagena falló la controversia, en primera instancia así:

"1º Se declaran no probadas las excepciones propuestas;

"2º Espíritusanto Gómez de Arco y Sofía Gómez de Arco, son herederas de Elías Julio de Arco, con exclusión de los demandados señores Alberto Julio Ch. y Rosa Julio Ch.";

"3º Se desestiman de esta manera, y se declaran sin valor alguno, tanto el juicio sobre posesión notoria del estado de hijo natural de los señores Alberto y Rosa Julio Ch. como la sentencia de fecha veinticinco de julio de mil novecientos treinta y nueve, por la que se declaró a los señores Julio Ch., hijos naturales de Elías Julio de Arco, y consecuencialmente, el auto de nueve de agosto de

mil novecientos treinta y nueve, que declaró herederos de éste a los Julio Ch.

"4º Debe hacerse entrega a las demandantes, señoras Espíritusanto y Sofía Gómez de Arco, por parte de los demandados, de los bienes que integran la sucesión de Elías Julio de Arco".

En grado de apelación de la sentencia del juez del Tribunal de Cartagena la revocó, y en su lugar reconoció la excepción perentoria de PETICION ANTES DE TIEMPO, expresando que, en consecuencia, no era el caso de formular las declaraciones impetradas en la demanda.

Las razones del Tribunal

El Tribunal dijo que consideraba innecesario el estudio previo de la acción de nulidad del juicio ejercitada en la demanda, "porque conforme las conclusiones a que ha llegado respecto de la acción de petición de herencia, que es la finalidad del pleito, ella es improcedente por no haberse comprobado uno de los elementos esenciales que la integran".

Deteniéndose luego en el alcance del artículo 1321 del código civil dijo que son tres los elementos primordiales que integran la acción de petición de herencia consagrada en la disposición: 1º, calidad de heredero en el actor; 2º ocupación material de los bienes herenciales por el demandado, debidamente individualizados, y 3º, calidad de heredero aparente en el ocupante de los bienes. Faltando cualquiera de estos elementos la acción cae y se impone la absolución del demandado. Semejante consecuencia ocurre en la acción de dominio o reivindicatoria, cuya finalidad es la misma que la de petición de herencia: la restitución de bienes al verdadero titular del derecho de propiedad.

Cuando en una demanda de petición de herencia deja de precisarse el hecho relativo a que el demandado está ocupando los bienes de la herencia disputada, el juez debe rechazarla sin entrar al fondo del derecho, reconociendo la excepción correspondiente, que es lo que ocurre en el presente caso, en que en ninguno de los dos libelos se afirmó que los demandados ocuparan en el momento de la demanda, los bienes herenciales.

El actor debe enunciar en la demanda todos y cada uno de los hechos fundamentales en que apoya la acción. En esa forma obliga al demandado a procurarse la defensa, estableciéndose así la relación indispensable y el equilibrio de las partes en el debate judicial. Una conducta contraria no se compadece con la defensa del demandado, de tal manera que si a éste no se le imputa determinada situación de hecho, y aún más, no se le demuestra esa situación, la acción no debe prosperar. "En este proceso ambas cosas han ocurrido: ni se afirmó que los señores Rosa y Alberto Julio Ch. estuvieran ocupando el bien herencial de que se trata, ni siquiera se ha demostrado a lo largo del proceso que esa ocupación existiera en estos herederos que han sido calificados de aparente".

Por último, el Tribunal invoca en apoyo de la tesis de que en la acción de petición de herencia el demandante debe afirmar y probar el hecho de la ocupación de los bienes relictos por parte del demandado, la sentencia de esta sala de casación, proferida el 22 de junio de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo 55, páginas 554 a 556.

El recurso de casación

El recurrente, dentro de la causal primera de casación, le atribuye al Tribunal haber violado los artículos 1.321 y 946 del código civil, "por interpretación errónea de esas disposiciones", apoyando su tesis en cuatro razones, de las cuales se da a continuación breve síntesis:

Primera.—El Tribunal confunde la acción reivindicatoria con la de petición de herencia, y además, se equivoca cuando declara una excepción que no existe. La excepción perentoria cuya existencia reconoce el sentenciador, de petición antes de tiempo, nunca se origina en la ausencia de pruebas sobre los hechos de la demanda, según doctrina de la Corte contenida en sentencia de 31 de mayo de 1938, publicada en la GACETA JUDICIAL tomo XLVI, páginas 612 y 613. El Tribunal incurre en error al declarar la excepción de petición antes de tiempo, confundiendo la acción de petición de herencia, con la acción reivindicatoria, "ya que consideró probada la excepción porque no se había demostrado por los demandantes que los demandados ocupaban los bienes del causante y no los determinaron, requisitos estos que se exigen para la reivindicación pero no para la acción de petición de herencia".

Segundo.—En la acción de petición de herencia, conforme al artículo 1.321 del código civil, hay que discutir la condición de heredero; no es necesario que verse sobre bienes determinados, sino que probando la condición de heredero de mejor derecho, se prueba la acción. Y la acción reivindicatoria que confunde el Tribunal con la acción de petición de herencia, es según el artículo 946 del códi-

go civil, la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión, para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla. Al confundir el Tribunal las dos acciones incurre en error en la interpretación del artículo 1.321 contra la expresa prohibición del artículo 948 del código civil, cuyo texto autoriza la reivindicación de los otros derechos reales, **excepto el de herencia.**

Tercero.—En pasaje de la sentencia que transcribe el recurrente, "el Tribunal apoya la tesis errónea, de que está probada la excepción perentoria de petición antes de tiempo, porque los demandantes no probaron que los demandados ocupaban los bienes herenciales del extinto, confundiendo la acción reividicatoria con la acción de petición de herencia, que son completamente distintas, ya que en la acción de petición de herencia se discute únicamente quien tiene la mejor condición de heredero, y quien la tenga es a quien corresponde ocupar la herencia, en su calidad de heredero de mejor derecho, no el acto material de la posesión de esa misma herencia pues cuando ésta se ha liquidado y ha pasado a terceras manos, es al heredero a quien corresponde entablar la acción reivindicatoria contra el tercer poseedor, pero entre dos herederos se discute únicamente quien tiene tal carácter".

Cuarto.—Según la historia fidedigna de la supresión de la acción especial de petición de herencia que reglamentaba el artículo 1.246 y siguientes del antiguo código judicial, se estimó conveniente suprimirla para que se discutiera en juicio ordinario el derecho preferente de un heredero, para excluír otro, de donde resalta más el error del Tribunal al negarse a fallar el fondo del problema, "o sea la petición de herencia". Con este procedimiento el Tribunal también violó el artículo 481 del código judicial. Planteada al sentenciador la acción de petición de herencia, no podía aceptar una excepción de petición antes de tiempo, que es impertinente, sino que ha debido resolver el fondo del problema, y como así no lo hizo violó los artículos 1.321 y 948 del código civil.

Examen del cargo

Todos los razonamientos del recurrente, puntualizados en los cuatro numerales anteriores, repiten el mismo cargo de que el Tribunal confundiendo la acción de petición de herencia con la reivindicatoria, interpretó equivocadamente el artículo 1.321 del código civil, con el resultado de que reconoció la existencia de la excepción perentoria de petición antes de tiempo, que no puede fundarse en la ausencia de pruebas sobre los hechos de la demanda.

El cargo es así de violación directa de la ley sustantiva, por errónea interpretación.

El Tribunal en lo general señala bien las características primordiales de la acción de petición de herencia, consagrada en la disposición preinserta: Calidad de heredero en el actor; y ocupación material de los bienes herenciales por el demandado, quien para ello alega también título de heredero.

En la petición de herencia el demandante invocando título preferente o concurrente de heredero contra el que alega el demandado, intenta excluír a éste, total o parcialmente, de la participación en los bienes hereditarios.

Por eso la acción de petición de herencia, como su sentido lo indica, se propone por el heredero que se cree de mejor derecho respecto del que está ocupando la herencia, en todo o en parte, para que éste se la restituya. De ahí que, sea esencial, como lo expresó esta Sala en sentencia de 22 de junio de 1943, publicada en la **Gaceta Judicial**, tomo LV, página 554 y siguientes, citada por el Tribunal, que la acción se dirija contra el ocupante de los bienes a título de heredero, pues de otra manera no podría ordenarse la restitución. "Lo dicho hasta aquí, dijo la Sala en aquella ocasión, basta para ver que es infundado el cargo de casación, puesto que consiste en que la ocupación exigida por el artículo 1.321 es la meramente nominal o simbólica, por decirlo así, implicada en el título o declaración de heredero, al paso que el Tribunal requiere la materialidad que, como queda visto, es indispensable ante el sentido y el tenor literal de ese artículo 1.321 y los demás que con él forman el capítulo que en el código civil corresponde a la acción de petición de herencia".

De manera que cuando el Tribunal aludiendo al artículo 1.321 expresa que el derecho allí consagrado presupone que se ejercite contra quien a título de heredero ocupa materialmente los bienes de una herencia, circunstancia que debe acreditarse en los términos de prueba y anunciarse en la demanda, apenas se ajusta a lo prescrito en la disposición.

Lo anterior no significa que se desconozca la existencia de otra acción paralela a la de petición de herencia. La de simple reconocimiento de la calidad de heredero de una persona frente a otra que disputa el mismo título; acción que no es de

petición de herencia, debido a que el demandante, bien porque está poseyendo los bienes, o por otra causa, se satisface por el momento con que se le consagre como heredero prevaleciente.

Pero esta última no es la ejercitada en la demanda inicial de este litigio. Lo sugiere así claramente el libelo de demanda, que propone que los demandados se encuentran en la obligación de restituír las cosas de la herencia de Elías Julio de Arco según el numeral D) de la parte petitoria; y lo entiende el recurrente, quien antes que combatir la interpretación que el Tribunal le dio a la demanda, de contener ésta la acción de petición de herencia, tal como la estructura el artículo 1.321, confirma esa interpretación, situándose en el ataque precisamente dentro del alcance de aquella acción.

En estas condiciones el Tribunal no estuvo desacertado graduando la acción tal como lo previene el artículo 1.321, dentro de dos extremos básicos: calidad de heredero de mejor derecho en el actor; y ocupación comprobada de bienes del opositor también bajo el título de heredero.

El rasgo de analogía que el sentenciador encuentra entre la acción de petición de herencia y la reivindicatoria, en lo tocante a su finalidad es indiscutible: una y otra persiguen la restitución de bienes al verdadero titular del derecho de propiedad. En la acción reivindicatoria el bien singular se reintegra al patrimonio de su legítimo dueño; en la petición de herencia, el conjunto de bienes hereditarios, la universalidad, se restituye al poder del heredero que ha demostrado mejor título de tal ante el demandado.

Así como el reivindicador que no acredite que el demandado tiene la posesión del bien que intenta reivindicar, fracasa en la acción, de igual manera debe perder el pleito el heredero que contra otro se dirige para reivindicar la herencia, sin demostrar que éste la está ocupando. Ambas son acciones de reivindicación; con la diferencia de que la primera es del dueño contra el poseedor de cosa singular; y la segunda, del que probare su derecho a una herencia ocupada por otro en calidad de heredero, respecto de la universalidad. Atendiendo a esta diferenciación es como el artículo 948 del código civil, invocado por el recurrente, establece que "los otros derechos reales pueden reivindicarse como el de dominio, excepto el derecho de herencia", el cual produce la acción de petición de herencia. Esto quiere decir que la modalidad en la reivindicación de una herencia, configura una acción especial, condicionada a que en ella no se discute la calidad de dueño singular; sino la vocación o el derecho que tenga el demandado para continuar ocupando, como heredero, los bienes de la herencia detentada.

Desde que la petición de herencia se dirija a recobrar el predominio sobre la universalidad de bienes de una herencia, sean ellos muebles, inmuebles, incorporales, conocidos o actualmente ignorados, su individualización en la demanda es innecesaria. Reconocido el mejor derecho del heredero, venciendo al demandado, éste queda sin título, o con el título recortado, y entonces deberá restituír los bienes de la herencia, aún los que no fueren individualizados en la demanda. Por tal motivo el Tribunal se excede en la exigencia de que el actor de petición de herencia pruebe la ocupación material de los bienes herenciales por el demandado, **debidamente individualizados.** La exigencia de esta particularización, contraría la índole de la acción. Mas este aserto equivocado del Tribunal no alcanza a producir la infirmación del fallo, pues ni sufrió equivocación en las demás ideas, ni suprimida la frase cambia el resultado, que se apoya en el concepto, ese sí exacto, de que los demandantes pidieron restitución de la herencia de Elías Julio de Arco, a quienes se ignora que la estén ocupando, debido a que ese punto permaneció al margen tanto de los postulados de hecho de la demanda, como de las comprobaciones del juicio.

Por último, no es errada interpretación del artículo 1.321 del código civil, el que el Tribunal, en vez de absolver definitivamente a los demandados, resolviendo de una vez la cuestión de fondo, declarase la excepción de petición antes de tiempo, apoyado precisamente en aquel vacío del proceso. La exégesis que el Tribunal le dio al precepto, correctamente deducida en lo general, salvo lo concerniente a la individualización de los bienes de la herencia, según lo antes expresado, tenía que conducirlo a ver el insuceso de la acción. Tradujo el Tribunal ese insuceso en petición antes de tiempo, con un sentido más bien favorable al actor, para no cerrarle completamente el camino hacia una posible nueva controversia en que subsanado el vacío probatorio que halló, la justicia decida entonces sí en el fondo la misma cuestión. Ese desenlace del pleito en todo caso obedece a una premisa cierta o verdadera. Luego no hay razón en el cargo de violación de la ley por errada interpretación del artículo 1.321 del código civil, porque el sentenciador haya confundido la acción de petición de herencia con la acción reivindicatoria,

pues esa confusión sólo aparece en una frase incidental, que no alcanza a restarle verdad a los demás conceptos acerca del verdadero sentido de la disposición comentada, frase cuya censura ya quedó hecha, y eso basta a la finalidad adoctrinante de la Corte, sin necesidad de casar el fallo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema en Sala de Casación Civil administrando justicia en nombre de la república y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, materia del presente recurso de casación.

No hay costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza.—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION REIVINDICATORIA. ERROR DE HECHO. POSESION PARA LA PRESCRIPCION ORDINARIA.

1.—El error en que pueda incurrir el comprador de un inmueble creyendo que existe el derecho de propiedad en la persona del que transfiere la cosa, cuando en realidad no es tal dueño, no es de derecho, sino error de hecho, que no se opone a la buena fe. (Artículo 768, inciso 3º, C. C.).

2.—Ya ha dicho la Corte que "tratándose de inmuebles, la posesión requerida para la prescripción ordinaria la constituye la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, acompañada de justo título registrado, aunque el título no provenga del verdadero dueño, y el registro a favor de éste no se haya anulado por su propia voluntad o por mandato judicial", y que "la existencia de un título registrado anterior al título del prescribiente no destruye la presunción de buena fe de que trata el artículo 769 del Código Civil, pues si así fuera no tendría lugar nunca la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes raíces contra un título inscrito, prescripción reconocida por el artículo 2526 del Código Civil".

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En libelo de demanda de 24 de agosto de 1940, repartida al Juzgado 3º Civil del Circuito de Cali, Carlos S. Alder, hablando en nombre de la sociedad conyugal por él formada con la señora Beatriz Rizo, propuso juicio ordinario contra Rafael Vásquez, para que en sentencia definitiva se declarase lo siguiente:

"1º.—Que es de la exclusiva propiedad de la sociedad conyugal, formada por el matrimonio celebrado entre el señor Carlos E. Alder y la señora Beatriz Rizo la casa de paredes de adobe, cubierta con tejas de barro, ubicada en la calle diez y seis (16), entre las carreras séptima y octava, distinguida hoy día con los Nos. 7-22 y 7-30, de una extensión superficiaria de catorce varas de frente, por treinta varas con un tercio, comprendida por los siguientes linderos: por el oriente, con la calle de por medio con propiedad de los herederos de Félix Rodríguez; por el sur, con casa y solar de Juana Collazos; por el norte, con casa y solar de Martiniano Barona; por el occidente, con propiedad de Cecilia Caicedo;

"2º Que como consecuencia de las declaraciones anteriores el señor Rafael Vásquez está obligado a restituír a la sociedad conyugal, representada por su gerente señor Carlos E. Alder una vez ejecutoriada la sentencia todo el inmueble con su correspondiente terreno a que se refiere el punto primero de la parte petitoria de esta demanda, con todos sus frutos civiles, acciones y servidumbre;

3º Que se condene a la parte demandada a pagar a la sociedad conyugal todos los daños y perjuicios, las costas y costos de este juicio si tuviere la temeridad de afrontar la litis;

"4º Que se ordene registrar en el libro primero de la oficina de este círculo la sentencia de acuerdo con lo establecido en el código civil".

Como hechos fundamentales de esa acción se puntualizaron los siguientes:

"1º Por medio de la Escritura pública número mil cuarenta y nueve (1.049), de fecha veinticuatro de noviembre de mil novecientos veinticuatro, de la notaría primera de Cali, la señora Beatriz Rizo de Alder adquirió a título oneroso de los señores Pedro Ignacio y Julio Moya B., una casa ubicada en el barrio de San Nicolás de esta ciudad, situada en la calle diez y seis (16), entre las carreras séptima y octava, distinguida hoy día con los números 7-22 y 7-30, construída de paredes de barro y cubierta con tejas de barro, con su correspondiente terreno que mide de frente catorce varas, y por el centro treinta varas y tercio, y comprendida por los siguientes linderos: por el oriente, con la calle diez y seis, de por medio, con casa de herederos de Félix Rodríguez; por el norte, casa y solar de los herederos de Juan de Jesús Crespo, hoy de Martiniano Barona; por el occidente, con solar de la señora Cecilia Caicedo; por el sur, con casa y solar de Juana Collazos;

"2º El inmueble adquirido por la señora Beatriz Rizo de Alder, con el expreso consentimiento de su marido, el señor Carlos E. Alder, entró a formar parte de los bienes de la sociedad conyugal, en virtud del matrimonio celebrado en años anteriores a la compra, el cual se probará con la respectiva partida de matrimonio de origen eclesiástico;

"3º Ni el señor Carlos E. Alder, en su propio nombre, ni en su condición de gerente de la sociedad conyugal ha vendido a ningún título el inmueble de propiedad de la mencionada sociedad conyugal, la misma adquirida por medio de la escritura pública Nº 1.049, de fecha 10 de noviembre de 1924. Tampoco ha sido vendida por la señora Beatriz Rizo de Alder, y en el caso de haberla vendido, dicha venta estaría afectada de nulidad absoluta, por tratarse de un bién de la sociedad, y porque la mujer no puede vender bienes sino mediante permiso judicial y en la forma dispuesta por el artículo 1810 del código civil;

"4º En la actualidad el inmueble especificado y alinderado en el punto primero de esta demanda se encuentra ocupado por el señor Rafael Vásquez, careciendo dicho poseedor de justo título y buena fe. Que el señor Rafael Vásquez ocupa la casa de propiedad exclusiva de la sociedad conyugal ilíquida Alder-Rizo desde hace varios años";

El demandado Vásquez contestó dicha demanda negando los hechos 1º y 3º; aceptando el 4º, sólo en cuanto lo señala como poseedor del inmueble especificado en el primero y negándolo en todo lo demás; proponiendo la excepción de prescripción ordinaria adquisitiva del dominio y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

Al término de la tramitación propia de la primera instancia, el Juzgado profirió la sentencia de 7 de noviembre de 1941, por la cual declaró probada la excepción de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandante y en consecuencia resolvió que no había lugar a hacer las declaraciones solicitadas.

Por apelación concedida al actor subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, el que cerró el segundo grado de la instancia en sentencia de 23 de abril de 1945, revocando la apelada y en su lugar fallando el juicio así:

"a) NO ESTA probada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, alegada por el demandado.

"b) DECLARAR, como en efecto declara, que la sociedad conyugal constituída por el matrimonio celebrado entre el señor Carlos E. Alder y Beatriz Rizo de Alder el 27 de enero de 1922, es propietaria del inmueble que la señora Rizo de Alder adquirió de los señores Pedro Ignacio y Julio Moya B. por medio de la escritura número 1049 de 10 de noviembre de 1924, de la Notaría Primera del Circuito de Cali; inmueble que dicha escritura determina así: "una casa de habitación construída de paredes de adobe y teja de barro, con su terreno correspondiente que mide de frente catorce varas (14 vrs.) y por el centro treinta varas y tercio (30-1|3), comprendida dentro de los siguientes linderos: por el Oriente, carrera de por medio, con casa de los herederos de Félix Rodríguez; por el Norte, casa y solar de los herederos de Juan de Jesús Crespo, hoy de Martiniano Barona; por el Occidente, solar de la señora Cecilia Caicedo; y por el Sur. casa y solar de Juan Collazos".

"Dicho inmueble está ubicado en Cali, según la cláusula SEGUNDA de la mencionada escritura, y radicada en la calle 16 de esta ciudad, según lo que de autos aparece.

"c) CONDENASE al señor Rafael Velásquez. mayor de edad y de este vecindario, a entregar materialmente a la sociedad conyugal constituída por el matrimonio del señor Carlos E. Alder y la señora Beatriz Rizo de Alder, tan pronto como quede ejecutoriada esta sentencia, el bien inmueble descrito en el punto anterior.

"ch) CONDENASE al mismo señor Rafael Vásquez a pagar a la sociedad dicha, tan pronto como se ejecutorie esta sentencia, todos los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido el mencionado inmueble (artículo 963 del C. C.).

"d) CONDENASE asimismo al señor Rafael Velásquez a restituír o pagar a la sociedad conyugal nombrada, inmediatamente después de ejecutoriada la presente sentencia, los frutos civiles del inmueble, y no solamente los percibidos sino los que la sociedad hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad de parte de su jefe administrador, teniendo la cosa en su poder (artículo 964 del C. C.).

"e) En la ejecución de esta sentencia se tendrán en cuenta las disposiciones contenidas en el inciso último del citado artículo 964, en el artículo 965, en los dos últimos incisos del artículo 966 y en los artículos 967, 968 y 969, todos estos artículos del C. C.

"f) La condena respecto de los deterioros y frutos se ha hecho en abstracto, por cuanto ellos no se acreditaron concretamente en el juicio. De con-

siguiente, esos deterioros y frutos, deben tasarse conforme a lo dispuesto por el artículo 553 del Código Judicial, mediante la prueba requerida de los daños y de la culpa de los deterioros y de los elementos básicos de la tasa, en el caso de oposición a la liquidación formulada por el actor.

"Estas prestaciones serán tasadas a partir del 27 de abril de 1929, fecha del registro de la escritura 478 de 4 de abril del mismo año, por medio de la cual el señor Clímaco Herrera V. hizo venta del inmueble al señor Guillermo Flórez.

"g) CONDENASE además al señor Rafael Velásquez a pagar a la sociedad conyugal Alder-Rizo de Alder las costas del juicio de la primera y segunda instancias, o sea las costas de ambos grados".

Esa sentencia fue aclarada por la de fecha veintiocho de mayo del mismo año, en el sentido de que las condenaciones pronunciadas fueron contra Rafael Vásquez, que fue la persona natural demandada y con quien, en tal carácter, se surtió este juicio.

En la motivación de ese fallo principió el Tribunal por estudiar el punto relativo a la identificación del inmueble reivindicado, y luego de darla por debidamente establecida, procedió a ocuparse en la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio invocada por el demandado y dijo lo siguiente:

"Lo transcrito coloca fuera de toda duda el hecho de que la posesión adquirida por el señor Vásquez tiene su fuente en la escritura 748 de 4 de abril de 1929.

"No presentó el excepcionante título alguno anterior a la fecha de esta escritura, ni el Registrador fue más allá del año de su fecha, ni expresa dicha escritura de quien adquirió la posesión regular que se le transfirió por la Escritura 341 de 5 de marzo de 1927.

"El título del demandante, contenido en la escritura 1049, presentado con la demanda está datado el 10 de noviembre de 1924, y el señor Registrador en su certificado del 18 de mayo de 1941, traído a los autos por el actor en forma legal, refiriéndose al registro de dicha escritura, hace constar que él no ha sido cancelado por ninguno de los tres medios que indica el artículo 789 del C. C., y que por consiguiente, la actual poseedora inscrita del inmueble es la señora Beatriz R. de Alder, y que los registros anteriores han sido cancelados de conformidad con el artículo citado en un período de veinte años atrás, contado desde la fecha del certificado".

"De acuerdo con las certificaciones del Registrador es manifiesto el error de derecho que vicia el título contenido en la escritura 478 de 4 de abril de 1929, vicio que se presume debió ser conocido por el señor Vásquez C. por virtud del registro público, uno de cuyos fines es el contemplado en el ordinal 2º del artículo 2637 del C. C.

"De lo dicho se sigue que no está establecida la prescripción adquisitiva ordinaria que fue alegada por el personero del demandado".

Al referirse a la personería de la parte demandante formuló algunas consideraciones cuya legalidad no son materia del recurso, pero concluyó que el cónyuge tiene personería para reivindicar para la sociedad conyugal los bienes de ésta y que el dominio de la misma sobre el inmueble que es materia de la demanda estaba debidamente acreditado con la escritura pública 1049 de 10 de noviembre de 1924 y la certificación del registrador sobre vigencia de la inscripción de ese instrumento.

En esas razones, que son las pertinentes con el estudio que aquí ha de hacerse, se fundamenta la sentencia.

Al demandante se le otorgó recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede a decidir.

Dicho recurrente invoca las causales 1ª y 2ª de casación consagradas en el artículo 520 del C. J.; pero como los tres primeros cargos que se proponen con asidero en la primera están debidamente fundados y giran alrededor de una misma cuestión jurídica, la Corte los agrupa para considerarlos conjuntamente, prescindiendo de tomar en cuenta los restantes, en atención a lo dispuesto en el artículo 538 del Código Judicial.

Sostiene el recurrente que con los elementos de convicción que obran a los folios 9 a 21 del cuaderno número 1º se comprueba, como lo admitió el Tribunal, que la posesión inscrita adquirida por Vásquez tiene su fuente en la escritura 478 de 4 de abril de 1929, registrada el 27 de ese mismo mes y que desde esta fecha hasta el 21 de octubre de 1940, en que fue notificada la demanda, corrieron 11 años y 24 días de posesión regular, inscrita y no interrumpida, con lo cual queda igualmente demostrada la prescripción ordinaria de 10 años para inmuebles de que hablan los artículos 2528 y 2529 del C. C. y que el Tribunal al no declarar esa prescripción, al parecer exigir más del término indicado para que ella se consume y al dejar de apreciar las pruebas aludidas, incurrió en error de hecho y por virtud de éste dejó de

aplicar la doctrina consignada en los artículos 2528, 2529 y 2526 del Código Civil, que por tanto estima quebrantados.

Continúa diciendo el recurrente que el Tribunal al sostener que el título contenido en la escritura 478 está viciado por error de derecho y que el demandado Vásquez posee actualmente en virtud de ese título vicioso, incurre en grave error en tal concepto, pues dice que el no conocer la persona del tradente o del verdadero dueño del inmueble que se compra, no es error de derecho sino de hecho, por lo cual no es aplicable el último inciso del artículo 768, sino el artículo 769 del C. C., según el cual la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria, y después de agregar algunas razones sobre este punto añade:

"Por tanto, es evidente que la sentencia recurrida violó en esta parte, los artículos 764, 765 y 766, en cuanto, por no tenerlos en cuenta, calificó de vicioso un título justo; y los artículos 768 y 769, en cuanto, por creer error de derecho, lo que es error de hecho, aplicó el primero y dejó a un lado el segundo, o sea, el precepto de que la **buena fe** se presume, menos en los casos en que la ley establece la presunción contraria. El demandante no ha probado la mala fe de Vásquez; y estaba obligado a demostrarla".

Finalmente dice que él invocó oportunamente la excepción perentoria de prescripción adquisitiva ordinaria del inmueble; que contra un título inscrito puede tener lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, en virtud de otro título inscrito, y empieza a correr aquélla desde la inscripción del segundo; que en los autos está comprobado, de acuerdo con las mismas razones antes expuestas y por fuerza de la posesión material que le asiste, la existencia de la excepción propuesta; que habiéndose extinguido por virtud del mencionado fenómeno jurídico el derecho de dominio invocado por el actor, carecen de todo fundamento legal los puntos b) y c) del fallo recurrido en cuanto declaró que la sociedad conyugal Alder-Rizo era la propietaria del inmueble materia de la demanda y que a ella debía entregársele materialmente el demandado; y que por ello se violaron los artículos 2526, 2527 y 2528, e indirectamente el 1781 del C. C.

Para resolver se considera:

Como para ganar por la prescripción ordinaria el dominio de un inmueble se necesita, conforme a lo estatuído en los artículos 2528 y 2529 del C. C., posesión regular no interrumpida por el término de diez años y como según lo dispuesto en el artículo 764 ibidem, se llama posesión regular la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, el sentenciador procedió a examinar —a la luz de lo dispuesto en los artículos 765 y 768 de la misma obra citada— si en el caso de la prescripción invocada por el demandado se reunían aquellos requisitos. Para ello tuvo en cuenta los títulos presentados por éste (fs. 9 a 21, cuaderno Nº 1), y el certificado del Registrador que obra al folio 1º, del cuaderno Nº 3, y de allí dedujo como hecho que está fuera de toda duda que la posesión adquirida por el demandado Vásquez tiene su fuente en la escritura 478, de 4 de abril de 1929, registrada el 27 de esos mismos mes y año, ya que aquél no presentó título alguno anterior. Luego, examinando el título del demandante, o sea la Escritura Nº 1.049, de 10 de noviembre de 1924, registrada el 18 de los citados mes y año, el certificado del Registrador respectivo, sobre vigencia de esa inscripción, de allí, y con fundamento en que uno de los fines del registro es dar publicidad a los actos y contratos relacionados con la transferencia del dominio de bienes raíces, poniendo al alcance de todos el estado o situación de la propiedad inmueble, dedujo que "es manifiesto el error de derecho que vicia el título contenido en la escritura 478 de 4 de abril de 1929, vicio que se presume debió ser conocido por el señor Vásquez C. por virtud del registro público, uno de cuyos fines es el contemplado en el ordinal 2º del artículo 2637 del C. C. De lo dicho se sigue que no está establecida la prescripción adquisitiva ordinaria que fue alegada por el personero del demandado".

A juicio de la Corte la conclusión a que sobre ese punto llegó el Tribunal, y que es motivo de uno de los cargos del recurrente, es notoriamente injurídica, porque el error en que pueda incurrir el comprador de un inmueble creyendo que existe el derecho de propiedad en la persona del que le transfiere la cosa, siendo que en realidad no es tal dueño, no es un error de derecho sino un error de hecho, que no se opone a la buena fe (artículo 768, inciso 3º C. C.). Además, si con respecto a los títulos traslaticios de dominio, la buena fe supone la persuasión de haberse recibido la cosa de quien tenía la facultad de enajenarla y de no haber habido fraude ni otro vicio en el acto o contrato, y si la buena fe se presume de ordinario, (artículo 769 ibidem) esa presunción legal lejos de estar desvirtuada aparece robustecida en autos, porque el demandado Vásquez adquirió el dominio del inmueble sobre que versa la

controversia de Josefa Antonia Trejos, quien, está probado en autos, era poseedora inscrita y material del mismo (fs. 12 a 21, cuaderno Nº 1º, y fs. 1º, 4º a 8º, cuaderno Nº 3), al momento de celebrarse el contrato.

Refiriéndose al justo título, que es uno de los elementos constitutivos de toda posesión regular, dice el comentarista chileno Arturo Alessandri, lo siguiente:

"JUSTO TITULO.—En materia de posesión, se llama título todo hecho o acto jurídico en virtud del cual una persona entra a poseer una cosa. En otras palabras es la razón o motivo por el cual se posee, y justo título es el que por su naturaleza habilita para adquirir el dominio, que no adolece de vicio alguno, y que ha sido otorgado por quien tenía facultad para hacerlo. En suma, justo título es el que da al poseedor un justo motivo para creerse dueño de la cosa.

"No es necesario que el título emane del propietario de la cosa, por el contrario, muchas disposiciones del Código conducen a la solución opuesta, entre ellas el artículo 682. Al tratar de la tradición, dijimos que ésta podía ser efectuada por quien no era dueña de la cosa, y que en estas condiciones la tradición era válida, pero no transfería el dominio. Concuerda con esta disposición la del artículo 1815, que declara válida la venta de cosa ajena. Si fuera necesario que el título emanara del propietario de la cosa, no habría posesión regular posible". (Derecho Civil, Tomo II, pág. 142).

Sobre este mismo punto ha dicho la Corte:

"Tratándose de inmuebles, la posesión requerida para la prescripción ordinaria, la constituye la tenencia de la cosa con ánimo de señor o dueño, acompañada de un justo título registrado, aunque el título no provenga de verdadero dueño y el registro a favor de éste no se haya anulado por su propia voluntad o por mandato judicial". (Casación, 28 agosto 1907, XVIII, 171, 1ª).

"La existencia de un título registrado anterior al título prescribiente no destruye la presunción de buena fe de que trata el artículo 769 del Código Civil; pues si así fuera, no tendría lugar nunca la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes raíces contra un título inscrito, prescripción reconocida por el artículo 2526 del Código Civil". (Casación, 16 abril de 1913, XXII, 375, 2ª).

En este mismo sentido pueden verse, entre otras, las sentencias de 15 de noviembre de 1930, 6 de mayo de 1932, Tomos XXXVIII y XL, págs. 323 y 48, respectivamente, de la GACETA JUDICIAL.

Por fuerza de lo expuesto surge la necesidad de concluír que el recurrente es poseedor regular del inmueble materia de la reivindicación y como esa posesión se mantuvo ininterrumpidamente en las mismas condiciones a partir del día 27 de abril de 1929, fecha en que fue registrada la Escritura Pública número 478, de 4 de los mismos mes y año (folios 9 a 11 del cuaderno Nº 1), que es la fuente de donde arranca la posesión del recurrente, hasta el día 21 de octubre de 1940, en que quedó notificada legalmente la demanda, es claro que corrió más del término de diez años requeridos por la ley para que se consumara la prescripción ordinaria oportunamente invocada por el demandado, al tenor de lo dispuesto en los artículos 2528 y 2529, en armonía con lo estatuído con los artículos 764, 765, 68 y 769 del Código Civil, y como el sentenciador no lo reconoció así, incurrió en quebranto de las dichas disposiciones, tal como se afirma en el recurso. Se impone, por tanto, la casación del fallo recurrido, y para dictar el que ha de reemplazarlo, la Sala agrega a las anteriores las siguientes consideraciones:

Como fundamento de la acción reivindicatoria se ha traído por el actor la escritura pública número 1049, de 10 de noviembre de 1924, de la Notaría Primera de Cali, que aparece debidamente registrada el 18 de ese mes, por medio de la cual Pedro Ignacio y Julio Moya B. transfirieron a título de venta a Beatriz R. de Alder, casada con el señor Carlos E. Alder, el inmueble materia de la reivindicación. Fuera de este título no se ha traído por el demandante otro que tienda a demostrar el dominio de sus antecesores sobre el inmueble en cuestión.

El demandado le enfrentó al título del actor los siguientes: la escritura pública número 478, de 4 de abril de 1929, debidamente registrada el 27 de dichos mes y año, por medio de la cual Clímaco Herrera dio en venta a Guillermo Flórez el inmueble a que se refiere la demanda; las escrituras públicas números 17, de 13 enero de 1932, y 44 de 23 del mismo mes y año, debidamente registradas, por medio de las cuales Guillermo Flórez transfirió a título de venta a Josefa Antonia Trejos el mismo inmueble; las escrituras públicas números 143, de 16 de marzo de 1932, registrada el 18 del expresado mes, y 23, de 12 de enero de 1934, registrada en 13 del mismo mes, por medio de la cual Josefa Antonia Trejos dio en venta a Rafael Vásquez C., demandado, el bien en refe-

rencia. Y fuera de que el demandante afirmó en el hecho cuarto de la demanda que el demandado ocupa dicho inmueble "desde hace varios años", el segundo de los nombrados ha comprobado (folios 4 a 8, cuaderno Nº 1) que tanto él como sus tradentes ya indicados, han estado en posesión material del inmueble por un término mayor de 10 años, sin interrupción alguna y ha invocado en su favor las posesiones anteriores a la suyas.

Tienen, pues, los títulos presentados por las partes diversidad de origen, y como en esa situación el actor si bien ostenta una posesión inscrita anterior a la del demandado no ha comprobado que su tradente fuera el verdadero dueño de la cosa que le dio en venta, (artículo 752 del C. C.) para justificar así un mejor derecho al dominio de la cosa frente a su demandado, y como por otro lado, éste, en virtud de la posesión inscrita y material del inmueble que ha justificado tener, se encuentra amparado con la presunción consagrada en el artículo 962 del C. C., según la cual el poseedor se reputa dueño mientras otra persona no justifique serlo, resulta de todo esto que el demandante no ha comprobado satisfactoriamente el derecho de dominio que invoca, y como esa demostración constituye uno de los elementos indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria al tenor de lo dispuesto en los artículos 946 y 950 ibídem, la absolución del demandado es consecuencia ineludible de lo expuesto.

En apoyo de las razones someramente enunciadas, se reproducen y acogen las que esta misma Sala expresó en sentencia de 30 de mayo de 1912, en que dijo lo siguiente:

"Cuando el título exhibido por el reivindicador de un inmueble y el que presenta el demandado proceden de una misma fuente, para decidir la controversia sobre la propiedad del inmueble será preciso atender a la prioridad en la época de la tradición. Pero cuando, como acontece en el presente caso, los títulos exhibidos de parte y parte emanan de distinto origen, sin que conste cuál ha adquirido la cosa del verdadero dueño, no puede desatarse el litigio haciendo pie solamente en la antigüedad del título, pues no pudiéndose acreditar cuál de los contendores ha adquirido del propietario el dominio de la finca, y no constando, por otra parte, que el demandante haya ejercido la posesión con anterioridad al título del demandado, caso en el cual puede aquél acogerse al derecho que reconoce el artículo 951 del Código Civil, debe considerarse a ambos en igual situación jurídica respecto del dominio de la cosa, y por lo tanto se impone en este caso la aplicación del principio **in pari causa melior est causa possidentis,** principio que conduce rectamente a absolver al poseedor demandado".

".....

"Aunque el recurrente arguye que el título más antiguo de los dos que presentó el reivindicador data de más de treinta años, y que no es preciso rastrear más allá de esa época el origen de la propiedad, hay que observar a esto que para que el lapso de treinta años, o sea la prescripción extraordinaria, favorezca los derechos del que pretende la propiedad, se necesita la posesión material no interrumpida durante ese espacio de tiempo, posesión que en este caso no ha demostrado aquél. No es el título registrado, aun cuando tenga treinta años, sino el ejercicio de la posesión no interrumpida en ese lapso, lo que sirve de fundamento a la prescripción extraordinaria adquisitiva del dominio.

"Ha presentado pues el reivindicador, para fundar su acción, un título de propiedad que no se ha demostrado emane del verdadero dueño; y siendo así, ese título, según lo dicho antes, no ha podido transmitirle la propiedad que demanda". (**Gaceta Judicial,** Tomo XXI, págs. 208 y 209).

En atención a todo lo antes dicho se ve que la acción en estudio no está llamada a prosperar y que, en consecuencia, lo pertinente es absolver al demandado de los cargos que en su contra se le formulan, sin que deba a la vez declararse la excepción perentoria invocada por éste, desde luego que no prosperando la acción, la defensa que a ésta se opone no tiene ocasión de operar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha veintitrés de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, y REVOCANDO la de primera instancia, absuelve al demandado Rafael Vásquez de todos los cargos que en la demanda inicial de este pleito se formula en su contra.

Sin costas en el recurso ni en las instancias.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ABANDONO DE MINAS — FIJACION DE CARTELES—RESTITUCION

1.—Al hacer practicar las diligencias conducentes a dar curso al denuncio de una mina, conforme al artículo 4º del Código de Minas, no puede entenderse como obligación extendida sobre el denunciante hasta el punto de hacer destituír al Alcalde y Secretario por morosos, como sugieren algunas piezas del proceso. La sanción que ha de sufrir el denunciante cayendo la mina en abandono tiene que corresponder a faltas suyas y sería aberrante que surgiese de las ajenas. El debe suministrar el papel sellado necesario, pagar impuestos, hacer publicar el aviso en el periódico oficial y solicitar el cartel y llevarlo o remitirlo a la Alcaldía; pero la actuación de los funcionarios no está en su mano impulsarla ni las omisiones por retardo de ellos determinan para él responsabilidad cual si de su persona misma se tratase.

Sobre la fijación de carteles median dos actividades complementarias, pero distintas: la del denunciante que debe solicitarlo y hacerlo llegar a su destino y la del funcionario que es, y no aquél, quien ha de realizar la materialidad de la fijación. Si lo primero, es decir, aquello a que debe proveer el denunciante quedó realizado dentro del año y, por ende, en su oportunidad, no cabe sancionarlo con la declaración de abandono porque lo segundo, o sea la expresada obra del funcionario, se ejecute después.

2.—El artículo 4º del Código de Minas da lugar a restitución de términos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación en el juicio ordinario de Pedro Toffoli contra León Sánchez M. seguido en primera instancia en el Juzgado del Circuito de Segovia y en la segunda en el Tribunal Superior de Medellín con los fines que se verán adelante.

En la Alcaldía de Zaragoza el 9 de octubre de 1937 avisó y en la Gobernación de Antioquia el 2 del siguiente noviembre denunció Sánchez la mina Rosalía, de aquella ubicación; el 25 de abril de 1938 se hizo la publicación de ley, y en la alcaldía se fijaron los carteles el 4 de noviembre de ese año (1938). La Gobernación en resolución de 16 de enero de 1939 negó la solicitud de Sánchez sobre restitución del término de un año señalado por el artículo 4º de la Ley 59 de 1909 al denunciante para hacer practicar las diligencias conducentes a dar curso al denuncio; y reclamada esa resolución por el apoderado de Sánchez, la Gobernación en la de 13 de abril del mismo año se negó a reponerla, concedió la apelación subsidiaria y ordenó oficiar a la Alcaldía de Zaragoza para que suspendiese hasta nuevo aviso la tramitación, y declaró abandonada la mina.

Ya para entonces Toffoli había avisado en esa alcaldía la misma mina con el nombre de la Valencia el 22 de marzo anterior (1939), cuyo denuncio hizo en la Gobernación el 12 del siguiente junio. Después en oportunidad proveyó a publicación y carteles.

El 25 del mismo junio Sánchez manifestó oponerse, invocando la anterioridad de su aviso y la preferencia que a éste asigna el artículo 117 del Código de Minas.

Al presentarse oposición, el asunto pasó al Juzgado y, tras discusión allí y en el Tribunal sobre a quién correspondía en ley la calidad de demandante, quedó decidido que era de Toffoli, por lo cual éste formuló la demanda respectiva en que, aduciendo como hechos fundamentales los antecedentes ya resumidos aquí, pide se declare abandonada la mina Rosalía y se le reconozca a él mejor derecho que a Sánchez a que se le adjudique el territorio minero comprendido dentro de los linderos con que aquél denunció la Valencia, y se ordene consecuencialmente a dicho Alcalde darle de ésta a Toffoli la posesión de que hablan los artículos 52 y siguientes del C. de M. Pide también condenación en costas a cargo de Sánchez.

Es de advertirse que cuando se formuló tal demanda, fechada el 28 de octubre de 1941, ya había subido al Ministerio de la Economía Nacional por la supradicha apelación la resolución del Gobernador y ya el Ministerio la había declarado ejecutoriada en la de 22 de noviembre de 1939 y negado la reposición de ésta en la de 7 de febrero de 1940, por lo cual en el libelo de demanda se aducen también estos hechos entre los fundamentales.

Admitida ella en auto de 9 de marzo de 1942 al llegar al Juzgado el proceso aludido, contestó Sánchez aceptando algunos hechos y negando aquellos de los cuales el actor deduce el abandono de la Rosalía y oponiéndose a las solicitudes de Toffoli.

Completada la tramitación de ley, el Juzgado, con fecha 11 de marzo de 1943, sentenció absolviendo a Sánchez, ordenando continuar en su favor el proceso de titulación de la Rosalía, por no haber caído en abandono, y no haciendo condenación en costas.

Apelada por Toffoli y sustanciada la segunda instancia, el Tribunal confirmó en fallo de 23 de marzo de 1945, contra el cual interpuso el demandante el recurso de casación que, por estar ya debidamente preparado, hoy se decide.

Lo que constituye el problema cardinal del pleito es la diferencia entre los contendores sobre si la fijación del cartel queda o no comprendida dentro de las diligencias de que habla el artículo 4º de la Ley 59 de 1909. Sostiene Sánchez la negativa y que, por tanto, no hubo abandono de él por el solo hecho de que el cartel no se fijara antes del 2 de noviembre de 1938; y sostiene Toffoli la afirmativa, esto es, que tal fijación está comprendida en esas diligencias, por lo cual, no habiéndose hecho sino el 4 de ese noviembre, la mina quedó abandonada.

Esa disposición reza: "Si el denunciante de una mina no hiciere practicar dentro del término de un año después de presentado el denuncio las diligencias conducentes a darle curso a éste, la mina se tendrá por abandonada".

La citada resolución del Gobernador de 13 de abril de 1939 se dictó sobre el pie de que esas diligencias incluyen la fijación del cartel. Ambas sentencias de instancia opinaron lo contrario. El Juzgado, distinguiendo entre las diligencias que está en manos del denunciante realizar o ejecutar y aquellas que son del resorte de los funcionarios, halla inadmisible tal interpretación y condensa su pensamiento preguntando: "¿En virtud de qué principio los particulares se hacen responsables de los actos u omisión de las autoridades públicas?", y advierte que habría lugar a graves abusos, "puesto que sólo bastaría que el Alcalde no fijara el cartel dentro del año, aun cuando hubiese llegado oportunamente, para que la mina cayera en abandono". Y llega a la conclusión de que, habiendo practicado Sánchez dentro del año las diligencias de su cargo encaminadas a dicho fin, tiene mejor derecho sobre la mina Rosalía y ésta no está abandonada. Para afirmarlo anota que Sánchez suministró el papel sellado necesario, proveyó a la publicación y, en cuanto al cartel, lo puso en el correo en recibiéndolo el 19 de octubre, que la oficina de correos de Yolombó al llegarle de Medellín lo reexpidió el 21 de ese octubre, el 31 del cual llegó a Zaragoza; de suerte que estuvo en la Alcaldía antes de vencerse el año contado desde el denuncio, o sea, desde el 2 de noviembre de 1937.

El Tribunal, llamando la atención hacia el interés de orden general o público que hay en que el proceso que va del aviso a la titulación no se estanque indefinidamente al punto de que quien avisa y denuncia no pueda, a pretexto del derecho preferencial que le da el aviso, caer en inactividad que mantuviese la mina en imposibilidad de que ninguna otra persona la denunciara y trabajara, se dictó el transcrito artículo 4º que llenó un vacío. En efecto: el Código señala término del aviso al denuncio y lo señalaba también del cartel y la posesión a la solicitud y expedición del título; pero no lo había entre el denuncio y el cartel, lo que permitía la abstención indefinida a que ya se aludió, la que producía sus efectos desastrosos para la riqueza pública, obedeciera a intención dañada o a simple descuido. Ese vacío, repítese, lo llenó la Ley 59 en su artículo 4º fijando el año mencionado para las diligencias respectivas, o sean las correspondientes al período que va del denuncio a la fijación del cartel.

El Tribunal abunda en la misma opinión del Juez sobre que no puede cargar el denunciante con un retardo ajeno, refiriéndose a que aquél hizo llegar el cartel a la Alcaldía antes del 2 de noviembre, por lo cual, si no se fijó dentro del año, fue por negligencia de los funcionarios encargados de hacerlo. Pero más se detiene el Tribunal en sostener que el término de un año de que se está hablando sí es susceptible de restitución, porque debe interpretarse en armonía con las normas generales del Código, según las cuales cabe esa restitución en sus casos, de que es obligado ejemplo para el del pleito el artículo 47, y

deduce de ahí que, habiendo hecho Sánchez en oportunidad la solicitud de que ese término se rescindiera, la Gobernación debió estudiarla, en vez de abstenerse entendiendo que el artículo 4º no daba lugar a tal petición. En esto encuentra otro argumento en favor de Sánchez para confirmar la decisión del Juez en el sentido de no estar abandonada la mina.

El abogado del recurrente Toffoli aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y acusa la sentencia del Tribunal por violación: I. De los artículos 4º de la Ley 59 de 1909 y 27 del C. Civil; II. Del artículo 47 del C. de Minas; III. Del punto i) del artículo 18 de la Ley 130 de 1913 y del numeral 10º del artículo 34 de la Ley 167 de 1941, y IV. Acusa también de apreciación errónea de las pruebas consistentes en las Resoluciones de Gobernación y Ministerio aquí citadas, error que condujo a la violación de las citadas disposiciones sustantivas.

Estos cargos los fundamenta, en suma, así: I. Dicho artículo 4º de la Ley 59 se ha interpretado erróneamente, porque obliga a cuanto exigió a Sánchez la Resolución citada de 13 de abril, es decir, a tener fijado el cartel antes del 2 de noviembre de 1938, en vez de excluír de las aludidas diligencias este detalle importante; al quebranto de esa disposición por interpretarla erróneamente, se agrega el del artículo 27 del C. C., porque éste prohibe desatender el tenor literal claro del artículo 4º a pretexto de consultar su espíritu. II. El artículo 47 del C. de Minas se aplicó indebidamente, porque él autoriza sobre restitución de términos lo que indica para su caso; pero esta autorización no puede entenderse dada por el citado artículo 4º, que es el correspondiente al del pleito, porque no la contiene. III. Las citadas disposiciones de las leyes de 1913 y 1941 se quebrantaron porque establecen que los actos, resoluciones, etc., de los Ministros son acusables ante el Consejo de Estado, entidad suprema en lo contencioso administartivo, y Sánchez no demandó por esta vía las resoluciones mencionadas que, por lo mismo, quedaron en firme, y el Tribunal, arrogándose facultades que la ley no le confiere e invadiendo aquella jurisdicción, en el hecho anula tales resoluciones al decidir que no está abandonada una mina que ellas declararon en abandono. Y, en cuanto al error de apreciación de pruebas, generador de aquel quebranto, acusa por haberse desoído las mencionadas resoluciones de Gobernación y Ministerio, a pesar de haber venido a este proceso en debida forma y oportunidad y acreditar que la Gobernación declaró abandonada la mina Rosalía por Sánchez, que el Ministerio declaró ejecutoriada esa resolución y que se denegó a reconsiderar su providencia sobre esa ejecutoria.

Así pues, en concepto del recurrente no puede la autoridad judicial contrariar lo decidido por la administrativa, máxime cuando al proceso gubernativo no siguió el contencioso administrativo a que debió ocurrir Sánchez si aspiraba a cambiar la situación adversa que le crearon esas Resoluciones, las que tienen fuerza obligatoria para los Jueces. Y, de otro lado, conceptuó el recurrente que la sanción de abandono debe recaer sobre el denunciante cuando el referido año se cierra sin que las diligencias aludidas hayan culminado con la fijación del cartel.

En apoyo de su interpretación del citado artículo 4º el recurrente cita dos sentencias de esta Sala: la de 30 de noviembre de 1940 (G. J. Tomo LIII, págs. 26 a 33) y la de 29 de mayo de 1942 (G. J. Tomo LIV, págs. 101 a 106).

Se considera:

En un sistema marcadamente preclusivo, nuestras leyes señalan términos, en lo general de días, para las gestiones judiciales, administrativas, etc., conciliando la efectividad del respectivo derecho con el interés general de que ellas marchen con la posible rapidez, e imponiendo sanciones cuando a ellas se procede extemporáneamente. Así por ejemplo, el recurso de casación debe fundarse en treinta días, so pena de quedar desierto; y las diligencias a que da lugar un denuncio de minas para llegar a la posesión han de practicarse dentro del mencionado año. Para esa fijación la ley promedia los casos difíciles y los sencillos; de suerte que para unos el plazo puede ser forzado o exiguo y para otros holgado, al punto de que, v. gr., en casación suelen sobrar días de que el recurrente renuncia. Pero, débase esto a sencillez de los problemas o a plausible acucia del interesado, ello es que aun en el evento de presentar su demanda a última hora el último día, quedando dentro del término legal, es oportuna y no le sería dado a la Sala rechazarla y declarar desierto el recurso a pretexto de que no ha sido prudente el abogado que esperó hasta ese final.

Otro tanto ocurre para el año antedicho, dentro del cual el denunciante debe **hacer practicar** las aludidas diligencias. De ellas la pertinente en el presente litigio es la fijación del cartel, al que Sánchez proveyó en forma de hacerlo llegar a la Alcaldía de Zaragoza el 31 de octubre. El denun-

cio lo había dado el 2 de noviembre del año precedente. El hecho de llegar el cartel a la Alcaldía alcanzó, pues, a suceder antes de que el año hubiese concluído.

Hacer practicar las diligencias conducentes a dar curso al denuncio, que son las palabras del artículo 4º, no puede entenderse como obligación extendida sobre el denunciante, según sugieren algunas piezas del proceso, hasta el extremo de hacer destituír al Alcalde o Secretario por morosos. Cabe pensar, de paso sea dicho, en el tiempo que esto implicaría como cercén del año.

La sanción que ha de sufrir el denunciante cayendo la mina en abandono tiene que corresponder a faltas suyas y sería aberrante que surgiese de las ajenas. El debe suministrar el papel sellado necesario, pagar impuestos, hacer publicar el aviso en el periódico oficial y solicitar el cartel y llevarlo o remitirlo a la Alcaldía; pero la actuación de los funcionarios no está en su mano impulsarla ni las omisiones por retardo de ellos determinar para él responsabilidad cual si de su persona misma se tratase. Para reconocerlo así basta pensar que ellos no dependen de él.

Sobre el detalle del cartel, tan interesante en este pleito, median dos actividades complementarias pero distintas: la del denunciante que debe solicitarlo y hacerlo llegar a su destino y la del funcionario, qué es, y no aquél, quien ha de realizar la materialidad de la fijación. Si lo primero, es decir, aquello a que debe proveer el denunciante quedó realizado dentro del año y, por ende, en su oportunidad, no cabe sancionarlo con la declaración de abandono porque lo segundo, o sea la expresada obra del funcionario, se ejecute con posterioridad.

Las resoluciones ministeriales al respecto no son uniformes, pues unas declaran el abandono por no haber quedado hecha la fijación misma dentro del año, y de esto es ejemplo la del caso presente, y otras no han llegado a ese extremo. Es de citarse la de 18 de noviembre de 1914 (D. O. Nº 15320) en que el Ministerio se abstuvo de declarar el abandono conceptuando que por ocurrir oposición, la consecuencial contienda sobre mejor derecho debía reservarse para la justicia ordinaria.

Cuanto a las sentencias de ésta Sala citadas por el recurrente, como ya se dijo, se imponen estas breves reflexiones: por punto general son los precedentes afortunada ayuda para el sentenciador; pero, a más de que él debe guardarse de anteponerlos a su convicción cuando ésta meditadamente lo lleva a rectificarlos, forzoso le es también tomar en cuenta las peculiaridades de cada caso de cuya prescindencia podrían resultar analogías sólo aparentes ocasionadas por lo mismo a desaciertos.

Así, en la segunda de aquellas sentencias, la de 1942, el denunciante no solicitó el cartel sino después de vencido el año; y en la primera de aquéllas, la de 1940, en pleito muy semejante al actual porque el cartel se solicitó y llevó dentro del año pero se fijó después, se echa de menos que el denunciante hubiera solicitado restitución del término. Hasta sobra repetir que aquí el cartel llegó oportunamente a la Alcaldía y que el denunciante solicitó esa restitución. Diferencias tan acentuadas con lo que al respecto sucedió en aquellos litigios, no pueden pasarse por alto cuando se hace la confrontación obligada al tratarse de aplicar precedentes o lo que como tales se aduce.

Como ya se dijo, **ab initio** había plazo del aviso al denuncio y del cartel a la posesión y a la titulación; pero no del denuncio al cartel, vacío que llenó el citado artículo 4º. Pero de que este vacío se llenara no se dedujo cambio en las diligencias mismas. Esa disposición señaló un término. Estos, en principio, son restituíbles. Además, el artículo 47 del C. de M. permitía rescindir el término de la distancia y veinte días más a lo sumo señalado para la entrega del cartel a la Alcaldía a partir de su expedición o de su recibo por el interesado en el artículo 8º de la Ley 292 de 1875, que reemplazó al 46 del Código. Para esa restitución debe comprobarse plenamente alguna de las causales que el mismo artículo 47 indica, después de lo cual termina su inciso 1º así: "Dicha prueba se presentará al Poder Ejecutivo y se calificará por él; pero si hubiere contradicción por parte de un tercero, **el asunto se ventilará ante el Poder Judicial, aunque haya dictado su resolución el Poder Ejecutivo".** Y añade como inciso 2º: "No obstante, la resolución del Poder Ejecutivo no podrá variarse por el Poder Judicial si el pleito se promueve después de dada la posesión". (Subraya la Corte).

Estableciendo entre estas disposiciones y el citado artículo 4º la relación debida o, por mejor decir, reconociendo la vinculación que entre ellas existe, en fuerza de la correspondencia y armonía que debe guíar al efecto, no puede menos de hallarse que el término del artículo 4º da lugar a restitución, sin necesidad de que esta misma disposición así lo expresara.

Y es el caso que la Gobernación en su primera resolución citada de 1939 (la de enero) se abs-

tuvo de considerar el pedimento de Sánchez sobre restitución por no existir, dijo, tal recurso; y que en la segunda de sus resoluciones de ese año (la de 13 de abril) no sólo negó la reposición de aquélla, cuya apelación subsidiaria concedió, sino que agregó la declaración de abandono.

Se entrelazan, por lo mismo, tan estrechamente estas cuestiones, que el Tribunal opinó, a la verdad con todo acierto, que en rigor el problema de si el artículo 4º cerró o dejó abierta la posibilidad de demandar restitución viene a ser la clave del fallo y del litigio, puesto que el abandono se declaró en la forma y con los antecedentes aquí resumidos.

Si el Gobernador hubiera estudiado en el fondo la restitución del término, podría haberla concedido o negado, según la oportunidad de la solicitud y las pruebas que la apoyasen. Sobre nada de esto se adelanta opinión en el presente fallo para el cual simplemente basta la circunstancia de que esa solicitud se negó sin estudiarla en sí y que sobre esa negativa se basó la declaración de abandono.

Como es lo natural, el demandante Toffoli no suscitó esa cuestión ni planteó a la luz de ella su demanda; pero Sánchez sí la puso **sub judice** al responderla y desde entonces ha alegado insistentemente que, si bien el artículo 4º no lo obligaba a lo que es de cargo de los funcionarios públicos, a mayor abundamiento y cual si presintiera que la falta de éstos haría declarar el abandono, solicitó restitución, con la cual, aun dentro de ese concepto, la fijación habría sido oportuna. Alega así en su defensa en primer lugar que el año se refiere sólo a lo de su cargo y, por ende, no alcanzó a cerrarse sin que todo ello estuviera cumplido, y en segundo lugar que, aunque la fijación misma se entienda requerida para dentro del año y como acto personal de él, la restitución, extendiendo el plazo, habría dado la calidad de oportuno a ese último detalle material, y él proveyó a lo procedente solicitándola.

Puesto así **sub judice** el tema de la restitución y estando él vinculado tan íntimamente con la declaración de abandono como ya se dijo, el Tribunal estaba a la vez obligado a decidir al respecto y capacitado para ello por la disposición legal que en lo pertinente se ha transcrito. Lógicamente, por otra parte, sería inadmisible que a un deber de decidir no correspondiese la potestad de hacerlo. Ella implica la de estudiar y analizar los elementos, uno a uno, de la decisión.

Se comprende que cuando nada ocurre que dispute lo resuelto dentro de las diligencias meramente administrativas y gubernativas de posesión, su cumplimiento no ofrezca dudas siquiera. Pero cuando en oportunidad se presenta demanda de oposición y cursa consecuencialmente un juicio ordinario, en él ha de analizarse todo lo atañedero y conducente a su sentencia. A esta defiere en definitiva la ley minera, como se ve en sus preceptos reglamentarios de las oposiciones. Así los artículos 63 a 67 del Código del ramo. El 66 dice que cuando se presenta persona que alega descubrimiento anterior, "el juicio tendrá por objeto que se decida cuál de los denunciantes tiene mejor derecho a que se le adjudique la mina o parte de mina disputada". Según el artículo 382, entre los juicios ordinarios sobre minas se enlistan "aquéllos en que se ventila la posesión y la propiedad y que son originados por las oposiciones que pueden hacerse al practicarse las diligencias contundentes a su adquisición. También es ordinario el juicio sobre mejor derecho a la adjudicación de una mina conforme al artículo 66". El artículo 396 dispone que en cualquiera de los casos aquí aludidos, admitida la demanda y notificada al demandado, "continuará el juicio por los trámites de la vía ordinaria conforme al Código Judicial".

Estas disposiciones bastarían, aun sin la declaración expresa del transcrito artículo 47, para demostrar la competencia del Tribunal en el conocimiento y decisión de este asunto y, por ende, de cada uno de sus elementos y fases, sin que ello quebrante las disposiciones de las leyes de 1913 y 1941 de cuya violación acusa el recurrente conceptuando que las resoluciones citadas, que vinieron debidamente al proceso como prueba, fueron erróneamente apreciadas y que el sentenciador se abrogó atribuciones exclusivas del Consejo de Estado por desoír y prácticamente anular esas resoluciones que no fueron demandadas por Sánchez en recurso contencioso administrativo.

Estas consideraciones demuestran la inadmisibilidad de los varios cargos presentados en casación. La sentencia recurrida no interpretó erróneamente el artículo 4º de la Ley 59 de 1909, no desoyó el 27 del C. Civil, no aplicó indebidamente el 47 del de Minas, no violó las disposiciones citadas de las dichas leyes de 1913 y 1941, ni incurrió en error de apreciación de las Resoluciones mencionadas.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y

por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio el veintitrés de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

NULIDAD DEL REMATE.—REMATE Y PARTICION

1.—A la declaración de nulidad del remate verificado en juicio distinto del en que se ha realizado puede llegarse por dos caminos fundamentalmente diversos: o el trazado dentro de las disposiciones del Código Judicial que sancionan la pretermisión de formalidades relativas al procedimiento a que debe someterse la subasta, de lo cual habla el artículo 457 del mismo estatuto, o el originado en la ausencia de aquellos requisitos sustantivos que miran a la validez del remate en calidad de acto jurídico encaminado a transmitir a otro el derecho de propiedad por conducto o mediación del juez. El primer camino tienda a remediar faltas adjetivas de procedimiento, como las señaladas en el ordinal 2º del artículo 451 del Código Judicial. Su extensión es muy limitada, ya que se concede en forma excepcional. En tanto que el segundo, por referirse a circunstancias del consentimiento, de la capacidad, del objeto y de la causa lícitos, elementos básicos de sustentación de todo acto jurídico, tiene la amplitud que cada uno de estos conceptos implica dentro de las normas del Código Civil.

2.—La partición es negocio entre partícipes. Tiene su objeto y causa especial cual es el de ponerle fin a la indivisión de la comunidad, adjudicándole a cada copartícipe la cuota de bienes proporcional a su derecho. El consentimiento en la partición se dirige a obtener aquel fin; de manera que dentro de ese plano puede ser anulada entre nosotros una partición cuando el consentimiento de alguno de los copartícipes haya quedado viciado por alguna de las formas, categorías o modalidades de error que, al tenor de los artículos 1510 y 1511 del Código Civil, vician el consentimiento de los que contratan. El remate es negocio entre el dueño de la cosa, representado o no por el juez, según sea forzado (artículo 741, inciso 3º), o voluntario, y el rematador o adquirente. La causa está representada en la adquisición de la cosa de un lado y el precio del otro, en los mismos términos de la compraventa, pues es un contrato de esta naturaleza, sólo que celebrado siguiendo determinados trámites y por conducto del juez que preside la licitación. El consentimiento y la capacidad tienen como puntos extremos de la relación, de un lado, el ejecutado o la comunidad que vende, y de otro, el rematador que compra. Tan diferente es el acto jurídico del remate del de la partición con ocasión de la cual aquél se efectúa, que éste puede tener lugar antes de efectuar la partición, con el propósito de facilitarla, pagando previamente las deudas hereditarias o testamentarias, y mientras se realiza se suspende la partición. (Artículo 967 C. J.). También puede autorizarse el remate después de aprobada la partición. Todo lo cual está demostrando que la nulidad de la partición por vicios concernientes a la capacidad, consentimiento, objeto y causa, elementos esenciales a la formación de todo acto jurídico válido, no trascienden al remate efectuado antes, en el curso o después de la partición. Siendo el remate compraventa de bienes en pública almoneda, los vicios que producen su nulidad como contrato tienen que emanar directamente de este acto. No existe así incompatibilidad en que anulada la partición, el remate efectuado con ocasión de ella de bienes pertenecientes a la masa, mantenga su valor y firmeza.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Juan Rojas Caro por medio de apoderado, demandó ante el juez civil del circuito de Tunja, la nulidad absoluta de la partición de bienes practicada en el juicio de sucesión de Zoila Caro de Rojas y de la sociedad conyugal entre ésta y Manuel Rojas Patiño, la cual fue hecha por el partidor doctor Arturo Peñuela Eslava, y aprobada

por el juez segundo del circuito de Tunja el 23 de febrero del año de 1937; y en consecuencia, la nulidad también absoluta del remate del lote destinado en la partición al pago de deudas y gastos de la mortuoria, remate adjudicado a los señores Ricardo Avella y Rafael Rodríguez, aprobado el 12 de diciembre de 1938. Por efecto de las anteriores declaraciones de nulidad, se pidió que en el juicio de sucesión de Zoila Caro de Rojas las cosas deben volver al estado en que se hallaban antes de la partición, la cual debe verificarse de nuevo entre los herederos de la finada y los de Manuel Rojas, quienes deben recibir la parte de los bienes que a éste correspondían como cónyuge sobreviviente, y con exclusión de Jorge Enrique Garrido.

A controvertir la nulidad fueron demandados quienes figuraron como partícipes en la mortuoria de Zoila Caro, y además, los rematadores del lote de gastos señores Avella y Rodríguez.

El juez de primera instancia definió así el pleito:

"1.—Declarar, como en efecto se declara, que es absolutamente nula la partición de los bienes de la sucesión de Zoila Caro de Rojas, partición hecha por el Dr. Arturo Peñuela Eslava y que fue aprobada por el juzgado segundo del circuito de Tunja por sentencia que lleva fecha 23 de febrero de 1937, e inscrita en la oficina de Registro de este circuito el 7 de mayo del mismo año";

"II.—No hay lugar a declarar la nulidad del remate de los terrenos destinados por el partidor, para el pago de deudas y gastos en la sucesión de Zoila Caro y adjudicados en pública subasta a los señores Ricardo Avella y Rafael Rodríguez, respectivamente;"

"III.—Como consecuencia de las declaraciones anteriores, cancélese la inscripción hecha en la oficina de registro, de la partición y de la sentencia aprobatoria de la misma. En oportunidad líbrese el correspondiente despacho al señor Registrador de I. P. y P. de este Circuito";

"IV.—Los adjudicatarios y poseedores actuales de los bienes inventariados en el sucesorio de Zoila Caro, menos los de los bienes que fueron rematados, deben devolverlos a la sucesión, seis días después de ejecutoriada esta sentencia, junto con los frutos naturales y civiles y vuelvan las cosas en ésta sucesión, al estado en que se hallaban antes de haberse verificado la partición y adjudicación de bienes, para que ella se verifique entre los herederos de Zoila Caro y los causahabientes o representantes de Manuel Rojas, quienes deben recibir la parte de dichos bienes que a éste, en su carácter de cónyuge supérstite, correspondían en la sucesión de su esposa Zoila Caro de Rojas; y

"V.—Decláranse no probadas las excepciones perentorias de petición de modo indebido e ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada".

Apelada esta sentencia por el actor y algunos de los demandados, el Tribunal en segunda instancia la confirmó. Impuso costas procesales a cargo de Jorge Enrique Garrido.

De la sentencia del Tribunal recurrieron en casación los apoderados de Juan Rojas y Jorge Enrique Garrido. El recurso del segundo declaróse desierto, y por ello la sujeta materia del examen de la Corte se circunscribe a la declaración de nulidad del remate y restitución de bienes por los rematadores.

Fundamentos de hecho de la acción

He aquí los pasajes de la sentencia en que el juez del circuito hace una relación pormenorizada de los antecedentes de hecho en que se apoya la acción, que encontró comprobados, y que el demandado Garrido no discutió ni después rectificó en la segunda instancia:

"La declaratoria de nulidad de la sentencia que aprobó la partición de los bienes sucesorales de Zoila Caro de Rojas, la apoya el actor: en los hechos expuestos en los numerales sexto y octavo, que han sido transcritos atrás. La afirmación hecha en el punto sexto de que al tiempo que cursaba el juicio sucesorio de Zoila Caro de Rojas, cursaba también el juicio ordinario de mayor cuantía promovido por los señores Abraham y Juan Rojas C. contra Fructuoso Garrido, para que se declarara la resolución del contrato recogido en la escritura pública Nº 439, otorgada por Manuel Rojas Patiño a favor de Fructuoso Garrido, en la Notaría de Toca, aparece plenamente acreditada con las copias que figuran en el cuaderno de pruebas, marcado con el Nº 2".

"A los folios 14 y 15 del cuaderno de pruebas ya citado, figura el auto de fecha diez y ocho de mayo de mil novecientos veinte, por el cual se declaró abierto y radicado en el Juzgado 2º del Circuito de Tunja el juicio de sucesión intestada de Zoila Caro de Rojas, se declararon como herederos a sus hijos legítimos José Abraham, Juan Miguel, María Natividad, María Joaquina, Clara María y Zoila Rojas, sin perjuicio de terceros y al cónyuge Manuel Rojas como interesado en el juicio".

"La sentencia aprobatoria de la partición lleva fecha veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y siete. Por auto de fecha seis de abril del mismo año (f. 69., C. Nº 2) se declaró ejecutoriada la sentencia que aprobó la partición".

"Visible a los folios 83-84 y 85 del mismo cuaderno de pruebas, aparece en copia la escritura pública número cuatrocientos treinta y nueve otorgada en la Notaría de Toca con fecha catorce de noviembre de mil novecientos veintiséis en la cual consta que Manuel Rojas Patiño en su carácter de cónyuge sobreviviente de Zoila Caro de Rojas, transfirió la propiedad, posesión y dominio de los gananciales adquiridos durante la sociedad conyugal ya citada a favor del señor Fructuoso Garrido V. El precio de esta venta fue el de dos mil pesos ($ 2.000.00)."

. . . . . .

"Por medio de la escritura número sesenta y siete, de fecha diez y siete de mayo de mil novecientos treinta y tres, otorgada en la Notaría de Toca, el señor Fructuoso Garrido Villate, vendió al señor Jorge Enrique Garrido todos los derechos que por gananciales había comprado al señor Manuel Rojas Patiño, adquiridos por éste durante la sociedad conyugal con su esposa señora Zoila Caro, que figuran y obtuvo por medio de la escritura pública Nº 439 otorgada en la Notaría de Toca con fecha 14 de noviembre de 1926. (V. fs. 40, 41 y 42. C. Nº 2º)".

"A los folios 53 v. y 54 del tántas veces citado cuaderno, aparece el auto de fecha diecinueve de noviembre de mil novecientos treinta y dos, por el cual el Juzgado Segundo de este Circuito, declaró abierto y radicado en el mismo, el juicio de sucesión de Manuel Rojas Patiño y ordenó la formación de inventarios y avalúo de los bienes pertenecientes a la sucesión; declaró como herederos del causante en su condición de hijos legítimos, sin perjuicio de terceros, a Juan y Abraham Rojas y por último se ordenó que este juicio se acumulara al juicio de sucesión de Zoila Caro y se llevaran bajo una misma cuerda".

"Según consta en la partición de los bienes de la sucesión de Zoila Caro, el capital social de la causante y Manuel Rojas ascendió a la cantidad de $ 9.374,00 m.|c. y el pasivo de la misma sucesión se fijó en la suma de $ 3.249,50".

"Hechas las deducciones, el acervo líquido de la sucesión ascendió a la cantidad de $ 6.124,50 que se distribuyó así: para el cónyuge sobreviviente Manuel Rojas por sus gananciales $ 3.062,25; para la causante Zoila Caro $ 3.062,25 (fs. 55 v. y 56. C. Nº 2º)."

"Para pagar los gananciales del cónyuge supérstite el partidor formó la respectiva hijuela a favor del señor Jorge Enrique Garrido, como subrogatario del señor Fructuoso Garrido, quien a su vez subrogó al cónyuge Manuel Rojas, y en consecuencia le adjudicó bienes de la sucesión, por valor de $ 3.062,25, como se ve a los folios 57 a 58 inclusivè del cuaderno de pruebas del actor".

"La sentencia que aprobó la partición fue dictada el veintitrés de febrero de mil novecientos treinta y siete y se declaró ejecutoriada por auto de fecha seis de abril del mismo año".

"Para cubrir el pasivo en la sucesión de Zoila Caro, el partidor formó la respectiva hijuela que ascendió a la cantidad de $ 3.249,50 la que pagó con los siguientes bienes: Con $ 1.200 valor de un terreno ubicado en la vereda de "Tuaneca", jurisdicción del municipio de Toca; con $ 1.500.00, valor de un terreno o potrero denominado "El Hospital", ubicado en la misma vereda y jurisdicción del anterior; con $ 400.00 valor del terreno denominado "El Altico", ubicado también en la vereda de "Tuaneca" jurisdicción de Toca; y con una cuota de $ 149,50 en un terreno ubicado en la vereda de Tuaneca (fs. 58 y 59. C. Nº 2º)."

"Consta en la diligencia de pregón y remate que corre a los folios 95 v., 96 y 97 del C. Nº 2º, que los bienes destinados por el partidor para el pago de deudas y gastos fueron vendidos en pública subasta el día catorce de octubre de mil novecientos treinta y ocho y se hicieron las siguientes adjudicaciones: El lote 1º al señor Rafael Rodríguez por la suma de $ 1.200,00 y los lotes 2º y 3º denominados "Hospital" y "El Altico" al señor Ricardo Avella por la suma de $ 4.500,00."

"Continuando el análisis de las pruebas del actor, aparece a los folios 108 a 137 inclusive del respectivo cuaderno, copia de las sentencias, dictadas por el Juzgado Segundo del Circuito de Tunja, Tribunal Superior del Distrito y de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario que el Dr. Lisímaco Ruiz Pineda, en su carácter de mandatario judicial de los señores Juan y Abraham Rojas promovió contra el señor Fructuoso Garrido".

"En el respectivo libelo de demanda el Dr. Ruiz Pineda formuló las siguientes peticiones: "a) Se declara resuelto el contrato escriturario contenido en la escritura Nº 439, otorgada en la Notaría única del Circuito de Toca, el 14 de noviembre de

nil novecientos veintiséis, y por lo mismo, nulo y sin ningún valor; b) Se condene al demandado a la indemnización de perjuicios como consecuencia de la resolución".

"Instaurada así la demanda, el Juzgado del conocimiento desató la querella por sentencia de fecha dos de marzo de mil novecientos treinta y cuatro, cuya parte resolutiva dice: "En mérito de las consideraciones expuestas, el Juzgado Segundo del Circuito de Tunja, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE: Primero.—No se accede a decretar ninguna de las solicitudes contenidas en la parte petitoria de la demanda iniciada por el Dr. Lisímaco Ruiz Pineda como apoderado de Juan y Abraham Rojas; Segundo.—Como consecuencia de lo anterior, absuélvase a Fructuoso Garrido de los cargos formulados por dicho abogado como apoderado de los citados demandantes".

"La sentencia anterior fue apelada por parte legítima y tramitado el recurso el Tribunal Superior de este Distrito en sentencia de fecha trece de febrero de mil novecientos treinta y cinco resolvió: "1º Declarar resuelto el contrato contenido en la escritura número cuatrocientos treinta y nueve otorgada por Manuel Rojas Patiño a Fructuoso Garrido V.; en la Notaría única del Circuito de Toca el catorce de noviembre de mil novecientos veintiséis; 2º Condenar al demandado Fructuoso Garrido, a indemnizar a los representantes legales de Manuel Rojas Patiño los perjuicios provenientes de la resolución declarada; 3º Declarar que los representantes legales de Manuel Rojas Patiño tienen derecho a que se les restituya los frutos naturales y civiles producidos por los bienes materia del contrato que se declara resuelto, desde la fecha en que Fructuoso Garrido V. entró a poseer tales bienes; 4º Ordenar que los perjuicios y los frutos sean estimados en juicio separado de acuerdo con la ley, y 5º Condenar al demandado Fructuoso Garrido V. a pagar las costas del juicio en la primera instancia.

Estampíllese, publíquese, cópiese y notifíquese".

"El demandado Garrido interpuso contra la sentencia del Tribunal, el recurso de casación que le fue concedido".

"Tramitado éste, la Honorable Corte Suprema en sentencia que lleva fecha diez de diciembre de mil novecientos treinta y seis, en la parte resolutiva dijo: "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. Las costas del recurso son del recurrente. Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA, y devuélvase al Tribunal de su origen. Antonio Rocha.—Liborio Escallón.—Ricardo Hinestrosa Daza.—Miguel Moreno. Eduardo Zuleta.—Juan Francisco Mujica.—Emilio Prieto Hernández, Srio. interino. De acuerdo con el artículo 479 del C. J. se publicó la anterior sentencia hoy quince de diciembre de mil novecientos treinta y seis.—Emilio Prieto Hernández, Srio. interino".

"Confrontando fechas, tenemos:

"La sentencia que aprobó la partición de los bienes pertenecientes a la sucesión intestada de Zoila Caro, fue dictada el veintitrés (23) de febrero de mil novecientos treinta y siete (1937)".

"El auto que la declaró ejecutoriada lleva fecha seis de abril del mismo año (1937)".

"La sentencia de primera instancia en el ordinario sobre resolución del contrato celebrado por Manuel Rojas Patiño con Fructuoso Garrido, fue dictada por el Juzgado Segundo de este Circuito con fecha dos (2) de marzo de mil novecientos treinta y cuatro (1934)".

"El Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial falló el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia, por sentencia que lleva fecha trece (13) de febrero de mil novecientos treinta y cinco (1935) y el recurso de casación fue fallado con fecha diez (10) de diciembre de mil novecientos treinta y seis (1936)".

Las razones del Tribunal

El motivo principal que indujo al Tribunal a sostener la sentencia del juzgado que declaró nula la partición y adjudicación de bienes en la mortuoria doble de los cónyuges Zoila Caro y Manuel Rojas, fue el hecho de habérsele adjudicado hijuela a Jorge Enrique Garrido, persona extraña, pues mientras se estaban liquidando tales mortuorias sobrevino la sentencia definitiva que declaró resuelto el contrato por medio del cual Manuel Rojas cedió a Fructuoso Garrido, cedente a la vez de Jorge Enrique, los gananciales que al primero le correspondían en la sucesión de su esposa Zoila Caro. De estas circunstancias dedujo que la partición carecía de causa.

"Ahora bien, dice el Tribunal: si en virtud de tales fallos las cosas deben retrotraerse al estado en que se hallarían si no hubiera existido el acto o contrato, y si todas las traslaciones de dominio verificadas a favor de terceros por el que adqui-

rió una cosa (aceptando en pura gracia de discusión que Jorge Enrique Garrido lo sea, quien tenía conocimiento de la cláusula de resolución del contrato de su padre vendedor, señor Fructuoso Garrido), en virtud de un título declarado nulo, quedan también anuladas y caen por su base, hay que concluír que el contrato realizado entre los dos Garridos cae por su base".

"Entonces si uno y otro título sirvieron para operar las distintas subrogaciones en tan precaria situación, y si los señores Garridos tuvieron conocimiento de todo ello, hay que convenir también que faltó en ellas uno de los requisitos que la ley exige para darle valor al acto de partición, inherente a los contratos, es decir causa, o lo que es lo mismo, el motivo que determinó la adjudicación a Jorge Enrique Garrido".

Y refiriéndose a la nulidad del remate de los bienes subastados dentro del juicio de sucesión, dice el Tribunal que el demandante la infiere como una consecuencia de la nulidad de la partición, condicionándola a aquélla, lo cual es inaceptable, porque los fenómenos jurídicos son distintos en uno y otro caso, "pues las causas pueden ser diversas como ocurre aquí".

Cita alguna sentencia de esta Sala alrededor del tópico de las nulidades sustantivas y de las adjetivas, y la nulidad de los remates efectuados en juicio ejecutivo, y luego agrega el sentenciador que examinando el remate verificado en la mortuoria Caro-Rojas no revela la pretermisión de formalidades procedimentales erigidas para su validez, así como tampoco que como acto civil se hubieran excluído de él los elementos esenciales a su existencia jurídica, tales como consentimiento, capacidad, causa y objeto lícito, según el artículo 1.502 del código civil.

El recurso de casación

El recurrente invocando la causal primera de casación, formula en la demanda varios cargos que serán materia de examen separado.

I.—Violación de los artículos 1.405, 1.740, 1.741, 1.746 y 1.748 del código civil.

El recurrente hace mérito del proceso sobre resolución del contrato de venta de los derechos en la sociedad conyugal Caro-Rojas, celebrado entre Manuel Rojas y Fructuoso Garrido, y de la sentencia que le puso fin, decretando aquélla; luego enseña la manera como en su concepto las disposiciones citadas fueron violadas:

El 1.405, porque las particiones se anulan o rescinden de la misma manera y según las mismas reglas de los contratos. De modo que para anular una partición deben buscarse las nulidades en las causas que puedan dar origen a ellas en los contratos o convenciones.

El 1.746, porque la nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituídas al mismo estado en que se hallarían sin el acto o contrato nulo.

El 1.748, porque la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales. Siendo nulo el acto de partición las partes deben ser restituídas como si ella no hubiera existido. Entonces la nulidad afecta también a los terceros que han derivado derechos de aquélla, quienes sufren los efectos de la consiguiente acción reivindicatoria.

Se considera:

A la declaración de nulidad del remate verificado en juicio distinto del en que se ha realizado, puede llegarse por dos caminos fundamentalmente diversos: o el trazado dentro de las disposiciones del código judicial que sancionan la pretermisión de formalidades relativas al procedimiento a que debe someterse la subasta, de lo cual habla el artículo 457 del mismo estatuto, o el originado en la ausencia de aquellos requisitos sustantivos que miran a la validez del remate en calidad de acto jurídico encaminado a trasmitir a otro el derecho de propiedad por conducto o mediación del juez.

El primer camino atiende a remediar faltas adjetivas de procedimiento, como las señaladas en el ordinal 2º del artículo 451 del código judicial. Su extensión es muy limitada, ya que se concede en forma excepcional. En tanto que el segundo, por referirse a circunstancias del consentimiento, de la capacidad, del objeto y de la causa lícitos, elementos básicos de sustentación de todo acto jurídico, tiene la amplitud que cada uno de estos conceptos implica dentro de las normas del código civil.

A la consideración de la Corte no está la acción del primer carácter, o sea la adjetiva o procesal. Trátase de la segunda, pues la idea del recurrente es la de que el vicio de que adolece la partición, asimilada a contrato por el artículo 1.405 de aquel código, para los efectos de las acciones de nulidad y de rescisión contra ella, y que fue reconocido por el Tribunal, trasciende igualmente al remate, contagiándole la nulidad.

Si la noción de acto jurídico corresponde a toda manifestación de la voluntad hecha con el fin de adquirir, trasmitir, modificar o extinguir un derecho, que produce el efecto deseado por su autor, el remate y la partición son actos jurídicos distintos e inconfundibles teniendo cada cual elementos propios que lo caracterizan.

La partición es negocio entre los partícipes. Tiene su objeto y causa especial, cual es el de ponerle fin a la indivisión de la comunidad, adjudicándole a cada copartícipe la cuota de bienes proporcional a su derecho. El consentimiento en la partición se dirige a obtener aquel fin; de manera que dentro de ese plano, entre nosotros puede ser anulada una partición cuando el consentimiento de alguno de los partícipes haya quedado viciado por alguna de las formas, categorías o modalidades de error que, al tenor de los artículos 1.510 y 1.511 del código civil, vician el consentimiento de los que contratan.

El remate, es negocio entre el dueño del bien, representado o no por el juez, según sea forzado (artículo 741, inciso 3º), o voluntario, y el rematador o adquirente. Su objeto es el bien singular determinado, sometido a la subasta. La causa está representada en la adquisición del bien de un lado y el precio del otro, en los mismos términos de la compra-venta, pues es un contrato de esta naturaleza, sólo que celebrado siguiendo determinados trámites y por conducto del juez que preside la licitación. El consentimiento y la capacidad tienen como puntos extremos de la relación, de un lado, el ejecutado o la comunidad que vende, y de otro lado, el rematador que compra.

Tan diferente es el acto jurídico del remate del de la partición con ocasión de la cual aquél se efectúa, que éste puede tener lugar antes de efectuar la partición, con el propósito de facilitarla, pagando previamente las deudas hereditarias o testamentarias, y mientras se realiza, se suspende la partición (artículo 967 del código judicial). También puede autorizarse el remate después de aprobada la partición, como ocurrió en el caso que se contempla de la sucesión de Zoila Caro y Manuel Rojas, en que el partidor formó hijuela para cubrir las deudas hereditarias y los gastos, y dispuso que los bienes con que ella se formó, se rematasen.

Todo lo cual está demostrando que la nulidad de la partición por vicios concernientes a la capacidad, consentimiento, objeto y causa, elementos esenciales a la formación de todo acto jurídico válido, no trascienden al remate efectuado antes, en el curso o después de la partición. Siendo el remate compra-venta de bienes en pública almoneda, los vicios que producen su nulidad como contrato, tienen que emanar directamente de este acto. No existe así incompatibilidad en que anulada la partición, el remate efectuado con ocasión de ella, de bienes pertenecientes a la masa, mantenga su valor y firmeza.

El sentenciador anuló la partición atribuyéndole falta de causa, en razón de que había figurado como partícipe en la cuota de gananciales del cónyuge sobreviviente, un extraño, despojado del derecho a tomar nada de la sucesión de Zoila Caro, por el efecto retroactivo de la sentencia que declaró resuelto el contrato de venta de los gananciales de la sociedad conyugal Caro-Rojas celebrado entre dicho cónyuge y Fructuoso Garrido, título con el cual Jorge Enrique Garrido, cesionario de Fructuoso Garrido, intervino en la mortuoria de Zoila Caro, haciéndose adjudicar aquella cuota.

Mas en lo concerniente al remate negóse a formular la misma declaración de nulidad, porque no observó que en su realización se hubieran excluído los elementos esenciales a darle existencia jurídica. En lo cual acertaron primero el juez y luego el Tribunal, ya que tomaron el remate como acto civil independiente de la partición, con causa, objeto, consentimiento y capacidad propias, e independientes de la causa, el consentimiento, el objeto y la capacidad que supone la partición entre los copartícipes de la herencia.

De esta manera el Tribunal, antes que violar los artículos 1.405, 1.740, 1.741, 1.746 y 1.748 del código civil, se atuvo a ellos, pues el motivo para anular el remate no podía ser el mismo que se había invocado como vicio de la partición.

"II.—El fallo del H. Tribunal ha sido violatorio de la ley sustantiva, dice la demanda de Casación, en lo que respecta a la tesis que vengo sosteniendo, y especialmente en cuanto se refiere a las disposiciones relacionadas con el cargo anterior, porque en esa providencia se trató únicamente la nulidad adjetiva o procesal, y se pasó por alto la nulidad sustantiva que fue oportunamente deducida por la parte demandante". Agrega la demanda que la partición es un trabajo indivisible. Nula la partición y su sentencia aprobatoria, tiene necesariamente que cubrir esa nulidad todas sus consecuencias.

Se considera:

Si bien es cierto que el Tribunal se detuvo a examinar la nulidad del remate desde el punto de

vista procesal, como diligencia judicial, no olvidó lo atinente a la sustantiva, pues su negativa la apoyó en que exigió para anular el remate vicio distinto del invocado para anular la partición.

Y en cuanto a la tesis de la indivisibilidad de la partición con el remate, ya se refutó en el capítulo anterior.

III.—Han sido violados y erróneamente interpretados los artículos 1.387, 1.388 y 1394 del código civil "porque el juzgado ha debido suspender la partición y sus efectos desde el momento en que existía un pleito entre las personas que tuvieran mejor derecho a los bienes herenciales, y de ello tenían conocimiento porque la prueba se encuentra en el expediente".

Se considera:

El cargo es impertinente. Basta la lectura de las disposiciones citadas para observar que ellas están lejos de la cuestión de derecho que el Tribunal tenía que resolver. Por eso no las podía aplicar. Siendo así no se ve cómo pudieran violarse.

El artículo 1.387 estatuye que antes de proceder a la partición se decidirán por la justicia ordinaria las controversias sobre derechos a la sucesión por testamento o **ab intestato,** desheredamiento, incapacidad o indignidad de los asignatarios. Esta es una norma útil en el incidente de objeciones a la partición, pero de manifiesta ineficacia dirigida a fundar en ella la acción de nulidad sustantiva del remate.

Otro tanto cabe decir del artículo 1.388, que dispone que las cuestiones sobre propiedad de objetos en que alguien alegue un derecho exclusivo, y que en consecuencia no deban entrar a la masa partible, serán decididas por la justicia ordinaria, y no se retardará la partición por ellas. Se refiere la disposición a disputas sobre la propiedad de bienes de la sucesión.

Por último tampoco se nota en qué forma violara el Tribunal el artículo 1.394, que instituye las reglas de observancia por el partidor en la **liquidación y distribución** de los efectos hereditarios.

IV.—Se violaron y se interpretaron además erróneamente, dice la demanda de casación, los artículos 768, 1.521, 1.495, 1.498, 1.501, 1.502 y 1.524 del código civil, "porque la buena fe es la creencia en la existencia del derecho de aquél de quien emana el título de adquisición. Los rematadores no podrían considerarse como terceros de buena fe porque en primer lugar ellos tuvieron noticia de la sentencia por medio de la cual se declaró resuelto el contrato contenido en la escritura Nº 439, y al efecto aparece en las páginas 112 a 132 del cuaderno de pruebas de la primera instancia; en segundo lugar porque ellos tuvieron conocimiento de la cláusula resolutoria contenida en la escritura a favor de Fructuoso Garrido y de éste a favor de su hijo Jorge E. Garrido. Tales instrumentos fueron registrados y por lo mismo se empleó el medio de publicidad para que los contratantes sepan a qué atenerse".

"De manera que no se les puede considerar como terceros poseedores de buena fe, y más bien como terceros poseedores de mala fe; y no siendo considerados de acuerdo con el primer concepto y sí de acuerdo con el segundo, es jurídico sacar en conclusión que el remate es nulo y que los rematadores están obligados a devolver a la sucesión o a los herederos las cosas objeto del remate".

Se considera:

El cargo es tan impertinente como los anteriores. El artículo 768, define el concepto jurídico de la buena fe en la adquisición del derecho de dominio. El 1.521 enumera los casos en que hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas, precepto inaplicable al remate efectuado en la sucesión de Zoila Caro, pues las fincas rematadas ni estaban fuera del comercio, ni embargadas por decreto judicial, ni su propiedad estaba en disputa, ya que ninguna persona se las reclamaba a la sucesión. El 1.495 define el contrato en general. El 1.498 en qué consiste el contrato **conmutativo** y el **aleatorio.** El 1.501 distingue los elementos que son de la esencia, de la naturaleza o puramente accidentales del contrato. El 1.502 determina los elementos esenciales del acto jurídico. Y el 1.524 dice lo que se entiende por causa en un contrato.

Se rechaza el cargo.

V.—Se formula el cargo de nueva violación de los artículos 1.602, 1.603 y 1.609 del código civil, por este concepto: "Los contratos pueden ser invalidados por consentimiento mutuo o por causas legales. En el presente caso la partición fue anulada por el Tribunal, y ella es nula; y siendo nula, las consecuencias que de ella se derivan tienen necesariamente que ser nulas, pues la nulidad no puede decretarse por partes en un acto o contrato que está íntimamente ligado, y que una cosa es consecuencia de la otra".

Se considera:

El cargo ya quedó contestado ampliamente cuando se replicó al primero.

VI.—Violación de los artículos 1.757, 1.758 del código civil, 632, 593 y 597 del código judicial.

Se apoya el cargo en que las "certificaciones de la Corte sobre la existencia del pleito para obtener

la resolución del contrato consignado en la escritura 439, ni las certificaciones sobre el fallo definitivo pronunciado por la Corte, ni la sentencia misma debidamente registrada, se tuvieron en cuenta para la declaración de nulidad del remate". Con lo cual se cometió error de hecho y de derecho.

Se considera:

No hay error de derecho porque el Tribunal estuvo lejos de restarles mérito probatorio a los documentos de que habla el recurrente. Tanto se lo dio que por obra de los documentos de que habla el recurrente anuló la partición. Sólo que por haber estimado que el remate no podía anularse a mérito de las mismas causas que producían la de la partición, negó la nulidad de aquél. En ello le asiste toda la razón, según se vio atrás. Y si esto es así, la conclusión que sacó el Tribunal es firme, al punto que, decidiendo esta cuestión doctrinaria, hay imposibilidad de que incidiera en los errores de hecho o de derecho que apunta el recurrente.

Sentencia

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley no accede a casar la sentencia del Tribunal de Tunja, en la parte que fue materia del recurso examinado.

Costas a cargo del recurrente. Tásense.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca— Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

OBJECIONES A UNA PARTICION

1.—Ha sido norma sotenida en reiterada jurisprudencia la de que en el recurso de casación contra sentencias dictadas en juicios divisorios son inadmisibles alegaciones que tiendan a plantear discusión sobre aspectos de la partición no propuestos en el incidente de objeciones, ya que éste es el que fija los puntos de controversia en tales juicios.

2.—Según el artículo 965 del C. J. reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, éste la aprueba. No exige, por tanto, la ley nuevo traslado. Y la razón es clara: el traslado de la partición tiene por objeto dar cabida al incidente de objeciones, que no se presenta sino una sola vez, respecto de la primera partición. De otra manera podían ser indefinidas las objeciones a una partición, por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponérsele nueva objeción.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En escritos de 2 de noviembre de 1940 y 22 de octubre de 1941, dirigidos al señor Juez Civil del Circuito de Málaga, Carlos Saúl Goyeneche propuso demanda para que con audiencia de Ciro E. Goyeneche y por los trámites indicados en los artículos 1.134 y concordantes del Código Judicial se decrete la partición material de un terreno denominado Insula o Tabacal, ubicado en el Municipio de Enciso, alinderado como se expresó en el primero de dichos memoriales, y teniendo en cuenta al hacer la división material que al actor le corresponde una tercera y al demandado dos terceras partes de dicho inmueble.

Surtido el juicio por sus trámites correspondientes el Juez del conocimiento decretó en auto de 4 de febrero de 1943 la división material solicitada, y el partidor que para llevarla a efecto se designó, presentó el respectivo trabajo con fecha 28 de abril de 1944. Corrido el traslado de rigor a las partes, tanto demandante como demandado propusieron en la debida oportunidad varias objeciones, sobre las cuales decidió el Juzgado en providencia de 28 de julio del año citado, declarando infundadas todas las del demandado y la tercera, cuarta, sexta y octava de las formuladas por el actor, y fundadas la primera, segunda, quinta y séptima de las propuestas por esa misma parte. Como consecuencia se ordenó rehacer la partición.

Por recurso de apelación concedido al demandado subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga y esta entidad en providencia de 13 de octubre de 1944 decidió la alzada confirmando la recurrida, con las observaciones anotadas en la motivación de aquélla a fin de que las tuviera en cuenta el partidor al rehacer la partición.

En cumplimiento de su encargo el partidor presentó su nuevo trabajo en 5 de febrero de 1945, y el Juzgado le impartió su aprobación en sentencia de 6 de marzo siguiente. El Tribunal Superior de Bucaramanga conoció nuevamente del juicio por apelación concedida al actor, y dictó la sentencia de fecha 11 de julio del mencionado año, confirmando la recurrida.

Al demandante le fue concedido recurso de casación, el que tramitado debidamente se procede a decidir.

Con fundamento en la causal 1ª de casación de que habla el artículo 520 del Código Judicial el recurrente propone varios cargos contra la sentencia, los cuales se analizan en el orden en que han sido formulados:

A) Sostiene el recurrente en este cargo que conforme a lo dispuesto en los artículos 1391 y 1392 del Código Civil el valor de tasación por peritos es la base sobre que debe proceder el partidor para la adjudicación de las especies; que el inmueble objeto de la división fue avaluado (folios 34 y 34 v., cuaderno Nº 1) en la suma de $ 95.137.50; que aun admitiendo en gracia de discusión que de esa cantidad debe rebajarse la suma de $ 1.021.62 en que el partidor estimó los gastos del juicio caprichosamente y la de $ 8.699.44 en que fueron avaluadas las mejoras hechas por el

recurrente, al hacer las deducciones resulta una cantidad para dividir de $ 85.416.44, distinta de la de $ 86.440.09 de que habla el Tribunal y que existe una diferencia inexplicable de $ 1.023.65 que el sentenciador no estableció de dónde provenía y que por razón de errores de hecho y de derecho en la apreciación de esos elementos el Tribunal violó el artículo 1392 del Código Civil.

Se considera:

Como se observa en el trabajo de partición (fs. 35 y 36, cuaderno Nº 10) el partidor sí tomó en cuenta el avalúo de $ 95.137.50 dado a la finca por los peritos y fue precisamente con base en él como llevó a cabo todas las operaciones que culminaron en la división del inmueble. En efecto, de esa tasación pericial dedujo tanto el valor de las mejoras efectuadas por Carlos Saúl Goyeneche, que fueron avaluadas en la suma de $ 8.699.44, como el valor de los gastos del juicio calculados en la suma de $ 1.021.62 y así obtuvo como cantidad líquida para partir entre los comuneros la de $ 85.418.47, asignándole de ella al recurrente por razón de su tercera parte la suma de $ 28.472.82 y al demandado Ciro Goyeneche, por sus dos terceras partes, la cantidad de $ 56.945.65; de donde se ve que la cantidad dividida entre los comuneros no es la de $ 86.440.09 de que habla el recurrente, sino la antes expresada de $ 85.418.47. No existe por tanto el error de que aquél se queja.

Los gastos del juicio fueron estimados por el partidor en la primera partición en la suma de $ 783.81 que lejos de haber objetado el recurrente solicitó expresamente en la primera de las objeciones que formuló que fueran descontados del avalúo total dado al inmueble para así determinar el haber líquido a partir. En la partición rehecha ese mismo lote fue calculado en la suma de $ 1.021.62, que como lo dice el Tribunal representa un aumento con respecto a la primera perfectamente explicable en esta clase de juicios en que a medida que surgen incidentes y diligencias los gastos aumentan. Ese procedimiento se acomoda a lo estatuído en la regla 4ª del artículo 2338 del C. C.

De otro lado, la disparidad que se observa entre esos dos cálculos es motivada a su vez por la diferencia de más en la cantidad que según la nueva partición debe serle entregada al comunero Carlos Saúl Goyeneche, recurrente, para cubrirle los gastos de papel sellado, estampillas, honorarios de peritos, etc., que el partidor afirma han sido hechos por él y siendo ese aumento en beneficio del recurrente es claro que carece de interés para objetarlo en casación, si es que por esto debe entenderse la frase en que habla de que el partidor estimó los gastos del juicio caprichosamente.

Finalmente es de observarse que el artículo 1392 del C. C. que aquí se cita como violado es disposición especial para la partición de herencia, que no tiene aplicación en el presente juicio por estar regulado el caso por el inciso y regla primeros del artículo 2338 ibídem, que es de observancia excluyente en atención a lo prescrito en el artículo 2335 de la citada obra.

Se rechaza el cargo.

B) Refiriéndose a las mejoras dice el recurrente que éstas no han debido descontarse del valor de la tierra sino adjudicarse directamente y de manera especificada al comunero que las plantó, en su respectiva hijuela; que en los autos consta que el avalúo de la tierra fue independiente del de las mejoras; que en el segundo trabajo de partición no resulta que al recurrente se le hubieren adjudicado mejoras por valor de $ 8.699.44 ni ninguna otra cantidad referente a éstas, por lo cual considera que el derecho a dichas mejoras queda en el aire; que la existencia de ellas quedó suficientemente establecida como así consta de los elementos de convicción que obran a los folios 5 a 23 del cuaderno número 4; que el Tribunal pasó por alto tales pruebas y se abstuvo de ordenar que se rehiciera la partición para que dichas mejoras se adjudicaran al recurrente en su respectiva hijuela, de todo lo cual deduce que el Tribunal quebrantó la regla 2ª del artículo 2338 del C. C. y los artículos 722 y 730 del Código Judicial.

Se considera:

En las sentencias de primera y segunda instancias que decidieron las objeciones formuladas por las partes, tanto el Juzgado como el Tribunal consideraron que en el avalúo global de $ 95.137.50, dado por los peritos al inmueble quedaba incluído el valor de las mejoras plantadas por el recurrente y ordenaron que al rehacerse la partición el partidor descontara de la indicada cantidad el valor de ellas y esos conceptos no merecieron reparo oportuno del recurrente. Posteriormente en la sentencia acusada el Tribunal insistió en los mismos puntos de vista, de donde se desprende que el recurrente ha debido alegar y demostrar error de hecho manifiesto en la apreciación del dictamen pericial, cosa ésta que no ha hecho para que el cargo pudiera tener eficacia en casación. De otro lado, en esa apreciación tampoco puede encontrarse un error de la naturaleza indicada, porque al asignarle el avalúo comercial al inmueble

los peritos anotaron la existencia en él de las mejoras a que el recurrente se refiere, lo que da a entender que las tomaron en cuenta para determinar aquel valor.

Además en el incidente de objeciones a la primera partición, en la que tampoco se hizo en la hijuela del recurrente adjudicación expresa de las mejoras, nada se dijo con respecto a ello y por tanto no habiéndose objetado por ese aspecto la primitiva partición el cargo no es de recibo en casación, porque ha sido norma sostenida en reiterada jurisprudencia la de que en el recurso de casación contra sentencias dictadas en juicios divisorios son inadmisibles alegaciones que tiendan a plantear discusión sobre aspectos de la partición no propuestos en el incidente de objeciones, ya que éste es el que fija los puntos de controversia en tales juicios.

De otro lado aparece que en la porción del inmueble que le ha sido adjudicada al recurrente es donde están plantadas todas o casi todas las mejoras a que el cargo se refiere y de consiguiente en la adjudicación del terreno quedan comprendidas, aun sin mención expresa en la hijuela, las mejoras que él comprobó haber costeado o introducido, y si resultare, y ésta es cosa que el recurrente ni siquiera afirma ante la Corte, que en el lote del comunero Carlos E. Goyeneche quedan comprendidas algunas de tales mejoras, esa circunstancia en nada lesiona los derechos del recurrente sobre ellas, porque en tal caso aquél estará obligado a pagarle el valor correspondiente.

Por lo expuesto no prospera el cargo.

C) Dice el recurrente que el Tribunal al confirmar la sentencia aprobatoria de la partición incurrió en otro flagrante error consistente en que a él se le adjudicó la casa antigua de la hacienda por un valor de $ 400.00 en que fue avaluada por los peritos, sin tener en cuenta que él como comunero tenía derecho a una tercera parte en la comunidad y que al hacérsele la adjudicación por aquel valor total, perdió de consiguiente el derecho a la tercera parte que le correspondía en su carácter de comunero, por lo cual considera que la sentencia violó el primer inciso y la regla segunda del artículo 2338 del C. C. y especialmente el 1392 de la misma obra.

Se considera:

En la primera partición se adjudicó al recurrente el inmueble mencionado por la cantidad de $ 400.00, sin que sobre ese punto hubiera propuesto oportunamente objeción alguna, por lo cual el cargo no es de recibo en casación, porque ya está dicho, siguiendo reiterada jurisprudencia de la Corte sobre el particular, que el incidente de objeciones formulado en la oportunidad respectiva, o sea dentro del término del traslado que a las partes se da del trabajo de partición, es el que determina los puntos de controversia en los juicios divisorios y por ello en casación no es procedente alegar sobre una cuestión que en su oportunidad no fue materia de las objeciones.

D) Afirma el recurrente que el trabajo de partición no se ajustó a lo que dispuso el Tribunal en relación con la objeción quinta; que el partidor estaba obligado a someterse al avalúo dado en el dictamen pericial que obra al folio 34 del cuaderno número 1, en donde los peritos dividieron la finca en cuatro zonas claramente especificadas, con el número de fanegadas de cada una y con precios distintos; que al apartarse el partidor de ese dictamen y al aprobar el Tribunal el trabajo en esas condiciones, violó la regla primera del artículo 2338 del C. C. Finalmente agrega que la única modificación que se introdujo a la primitiva partición consiste en que el lote para gastos marcado en el plano con la letra a) fue cambiado de sitio.

Para resolver se considera:

Refiriéndose a la parte final de la objeción quinta dijo el Tribunal:

"En esta parte la objeción sólo puede ser valedera en que los primeros peritos calcularon la segunda zona, esto es, la de tierra de primera clase sin riego en 107.50 fanegadas, y al distribuírlas le asigna el partidor al comunero Carlos Saúl 36 f. 848 y al comunero Ciro Enrique 60 f. 982, de lo cual se ve que la suma de estas dos adjudicaciones no corresponde al número de fanegadas que refieren los primeros peritos".

Por último agregó el Tribunal sobre este mismo punto:

"De tal suerte, conocida la extensión de esas tierras, el partidor al rehacer su trabajo debe adjudicar las fanegadas que dejó de adjudicar, proporcionalmente, o explicar, por qué no lo hizo y por qué procedió en esa forma".

Como lo anotó el Tribunal en la sentencia recurrida y como se observa de la partición rehecha, el partidor sí tuvo en cuenta las transcritas observaciones, pues aparece que en las hijuelas respectivas se les adjudicó en tierras de la segunda zona en que fue dividida la finca a Carlos Saúl Goyeneche la cantidad de 28 f. 3.480; a Ciro Enrique, la de 76 f. 3287 y en la hijuela de gastos se destinó de la misma zona la cantidad de 2 f.

8233, todo lo cual da un total exacto de 107.50 fanegadas en que los peritos calcularon la segunda zona, esto es, la de tierra de primera clase sin riego.

En cuanto a la segunda parte del cargo, el partidor sí se ajustó al avalúo dado en el dictamen pericial a las distintas zonas de la finca y a ésta en su totalidad, y así aparece de la nueva partición; mas como para determinar el valor neto de la tierra tenía que descontar del avalúo global el de las mejoras y la suma de $ 400.00 en que fue estimada la casa de la hacienda antes de ser reparada, le resultaba naturalmente haciendo las operaciones respectivas un menor valor por fanegada para cada zona de 9.56% y así descontandó al valor de cada tipo de tierra señalado por los peritos el porcientaje anotado, obtuvo los valores netos para cada uno de aquellos determinados en la cuenta de partición sin que ello haya dado por resultado el que se afecte en parte alguna la cuota o porción de cada uno de los comuneros en la finca y en las cuatro zonas en que fue dividida.

Y tampoco es cierto que la modificación introducida a la nueva partición en acatamiento a lo decidido por Juzgado y Tribunal, sea apenas la de que habla el recurrente, pues por el contrario consta en el nuevo trabajo que las áreas y zonas fueron reajustadas para ponerlas de acuerdo con el dictamen pericial; que del avalúo pericial se descontaron tanto el valor de las mejoras como el de los gastos; que el lote destinado para éstos se cambió de ubicación con el objeto de mejorarle el lote del recurrente en la parte que queda frente a la carretera a Enciso y para adjudicarle al mismo la primitiva parcela señalada con aquel fin, en donde parece que el recurrente tiene unas mejoras, y la adjudicación a éste de una mayor porción sobre la carretera a Carcasí, para mejorarle así las condiciones de acceso por esa parte a su predio.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

E) La primera parte de este cargo se refiere a que en la partición no se cumplieron las indicaciones del Tribunal para que el partidor en su nuevo trabajo buscara la manera de proporcionarle un más fácil acceso al lote adjudicado al recurrente en la parte Oriente, de la carretera que conduce a Carcasí, en cuanto ello fuere posible; pero ya está visto que en este punto la nueva partición sí introdujo, en acatamiento a las observaciones del Tribunal sobre el particular, modificaciones a la primitiva, que aquella entidad consideró ajustadas a sus indicaciones.

La segunda parte del cargo se contrae a que el partidor en la hijuela del recurrente nada dijo ni estableció en relación con servidumbres de tránsito y acueducto para la más cómoda administración y goce de los fundos, por lo cual considera que el Tribunal al aprobar el trabajo violó la regla 5ª del artículo 1394 del C. C. y los artículos 905, 908 y 919 de la misma obra.

En relación con estos puntos es de observarse que entre las objeciones a la primitiva cuenta de partición no se propuso ninguna que versara sobre el particular, pues la que adujo se encaminaba a una finalidad contraria, como es la de que no se estableciera una servidumbre de tránsito en un lote en que el recurrente afirmaba tener unas mejoras, por lo cual dichas acusaciones están desconectadas de los temas obligatorios del recurso por no ceñirse al fundamento de las objeciones oportunamente invocadas.

Por lo demás, como las de tránsito y acueducto son servidumbres legales (artículos 905, 908 y 919 del C. C.) impuestas en los casos y circunstancias que determina la ley sobre un predio en utilidad de otro predio de distinto dueño, es claro que el derecho que al recurrente pueda asistirle en ese punto no le queda desconocido por el solo hecho de que en su hijuela nada se haya dicho o establecido sobre el particular.

F) Sostiene en síntesis el recurrente que el partidor no procedió teniendo en cuenta que el valor de cada suerte de terreno se calcula por su utilidad y no por su extensión, como lo manda la regla 1ª del artículo 2338 del C. C.; que el Tribunal al aprobar ese trabajo, quebrantó la norma contenida en dicha disposición; que en la adjudicación de las porciones de cada comunero no se guardó la posible igualdad, adjudicándoles lotes de la misma naturaleza y calidad y que con las pruebas que cita está demostrado que en la formación de esos lotes no se procuró ni la equivalencia ni la semejanza de todos ellos, de lo cual deduce que el Tribunal al aprobar el trabajo violó los artículos 722 y 730 del Código Judicial, y 1394 del Código Civil, en sus reglas 7ª y 8ª.

Se considera:

El cargo es infundado. Como aparece en el dictamen pericial la finca se dividió en cuatro zonas distintas, teniendo en cuenta la productibilidad y utilidad de cada una y así se le señalaron distintos valores de acuerdo con esas circunstancias y sin tener en cuenta el factor de su extensión y el partidor en su trabajo adjudicó a cada uno de los comuneros un derecho en cada zona proporcional

o equivalente al que tenía en la totalidad de la finca.

De otro lado en la sentencia recurrida el Tribunal encontró que el partidor se había ajustado en su nuevo trabajo a las indicaciones hechas por él en la sentencia que decidió las objeciones para tratar de buscar en cuanto fuera posible una equivalencia y semejanza en la formación de los lotes de cada uno de los partícipes y a esa conclusión llegó después de apreciar la partición misma y los elementos probatorios que al formarla tuvo en cuenta el partidor y tal apreciación es intocable en casación, desde luego que no ha sido acusada por error de hecho que aparezca evidente y manifiesto en los autos. La acusación parece que se plantea como un posible error de derecho; pero como lo que ha ocurrido es que el Tribunal omitió referirse en la sentencia recurrida a las pruebas que el recurrente cita, tal error no es de derecho sino de hecho. Esto determina también la ineficacia del cargo.

Además, el objeto de la división en este caso es un terreno común, para cuya división ordena la ley su avalúo pericial a fin de distribuír su valor total entre los interesados en proporción a sus derechos, adjudicándole a cada cual una porción de terreno por el válor que le hubiere correspondido, para lo cual consigna el artículo 2338 del C. C. las reglas que deben tenerse en cuenta. Como lo ha dicho la Corte "estas normas que el Código consigna para la división de las cosas comunes y los derechos y las obligaciones que de ella resulten son de aplicación preferencial sobre las reglas legales para la partición de la herencia, a las cuales no se puede ocurrir sino en cuanto las especiales del cuasicontrato de comunidad no provean (2335, Código Civil). El concepto de semejanza a que alude el numeral 8º del artículo 1394 del Código Civil como uno de los factores que hay que atender para realizar la equidad distributiva en las particiones herenciales no opera con el mismo sentido en tratándose de la división de un terreno común en que no hay lugar a considerar la diversidad y heterogeneidad de especies que generalmente afecta al acervo de la masa herencial por versar la división sobre un bien de naturaleza uniforme que simplemente ha de ser parcelado proporcionalmente al derecho de cada copropietario, calculando el valor de cada suerte de terreno más por su utilidad que por su extensión. Todas estas reglas legales, tanto las referentes a las particiones de herencia como las que gobiernan especialmente la división de las cosas comunes, señaladas por el recurrente como infringidas por el Tribunal, como se desprende de su propio tenor literal y de la naturaleza misma del fenómeno que regulan, "no tienen el carácter de disposiciones rigurosamente imperativas sino que son más bien expresivas del criterio legal de equidad que debe inspirar y encauzar el trabajo del partidor, y cuya aplicación y alcance se condiciona naturalmente por las circunstancias especiales que ofrezca cada caso particular y no solamente relativas a los predios sino también las personales de los asignatarios. De esta manera, la acertada interpretación y aplicación de estas normas legales es cuestión que necesariamente se vincula a la apreciación circunstancial de cada ocurrencia a través de las pruebas que aduzcan los interesados, al resolver el incidente de objeciones propuesto contra la forma de distribución de los bienes adoptada por el partidor. La flexibilidad que por naturaleza tienen estos preceptos legales y la amplitud consecuencial que a su aplicación corresponde, no permiten edificar sobre su pretendida violación directa un cargo en casación contra la sentencia aprobatoria de la partición". (G. J. Tomo LVII, pág. 124, sentencia de 27 de marzo de 1944).

No prospera el cargo.

Finalmente se queja el recurrente de una grave irregularidad procesal por el hecho de que de la nueva partición no se corrió traslado a los interesados; pero el reparo carece de fundamento. En efecto, según el artículo 965 del C. J., reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, éste la aprueba. No exige la ley por lo tanto nuevo traslado. Y la razón es clara: el traslado del trabajo de partición tiene por objeto dar cabida al incidente de objeciones, que no se presenta sino por una sola vez, respecto de la primera partición. De otra manera, las objeciones a una partición podían ser indefinidas por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponérsele nueva objeción.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha once de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga en el presente juicio.

Sin costas por no haberse causado.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE DOMINIO DE UNA FINCA RAIZ ADQUIRIDA ANTES DE LA LEY 28 DE 1932 Y VENDIDA POR EL MARIDO DESPUES SIN INTERVENCION DE SU ESPOSA

Ya ha dicho la Corte en jurisprudencia constante que al tratar de vender una finca perteneciente a la sociedad conyugal deben concurrir los dos cónyuges conjuntamente, de acuerdo con los preceptos de la ley 28 de 1932, pues el marido no puede, con prescindencia de la mujer en tales casos, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social. En caso de que uno de los cónyuges verifique la enajenación, asiste al otro la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal. El vendedor, en tal evento, vende cosa ajena. No obra en nombre de la entidad propietaria que es la sociedad conyugal, entidad jurídica distinta de los cónyuges, y si esto es así, si carece de representación, mal puede exigírsele a la entidad que estuvo ausente del contrato la obligación de sanear. No habiendo sido vendedora la sociedad conyugal, no le corresponde el cumplimiento de las obligaciones de que habla el artículo 1880 del Código Civil.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Durante la sociedad conyugal formada entre Lázaro Calvo Pulecio y Julia Lara, por efecto del matrimonio católico contraído por ellos en Girardot, el 23 de julio de 1928, el marido, en su condición de único administrador del patrimonio de la sociedad, compró, el once de marzo de 1932, por medio de la escritura pública número 73 de la misma fecha, otorgada ante el Notario de El Guamo, debidamente registrada, entre otros bienes, un globo de terreno denominado "Luisa", ubicado en jurisdicción de la citada población y alinderado como allí se expresa.

En el año de 1933, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado en ninguna de las formas legales y sin autorización, ni intervención, ni ratificación de la cónyuge Lara de Calvo, su marido Lázaro Calvo, ya vigente el nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, obrando por sí solo y como si fuera el dueño exclusivo del inmueble, por medio de la escritura pública número 13 de 7 de enero del año citado, vendió a Teresa Calvo Pulecio, un lote de terreno, desprendido del denominado "Luisa", por los linderos que en tal instrumento se detallan.

La señora Teresa Calvo Pulecio a su vez vendió el lote en cuestión a Jorge Lozano A., quien lo posee actualmente, por medio de la escritura pública número 88 de 14 de abril de 1941, de la misma Notaría de El Guamo.

El cónyuge Lázaro Calvo Pulecio murió en Bogotá, el 14 de enero de 1937.

Con apoyo en estos hechos y fundada en que el lote vendido por el marido a Teresa Calvo, pertenece en propiedad a la sociedad conyugal disuelta pero no liquidada, cuya gerencia no ejercía ya exclusivamente el cónyuge vendedor al tiempo de la venta y con exhibición de los títulos escriturarios correspondientes y las respectivas pruebas del estado civil, por demanda de fecha siete de octubre de 1942, ante el Juzgado Civil del Circuito de El Guamo, Julia Lara v. de Calvo, demandó a Jorge Lozano A. para que mediante los trámites de un juicio ordinario se declare que pertenece a la sociedad conyugal Calvo Pulecio-Lara el dominio del lote de terreno denominado "Luisa" situado en la jurisdicción municipal de El Guamo, por los linderos que allí se expresan; que, como parte del precitado terreno pertenece también a la misma sociedad conyugal ilíquida, el lote de terreno por los linderos que se detallan, que Lázaro Calvo vendió a Teresa Calvo, por medio de la escritura número 13 de 7 de enero de 1933, de la Notaría de El Guamo, que consecuencialmente se condene al demandado como poseedor de mala fe, a restituír el bien demandado con sus frutos naturales y civiles a la sociedad conyugal ilíquida

representada por la actora y por los hijos legítimos del matrimonio Calvo Pulecio-Lara, llamados Leonor, Ernesto, Gladis Calvo Lara y al pago de las costas procesales.

Subsidiariamente, para el caso de que no prosperaren las peticiones principales, pidió la demandante que se condene al demandado a restituírle como dueña particular que es, la mitad del referido terreno y los frutos correspondientes a esa cuota.

Surtido el traslado legal de la demanda, el demandado la contestó aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a las pretensiones de la actora.

Denunció el pleito a su vendedora Teresa Calvo Pulecio de Navarro y a la sociedad conyugal ilíquida que formaron Lázaro Calvo Pulecio y Julia Lara, representada por ésta y por sus hijos. También lo denunció a la sucesión del mismo en cabeza de los hijos ya mencionados. Tales denuncios se hicieron con apoyo en los artículos 1896, 1897 y 1899 del C. C. y 235 del C. J. y fueron admitidos.

En la oportunidad procedimental el demandado contrademandó a Julia Lara de Calvo y a sus hijos, como representantes de la sociedad conyugal y de la sucesión de Lázaro Calvo, para que se obligue a la una o a la otra al cumplimiento del contrato que reza la escritura número 13 de 7 de enero de 1933, con la consiguiente indemnización de perjuicios a favor del contrademandante.

Sentencia de primera instancia

El juicio siguió su curso, hasta obtener sentencia de primera instancia, la que fue pronunciada por el Juez 1º del Circuito de El Guamo, el 30 de noviembre de 1943, declarando a favor de la sociedad Calvo Pulecio-Lara la propiedad del lote de "Luisa" y del separado de él por la venta de Lázaro Calvo a Teresa Calvo Pulecio; se condena al demandado a restituír el mencionado bien como poseedor de buena fe, seis días después de ejecutoriada la sentencia y a entregar sus frutos naturales y civiles a partir de la notificación de la demanda, hasta el día de la restitución; se declara el derecho de saneamiento por evicción a favor del demandado y en contra de Teresa Calvo Pulecio y de la herencia de Lázaro Calvo Pulecio con las restituciones e indemnizaciones que establece la ley.

Sentencia acusada

Contra esta providencia, interpuso recurso de apelación la parte demandada, por lo cual fueron enviados los autos al Tribunal Superior de Ibagué, donde luego de seguirse la tramitación judicial de rigor, se decidió definitivamente la segunda instancia por sentencia de fecha 18 de abril de 1945 que confirmó en todas sus partes la providencia recurrida.

Contra ese fallo interpuso en tiempo recurso de casación el demandado, por lo cual el proceso fue remitido a la Corte donde llenada la tramitación del caso pasa a decidirse en los siguientes términos:

Motivos de casación propuestos

En un extenso memorial el recurrente aduce una serie de reparos a la sentencia del Tribunal, en demanda que no se ajusta a los requistios de forma exigidos en el recurso de casación, que no es, como lo enseñan los tratadistas y en repetidos fallos lo ha expresado la Corte, una tercera instancia donde el juzgador de nuevo estudia las pruebas presentadas y las disposiciones legales citadas o alegadas para deducir la conformidad de la sentencia apelada con las normas jurídicas.

En el recurso de casación la Corte estudia la sentencia del Tribunal, pero no irrestrictamente, sino ante aquellas apreciaciones sobre cuestiones de hecho o de derecho acusadas expresamente por el recurrente, como violaciones directas o indirectas de la ley sustantiva, cuando se trata de la primera causal; ante el hecho de si está o no la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en el juicio, en cuanto a la segunda; si contiene la sentencia en su parte resolutiva disposiciones contradictorias en el caso de la tercera; y con igual limitación respecto a las demás causales.

Sostiene el recurrente en varios apartes de su demanda que el sentenciador incurrió en errores de derecho en la apreciación de determinadas pruebas, sin especificar en qué consisten tales errores y sin citar o señalar las disposiciones legales infringidas como era su deber.

Del extenso alegato y del cúmulo de disposiciones citados y reparos aducidos, se pueden concretar como motivos de casación propuestos los expresados en los numerales 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

Causal primera

Acusa la sentencia el recurrente por aplicación indebida, interpretación errónea y falta de apli-

cación al caso del pleito de las siguientes disposiciones legales y en la forma que pasa a expresarse:

a) Por error de derecho en la apreciación de los contratos consignados en las escrituras públicas números 13 de fecha siete de enero de 1933 y 88 de 14 de abril de 1941, de la Notaría de El Guamo, por mala apreciación de los convenios que tales instrumentos contienen y no darles el valor de plena prueba que ellos entrañan, error que condujo al Juzgador a la violación de los artículos 1795 del C. C. y artículos 630 y 632 del C. J.

b) Aplicación indebida al caso del pleito del artículo 146 del C. C. por cuanto la demandante, ni en su propio nombre, ni en representación de la sociedad conyugal, puede considerarse propietaria del predio que se trata de reivindicar, mientras no se liquide la sociedad conyugal. Que el Tribunal aplicó también indebidamente el caso del pleito el artículo 1871 del C. C., ya que no puede entenderse que el señor Lázaro Calvo Pulecio, vendió cosa ajena al traspasar a Teresa Calvo, una parte del predio de "Luisa" que estaba inscrito en su nombre y le pertenecía.

c) El Tribunal al decretar de conformidad las peticiones de la demanda principal, sin que la sociedad conyugal se hubiera liquidado, violó por aplicación indebida el artículo 1583 del C. C. numeral 5º.

d) Igualmente violó, dice, los artículos 1796, 740, 755 y 1893 del C. C. por falta de aplicación por no haber declarado la acción de saneamiento a cargo de la sociedad conyugal en liquidación, señalando como infringidos los artículos arriba citados y el artículo 1609 del C. C. que manda que en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte o se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.

Que tal infracción de la ley se efectuó desde que el Tribunal ordenó la entrega del bien reivindicado sin que previamente se hubiera saneado la venta.

Como puede observarse del alegato del recurrente todos sus argumentos se enderezan a sostener que la sociedad conyugal estaba obligada al saneamiento de la venta hecha por el marido. Textualmente expresa: "No se diga, como lo dice la sentencia, que de acuerdo con la ley 28 de 1932, las obligaciones a cargo de la sociedad conyugal por razón de contratos celebrados por cualquiera de los cónyuges durante la vigencia de esta ley, no obligan sino al cónyuge contratante, porque sería absurdo pensar que al disolverse la sociedad, el haber de ésta se beneficia del activo pero no responde del pasivo. Por eso dice el artículo primero de la citada ley lo siguiente: "Pero a la disolución del matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al C. C. deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación". No se concibe, agrega, una liquidación que sólo se vaya a distribuír el activo y se deje a cargo de cada cónyuge el pasivo".

Dice además, que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges es responsable de las deudas que separadamente contraiga, excepto las que provengan de expensas a que están obligados ambos, pero que llegado cualquiera de los eventos en que ocurre la disolución de la sociedad conyugal (artículo 1820), se considera que entre los cónyuges ha existido tal sociedad desde el momento del matrimonio y así como los bienes adquiridos a términos del artículo 1781 del C. C. se reputan sociales las obligaciones que hayan contraído los cónyuges son también sociales, se deben incorporar en el pasivo social. Esas obligaciones gravan la masa social.

Al celebrar el contrato de compraventa el doctor Lázaro Calvo con la señora Teresa Calvo, el vendedor contrajo la obligación de entregar la cosa vendida y la de sanear. Muerto el vendedor esta obligación es de la sociedad conyugal.

e) Por último ataca el fallo en estudio en los siguientes términos: "El Tribunal Superior en la sentencia acusada, violó los artículos 1893, 1895 y 1897 del C. C. por haber negado las peticiones de la demanda de reconvención. Por la misma causa violó los artículos 740, 765, 1155, 1008, 1602 y 1604 del C. C.".

La Corte considera:

Ya son varias las sentencias dictadas por esta Corte en su Sala de Casación Civil en relación a la compra de un inmueble denominado "Luisa", situado en la población de El Guamo, en el departamento del Tolima, hecha por Lázaro Calvo Pulecio a la señora Trinidad Pulecio, que se legalizó por medio de la escritura pública número 72 del 11 de marzo de 1932, por medio de la cual adquirió para la sociedad conyugal vigente con su esposa Julia Lara aquel inmueble, que luego el marido vendió a varios de sus hermanos en diversos lotes, sin consentimiento o autorización de

su esposa, cuando ya vigente la ley 28 de 1932, vino a establecerse un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio.

En el presente pleito, como ya se vio, el doctor Lázaro Calvo, vendió una parte del inmueble "Luisa" por linderos determinados en el año de 1933 a su hermana Teresa y ésta al demandado doctor Jorge Lozano Arciniegas. Los argumentos presentados en el recurso son los mismos aducidos en los demás litigios ya fallados.

En este proceso nuevamente se sostiene que la obligación de sanear corresponde a la sociedad conyugal.

Ya lo ha dicho esta Sala que "como consecuencia de la ley 28 de 1932, que entró en vigencia por disposición especial de la misma, el primero de enero de 1933, por medio de la cual se estableció un nuevo régimen patrimonial con respecto a las facultades de la mujer dentro del matrimonio, el marido por haber perdido 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 ella, conforme al derecho que les otorgue el artículo 7º de la mencionada ley 28".

"Para la Corte la tesis del recurrente sería la supervivencia del antiguo poder exclusivo del marido en relación con bienes sobre los cuales la mujer tiene también derecho indudable de socia. 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. Lo demás sería sostener la vigencia del código, en contra de la nueva ley, sin razón jurídica plenamente justificada".

"El mismo artículo 7º de la ley sirve para aclarar el alcance general del artículo 1º en el sentido expresado. El legislador no hizo ninguna excepción con respecto a las sociedades existentes en el momento de entrar en vigencia el nuevo régimen patrimonial en el matrimonio; antes por el contrario, 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 sociedades antiguas debiera continuar gerenciada por el marido, 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".

"Lo anterior está demostrando, para la necesaria validez del acto jurídico de la venta o administración de bienes pertenecientes a una sociedad conyugal, que la ley 28 encontró ya formadas, y que bajo su vigencia no han sido liquidadas provisionalmente, conforme al artículo 7º de la misma, la intervención conjunta de marido y mujer en el acto dispositivo. Habiendo el marido vendido un bien de la sociedad conyugal sin intervención de su esposa, vende una cosa ajena, un bien que no le pertenece, pues la dueña es la sociedad conyugal y sus representantes son ambos cónyuges".

En sentencia de julio de 1945, se dijo: "La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria 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 C. C. y sobre el cual ninguno de los cónyuges, obrando por sí solo, puede efectuar 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 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".

Como se ha expresado, la administración de la sociedad conyugal a partir de la ley 28 es conjunta para los bienes de las sociedades que la ley encontró ya formada. El marido no puede con prescindencia de la mujer en tales casos, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social. En caso de que uno de los cónyuges los enajene, asiste al otro la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal. El vendedor en tal evento vende una cosa ajena. No obra en nombre de la entidad propietaria que es la sociedad conyugal, entidad jurídica distinta de los cónyuges, como ya se dijo, y si esto es así, si carece de representación, mal puede exigírsele a la entidad que estuvo ausente del contrato la obligación de sanear. Entre las obligaciones del vendedor, está según el artículo 1880 del C. C., la de entregar la cosa y responder de la evicción. La sociedad conyugal no fue vendedora, luego no le corresponde el cumplimiento de dichas obligaciones.

Se ha alegado por el recurrente que la sentencia del Tribunal violó el artículo 1796 del C. C. por cuanto exime a la sociedad conyugal formada por Lázaro Calvo y Julia Lara, de las obligaciones que el primero contrajo con la señora Calvo por medio de la escritura número 13 de 7 de enero de 1933.

La Corte no se aparta de que muerto el doctor Calvo Pulecio sus herederos tengan tal obligación, pero no la sociedad conyugal, y el presente juicio lo entabló la señora Lara v. de Calvo en su propio nombre y para la sociedad conyugal ilíquida.

Según el artículo 2º de la ley 28, cada uno de los cónyuges será responsable de las deudas que personalmente contraiga, salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes, respecto de los cuales responderán solidariamente ante terceros, y proporcionalmente entre sí, conforme al C. C.

Lo dicho es suficiente para concluír que la obligación de sanear no corresponde a la sociedad conyugal; es una obligación personal del cónyuge que realizó la operación, pertenece a su pasivo originado en el contrato. Esta obligación, si se ha de traducir en una deuda por concepto de la evicción, afectaría sólo el patrimonio personal del cónyuge vendedor, y muerto éste, a sus herederos, al que hubiera de corresponderle en la liquidación de la sociedad conyugal y no al haber de ésta. (Capítulo VII. Tít. 23, libro IV C. C.).

Por consiguiente, bien pudo el cónyuge sobreviviente demandar para la sociedad conyugal el bien social que el marido enajenó, porque es de la sociedad conyugal y a ella debe volver, sin que tal acción pueda estar enervada por la obligación de sanear, pues ésta corresponde al marido vendedor exclusivamente y no a la sociedad conyugal.

Sería absurdo que quien no celebró el contrato de compraventa y que por el contrario fue perjudicado con él, estuviese obligado a sus consecuencias.

El Tribunal no podía pues decretar el saneamiento en contra de la sociedad conyugal, en cambio lo decretó a cargo de la herencia del doctor Lázaro Calvo representada por sus hijos legítimos.

Como el demandado al notificársele la demanda denunció el pleito a su vendedora y a la herencia del doctor Lázaro Calvo, el Tribunal decretó el saneamiento por parte de estas personas como era su deber.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Causal segunda

Funda el recurrente su ataque por esta causal, en que a pesar de haberse demandado, en la acción principal, de la sociedad conyugal en liquidación, Calvo Pulecio-Lara, el saneamiento de la venta que Lázaro Calvo hizo a su hermana Teresa y ésta al demandante y haberse propuesto subsidiariamente que se decretara el mismo saneamiento por parte de la sucesión del mismo Lázaro Calvo Pulecio, el Tribunal sentenciador, al confirmar la providencia del inferior, se abstuvo de decretar las peticiones en el sentido propuesto.

La Corte considera:

El cargo formulado se reduce al motivo segundo de los expresados en el artículo 520 del C. J., o sea, el de no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Según los principios generales sobre procedimiento, en la sentencia definitiva que haya de recaer sobre la acción deducida en juicio, debe resolverse toda cuestión que haya sido materia del debate y ha de pronunciarse únicamente sobre la cantidad, cosa o hecho que se demanda.

La incongruencia contemplada en la ley como motivo de casación se refiere a la falta de con-

sonancia de la sentencia en relación con las pretensiones de los litigantes, de tal manera, que el cargo es improcedente, cuando como en el caso en estudio, se trata simplemente de que el Tribunal apreció la cuestión **sub judice,** de manera diferente a como la estima el actor.

El Tribunal no dejó de resolver sobre los puntos propuestos, sino que los decidió de una manera negativa, no en relación al saneamiento de la venta, sino en las diversas peticiones encaminadas a obtener la supremacía o validez del contrato celebrado por Lázaro Calvo a favor de Teresa Calvo y la venta de ésta al demandante.

Intentaba el doctor Jorge Lozano A. contrademandante, con su demanda de reconvención, obtener que se declarara que el contrato celebrado el 7 de enero de 1933, bajo el número 13 por el cual Lázaro Calvo, sin autorización de su esposa, vendió a Teresa Calvo la finca materia del juicio, debía respetarse, por considerar que tal venta obligaba a la sociedad conyugal, la cual debía responder del saneamiento, estando por lo mismo el demandado libre de la devolución del inmueble materia de la acción de reconvención propuesta.

Se trata pues, no de inconsonancia entre lo pedido y lo sentenciado, sino de reparos a la negativa dada por el Tribunal a la contrademanda, cuestiones que no caben dentro de la causal segunda.

No está por demás expresar, que el demandado Jorge Lozano al ser notificado de la acción de reivindicación instaurada por la señora Lara de Calvo para la sociedad conyugal, denunció el pleito a los antecesores en su dominio o sea a Teresa Calvo y al vendedor de ésta Lázaro Calvo representado en el momento de la denuncia por la sucesión ilíquida de dicho señor, quien para entonces había fallecido.

La sentencia del Tribunal confirmó en todas sus partes la del juzgado de primera instancia, la cual dispuso sobre la petición de saneamiento lo siguiente:

"DECLARASE el derecho de saneamiento por evicción a favor del demandado doctor Jorge Lozano A. y en contra de la señora Teresa Calvo de Navarro y de la sucesión del doctor Lázaro Calvo Pulecio, representada por sus menores hijos legítimos Leonor, Ernesto y Gladis Calvo Lara, a quienes los representa su madre, la señora Julia Lara v. de Calvo, en virtud de las cláusulas sobre saneamiento por evicción contenidas en las escrituras números 88 de 14 de abril de 1941 y 13 de 7 de enero de 1933, ambas de la Notaría de El Guamo, con las restituciones y las indemnizaciones consagradas en la ley Civil Sustantiva".

Al sostener este motivo de casación sugiere el autor del recurso que existe contradicción en el fallo, por cuanto en la acción principal se ordena el saneamiento y a la vez niega la acción de reconvención que en la práctica se propone lo mismo.

Sobre esta nueva faz del problema, bastaría agregar que la contradicción entre lo pedido y lo sentenciado corresponde al motivo tercero de los enumerados por el artículo 520 del C. J., causal no alegada. Por lo demás no existe tal contradicción al negar la contrademanda que en la práctica iba dirigida a obtener la retención de la finca mientras se cubría el valor del saneamiento, cuestión extraña al proceso por haberse propuesto la reivindicación para la sociedad conyugal en liquidación y haberse decretado el saneamiento a cargo de una entidad distinta: la herencia de Lázaro Calvo Pulecio.

En consecuencia, se declara improcedente el cargo.

Sentencia

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué, con fecha dieciocho de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas a cargo del recurrente.

Cópiese, publíquese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario".

ACCION DE FILIACION NATURAL

Es doctrina actual de la Corte, que abrogó totalmente la anterior, la de que muerto el presunto padre natural es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél.

2.—Cuando la ley 45 de 1936 dice que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural "en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación", establece una presunción para que obre la cual es necesario que aparezcan probados hechos que la producen: las relaciones sexuales estables y mantenidas de manera notoria. No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas que los testigos hayan presenciado la intimidad o realización de hecho de las relaciones sexuales. Sobre éstas no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuye aquella clase de relaciones.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Procede la Corte a fallar sobre el recurso de casación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena en el juicio que ha seguido Sara Isaac Sierra en nombre de los menores Alfonso y Carol Barboza Isaac contra la sucesión de Sofronín Barboza Quintero sobre filiación natural de aquéllos y reforma del testamento de dicho señor.

Las sentencias del Juez y del Tribunal

Negados por la parte demandada los hechos fundamentales del libelo y el derecho que en su favor alegaban los actores, el primer grado de la instancia terminó con sentencia absolutoria del Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena.

En la primera parte de aquella providencia se estudia lúcidamente la debatida cuestión de si después de muerto el padre es viable o no la acción de filiación natural, y el Juez se pronuncia por la tesis afirmativa.

Pero la segunda parte de la sentencia, al analizar las pruebas producidas en el presente caso, llega a la conclusión de que ellas son insuficientes para dar por demostrado que los menores Alfonso y Carol Barboza Isaac sean hijos naturales de Sofronín Barboza, por lo cual niega la declaración impetrada sobre filiación y las demás propuestas como consecuentes de ella.

Apelado el fallo de primera instancia por la parte demandada, el Tribunal Superior de Cartagena, sin entrar en examen alguno de pruebas, se limitó a estudiar la cuestión de derecho; y después de una extensa motivación tendiente a demostrar que no es viable la acción de filiación natural cuando ya ha fallecido la persona a quien se designa como padre, confirmó el fallo absolutorio de primer grado aunque advirtiendo expresamente que lo hacía por razón o motivo diferente del que había servido al Juez para basar su decisión.

Contra este fallo del Tribunal interpuso casación la parte actora.

El recurso

El recurrente acusa la sentencia del Tribunal por el primer motivo de casación, artículo 520 del C. J., y señala como disposiciones legales sustantivas violadas por la sentencia, las de los artículos 7º de la Ley 45 de 1936, 401, 402, 403, 404 y 1155 del Código Civil. Para fundar su intento ataca el capítulo de la sentencia que trae el mote de "Tendencias jurídicas relacionadas con la acción de estado", censurando la tesis allí sostenida de que si una persona está ligada a otra por parentesco de consanguinidad, "o está también ligada con el mismo vínculo a todos los miembros de la familia, o con ninguno de ellos tiene tal parentesco",

tesis del Tribunal tendiente a concluír que en el juicio sobre filiación la sentencia ha de producir efectos **erga omnes** (mediante juicio adelantado con legítimo contradictor), porque resulta absurdo que produzca efectos relativos, o sea, sólo entre los litigantes.

Impugna luego el recurrente el capítulo de la parte motiva titulado "Efectos de las sentencias concernientes al estado civil", en donde se sostiene que al tenor del artículo 402 del C. C., "esos fallos, o producen efectos para todos, o no producen ningún efecto", lo cual supone necesariamente la controversia con el legítimo contradictor.

Dice el recurrente que hasta ahora nadie había sostenido en Colombia que el efecto absoluto de la sentencia consistiera en dar al hijo natural una posición con respecto a toda la familia; que el valor **erga omnes** de los fallos de esta clase de juicios sólo se refiere "a la general oponibilidad de la decisión"; y agrega: "El efecto relativo de la cosa juzgada, también se refiere a la oponibilidad, con la diferencia de que el fallo que produzca tal efecto, sólo es oponible entre las partes que en el asunto han intervenido, pero no a los terceros"; de donde resulta que la sentencia recurrida le ha dado al artículo 401 del C. C. un alcance que no tiene.

En otro aparte de la demanda de casación se lee lo siguiente: "Sentadas estas bases, es forzoso concluír que las sentencias judiciales que se dicten sobre la legitimidad del hijo, o que declaran la filiación natural, tienen, pues, dos efectos diferentes, según haya sido la persona que haya soportado la acción: Si ha intervenido, como sujeto pasivo de la acción, el padre, el fallo tiene efectos obligatorios **erga omnes**, y, por consiguiente, es oponible a todos; si por muerte del padre, se ha dictado decisión sin intervención de éste, produce efectos inter partes, como dice el principio general. Para aclarar más, diré, que la intervención o no del padre, determina el alcance de la sentencia.

Habiendo fallecido el progenitor, ¿contra quién ha de dirigirse la acción? ¿Quién debe reemplazarlo en el cumplimiento de los deberes, derechos y obligaciones que como tal tenía? A estos interrogantes da el artículo 1155 del C. C. adecuada respuesta, cuando dice que "los asignatarios a título universal... son herederos; representan la persona del testador para sucederlo en todos sus derechos y obligaciones transmisibles". Es este un principio universal de derecho, respetado en todas las legislaciones. En virtud de él, los herederos toman el mismo lugar que le correspondería al de cujus para efecto de representarlo en derechos y obligaciones, y, de consiguiente, para soportar las acciones que contra él se hubieran podido ejercer. Y como la paternidad natural entraña cierto derecho e implica obligaciones correlativas, los herederos, continuadores de la personalidad jurídica del difunto, deben soportar las acciones que contra ellos se ejerciten para hacer efectivos los derechos que emanan de la filiación tales como el de darle al hijo vocación hereditaria".

Y transcribe extensos pasajes de los salvamentos de voto emitidos por dos de los Magistrados de la Corte que desistiendo de ocasionales mayorías formadas en ésta, sostuvieron desde el tiempo anterior que la acción de filiación natural es viable aun cuando el padre haya muerto.

Contesta el opositor:

"La tesis sostenida por la Honorable Corte cuyas funciones expiraron el último de abril próximo pasado (habla en 1945), la de que muerto el contradictor legítimo, el padre, antes de que se entable el juicio sobre investigación de la paternidad, la acción queda extinguida, no es una tesis absurda o traída de los cabellos, o sin fundamentos jurídicos algunos". Se acoge a dicha tesis y aduce en apoyo de ella cierto proyecto de ley que a la sazón se encontraba al estudio del Senado, después de haber sido aprobado por la Cámara de Representantes, pues considera que tal proyecto "le presta respaldo a la tan combatida jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia".

Agotados los trámites del recurso de casación y a fin de resolver, se considera:

Razones para la casación

El artículo 7º de la Ley 45 de 1936 sobre filiación natural estatuye que a la acción sobre ésta son aplicables las disposiciones de los artículos 401, 403 y 404 del C. C.; y estos preceptos legales establecen que las sentencias judiciales sobre legitimidad o ilegitimidad de un hijo o sobre impugnación de la maternidad, tienen efecto **erga omnes** siempre que sean pronunciadas en juicio que se

trabe entre legítimos contradictores, o sea, entre el padre y el hijo, o entre la madre y el hijo, según el caso. Teniendo en cuenta estas premisas sostuvo la Sala, en sentencia de casación de 26 de abril de 1940 y en otras posteriores, que muerto el padre no era viable la acción de filiación natural, porque la controversia ya no podía surtirse con legítimo contradictor según la noción que de éste da el artículo 403 del C. C. aplicable a la filiación natural por expreso mandato de la precitada Ley 45 de 1936.

Conviene hacer presente que al proferir sentencias de casación sobre ese tema se dividió siempre el personal de la Corte; y análoga pugna de pareceres agitó la opinión de jueces, tribunales y juristas.

Ultimamente, en extensa sentencia fechada el 1º de octubre de 1945, y no publicada aún en la **Gaceta Judicial,** sentencia precedida de largas deliberaciones, la Sala de Casación Civil de la Corte se pronunció, por unanimidad de votos, en el sentido de que aún muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél.

La precitada sentencia en que la Corte, con sólida argumentación, hubo de variar la tesis sentada antes por esta Sala, estudia ampliamente, a través del derecho romano, el español y el francés, hasta llegar a las legislaciones chilena y colombiana, la noción de legítimo contradictor; contempla varios supuestos en que la ley admite que la acción sobre legitimidad o ilegitimidad del hijo o sobre impugnación de la maternidad puede trabarse entre personas distintas del que específicamente se reputa legítimo contradictor, como son los casos contemplados en los artículos 219, 220, 221, 222 y 337 del C. C.; y explica cómo en estos casos la sentencia, no obstante versar sobre estado civil de las personas, por expresa disposición legal puede producir tan sólo efectos relativos, o sea, entre quienes han intervenido en el correspondiente juicio, y no produce efectos **erga omnes.**

En el referido fallo dice la Corte que el alcance de los artículos 401 y 404 del C. C. sólo puede fijarse relacionándolo con los demás textos del Código que son antecedentes y complementarios de ellos, porque el Código es una concepción de conjunto y por consiguiente no se debe examinar aisladamente una de sus disposiciones; y que los precitados artículos apenas son desarrollo de un principio general sobre reconocimiento de la filiación.

Los artículos 17 del C. C. y 473 del C. J. establecen el principio de que la cosa juzgada en un pleito no lo es sino entre las personas que han intervenido en él, pero que a los extraños al pleito no obliga o perjudica la sentencia. Excepción a tal principio establecen los artículos 401, 402 y 403, el primero de los cuales comprende dos clases de juicios: los de filiación legítima y las controversias sobre maternidad (impugnación o reclamación de ella).

"Mas no en todas las acciones referidas la sentencia que las defina se reviste de efectos absolutos, sino aquellas colocadas dentro del artículo 402, una de cuyas condiciones establece que se hayan dictado con audiencia de legítimo contradictor".

Expresa la sentencia a que se viene aludiendo que por falta de análisis acerca de este punto, o sea del segundo de los requisitos exigidos por el artículo 402 del C. C. para que el fallo sobre filiación produzca efectos **erga omnes,** "en conexión con la teoría legal del Código acerca de las diferentes acciones sobre filiación legítima y maternidad, para las cuales fue dada la noción de legítimo contradictor y en donde ella tiene aplicación exacta, han sido en los últimos tiempos erróneamente interpretados en Colombia los artículos 401 y 403, dándoles significación diametralmente opuesta a la idea que encarnan sobre la cual estuvieron siempre acordes, sin ninguna excepción, los comentadores chilenos y colombianos".

Ahora: si para los juicios sobre filiación legítima o maternidad disputada han de aplicarse los artículos 401 a 404 no aisladamente sino armonizándolos con lo dispuesto en los títulos X y XVIII, Libro Primero del Código Civil y con el artículo 406 **ibidem, a fortiori** deberán seguirse esos mismos criterio y procedimiento cuando se trate de aplicar aquellos artículos en materia de filiación natural, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 45 de 1936.

Luego de la demostración hecha por el método exegético, con la cual se rectifica la doctrina anterior que se había elaborado cabalmente mediante ese método, la Corte expone en su sentencia de 1945 otras razones o argumentos de carácter jurídico y de carácter moral en corroboración de la tesis sostenida por dicho fallo: de suerte que el

punto se ha tratado no sólo a la luz del sistema exegético sino empleando también el sistema científico de interpretación de las leyes.

Como sería demasiado dispendioso transcribir la motivación del fallo proferido por esta Sala de casación en 1º de octubre de 1945, por ser muy extensa, como que la parte meramente doctrinaria llena cosa de veinticinco páginas impresas, la Corte apenas hace hoy las precedentes alusiones a dicho fallo para reiterar la doctrina que en él plantea y desarrolla.

Mas, por considerar que la resumen y afianzan, se copian a continuación algunos apartes de la precitada sentencia; dicen así:

"Con la tesis de que muerto el padre muere la acción del hijo natural para reclamar su estado, piénsese en la categoría de hijos que radicalmente estarían desposeídos de la acción al nacer: los póstumos. Se hace imposible concebir que estén excluídos. No pueden estarlo, si el principio en que se inspiran los artículos 91 y 93 del Código Civil, de que la ley protege la vida y el patrimonio del que está por nacer, traduce imperativos de justicia que impiden quebrantar sin motivos legítimos la igualdad de posibilidades de los hombres ante la ley. Romperíase esa igualdad de tolerarse que a determinada categoría de hijos naturales se les negase el derecho que a otros se les otorga, solamente porque éstos tuvieron el privilegio de conocer al padre, en contraste con la situación de aquellos nacidos bajo la desventura de la orfandad, que parejamente se les convertiría en desamparo legal.

"Pero a tamaña desigualdad —vitanda, por lo demás, enfocada a la luz de las directrices positivas de nuestra organización constitucional— llégase por interpretar los artículos 401 y 403 aisladamente, cual disposiciones que actuaran sueltas, sin vínculos de relación con otros antecedentes; método de interpretación desusado aun dentro del criterio de los primeros exégetas, quienes en la explicación de las normas nunca abandonaron el enlace de las disposiciones conexas. Menos podría ampararse semejante método con las recomendaciones de la Escuela Científica, cuyas críticas estigmatizan la fórmula de **dura lex sed lex,** como contrapuesta a la armonía social en que supónese inspirada toda regla de derecho privado, escuela para la cual la ley tiene un alcance limitado y objetivo, que se determina mediante la fórmula literal del texto y del fin social perseguido por el legislador en el momento de elaborarla. Texto y objeto social son, pues, los dos factores preponderantes en la hermenéutica que se precie de científica. De consiguiente, ni torturar el texto arrancándole conceptos contrarios a los que fluyen de su sentido literal, ni desviarlo del fin social a que responde. Desalojando a los póstumos del amparo que la Ley 45 de 1936 les confiere a los hijos naturales, ¿acaso esa fuera la manera de acomodar ésta al fin social que la inspira? Y por el otro aspecto, ¿no será deformar el tenor literal de los artículos 401 y 403, leyéndolos sin el auxilio del 402, y todos tres desconectados de las disposiciones orgánicas de las acciones de filiación que se dejan examinadas en este fallo, en donde aquéllas encuentran su natural anclaje?

"La solución jurisprudencial en este fallo adoptada, lejos de desarmonizar, encuadra perfectamente dentro de las normas de la moral cristiana. La unidad y estabilidad de la familia legítima cimentada por esta moral es base de austeridad en las costumbres, espíritu de orden, benevolencia y generosidad entre los hombres, virtudes que generalizadas en la sociedad hacen germinar espontáneamente el sentimiento colectivo de la justicia, tan necesario y esencial a la convivencia de las naciones, de los individuos y grupos sociales de cada pueblo. Y no hay mayor disolvente de la familia legítima que la tendencia a la procreación extramatrimonial. De ahí que si los diques de la moral religiosa con sus llamamientos a las conciencias individuales son insuficientes a contenerla, está bien que la ley positiva intervenga, permitiendo y reglamentando la investigación de la paternidad ilegítima, aun cuando no sea sino con el objeto de abrir el camino de las separaciones patrimoniales, a modo de freno económico, mediante las cargas que se establezcan a favor de la progenie extramatrimonial, con fines de protección, pues el que ella sea fruto de pecado no autoriza la plena irresponsabilidad del padre, en el sentido de dejarla abandonada al desamparo. Ahora bien: si la protección se da contra el padre, y sobre la equidad y justicia de ello hay acuerdo unánime al interpretar la Ley 45 de 1936, ¿qué razón sería de orden moral se opone a que se dé contra sus herederos, obstinados muchas veces en negar lo que el padre le ha concedido al hijo en vida? El temor a que se perturbe el ritmo de la tranquilidad de los hogares es preocupación infundada. Se acepta como necesaria la acción de investigación durante la vida del padre con el fin

de evitar que bandone u olvide el cumplimiento de elementales deberes de protección impuestos por la naturaleza hacia el hijo, no obstante que viviendo el padre es cuando la acción de declaración de la filiación natural puede traer realmente motivos de intranquilidad y disgusto en el hogar entre el padre y la esposa o entre el padre y los hijos legítimos. Pero muerto el padre, tales peligros son imaginarios, y sólo habrá que defender a los herederos contra el intento de acciones sorpresivas prevalidas en su desconocimiento de las actividades de aquél. Mas ese peligro es peculiar en la mayoría de las demandas contra los herederos por hechos imputados al padre. Peligro que puede contrarrestar la jurisprudencia exigiendo rigor en el análisis de las pruebas con que se pretenda acreditar la paternidad. Y el mismo legislador, introduciendo las reformas legislativas que la Corte sugiere en el último capítulo de este estudio, a fin de mejorar el instrumento legal".

En sentencia de casación fechada el 28 de junio último sostuvo y explicó de nuevo la Corte la misma doctrina. Conviene destacar los siguientes pasajes de esta otra sentencia:

"La objeción consistente en que sería inadmisible una sentencia sin efecto **erga omnes,** en cuanto una misma persona tendría determinado estado civil para unos y carecería de él para otros, no tiene la trascendencia que a primera vista parece y hasta podría decirse que tampoco tiene sentido, al menos prácticamente hablando, puesto que cuando se ha pronunciado en juicio no contra el padre sino contra sus herederos, sucederá, sin que ello implique contradicción ni contrasentido, que los que figuraron como demandados y fueron vencidos en juicio han de contribuír, por ejemplo, con su cuota respectiva a cubrir la cuota herencial del vencedor, al paso que esta carga no pesa sobre los que no fueron demandados y a quienes por lo mismo el fallo no perjudica..."

"...Si todas estas reflexiones imponen el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre a quien, viviendo, le habría tocado responder, ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones transmisibles. (Artículo 1155 del C. C.)".

De todo lo expuesto se concluye que la sentencia recurrida quebranta las disposiciones legales sustantivas que el recurrente señala como violadas, o sea, los artículos 7º de la Ley 45 de 1936, 401, 403 y 1155 del C. C. Por consiguiente, el recurso prospera y la Sala entra a proferir el fallo que debe reemplazar el que habrá de invalidarse.

Sentencia de instancia

Sara Isaac Sierra, en nombre de sus menores hijos naturales Alfonso y Carol Barboza Isaac, demandó, por medio de apoderado, como arriba se dijo, a la sucesión de Sofronín G. Barboza Quintero, representada por la Sra. Carlota Barrios de Barboza en su carácter de heredera testamentaria y albacea de la sucesión, para que con intervención de dicha señora y del Agente del Ministerio Público se declare que los prenombrados menores son hijos naturales de Sofronín Barboza Quintero, que tienen derecho de heredar a éste como padre natural de ellos, y que, en consecuencia, debe reformarse en favor de los mismos menores el testamento de Sofronín Barboza Quintero, con el objeto de que se le reconozca en la sucesión de éste lo que les corresponde como legitimarios de aquél, en su carácter de hijos naturales.

Como ya se dijo, el Juzgado 3º Civil del Circuito de Cartagena, surtidos los trámites de la instancia, dictó sentencia absolutoria; en ella se demuestra que la acción de filiación natural es legalmente viable aun cuando el padre haya muerto, pero el Juez encontró insuficiente la prueba producida con el intento de acreditar que Alfonso y Carol sean en realidad hijos de Sofronín Barboza Quintero.

Al analizar la cuestión de hecho principia el Juez por anotar que en el caso de que se trata, la parte actora lo ha situado, desde la demanda, en el evento previsto por el numeral 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936 según el cual hay lugar a la declaración de la paternidad:

"...4º En el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación y siempre que el hijo hubiere nacido después de ciento ochenta días contados desde que empezaron tales relaciones, o dentro de los trescientos días siguientes a aquel en que cesaron".

Y partiendo de que este pleito no se ha fun-

dado ni podía fundarse en posesión notoria del estado civil puesto que el artículo 398 del C. C. exige para ella una duración mínima de diez años y los niños que se dicen hijos de Sofronín Barboza nacieron en los años de 1936 y 1938 y aquél murió el año de 1940, el Juzgado se concreta a examinar si las pruebas demuestran que entre la madre de los niños demandantes y el presunto padre existieron de manera notoria relaciones sexuales estables. "Estas, dice el Juez, han de ser notorias o públicas y además, estables, es decir, continuas y regulares. De esta manera las de carácter más o menos velado y las de carácter más o menos esporádico no dan base para una declaración de paternidad".

La sentencia de primer grado se expresa acerca de las pruebas, así:

"Ahora bien, analizadas las pruebas que los demandantes han aportado a los autos, este Juzgado no ha llegado al convencimiento pleno de que las relaciones sexuales entre Sara Isaac y Sofronín Barboza tuvieran aquellos caracteres.

"Los testimonios traídos al debate, sin una sola excepción, se arrogan por sí y ante sí la facultad de juzgar que aquellas relaciones eran estables, pero omiten lo que en realidad es de su competencia, exponer los hechos en virtud de los cuales el juzgador debe determinar la estabilidad o inestabilidad de las relaciones. Esos testimonios le presentan al Despacho, no una situación de hecho, que es lo que les incumbe, sino una situación de derecho creada mediante el juicio personal de cada uno de los testigos. Las declaraciones así rendidas constituyen una verdadera petición de principio que da por demostrado lo que se trata de demostrar, y le sustraen al juzgador la materia sobre que ha de juzgar.

"Pero no sólo eso, sino que por las razones mismas en que basan sus dichos, los testigos presentados o son de oídas, caso en el cual sólo servirían para comprobar la notoriedad y sólo la notoriedad, o no están en capacidad de dictaminar sobre hechos que han de repetirse constante y regularmente. Ni una persona, por el hecho de haber ido varias veces a una casa, ni un médico ni un dentista, por el hecho de haber prestado sus servicios profesionales en más de una ocasión, ni un pariente por el solo hecho de manifestárselo su consanguíneo, pueden dictaminar sobre hechos que, a la inversa de los alegados, no son esporádicos, sino continuos y regulares. Ni tampoco puede merecer crédito quien dice, a la manera de Rafael Lafont, que Sofronín Barboza visitaba a Sara Isaac por lo menos diez veces al día".

Debe hacerse presente ante todo que, además de las pruebas de la primera instancia, en la segunda se produjeron otras y así esta Sala tiene que efectuar la apreciación de aquéllas y de éstas.

En su sentencia de 1º de octubre de 1945 cuyos rasgos esenciales se ha procurado reproducir como motivación de la que hoy se profiere, dijo la Corte: "Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural, se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos, especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial". Y a renglón seguido sugiere la necesidad de reformar la Ley 45 de 1936 en el sentido de que se exija, cuando la acción de filiación natural haya de fundarse en alguna de las causales 4ª o 5ª de aquella ley, que para darlas por probadas se requiera "un principio de prueba por escrito emanada del pretendido padre, que haga verosímil el hecho litigioso".

Pero es lo cierto que tal reforma legislativa no se ha expedido todavía; y como hoy por hoy no exige la ley prueba especial para acreditar los hechos básicos de la filiación natural, tampoco podría desecharse **a priori** como inidónea determinada especie de pruebas; y así, no es posible descalificar de manera absoluta la prueba testifical para esta clase de acciones, aun cuando sí debe apreciarse con rigor de lógica, máxime cuando la acción de filiación natural se adelanta después de muerto el presunto padre.

En la primera instancia se adujeron como pruebas los testimonios de José Olave, Santiago Ortega, José Cortecero, Rafael Lafont, Galo Ramos, Olegario, Alberto y Teófilo Barboza, Antonio P. Lozano, Carlos Porto, Rafael Olivo y Aristides Paz Vieira, quienes, al tenor del interrogatorio que les fue hecho dicen constarles que desde el año de 1935 existían relaciones sexuales entre Sofronín Barboza Quintero y Sara Isaac Sierra, y que dichas relaciones eran tan públicas y notorias que todo el vecindario del Barrio Rodríguez Torices donde Sara Isaac vivía, tuvieron a ésta "como mujer ilegítima" de Sofronín Barboza; que ella vivía en habitaciones que Sofronín Barboza le proporcionó; que "el público de la ciudad consi-

dera a los menores Alfonso y Carol" como fruto natural de dichas relaciones, y que los declarantes vieron cómo Sofronín prodigó a èsos niños "toda clase de atenciones", los trató siempre como a hijos suyos y de Sara Isaac, proveyó a la subsistencia y crianza de ellos, los presentó a sus amigos y parientes y al vecindario en general como sus hijos naturales, y por eso los declarantes "han reputado y reputan a Alfonso y Carol Barboza Isaac como hijos naturales del doctor Sofronín Barboza Quintero".

Respecto de èsta prueba testimonial podría decirse por una parte que con ella se tiende más bien a establecer la posesión notoria del estado civil que a los niños Alfonso y Carol se atribuye con relación a Sofronín Barboza; y por otra parte, que si se atiende al pasaje de los testimonios común a todos los declarantes, resulta justificada la observación hecha por el Juez de que parece tratarse más bien de apreciaciones o conclusiones formuladas por los testigos, que de hechos concretos que ellos hayan presenciado.

Sin embargo, examinada con la insistencia que el asunto pide, se encuentra que la abundante prueba testimonial creada en el presente caso, ofrece particularidades dignas de apreciarse.

Algunos testigos, como José Olave, Santiago Ortega y Rafael Olivo, apenas dan como razón de su dicho la de ser vecinos de Sara Isaac; pero los otros deponentes explican o respaldan su testimonio por circunstancias que lo refieren a hechos ya concretos y percibidos directamente por los propios declarantes.

Así: José Cortecero (fol. 3 v., cuaderno de pruebas de la primera instancia), se dio cuenta de aquellas relaciones porque como obrero o contratista en "trabajos de canales y tuberías para sumideros", estuvo varias veces dentro de la casa de la Isaac, llamado por Sofronín; y si este hecho es equívoco, porque Barboza podía llamar o llevar al testigo no por ser aquél concubino de la Isaac, sino, verbigracia, como propietario de la casa, ocurre que Galo Ramos (fol. 8) peluquero, era también llamado por Sofronín Barboza a casa de Sara Isaac Sierra, y aun llevado por él a cortarle y arreglarle el cabello a dicha señora, como solía hacerlo también con los niños Alfonso y Carol, a quienes Sofronín llevaba "con frecuencia, a la peluquería del declarante, quien agrega que todos estos servicios los prestaba "por orden y cuenta del doctor Sofronín Barboza Quintero, ya finado".

El doctor Carlos Porto, dentista (fol. 17) dice que Sofronín le habló para que prestara sus servicios profesionales a Sara Isaac Sierra, "llevándola él personalmente en distintas ocasiones a su clínica de dentistería"; refiere que en una de esas ocasiones dicha señora estaba en cinta, y anota como recuerdo especial que el día de la inauguración de la Clínica Vargas, Sofronín Barboza llevó al declarante a una casa que estaba acabando de edificar y le manifestó que pensaba mudar o trasladar allí a Sara Isaac Sierra.

También el doctor Aristides Paz Vieira (fol. 18 v.) dice haber prestado sus servicios médicos a Sara Isaac Sierra, la atendió durante su embarazo, "y después a los niños", advirtiendo que dichos servicios los prestaba "solicitados y pagados por el doctor Barboza".

Y para todos estos declarantes son cosa cierta las relaciones sexuales de Sofronín Barboza Quintero y Sara Isaac Sierra.

Aun cuando no es imposible que por mera caridad o liberalidad sufrague un hombre los gastos de subsistencia de una mujer soltera y de los hijos de ésta, tampoco es lo usual y corriente; y, en todo caso, la personal solicitud no sólo para hacer esos gastos, sino, además por estar contratando y pagando servicios de peluquero, dentista y médico (y éste para el tiempo de embarazo de la mujer), y la constante compañía prestada a la mujer por el generoso sufragante, a los gabinetes de los profesionales, no sólo es bien significativa acerca de la clase de relaciones entre Sofronín Barboza Quintero y Sara Isaac Sierra, sino que permitía a médico, dentista y peluquero darse cuenta de la clase de trato que aquella pareja se daba: ciertamente no peca de temeraria la persuasión de los declarentes de que Sofronín Barboza Quintero y Sara Isaac Sierra se trataban como si fueran marido y mujer ya que con tal asiduidad y en menesteres tan íntimos atendía, aquél a ésta, y no sólo con la ayuda pecuniaria sino, además, con la asistencia personal y constante, reveladora de particular afecto.

Rafael Lafont (fol. 5, cuaderno de pruebas de la primera instancia) dice que Sofronín Barboza sacaba a pasear en su propio coche a Sara Isaac "durante la noche".

Otro grupo de declarantes forman Olegario Barboza (fol. 9), Alberto Barboza M. (fol. 9 v.) y Teófilo Barboza (fol. 12), primos hermanos de Sofronín Barboza Quintero, el último de los cuales solía acompañar a éste a las visitas que "siempre le hacía diariamente a su mujer ilegítima Sara Isaac", dice el testigo, quien agrega que en una de aquellas veces Sofronín llevaba en su automóvil, con destino a Sara Isaac, vestidos para mujer y juguetes para los niños". Y todos los tres testigos Barbozas, al principiar su declaración —y como posible motivo de inhabilidad— expresan que son parientes de los interesados, niños Alfonso y Carol Barboza Isaac. Por cierto que Alberto Barboza M. menciona una circunstancia especial, a saber, que Sofronín le recordó "desde su lecho de enfermo, la promesa del declarante de bautizarle a Carol". Este testigo aparece luego en la correspondiente partida, como padrino del niño, y dice que no lo bautizaron inmediatamente, en espera de que Sofronín Barboza mejorara y pudiera asistir al acto, y que por tal espera hubo de bautizarse al niño después de fallecer Sofronín.

En la declaración de Teófilo Barboza Avendaño (fol. 12) se encuentra un interesante detalle: Sofronín Barboza solía decirle que de sus hijos el único que había sacado un tipo netamente Barboza era Alfonso. Expresa este testigo que Sofronín "cuando hablaba de Carol recordaba el carácter del maestro Sambito, bisabuelo del declarante y tronco de la familia". Y refiere que al día siguiente al nacimiento de cada uno de los niños Alfonso y Carol Barboza Isaac, acompañó a Sofronín a casa de la madre, y que aquél "mandó a buscar vinos para festejar tales nacimientos".

A folio 15 del cuaderno de pruebas del Juzgado Antonio P. Lozano, quien declara de conformidad con los demás puntos del interrogatorio, agrega que Sofronín Barboza lo buscó para padrino de Alfonso, función que efectivamente desempeñó como puede verse en la correspondiente partida acompañada a la demanda (folio 4 del primer cuaderno).

En la segunda instancia se adujeron los testimonios de Hersilia Amador y Vicenta Castaño, amigas de Sara Isaac Sierra y quienes aseveran que a fines de abril de 1933, ésta "se unió haciendo vida de marido y mujer al doctor Sofronín Barboza Quintero y que desde esa fecha sus relaciones sexuales fueron notoriamente públicas y estables hasta poco antes de la muerte del doctor Barboza, acaecida a mediados del mes de diciembre de 1940". Y la primera, o sea Hersilia Amador (fol. 3 v., cuaderno de pruebas del Tribunal), manifiesta que esto le consta "por haber vivido con la señora Sara Isaac"; y agrega que como evidente manifestación de las relaciones sexuales estables y permanentes entre Sofronín Barboza Quintero y Sara Isaac Sierra cita el hecho de que éste visitaba día por día, pública y notoriamente a Sara Isaac y "compartía con ella en la intimidad su lecho, especialmente en horas de la noche".

Es muy difícil, casi imposible, declarar sobre un hecho que más concretamente indique la existencia de relaciones sexuales.

A lo cual se agrega que las dos declarantes interrogadas en la segunda instancia y lo mismo Santiago Pérez Múnera (fol. 2 v., cuaderno de pruebas), están acordes con los testigos que depusieron en la primera instancia en que Sofronín Barboza Quintero "atendía a todas las necesidades de la señora Sara Isaac y le suministraba recursos para la subsistencia, y en toda la barriada la presentaba como su mujer ilegítima".

Cuando la Ley 45 de 1936 dice que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural "en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación", establece una especie de presunción para que obre la cual es necesario que aparezcan probados los hechos que la producen: las relaciones sexuales estables y mantenidas de manera notoria.

No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas que los testigos hayan presenciado la intimidad o realización de hecho de las relaciones sexuales. Sobre éstas no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuye aquella clase de relaciones.

Y no podría negarse que los datos suministrados en este proceso por los declarantes son de ese carácter, sobre todo si se tiene en cuenta que podrían clasificarse por grupos, según los hechos que relatan; y forman un haz probatorio en el cual se complementan hasta el punto de ser suficientes para producir certeza legal acerca del hecho básico de la acción.

Así: el hecho de que Sara Isaac Sierra habitara en casa de propiedad de Sofronín Barboza; que

Sofrónín Barboza sufragara los demás gastos de subsistencia de Sara y de los niños; que habitualmente solicitara y pagara servicios de peluquero, dentista y médico para ellos; que celebrara como padre el nacimiento de los niños considerándolo como motivo de regocijo para él; que visitara la casa de Sara varias veces cada día y aun en la noche; y, por último, que compartiera con ésta "la intimidad del lecho" como dice una de las declarantes que lo supo por vivir con Sara, son hechos que si se consideran cada uno por separado podrían no revestir entidad suficiente para deducir la existencia de relaciones sexuales; pero sí permite afirmarla el conjunto de esos múltiples hechos cuya ocurrencia no podría atribuírse a mera casualidad, máxime si se considera que tal conjunto está reforzado por una circunstancia que no es mero juicio o conclusión de los testigos, sino acto de Sofronín percibido por los declarantes.

Dicho señor trataba a Sara Isaac y la presentaba, al menos ante el público del barrio donde habitaba, "como su mujer ilegítima", cosa inexplicable si entre ellos no había relaciones sexuales; y trataba a los niños Alfonso y Carol como hijos suyos; en este concepto los presentaba a sus relaciones, proveía a su subsistencia y gastos; festejó el nacimiento de ellos, designó padrinos para los correspondientes bautizos, y al hablar de los niños se refería a sus rasgos físicos y psicológicos atribuyéndoles atavismos del propio Sofronín.

Siendo discutible el punto de si puede acreditarse la posesión notoria del estado civil cuando el tiempo legal de ella no se ha completado por muerte del padre; y no habiendo el actor enfocado claramente ese aspecto de la prueba, ésta, aun considerando que pueda no ser apta para acreditar la posesión notoria del estado civil, es sin embargo, aceptable como dato revelador de las notorias y estables relaxiones sexuales entre Sofronín y Sara, pues la presentación de Sara ante sus relaciones como su mujer ilegítima, la ostentación de la paternidad de los niños por parte de Sofronín y las reiteradas referencias a ellos como sus hijos no tendrían posible explicación si no hubieran mediado relaciones sexuales entre él y Sara.

No puede pasar inadvertido para la Sala un detalle al cual quizá ni los interesados han hecho alusión especial: con la demanda se acompañaron las partidas de bautismo de los niños Alfonso y Carol Barboza Isaac, partidas de origen eclesiástico, según las cuales Carol fue bautizado el 16 de diciembre de 1940 (después de muerto Sofronín), pero Alfonso fue bautizado el 14 de mayo de 1936: en una y otra se expresa que el niño bautizado es hijo natural de Sofronín Barboza Quintero y Sara Isaac y hasta se anota el nombre de los abuelos, o sea, los padres de Sofronín. No es verosímil que sin mediar relaciones sexuales entre Sofronín Barboza y Sara Isaac Sierra, se hiciera figurar a Sofronín como padre de Alfonso en el acta de bautismo de este niño.

No puede negarse que la prueba testimonial producida en este juicio ofrece las garantías que razonablemente deben exigirse para no desconfiar de ella: el número y variedad de los declarantes, algunos de ellos allegados a Sofronín Barboza Quintero por cercano parentesco; y la circunstancia de no ser idéntico el texto de las diferentes declaraciones, pues cada deponente expresa algún dato o hecho particular a su testimonio, son cualidades de éste que alejan la posibilidad de maquinaciones fraudulentas, y al propio tiempo la concordancia de las declaraciones en cuanto al fondo mismo de los hechos, constituyen fuertes motivos de credibilidad.

El abundante caudal probatorio que se deja analizado, da base suficiente para que prosperen la declaración de paternidad natural impetrada en el presente juicio como súplica principal de la demanda, y las otras peticiones del libelo, que son consecuencias legales de aquélla en cuanto hace a la sucesión por causa de muerte de Sofronín Barboza Quintero, así:

Dicho señor otorgó testamento el año de 1924 en el cual hizo varios legados e instituyó heredera a su legítima mujer, señora Carlota Barrios de Barboza, a quien designó albacea; y falleció en el año de 1940 sin que aparezca que hubiera revocado o reformado tal testamento.

La Ley 45 de 1936 llama al hijo natural en la mitad legitimaria y lo coloca entre los posibles asignatarios de la cuarta de mejoras en sus artículos 23 y 24, a la que éste hace extensiva la acción de reforma. Ante estas disposiciones, no habiendo descendientes ni ascendientes legítimos y no apareciendo en el presente juicio más hijos naturales que los demandantes Alfonso y Carol Barboza Isaac, es de reconocerse que les corresponden esas tres cuartas partes del haber líquido de la sucesión y que, de otro lado, el testamento debe reformarse en ese sentido por no habérseles asignado allí el valor de sus correspondientes

asignaciones forzosas (Código Civil, art. 1275). Por consiguiente la partición de los bienes ha de verificarse de manera que a los prenombrados asignatarios forzosos les quede cubierto todo su haber.

Previniendo todo equívoco se advierte:

a) Las cuotas supradichas, de Alfonso Barboza Isaac y de Carol Barboza Isaac se refieren al haber herencial, es decir, a lo que corresponda al cónyuge difunto en la liquidación de la sociedad conyugal, por la cual debe comenzarse al hacer la partición de los bienes en la causa mortuoria del doctor Sofronín Barboza Quintero, de conformidad con el artículo 1398 del Código Civi;

b) El presente fallo no se refiere, ni podría referirse, al haber del cónyuge sobreviviente en dicha sociedad. Es de advertirse que lo que corresponda a la señora viuda en razón de la asignación testamentaria de heredera no afectará su mitad de gananciales, por no haber orden del testador en el sentido de que a ellos se impute aquella asignación (Código Civil, art. 1831);

c) Aun cuando en el presente proceso no aparecen como demandantes interesados en lo atañedero a las cuotas forzosas de la herencia del doctor Barboza sino los niños Alfonso y Carol, a quienes por esta sentencia se les reconocen sus correspondientes derechos, ello no puede significar exclusión de otro u otros herederos de igual derecho, el que no puede ser sacrificado, si los hubiere, por la presente sentencia, entre otras razones, porque su fuerza de cosa juzgada no puede extenderse a quienes no han sido parte en este juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena con fecha veinticuatro de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, REVOCA la de primera instancia pronunciada por el Juzgado Tercero Civil de ese Circuito con fecha veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar RESUELVE:

1º Declárase que los menores Alfonso Barboza Isaac y Carol Barboza Isaac son hijos naturales de Sofronín Barboza Quintero;

2º Los mencionados menores Alfonso Barboza Isaac y Carol Barboza Isaac tienen derecho a heredar a su padre natural, doctor Sofronín Barboza Quintero;

3º Decrétase la reforma del testamento otorgado por Sofronín Barboza Quintero ante el Notario Segundo del Circuito de Cartagena, por escritura pública número 235 de veintitrés de abril de mil novecientos veinticuatro que en copia debidamente autenticada obra en autos, reforma que consiste en que a los prenombrados menores Alfonso y Carol se les reconozca y cubra, en la sucesión del finado doctor Barboza Quintero lo que a dichos menores corresponde como legitimarios de aquél, en su carácter de hijos naturales. Todo sin perjuicio de terceros.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario'.

MINAS

Los artículos 165 a 172 del Código de Minas reglamentan lo relativo a la constancia de los pagos del impuesto de minas y establecen su fuerza probatoria, sin erigirlos en prueba única posible a manera de solemnidad; si esto estableciera tal exclusividad probatoria tendría que reconocerse como abrogada por la posterior del artículo 173.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante contra el fallo del Tribunal Superior de Medellín que en segunda instancia confirmó el absolutorio de la primera pronunciado por el Juzgado Civil del Circuito de Quibdó en el presente juicio ordinario instaurado por el señor Juan B. Mosquera, en nombre de la sociedad ordinaria de minas denominada La Sociedad, contra la Compañía Minera del Andágueda y la compañía minera Chocó Pacífico, S. A. para que se las condene:

"PRIMERO: a restituír a la sociedad minera "La Sociedad" la cantidad de ciento ocho mil pesos ($ 108.000.00) oro colombiano amonedado, o su equivalente en moneda legal, precio pagado a la Compañía Minera del Andágueda por la Casa de Moneda de Medellín, como producto de la venta de tres mil (3.000) onzas de oro en polvo extraídas por dicha compañía minera de la mina "La Sociedad", perteneciente a la sociedad minera representada por mí; SEGUNDO: a pagar a la sociedad minera "La Sociedad" el valor de los perjuicios ocasionados por la extracción y venta de la cantidad de oro especificada en el punto anterior y que la Compañía Minera del Andágueda S. A. enajenó a sabiendas de que no le pertenecía, perjuicios que desde ahora estimo en la cantidad de treinta mil pesos ($ 30.000.00) moneda legal; y TERCERO: a pagar a la sociedad minera "La Sociedad" las costas y costos del presente juicio".

Como fundamento de estas pretensiones aduce la parte demandante, en suma, estos hechos: los demandados extrajeron de "La Sociedad" 3.600 onzas troy de oro que vendieron a la Casa de Moneda de Medellín en $ 108.000, como si fuesen propias suyas, a sabiendas de que esta mina no les pertenece, por lo cual le adeudan esa suma, valor de sus frutos y, además, han de indemnizarla por haberla trabajado y explotado sin derecho.

El demandado contestó oponiéndose, negando el dominio del demandante e invocando a su turno el de la Compañía Minera del Andágueda sobre la mina Empire, dentro de cuya extensión se halla la que la demanda señala como de La Sociedad. A más de eso pone de presente que el oro extraído no lo fue sólo de la mina Empire, sino también de otra muy distinta, cuál es la Número Tres del río Andágueda, en labor conjunta, y que el precio de venta no puede tomarse como producto líquido, sin deducir sus graves gastos.

Aunque las sentencias de instancia advierten que no se ha demandado la propiedad de esas minas, pues inequívocamente la controversia rueda tan sólo sobre dichos pagos, se detienen a analizar los títulos de las prenombradas minas La Sociedad y Empire para concluír que, no pudiéndose considerar en pie el de aquélla ante la vigencia del de ésta, no asiste al demandante la acción incoada. De ahí la absolución confirmada por el Tribunal y pronunciada por el Juzgado no sin esta advertencia final: "Queda al demandante amplio campo para hacer valer sus derechos en otro juicio".

Esta advertencia corresponde a la antedicha observación de ambos sentenciadores de instancia respecto de que la finalidad de la presente controversia no es la reivindicación de la mina La Sociedad, ni se trata del juicio sobre mejor derecho de que habla el Código de Minas, sino exclusivamente contienda sobre dichos pagos, por lo cual si confrontaron las respectivas titulaciones, ello no fue para decidir sobre prevalencia de una u otra y declarar posesión o propiedad de las minas, que tánto da, sino tan sólo en la forma y con el objeto correspondientes a un juicio sobre frutos,

en el cual, como accesorios que son de la cosa que los ha producido, preciso es establecer de quién es esa cosa. En otras palabras: examinaron los títulos de La Sociedad, que es el demandante, para saber si acreditan que ella es el dueño y, así, entrar a estudiar si era el caso de decretar su entrega o pago; y analizaron los de la mina Empire para la indagación concomitante sobre si es o no el dueño del suelo que produjo los frutos y si, por tanto, son o no de ella y ha de retenerlos o de pagárselos al demandante.

De la mina Empire se expidió el 20 de abril de 1898 título que en 1922 se transfirió a la Compañía Minera del Andágueda. No obran las cartas de pago del impuesto de estaca en 1896 y 1897, de los cuales certifica el Administrador de Hacienda de Popayán que no hay constancia en los libros de su oficina. De aquí deduce el demandante que la mina volvió al Estado porque no se pagaron esas dos anualidades. Como se pagaron, a más de la anualidad de 1898, veinte más con el fin de redimirla a perpetuidad según la ley vigente a la sazón, el demandante niega que esta situación se produjera, tanto porque requería esos pagos anteriores, cuanto porque el que se hizo con tal fin fue deficiente. Y alega además que el título es nulo porque la extensión entregada es superior al límite legal.

El demandado contesta afirmando los pagos de que falta recibo y sosteniendo que se produjo la redención a perpetuidad; y negando la nulidad expresada, tanto porque, caso de haberla, habría sido sobre el exceso, cuanto porque, no habiéndose salido éste de los linderos por los cuales se dio posesión y título de la Empire, con pagar el impuesto sobre el exceso, como lo ha hecho desde 1934, impidió legalmente esa nulidad, sin que a ello fuera óbice la titulación de La Sociedad, porque para ese año estaba en abandono por haber dejado de pagar el impuesto desde 1914.

A esta circunstancia de haber desatendido el pago La Sociedad hasta que en 1938 lo atendió agregando los recargos legales, añade el demandado que el título de aquélla es nulo por haberse procedido a la posesión sin el indispensable requisito de citar a los colindantes y al último poseedor. Recuerda al respecto que lo señalado como linderos de La Sociedad queda dentro del perímetro de la Empire.

Sobre este hecho de que, en lo material, La Sociedad queda dentro de la Empire o hace parte de ésta, como aquí ya se dijo, conviene advertir que las partes litigantes no lo discuten y que, además, está acreditado por medio de inspección ocular.

La sentencia acusada

Sobre los reparos a sus titulaciones que recíprocamente se hacen demandante y demandado, el Tribunal razona, en suma, así:

La constancia que en su certificado de pagos del impuesto de estaca de la Empire añade el Administrador sobre que en sus libros no figura el de los años de 1896 y 1897, no puede tomarse como prueba de que esos pagos no se hicieron. Es de suponerse que los hubo, siendo esos dos años los de aviso, posesión y denuncio para llegar al título en 1898, y por otra parte es de recordarse la facilidad de traspapelarse un documento de esa clase o de dejarse de poner el respectivo asiento en los libros, dada la manera descuidada como para esa época solían llevarse y el tiempo transcurrido y dada la circunstancia especial de faltar fojas en los libros correspondientes. A más de estas reflexiones, el Tribunal cita como principal fundamento la disposición del artículo 173 del C. de M., que establece la presunción de ese pago en fuerza de estar acreditado el de tres años consecutivos posteriores, que aquí fueron muchos más. Esta presunción no puede darse por desvirtuada con la mencionada constancia del certificado del Administrador. No puede, pues, reputarse que esos pagos faltaran.

Conforme al artículo 28 del C. de M., la extensión de una mina no podía pasar de cinco kilómetros de longitud. Sobre este pie y con dos de base se adjudicó la Empire, esto es, con superficie de diez kilómetros cuadrados. Según el artículo 145 **ibidem**, por superficie de cinco por cinco, esto es, de veinticinco kilómetros cuadrados se pagarían cinco pesos anuales, y las minas de mayor o menor extensión pagarían proporcionalmente. La Empire, de los dichos diez, pagaría, pues, $ 2 al año. Por tanto, como al cerrarse el de 1898 pagó éste y veinte más, o sean $ 42, este pago no adolece de insuficiencia y produjo la redención a perpetuidad para la cual se hizo de conformidad con la Ley que entonces regía, (la 292 de 1875, artículo 45).

Es verdad que según el artículo 94 del C. de M. los títulos son nulos (Numeral 3º): "Cuando se haya entregado una extensión mayor que la que

debiera concederse" y que esto sucedió con la Empire; pero, a más de que, conforme al artículo 101 **ibidem,** la nulidad no es total sino parcial por limitarse al exceso, el artículo 27 de la Ley 292, cuando el exceso está comprendido dentro de los linderos, autoriza al dueño para pagar el impuesto que corresponda al exceso que él calcula, sobre el cual "conservará así su derecho". Para esto exige, no sólo lo antedicho sobre que el exceso esté dentro de los linderos, sino también que "otro no haya adquirido ya derecho preferente al exceso conforme al artículo 366", que confiere derecho a reclamar para sí el exceso a "todo individuo que crea que al descubridor de una mina se ha entregado una extensión mayor de la que debía concedérsele, bien sea por error de medida" o por alguna otra de las causales allí indicadas.

El Tribunal desecha el reparo de nulidad al título de la Empire en vista de ese artículo 27, de que se ha pagado el impuesto por el exceso, de que éste se halla dentro de los linderos y de que no sobrevino lo autorizado por el artículo 366, ya que es cosa muy distinta el denuncio que de parte de la Empire se hizo con el nombre de La Sociedad.

Acerca de este denuncio y titulación consecuencial, el Tribunal acoge el reparo del demandado sobre falta de pago del impuesto de estaca por La Sociedad a partir de 1914 y el concepto de que en esta situación se hallaba esta mina cuando en 1934 comenzó la Empire el pago del impuesto por el exceso. Sugiere el Tribunal que los dueños de La Sociedad procedieron al pago de 1938 ante la perspectiva de hacerse fácilmente a los $ 108.000 que demandan en esta litis.

Cierra el Tribunal el análisis de los reparos mencionados renovando su advertencia de que lo demandado son los $ 108.000 de frutos y los $ 33.000 de perjuicios, y agrega: "La nulidad de los títulos de la mina Empire ha debido solicitarse en la demanda, vale decir, ha debido promoverse juicio para obtener su declaración. No se hizo así, luego tales títulos deben estimarse válidos mientras no se decrete lo contrario en juicio contradictorio".

El recurso

En ocho capítulos ordenados de las letras a) a la h) formula la demanda de casación sus cargos contra la sentencia del Tribunal, todos dentro del motivo 1º de los del artículo 520 del C. J., o sea, por quebranto de disposiciones legales sustantivas, en unas directo y en otras a consecuencia de error en apreciación de las pruebas que al efecto cita.

Se resumen y analizan tales cargos en el orden alfabético en que se formulan. Se estudiarán uno a uno con la debida separación; pero, sin embargo, han de juntarse los dos primeros por su conexión íntima y también por su especial trascendencia, ya que entrañan la clave del recurso y del pleito.

a) y b). Acusa en estos capítulos de error de hecho en la apreciación de los certificados del Administrador de Hacienda en que se hace constar que no aparecen en sus libros pagos por el impuesto de la Empire en 1896 y 1897 y en que consta el pago de $ 42 a comienzos de 1899 para cubrir ese impuesto en 1898 y las veinte anualidades siguientes con el fin de redimir esa mina a perpetuidad.

Como el Tribunal no pasa por alto esos certificados y antes bien los atiende y sigue en sí con toda fidelidad, no es procedente el concepto de error de hecho. Este debe aparecer, además, de modo manifiesto en los autos para que se llegue a casación cuando en razón de él se violan leyes sustantivas. Y si el error, tal como se alega, no se encuentra, no puede hallarse producida la violación de leyes que se le atribuye como efecto. Esta reflexión bastaría para rechazar el cargo. Pero, aunque se le hubiese formulado acertadamente, tampoco prosperaría.

En efecto: consiste en que el Tribunal procedió sobre la base de no estar faltando aquellos pagos, a pesar de no constar en dicha oficina, y en que ha reputado redimida la mina Empire, no obstante que la ausencia de aquellos pagos por 1896 y 1897 impedía la redención y que lo que se pagó para obtenerla fue insuficiente y no pudo producir ese resultado.

Según el recurrente se quebrantaron con esto los artículos 1757 y 1758 del C. Civil y 632 del Judicial al sentenciar como se hizo sin echar menos los comprobantes oficiales indispensables para tener por hechos aquellos pagos y también el 173 del de Minas, porque la presunción legal que establece con el carácter de **juris tantum** la convirtió en presunción **juris et de jure,** negando al certificado la fuerza probatoria que tiene para destruírla; y viola los artículos 165 a 172 de este Código, según los cuales, al decir del recurrente, "la única prueba del pago de los impuestos son los recibos de los empleados respectivos de hacienda, con los requisitos allí establecidos, las constancias y espe-

cificaciones allí señaladas y el valor que tales disposiciones da a las certificaciones de los empleados de hacienda"; agrega también el quebranto de la disposición conforme a la cual el impuesto se paga o debe pagarse desde la posesión (artículo 23, Ley 292 de 1875).

Por otra parte acusa de quebranto de los artículos 28 y 145 del C. de Minas y 313 de la Ley 153 de 1887, en relación con el artículo 148 y el 152 de ese Código y el 3º del Decreto Legislativo Nº 223 de 1932. Esto, en lo tocante a la tacha de insuficiencia del pago hecho para redimirla.

Se considera:

El Tribunal para no proceder sobre la base de que faltó el pago de dichos años (1896 y 97), sin pasar por alto la referida advertencia del Administrador acerca de no constar en su oficina, se fundó en el artículo 173 del C. de M. que dice: "Los recibos que comprueben el pago del impuesto en tres años consecutivos; harán presumir el pago en los años anteriores; pero contra esta presunción se pueden admitir pruebas que la destruyan".

Los dichos artículos 165 a 172 reglamentan lo relativo a la constancia de los pagos y establecen su fuerza probatoria, sin erigirlos en prueba única posible a manera de solemnidad, y si esto establecieran, tal exclusividad probatoria tendría que reconocerse como abrogada por la posterior del artículo 173 transcrito. Y es lógica la reflexión del Tribunal en que se niega a dar por infirmada la presunción con la sola constancia de que los pagos no figuran en dicha oficina, pues si este simple certificado llegara a tánto, eso equivaldría a que la ley no la establece.

Refuerza el Tribunal esa argumentación, decisiva de suyo, con algunas consideraciones sobre el largo tiempo transcurrido, la manera descuidada como solían llevarse los libros en aquella época y aun la pérdida de fojas de alguno de ellos, para hacer ver, por otra parte, lo infundado que sería dar por no hechos los pagos en fuerza de aquella constancia del Administrador y a despecho de la presunción legal.

Conforme al artículo 145 del C. de M., el impuesto era de $ 5 al año por mina de 25 kilómetros cuadrados y las de extensión mayor o menor pagarían proporcionalmente. Es un hecho no discutido que la Empire figura con superficie de 10 kilómetros cuadrados, lo que significa que debía pagar al año $ 2, por lo cual al agregar al de 1898 el de las veinte anualidades siguientes ($ 40), quedó satisfecha la exigencia del artículo 45 de la citada Ley 292 para que quedara asegurada permanentemente su propiedad y libre del impuesto en lo sucesivo, sin que nadie pudiera registrarla, según las palabras de esta disposición, que es lo que se entiende por redención a perpetuidad, posible hasta que esta disposición fue derogada por la Ley 59 de 1909, cuyo artículo 3º la subrogó.

Si, como lo trae a cuento el mismo recurrente, el artículo 28 del C. de M. que dice violado, autorizaba una extensión hasta de los referidos 25 kilómetros cuadrados y si, como queda visto y él lo recuerda, el artículo 145 reglamentaba el impuesto estableciendo la mencionada proporcionalidad, no se ve cómo el Tribunal haya quebrantado estas disposiciones con reconocer que la Empire quedó redimida porque lo pagado al efecto fue lo que en ley correspondía.

De otro lado, el artículo 313 de la Ley 153 de 1887, relativo a extensión superficiaria de las minas, el que, como es obvio, mal podía alterar la de la Empire, "no tiene aplicación alguna al pago del impuesto anual", según declaración expresa de la ley 14 de 1888 en su artículo 6º.

c) El recurrente, no sin insistir sobre la falta de pago por la Empire y en que la hizo caer en abandono, cita el denuncio de La Sociedad como mina de antiguo descubrimiento (julio 6 de 1910) y su posesión y titulación en 1911, así como los pagos de todas las anualidades del impuesto de ahí a 1938 y la inscripción del título en el registro en el Libro 2º en 1912 y en el 1º el 28 de julio de 1938, todo para recordar que conforme al artículo 303 del C. de M. el dominio adquirido por el título se conserva por aquel pago y para volver a sostener que el Estado pudo adjudicarla válidamente como lo hizo en 1911, porque la Empire había caído en abandono por no haber pagado las anualidades de 1896 y 1897 y no haber quedado redimida con el pago hecho con este fin, por lo insuficiente.

Sobre el pie de la validez y vigencia del título de La Sociedad, acusa de error en la apreciación de las pruebas que acreditan cada uno de los hechos relatados en el párrafo precedente y de consecuencial violación de los artículos 1757 a 1759 y 1765 del C. Civil y 630, 632 y 635 del Judicial por desconocer el Tribunal o negar el valor de esas pruebas, y añade que también quebranta estas

otras disposiciones: "El artículo 303 del C. de M. según el cual el dominio de ellas se adquiere por la expedición del título y se conserva por el pago de los impuestos; el artículo 789 del C. C. según el cual las inscripciones del título de la mina La Sociedad están vigentes ya que no han sido canceladas por ninguno de los medios indicados en dicho artículo; los artículos 98, 99 y 100 y concordantes del C. de M. y 11 de la Ley 56 de 1940, según los cuales el registro de inscripción de un título de minas puede hacerse en cualquier tiempo, aun durante el curso de un juicio, pagando los derechos que la ley señala, saneando el nuevo registro la nulidad que hubiera podido existir, con retroactividad a la fecha del título; el artículo 669 del C. C., que define lo que es el dominio; el artículo 716 de allí, que determina quién es dueño de los frutos naturales de una cosa; el 745 **idem,** que reconoce la validez de la tradición mediante el título de la mina, y el artículo 756 **idem,** según el cual la tradición de los bienes raíces se verifica por la inscripción del título en la Oficina de Registro de instrumentos públicos".

Se considera:

Respecto de este cargo cabe anotar también que no se halla el error **de hecho** que el recurrente atribuye al Tribunal en la apreciación de las pruebas aludidas; que si lo hubiera, sería de derecho, ya que aquél no las pasó por alto ni desconoce lo que en sí expresan, sino que no les da el alcance y efecto que el recurrente pretende ante esas disposiciones legales; y que, aunque estuviera acertadamente formulado el cargo de error, la acusación no prosperaría tampoco, en fuerza de lo dicho ya aquí sobre títulos.

En efecto: queda visto cómo y por qué no se acepta el reparo de falta de pago de unas anualidades e insuficiencia del que se hizo para redimir la Empire, lo que significa la validez y vigencia de su título original conservado por su laboreo y por el pago del impuesto y no anulado en el exceso, por haberse cubierto el impuesto sobre él. Por tanto, aunque la Sociedad haya acreditado de modo fehaciente con los respectivos instrumentos públicos que esta mina fue avisada, denunciada, entregada y titulada en 1911 e inscrito su título en el Libro de Registro Nº 1º en 1938 y que lo había sido en el 2º en 1912, nada de ello obsta a que, habiendo ella dejado de pagar el impuesto desde 1914 y no habiendo proveído al respecto hasta 1938, tenga que considerarse con toda su validez y efecto legal el pago que por el exceso comenzó a hacer la Empire en 1934. La situación que este año existía para la Empire ante la ausencia de pago por La Sociedad, es un hecho que no se altera porque La Sociedad años más tarde pagara con sus recargos todo el lapso transcurrido desde 1914. Este pago tardío se retrotrae; pero no puede alterar la referida situación de hecho existente para ante terceros entre tanto.

En suma: lo que en pro de La Sociedad trae a cuento el recurrente en este punto c) de su demanda de casación no es parte a invalidar la posesión y propiedad de la Empire, y esta consideración es decisiva para hallar que la sentencia recurrida no quebranta las disposiciones legales aquí citadas.

d) En este punto torna el recurrente a repetir sus reclamos sobre falta de pago e insuficiencia del que se hizo para redimir la Empire y vuelve a hablar de que ésta cayó en abandono, para deducir de ahí que estuvo bien denunciada La Sociedad en 1910 y titulada en 1911; de modo que se violaron los artículos 94 y 366 del C. de M. y 27 de la Ley 292 de 1875, razonando al efecto así: según estas disposiciones los títulos son nulos cuando se ha entregado una extensión mayor de la que debía concederse y el pago del impuesto sobre el exceso impide esa nulidad cuando éste queda comprendido dentro de los linderos señalados en el título y no hay de por medio un tercero que se haya aprovechado del artículo 366; y agrega que La Sociedad con su denuncio, posesión y titulación mencionados es ese tercero con derecho adquirido desde entonces, por lo cual no se podía conjurar aquella nulidad con el pago que sobre el exceso vino a hacer la Empire desde 1934.

Se considera:

Inoficioso repetir lo ya dicho sobre los pagos de 1896 y 1897, aceptados por virtud del artículo 173 y de la presunción, no infirmada aquí, que él establece; inoficioso igualmente volver sobre la suficiencia del pago hecho para obtener la Empire su redención a perpetuidad. Por lo demás, es inadmisible la afirmación del recurrente de que esta mina no tuviera linderos en la época en que se denunció y tituló La Sociedad. A lo ya expuesto en este fallo sobre nulidad del título por el exceso, que también es innecesario repetir, se añade que la limitación nacida de la presencia de un tercero es precisamente la del que haya ejercitado el derecho otorgado por el artículo 366, que dice:

"Todo individuo que crea que al descubridor de una mina se le ha entregado una extensión mayor de la que debía concedérsele, bien sea por error de medida, o por haberse reputado la mina como un cerro enteramente nuevo, o como nueva en cerro conocido, sin pertenecer a esas clases, tiene derecho a reclamar para sí el exceso, en la forma detallada en los artículos que siguen...".

Y no fue esto lo acontecido con La Sociedad, según el mismo recurrente lo hace ver al formular su oposición a que el pago de la Empire se admita para conjurar la dicha nulidad, porque, según sus palabras, cuando se hizo ese pago, "ya los dueños de la mina La Sociedad habían adquirido derecho preferente, no al exceso —que no existía por el abandono de la mina Empire— sino a la misma mina abandonada que por entonces carecía de linderos que pudieran determinar la existencia de exceso, puesto que la mina La Sociedad se denunció y tituló como abandonada, no como exceso de la mina Empire de conformidad con el artículo 366 citado".

Así, pues, no se produjo la situación ni se hizo la gestión precisa contemplada en el artículo 366 y, por lo mismo, no existiendo este obstáculo para la aceptación del pago de la Empire por el exceso y de la consecuencia que este pago tiene de conjurar o impedir la nulidad del título, éste conserva su validez.

A mayor abundamiento se recuerda que entre los artículos siguientes al 366 a que éste se refiere, como se vio al transcribirlo, el 369 dispone: "Si el exceso fuere por consecuencia de haberse entregado mayor número de pertenencias de las que debían corresponder según la calidad de la mina, el que lo pretenda deberá promover, dentro de novenia días contados desde el en que se dio el aviso, juicio ordinario al dueño de la mina para que se fije la verdadera calidad de ella..." Y el 371, según el cual, "si el exceso fuere sólo imputable a error en la medida o en el cálculo hecho por el interesado para pagar el impuesto, el que lo pretenda no tendrá que promover juicio alguno...". Pero en este caso, según el artículo 373, en recibiendo el comisionado las diligencias, "dictará un auto mandando notificar al dueño de la mina y al que pretenda la adjudicación del exceso, que dentro de veinticuatro horas nombre cada uno un perito para practicar la mensura".

A nada de lo que dicen estas disposiciones se proveyó con motivo de la adjudicación de La Sociedad, lo que concurre a corroborar la afirmación del recurrente mismo en sus palabras copiadas sobre que ella no se denunció como exceso de la Empire, vale decir que su denuncio y titulación son extraños al caso contemplado por el artículo 366. Así lo demuestran las piezas pertinentes del proceso.

No se quebrantaron, pues, las disposiciones citadas en este punto o capítulo.

e) Violación directa de los artículos 163, 164, 341 y 123 del C. de Minas al sostener el Tribunal que La Sociedad cayó en abandono a partir de 1914 porque sus propietarios dejaron de pagar el impuesto, a pesar de que, al tenor de esas disposiciones, el pago que hizo en 1938 revalida el título retrotrayéndose a la fecha en que se interrumpió, en cuanto comprenda todas las anualidades transcurridas y los recargos del caso.

Se considera:

Lo procedente al respecto es que el Tribunal, como ya hubo aquí oportunidad de anotarlo, estima válido y eficaz el pago que sobre el exceso hace la Empire desde 1934, a fin de cumplir una obligación y atajar la referida nulidad, porque para entonces estaba suspendido desde 1914 el pago del impuesto de La Sociedad, al que no vino a proveer sino en 1938.

f) Violación de los artículos 715, 716 y 955 del C. C. por no haberlos aplicado pronunciando las condenaciones pedidas, a lo que debió procederse de acuerdo con los artículos 210 y 480 o 553 del C. J. La violación consiste en que, según aquellas disposiciones, los frutos de cada cosa pertenecen a su dueño, y cuando se han consumido, como sucede en este caso por su venta, la acción del dueño contra el enajenante versa sobre restitución de lo que ha recibido.

Se considera:

Como bien se ve, el recurrente en este punto da por sentado el dominio de La Sociedad y que el oro en cuestión es íntegramente extraído de esta mina. Esta demostración no obra en autos, y en cuanto a aquel dominio, basta observar que, incompatible como es con el de la Empire, no puede reconocérsele no estando el de ésta invalidado.

g) Se detiene en este punto el recurrente en la demostración de que para que la acción prosperara no era preciso determinar la parte que a cada una de las dos compañías demandadas co-

rresponda en lo demandado, y respalda su disertación con la cita de los artículos 792, 946, 952, 953, 954 y 955 del C. Civil y 213 y 214 del Judicial.

Si, hallado el dominio de La Sociedad y su consecuencial derecho a los frutos, la absolución de los demandados hubiera provenido de algo relacionado con estas disposiciones, como, por ejemplo la falta de aquella determinación, sería procedente la formulación y estudio de este cargo. Pero claramente se ha visto que esa absolución obedece a que, aduciendo la Empire su posesión y concomitante presunción de dominio y reforzándola con su título y estando éste en vigor y no habiéndose entablado el juicio para invalidárselo, no ha demostrado la parte demandante que la acción ejercitada le asista.

h) En este punto se refiere el recurrente a la solidaridad entre las dos compañías demandadas y acusa de violación del artículo 2344 del C. C. en relación con los artículos 2351 y 2355 del mismo.

Si la acción se hubiera acogido en principio y al proceder a las condenaciones solicitadas se hubiera decidido sobre esa solidaridad, habría sido pertinente indagar si estas disposiciones fueron o no quebrantadas. Denegada la acción misma, tal estudio sería inmotivado e inoficioso. Si el Tribunal no tuvo, por lo dicho, ni ocasión de estudiar este tema, no la hubo para que obedeciera o violara las disposiciones citadas en este punto.

La demanda de casación trae otro punto adicional marcado h), en que el abogado recurrente transcribe la larga disertación que el abogado de la parte demandante presentó al Tribunal con el fin de sostener el título de La Sociedad en vista del pago que hizo a fines de 1937 por el largo lapso tántas veces mencionado aquí de 1914 a 1938, ante la Ley 13 de 1937 que reservó para la Nación las minas ubicadas en las riberas de los ríos navegables.

Sobre este tema se discutió en las instancias y se comprende que el demandante se esforzara entonces por rebatir los argumentos que su contraparte basaba en esa ley y respectivos decretos; pero lo que se discute en casación, que es en lo que se está, es tan sólo la sentencia de segunda instancia. Y como la del presente juicio no toca siquiera ese problema, sin duda porque la forma en que consideró el litigio lo hacía innecesario, y como, por lo mismo, ni cita siquiera esa ley, no se ve razón para que nada de ello se aduzca como ataque en casación al fallo recurrido.

En resumen: ninguno de los cargos que se hacen a ese fallo puede prosperar.

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 Medellín en este pleito con fecha veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE SERVICIOS, DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS, REIVINDICACION, SIMULACION, ETC.

1.—Los artículos 593, 597, 601, 603, 604, 605 y 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil no tienen el carácter de disposiciones sustantivas en el sentido que a ésta calificación da el artículo 520 del C. J. y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido.

2.—La tesis propugnada por el sentenciador, según la cual para el ejercicio de la acción de simulación debe justificar el acreedor la existencia plena de ese carácter, "aunque el crédito no sea de plazo vencido", se acomoda a la doctrina sostenida por la Corte en numerosos fallos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá propuso Mercedes Muñoz demanda ordinaria contra Angel María Muñoz, María Irene Aguirre Jiménez y Juan de Jesús Tejada, todos mayores y vecinos de Calarcá, para que en sentencia definitiva se declarara lo siguiente:

"a) Que los señores, Angel María Muñoz y María Irene Aguirre Jiménez de Muñoz, personalmente, y solidariamente, por tener la calidad recíproca de marido y mujer, deben y están obligados a cubrir a mi mandante, tres días después de la ejecutoria del fallo que recaiga a este juicio, el valor de los servicios materiales e inmateriales, por concepto de crianza, habitación, vestuario, alimentación, educación, guarda y administración del menor Leonardo Muñoz, efectuados y suministrados por mi mandante por espacio de trece años o por el tiempo que se demostrare, según la estimación en dinero que se hiciere en el curso del juicio, o en su defecto por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.;

"b) Que son nulos, por falsa causa, falta de precio, vicio en el consentimiento, y fraude a los derechos de acreedor de mi mandante, respecto o con relación al vendedor Angel María Muñoz, los contratos de venta relacionados en las Escrituras Nos. 95 y 96 de 21 de febrero de este año, otorgados en la Notaría 2ª de esta ciudad;

"c) Que en consecuencia, el dominio y posesión de los inmuebles, que fueron objeto de venta en las Escrituras Nos. 95 y 96 de 21 de febrero de 1942, otorgadas en la Notaría 2ª de Calarcá, pertenece y debe volver al patrimonio propio de Angel María Muñoz, para que con ellos y sus productos atienda al pago de lo que adeuda a mi mandante, con sus intereses y costas;

"d) Que se ordene la cancelación en el Registro y en el Protocolo (Notaría 2ª de Calarcá), de las Escrituras Nos. 95 y 96 preindicadas;

"e) Que se condene a Juan de Jesús Tejada S., y María Irene Aguirre Jiménez como poseedores de mala fe, para el reintegro de las prestaciones civiles de ley;

"f) Que los señores María Irene Aguirre Jiménez y Juan de Jesús Tejada S., deben restituir tres días después de ejecutoriado el fallo que recaiga en este juicio, la tenencia y posesión material de los bienes y derechos que fueron objeto de venta por medio de las Escrituras Nos. 95 y 96 de 21 de febrero, pasadas en la Notaría 2ª de Calarcá;

"g) Que los señores Angel María Muñoz, Juan de Jesús Tejada y María Irene Aguirre de Muñoz sean condenados en las costas de esta acción.

"En subsidio de la acción instaurada al numeral b) de las peticiones anteriores, establezco la siguiente:

"a) Que es simulado el contrato de venta otorgado en las escrituras Nos. 95 y 96 de 21 de febrero de 1942, en la Notaría 2ª de Armenia, y válido el contrato oculto, pues sus otorgantes no tuvieron otra intención que el defraudar los intereses de mi mandante, constituyendo un comodato precario a favor de la señora María Irene Aguirre Jiménez;

"b) Lo mismo solicitado al numeral c) de las peticiones anteriores;

"c) Lo mismo solicitado al numeral d) de las peticiones anteriores;

"d) Lo mismo solicitado al numeral e) de las peticiones anteriores;

"e) Lo mismo solicitado al numeral f) de las peticiones anteriores;

"f) Lo mismo solicitado al numeral g) de las peticiones anteriores;

"g) y h) Las mismas peticiones de las letras h) e i) de las peticiones anteriores.

"En subsidio de las acciones establecidas a las letras b) de la primera petición, y a) de la segunda petición, o sea la inmediatamente anterior, subsidiaria, establezco lo siguiente:

"a) Que la señora María Irene Aguirre Jiménez de Muñoz, en su calidad de cónyuge de Angel María Muñoz, está obligada a pagar con sus bienes propios, integrantes del haber social, tres días después de ejecutoriado el fallo que recaiga en este juicio el valor de los servicios materiales e inmateriales, por concepto de crianza, habitación, vestuario, alimentación, educación, guarda y administración del menor Leonardo Muñoz, descendiente legítimo de su esposo Angel María Muñoz, efectuados por mi mandante por espacio de trece años o por el tiempo que se demostrare, y según la estimación hecha, o que se hiciere en el curso del juicio, o en su defecto por el procedimiento indicado en el artículo 553 del C. J.;

"b) Que se la condene en las costas de este juicio.

"A las acciones principales, folios 3º y 4º vto. agrego las peticiones siguientes:

h) Que el señor Juan de Jesús Tejada S., es responsable de la violación de la obligación existente entre Angel María Muñoz y mi mandante, por concepto de los servicios materiales e inmateriales prestados a Leonardo Muñoz, y cuyo pago recae directa y primeramente sobre Angel María Muñoz, violación que consiste en haber falicitado a este último la forma de ponerse en estado de insolvencia patrimonial, para burlar así los derechos créditos correspondientes a mi mandante, y a cargo de Muñoz;

"i) Que en consecuencia está obligado a pagar a mi mandante dentro del término que el juez señale, los daños y perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales, que con su complicidad le han sido ocasionados y de conformidad a la estimación que se verifique en el curso del juicio o en la forma preceptuada por el artículo 553 del C. J.;

"c) Que se le condene en las costas de este juicio".

Los hechos fundamentales de la demanda pueden resumirse así: que la demandante tomó bajo su cuidado durante trece años al niño Leonardo Muñoz, hijo legítimo de Angel María Muñoz y Leonor Muñoz, a la muerte de ésta y con el conocimiento del primero lo crió, alimentó, vistió y educó a sus propias expensas; que el 1º de diciembre de 1941 el menor Leonardo abandonó la casa de la demandante, atendiendo a consejos de su progenitor Angel María, para no regresar a ella; que éste fue requerido por la demandante para que le hiciera el pago de los servicios prestados a su hijo, sin resultado alguno; que por medio de escrituras públicas Nos. 95 y 96 de 21 de febrero de 1942, pasadas ambas en las Notaría 2ª del Circuito de Calarcá, Muñoz hizo traspaso de sus bienes a su nueva esposa María Irene Aguirre Jiménez; que esas ventas no solamente adolecen de nulidad por falta de precio real, de consentimiento o voluntad para enajenar y adquirir, sino que son simuladas, pues no tuvieron otro objeto que evitar la persecución por parte de la demandante de los bienes vendidos, dándolos en comodato precario o simple tenencia aparente a la señora Aguirre Jiménez; que la sociedad conyugal formada por Angel María y María Irene debe a la actora las prestaciones correspondientes a los servicios que prestó al menor Leonardo; que la intervención que tuvo Tejada S. como comprador de Muñoz y luego como vendedor a María Irene, según las citadas escrituras números 95 y 96, fue dolosa porque lo hacía a sabiendas de que con dicha venta se defraudaban los intereses de la demandante, evitándole la posibilidad de hacer efectiva su acreencia; y que Angel María traspasó el dominio de los inmuebles y derechos a que se refieren los citados instrumentos y el hecho undécimo de la demanda para burlar o defraudar los derechos de acreedora de la demandante.

Como fundamentos de derecho se invocaron los artículos 1494, 1796, 2488, 2491 y concordantes del Código Civil.

Los demandados al contestar la demanda negaron la mayor parte de los hechos en que se basa, afirmaron la seriedad y realidad de los contratos acusados y se opusieron a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

Tramitado el juicio en la forma de ley, el Juzgado del conocimiento cerró la primera instancia en sentencia de 1º de octubre de 1943, en la que declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la demandante, y en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos que en su contra se les formularon.

La apelación del actor llevó el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, y dicha entidad decidió la alzada en fallo de 26 de mayo de 1945, que confirmó el apelado, sin costas.

En la parte motiva de esa sentencia y después de dilucidar los elementos y características que según el Tribunal configuran las acciones de nulidad, pauliana y de simulación incoadas en el juicio, entró a considerar si en autos estaba acreditado el interés jurídico que a la actora debía asistirle para proponerlas y sobre el particular dijo lo siguiente:

"Así las cosas, ¿tiene o no Mercedes Muñoz la calidad de acreedora con respecto a los demandados, para ejercitar la acción de nulidad, la pauliana y la de simulación, que instaura en la demanda? No, se responde, porque para la viabilidad de la acción pauliana y la de simulación, es necesario que tal calidad no sea eventual sino actual, aunque no esté de plazo vencido. Mejor, tal carácter debe aparecer preestablecido de antemano, para que surja desde un principio incontrovertible ese requisito subjetivo, que pone de presente el interés jurídico del actor, que la ley protege, pero que el deudor y el tercero, o aquél solo, burla y menoscaba.

"Más todavía: la ley protege al tercero que contrata de buena fe, pero si resulta que intervino en el contrato deliberadamente, con conocimiento de que obrando así se prestaba al deudor para inferir un perjuicio a su acreedor o acreedores, pues con la venta o con la hipoteca, por ejemplo, se disminuye o menoscaba el patrimonio del obligado, que es la prenda o garantía del crédito, y tal actitud suya la sanciona la ley, porque con ella se viola el principio superior de orden público.

"En suma, y como conclusión de todo lo dicho, los elementos subjetivos y constitutivos de las tres acciones —nulidad, pauliana y simulación— cuando ellas se instauran por el acreedor contra los actos del deudor, son comunes o unos mismos, a saber: a) que el actor establezca su calidad de acredor; b) que entre el tercero y el deudor haya **consilium fraudis**; c) que en virtud de tal entendimiento, el acredor se perjudique; y d) que por tal motivo el tercero no esté protegido por la buena fe, que se presume existente en todo contrato, pero que se extingue cuando el tercero ha entrado en colusión con el deudor para perjudicar a un acreedor de éste. Tales factores deben acreditarse plenamente.

"Aplicando aquellos principios jurídicos al caso de estudio, se tiene: que el apoderado de la demandante, doctor Palacios T., no demostró esa vinculación personal que da a su poderdante el carácter de acreedora de los demandados, ni el hecho consistente en que cuando se otorgaron las escrituras 95 y 96 de 21 de febrero de 1942, cuya nulidad se pide, aparecía acreditado cuando se instauró la demanda, pues que ésta fue presentada al Juzgado el 27 de mayo de 1942; y las posiciones traídas al término probatorio del juicio durante la primera instancia, fueron recibidas extrajuicio por el señor Juez Civil del Circuito de Calarcá, el 28 de mayo de aquel año, y primero de junio del mismo, como puede verse a los fls. 4 a 10 del c. 3º.

"Es decir, que la prueba para establecer la calidad de acreedora, por parte de la demandante, primer requisito, no aparece comprobado, circunstancia ésta que lleva a la conclusión de que la acción del acreedor no es viable, y por lo tanto, no puede prosperar, por falta de aquel factor importante, cuya ausencia acredita por sí solo la existencia de la excepción de falta de personería sustantiva de la parte actora, o sea el interés jurídico para demandar.

"Así las cosas, se hace innecesario entrar en la consideración del segundo elemento —el objetivo— para considerar si en realidad hubo **consilium fraudis**, por parte del deudor, y del tercero señor Juan de Js. Tejada y María Irene Aguirre Jiménez, personas éstas que intervinieron en la celebración de los contratos cuya destrucción se persigue en la demanda, ya sea porque exista cualquiera de estas acciones: la de nulidad, la pauliana o la de simulación".

Con respecto a las acciones principal y subsidiaria para que se condenase a María Irene Aguirre de Muñoz a pagar con sus bienes propios o con los integrantes del haber de la sociedad conyugal que tiene formada con el demandado Muñoz, sostiene el Tribunal que la acción del alimentante es personal contra el padre o contra la madre del alimentado, o en contra de ambos, pero que dicha acción no puede prosperar cuando el demandado no tiene este carácter, como ocurre en el caso de la demandada María Irene.

Por último, por carencia del citado interés jurídico también fue desechada la acción propuesta en contra del demandado Tejada S.

La demandante recurrió en casación, y por estar debidamente preparado se procede hoy a decidir el recurso propuesto.

Con fundamento en la causal 1ª de casación consagrada en el artículo 520 del C. J. la recurrente

propone tres cargos contra la sentencia, de los cuales considera la Sala que debe ser estudiado en primer lugar el último, porque lo que acerca de él va a resolverse tiene influencia decisiva sobre los dos primeros.

En sustentación de ese tercer cargo dice la recurrente lo siguiente:

"El Tribunal se abstuvo de condenar a Angel María Muñoz al pago de los servicios prestados por mi mandante, no obstante haber confesado al contestar la demanda, en posiciones absueltas extrajudicialmente y en el curso del juicio, que mi mandante sí había prestado los referidos servicios.

"Dichas pruebas obran en los autos, y ni siquiera fueron estimadas por el Tribunal, no obstante el expreso mandato de los artículos 593, 597 y 601 del C. J., incurriendo así en error de hecho.

"La aceptación, pura y simple, de los hechos básicos del libelo por el demandado, hechos consistentes en el suministro de servicios a su hijo por mi mandante, y a las propias expensas de éste, tienen el carácter de una confesión judicial, con el mérito de prueba plena a favor del actor, de conformidad con lo preceptuado en los artículos 1769 del C. C. y 603, 604, 605 y 606 del C. J.,

"Por este concepto estimo violados, por error de hecho y de derecho en la falta de apreciación de la prueba de confesión los artículos 1769 del C. C. y 593, 597, 601, 603, 604, 605 y 606 del C. J.".

La Corte considera:

La primera deficiencia, por lo que hace a la técnica de la casación, que se observa en el planteamiento de este cargo, consiste en que la recurrente debió precisar debidamente las pruebas dejadas de apreciar o apreciadas con error por el Tribunal, citando los apartes de las contestaciones a la demanda y de las diligencias de absolución de posiciones a que alude y en que dice está contenida una confesión, apuntando el hecho sobre que versa y demostrando por qué las respectivas respuestas constituyen confesión. Se anota en segundo término, y esta es la falla esencial del cargo que lo hace ineficaz en casación, que ninguno de los artículos que la recurrente cita como violados por el sentenciador tiene el carácter de disposición sustantiva en el sentido que a esta calificación se da en el numeral 1º del artículo 520 del C. J., esto es, que otorga derechos e impone obligaciones a las personas, y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. En efecto, el artículo 1769 del C. C. determina las condiciones en que la confesión judicial tiene el valor de plena prueba; el 593 del C. J. contiene una norma de carácter general o abstracto que enseña en qué debe fundarse toda decisión judicial y cómo y por qué medios deben demostrarse los hechos de la demanda y la defensa; el 597 prescribe que para estimar su mérito las pruebas deben formar parte del proceso y hallarse en alguna de las circunstancias de que dicho texto habla; el 601 establece cómo deben apreciarse las pruebas; los artículos 603, 604, 605 y 606 establecen cuándo las declaraciones de los interesados o las partes revisten el carácter de confesión; definen lo que debe entenderse por la judicial o la extrajudicial, y estatuyen cuándo la primera tiene el valor de plena prueba.

Refiriéndose a cargos que en casación se han formulado con fundamento exclusivo en disposiciones de la precisa índole de las que aquí se señalan como infringidas, ha dicho la Corte:

"Muchas veces se ha repetido que la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es indispensable que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida, que es con la que debe hacer la Corte la confrontación de la sentencia. Sin este complemento el cargo queda a medio camino e inútil. Y esto aun tratándose de error de derecho por haber el Tribunal desoído las disposiciones legales reglamentarias de la prueba y de su estimación y alcance, disposiciones éstas cuya cita, que indudablemente contribuye a dar luz cuando se hace, no es necesaria, y cuyo quebrantamiento, cíteselas o no, es lo que constituye precisamente el error de derecho en su apreciación. La calidad sustantiva que siempre se ha reconocido a las disposiciones que consagran la estimación obligatoria de determinadas pruebas, —sustantividad de carácter procesal en el sentido de importancia como medios de demostrar el derecho, pero no en el de acepción de fuentes de derecho— no basta para tener por satisfecha la exigencia que impone la ley al recurrente de señalar la disposición propiamente sustantiva, porque, como se acaba de decir, la inexacta apreciación jurídica de la fuerza o eficacia de un elemento de prueba es apenas constitutiva de error de derecho, mediante el cual llegó el sentenciador a una equivocada conclusión sobre la cuestión de fondo debatida en el juicio.

Dentro del mecanismo técnico de la causal primera de casación, cuando la violación de la ley proviene de apreciación errónea de pruebas, podría llamarse a la del correspondiente artículo que fija el mérito probatorio violación del medio, porque de ella, una vez demostrada, hay que deducir todavía el quebrantamiento de la que propiamente llama el artículo 520 del C. J., ley sustantiva, y que es el único motivo que da acceso a la casación". (Casación, 16 de junio de 1942. G. J. Nº 1986, pág. 640).

Sobre este mismo punto, en que ha sido constante y reiterada la doctrina de la Corte, pueden verse, además, las siguientes sentencias: 5 de junio de 1933, G. J. Nº 1894, pág. 350; 3 de octubre de 1936, G. J. Nº 1918, pág. 448, y 2 de diciembre de 1943, G. J. Nº 2.001 a 2.005, pág. 319).

Por todo lo expuesto se rechaza el cargo.

En el cargo primero principia el recurrente por transcribir el siguiente pasaje de la sentencia en que el Tribunal dijo:

"Quien se presenta pues, ejerciendo una acción de nulidad, la pauliana o la de simulación, invocando su carácter de acreedor, por una obligación de dar, hacer o pagar o no hacer, debe demostrar primero la existencia plena de ese carácter aun cuando el crédito no sea de plazo vencido, y segundo, establecer, también plenamente, que el acto acusado le perjudica, por cuanto en virtud de él queda en incapacidad para hacer efectivo su derecho, por no poseer el obligado otros bienes". Y refiriéndose a esas apreciaciones dice que ellas implican un grave error de derecho en la interpretación de la ley sustantiva, porque si bien el requisito indicado por el Tribunal como demostración previa del interés jurídico del actor para instar el juicio, es valedero para el ejercicio de la acción pauliana, no ocurre lo mismo cuando se trata de la acción de simulación, pues en este caso basta que la obligación exista aunque no reúna las formalidades externas propias para hacerla exigible ejecutivamente para que su titular pueda instaurar la acción de simulación; que la obligación de pago a cargo de Angel María Muñoz existía antes de proponer el juicio, de pleno derecho y por virtud de la ley misma; que "lo dispuesto en los artículos 261 y 268 constituyen una presunción **juris et de jure**, una presunción de derecho, fuente de obligaciones para la persona que ejerce la patria potestad del hijo, y de correlativos derechos para quien en ausencia del padre o de la madre, atiende a las necesidades del hijo, y guarda y vela por su seguridad y subsistencia"; que el fallador no solamente no aplicó, violándolos, lo preceptuado en los artículos 263, 265 y 666 del C. C. sino que afirmó, sin fundamento alguno, que la acción de simulación no puede prosperar porque la obligación de pago por alimentos suministrados al menor hijo de Angel María Muñoz, sólo fue reconocida por éste una vez presentado el libelo de demanda, en posiciones extrajuicio, confundiendo así el fenómeno jurídico del reconocimiento del derecho con el origen y existencia del mismo anterior a su reconocimiento, y que como consecuencia de los conceptos cuyo resumen acaba de hacerse estima "infringidos por violación directa los artículos 1500, 1766, 2488, 1768, 666, 261 y 66 del C. C. y por falta de aplicación los artículos 1603, 1495, 1500, 1766, 2488, 666, 1630, 261, 66 y 28 del C. C.".

Para resolver se considera:

En el pasaje de la sentencia que el recurrente transcribe para acusarlo, no ha sostenido el Tribunal —como aquél lo afirma— que para el ejercicio de la acción de simulación por parte de un acreedor sea indispensable que éste demuestre su carácter de tal mediante una obligación que "reúna las formalidades externas propias para hacerla exigible ejecutivamente", pues allí lo que precisamente se dice es que el acreedor debe justificar la existencia plena de ese carácter "aun cuando el crédito no sea de plazo vencido", lo que vale tanto como sostener que la obligación en que la acción se fundamenta, mirada por el aspecto del plazo, puede no ser exigible, es decir, no prestar mérito ejecutivo. La tesis propugnada en este punto por el Tribunal se acomoda a la doctrina sostenida por la Corte en numerosos fallos, cuya cita ahora es innecesaria.

De otro lado, el fundamento central de la sentencia consiste en que la demandante no comprobó su calidad de acreedora para que así pudiera ejercitar las acciones que ha propuesto y que las copias de las diligencias de absolución de posiciones que con tal fin se trajeron durante el término probatorio de la primera instancia del juicio no demuestran que la asistiera tal carácter para la fecha de la celebración de los contratos sobre que versa la litis, y estas conclusiones del sentenciador permanecen en pie, porque el único cargo que se ha formulado en su contra por error en la apreciación de las pruebas es el primero que ya fue estudiado y encontrado improcedente, y ellas sólo podrían ser quebradas mediante una acusación eficaz de la naturaleza indicada, mas no atacándolas como violadoras directas de ley o por falta

de aplicación de la misma, desde luego que tratándose —como en efecto se trata— de cuestiones de hecho era indispensable presentar el problema por el aspecto de la apreciación que el sentenciador hiciera de las pruebas en concreto —error manifiesto de hecho, omisión de la apreciación, error de derecho— con el fin de que le fuera dado a la Sala investigar si, por obra de alguno de esos errores, incurrió el fallo en la violación de las disposiciones que el recurrente cita.

Además, como la calidad de acreedor invocada en la demanda, se hace derivar del hecho de que la demandante atendió durante trece años y con su propio peculio los gastos de crianza, vestuario, alimentación, etc., del menor Leonardo Muñoz, hijo del demandado y con conocimiento de éste, y como a la Corte en casación no le es dable entrar oficiosamente a averiguar si esos hechos están establecidos en el proceso, ya que —se repite— ello sólo sería procedente mediante acusación en debida forma planteada por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, en tal situación se carece de base para determinar si la presunción de que trata el artículo 261 del C. C. tiene operancia y si la cuestión en autos debatida se haya planteado por la faz contemplada en ese texto legal.

No prospera, por tanto, el cargo.

Sostiene, por último el recurrente, que el Tribunal al declarar improcedente la solicitud subsidiaria de la demanda encaminada a que se condenara a María Irene Aguirre de Muñoz al pago de los servicios prestados al menor Leonardo, con fundamento en que dicha señora no era la madre del menor, incurrió en violación directa e indirecta por falta de aplicación de los artículos 257 y 1796, en sus numerales 3º y 5º del C. C.

Se considera:

La acción de reembolso consagrada en los artículos 261 y 268 del Código Civil se otorga en su caso en contra del padre o madre del hijo menor ausente de la casa paterna o abandonado por sus padres, según así lo establecen sin lugar a dudas aquellas disposiciones, y como ocurre que María Irene Aguirre de Muñoz no es la madre del menor Leonardo, ya que, como lo anota el Tribunal, dicho menor es hijo del matrimonio habido entre Angel María Muñoz y Leonardo Muñoz, es claro que sobre la primera de las nombradas no pesa la obligación legal de que hablan las antecitadas disposiciones, y siendo ello así, la acción en su contra propuesta es notoriamente improcedente como lo declaró el Tribunal.

Y como, además, permanece en pie la conclusión a que llegó el sentenciador sobre que la recurrente no ha comprobado su condición de acreedora invocada con fundamento en los hechos puntualizados en la demanda, es superfluo detenerse siquiera a considerar la alegación del recurrente sobre si por razón del nuevo matrimonio celebrado entre Angel María y María Irene gravita el cargo de ésta, a la luz de lo dispuesto en los artículos 257 y 1796 del C. C., la antes mencionada obligación, y si el Tribunal incurrió o no en quebranto de dichas disposiciones.

Se rechaza el cargo.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veintiseis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el presente negocio.

Condénase en costas a la recurrente.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

HONORARIOS DEL ALBACEA

El albacea tiene derecho al pago de honorarios si ha desempeñado eficazmente su cargo; y la sucesión o los herederos no pueden eximirse de reconocérselos y pagárselos, salvo el caso de dolo en el desempeño de su albaceazgo. La remuneración del albacea puede señalarla el testador, convenirla amigablemente los herederos con el mismo albacea, o señalarla el juez a falta de los otros dos medios indicados (artículo 1139 C. C.). La inclusión de la partida correspondiente al pago de honorarios del albacea, en las cuentas rendidas por él no significa que pretenda pagarse por su propia mano. Tal inclusión es de uso corriente en las cuentas, privadas o judiciales, de una administración de bienes o negocios. Y en cuanto a la regulación o justiprecio de los honorarios, si bien es cierto que puede hacerse dentro del juicio mortuorio, no por haber pasado esa oportunidad caducará el derecho del albacea a que se le paguen y, si los interesados no se avienen, ningún precepto legal impide que se efectúe tal regulación en juicio distinto. En el caso del proceso el sentenciador debió señalar o regular los honorarios del albacea, con la correspondiente repercusión a liquidar el saldo acreedor o deudor de las cuentas rendidas por él, y como en vez de hacerlo así rechazó de manera absoluta la partida de las cuentas referente a dichos honorarios, quebrantó directamente el artículo 1359 del Código Civil.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil — Bogotá, julio treinta y uno de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

La señora María Espinel, viuda y heredera única del señor Indalecio Romero, demandó al señor Isaac Angarita para que rindiera cuentas como albacea del causante; y en el correspondiente juicio, que se siguió como ordinario por tratarse del caso previsto por el artículo 1132 del C. J., el albacea demandado interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá.

Agotados los trámites del recurso, la Corte procede a estudiarlo.

Antecedentes

El señor Indalecio Romero G., quien falleció el 25 de diciembre de 1936, otorgó testamento cerrado el día anterior, testamento que previas las diligencias de apertura, fue protocolizado el 5 de marzo de 1937 en la Notaría 3ª de Bogotá. En dicho testamento el causante nombró a Isaac Angarita albacea con tenencia de bienes y le amplió el plazo legal hasta por dos años o más si era necesario.

Aparte de algunos legados que hizo, el testador instituyó como única heredera a su legítima mujer, doña María Espinel. El albacea y la heredera se entendieron perfectamente al principio, pero después surgieron entre ellos discrepancias. La mortuoria terminó en noviembre de 1938, y en enero siguiente, el apoderado de la señora Espinel de Romero pidió al juez que conocía de la sucesión, 8º del Circuito de Bogotá, que declarara terminado el albaceazgo, por cuanto el albacea había vendido ganados de la sucesión, sobre lo cual cursaba un sumario, y por cuanto estaba vencido el término legal y testamentario. El Juzgado declaró terminado el albaceazgo en razón de haber vencido el plazo legal y el testamentario.

Antes de que acabara el juicio mortuorio entraron en rendición de cuentas el albacea y la heredera, representados por apoderados; y uno de los puntos que discutieron fue el relativo al monto de los honorarios de dicho albacea, porque éste los apreciaba en tres mil pesos ($ 3.000.00), al paso que el apoderado de la heredera única apenas reconocía un mil quinientos pesos ($ 1.500.00). Es de advertir que el albacea solicitó al Juzgado que conocía de la causa mortuoria, la fijación de sus honorarios; que el Juzgado no accedió a tal petición; y que apelado él auto por el albacea, el Tribunal Superior de Bogotá consideró extemporánea la solicitud y dijo que ella debía hacerse en el juicio especial de rendición de cuentas.

Como los apoderados no llegaron a la liquidación privada de las cuentas, la señora María Espinel v. de Romero demandó al albacea Angarita, ante el Juzgado del Circuito de Zipaquirá, vecindad del demandado, a fin de que rindiera tales cuentas.

Por cierto que la demanda no se limitó a exigir sólo la rendición de cuentas sino que en la petición cuarta se dijo lo siguiente: "Que el albacea no tiene derecho a exigir honorarios como tal, por que se halla en el caso contemplado en el artículo 1357 del Código Civil".

Contestó la demanda el albacea manifestando estar listo a rendir las cuentas, solicitando un término no menor de sesenta días para hacerlo; se refirió punto por punto a los 24 hechos que el actor enumeró en su libelo, y dijo, entre otras cosas, lo siguiente:

"Desde ahora pido a usted respetuosamente que, en caso de desacuerdo entre las partes, a su debido tiempo se digne señalarme o fijarme el valor de mis honorarios, de acuerdo con el artículo 1359 del Código Judicial (sic), en consideración al caudal de los bienes manejados por mí; de las utilidades que produjeron los negocios hechos por mí como albacea y de la cuantía y calidad de éstos, según lo que resulte de las cuentas que he de rendir a su debido tiempo".

El albacea rindió las cuentas, presentando al efecto cuatro cuadernos o legajos, uno de ellos contentivo de la relación o partidas correspondientes, otro de comprobantes, y los otros dos, relativos a las cuentas que privada y amigablemente entre las partes se habían tratado. En tiempo debieron de ser presentadas, porque el Juez ordenó dar traslado de ellas a quien las había pedido, la cual contestó aceptando algunas partidas y objetando otras. Entre éstas últimas figura la marcada con el número 9-bis, respecto de la cual dijo el apoderado de la actora:

"También objeto los honorarios que reclama el señor Isaac Angarita, o sea la suma de tres mil pesos, porque ello me parece exorbitante, y además, no han sido fijados por el Juzgado. Por otra parte, propongo la razón que expuse en la demanda, para que no le sean reconocidos, y por lo mismo no es el caso de que se incluyan en las cuentas". Esta razón dada en la demanda es la de que el albacea, según el apoderado de la heredera, procedió con dolo en su administración, puesto que no a otro punto se refiere la alusión hecha por la demandante al artículo 1357 del C. C.

Replicó el albacea cuentadante en el sentido de rechazar las objeciones a las cuentas, por lo cual el Juzgado ordenó seguir la controversia por la vía ordinaria.

Terminó la primera instancia con sentencia del Juez del Circuito de Zipaquirá que decidió no aprobar las cuentas, fundándose en que el albacea no adujo "el inventario particular que dice hizo con el causante de los bienes que le fueron entregados para su administración"; y por cuanto en sentir del Juzgado, no se presentó "una relación absolutamente pormenorizada, detallada, discriminada, del giro de la administración", junto con todos los documentos necesarios para la comprobación de las respectivas partidas del debe y del haber.

La sentencia recurrida

Apelado por el albacea el fallo del Juez, el Tribunal Superior de Bogotá hubo de revocarlo y, previo un estudio pormenorizado de las cuentas, dedujo a cargo del albacea y a favor de la heredera única, un saldo de un mil ciento setenta y tres pesos con ocho centavos ($ 1.173.08).

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el apoderado del albacea y, agotados los trámites de este recurso, la Corte procede a decidir acerca de él, previo el examen de los cargos que se formulan contra el fallo acusado.

El recurso de casación

Invoca el recurrente las causales primera y segunda de casación, artículo 520 del C. J., y divide su demanda en tres capítulos, así:

1º Violación de la ley sustantiva y, concretamente, de los artículos 1359 del C. C. y 481 del C. J., por cuanto no señaló remuneración al albacea y, al contrario, desechó, sin razón, la propuesta por él en sus cuentas;

2º Inconsonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, pues tanto la parte que pidió las cuentas, al formular su demanda, como el obligado a rendirla, cuando la contestó, sometieron exprofeso a la decisión del Juez, el problema de la remuneración del albacea; y la sentencia recurrida no hizo la correspondiente regulación; y

3º Violación de los arts. 1366 y 2181 del C. C., por falta de apreciación de alguna de las pruebas, que hizo incurrir al Tribunal sentenciador en error manifiesto de hecho y en lo tocante a tres capítu-

los de las cuentas, de lo cual resultó en la parte resolutiva del fallo la deducción de un saldo en contra del albacea, superior al que correspondía.

Examen de los cargos

Primer cargo: Violación directa de la ley sustantiva, "por infracción del artículo 1359 del C. C. y del artículo 481 del C. J."

Los papeles sobre un proyectado arreglo amigable de cuentas, cualquiera que sea la fuerza probatoria que se les atribuya, muestran cómo, desde un principio el albacea estimó en tres mil pesos ($ 3.000.00) el valor de sus honorarios; y cómo la única heredera no desconoció el derecho del albacea a una remuneración, pero consideró excesiva la que cobraba: por eso su apoderado ofreció al albacea la mitad de la suma que éste pedía.

Luego, en la discusión judicial de las cuentas surgió el mismo problema, con la diferencia de que entonces la señora Espinel v. de Romero, o su apoderado, objetaron la correspondiente partida alegando no ya solamente lo excesivo de la cuantía, sino objetando además, la existencia misma de esta deuda a favor del albacea, a quien imputaron dolo en su manejo.

La sentencia recurrida dijo sobre el particular lo siguiente:

"No es aceptable que nadie se pague por su propia cuenta, ni tampoco que se señale motu propio la remuneración. En el presente caso ni el testador ni el Juez señalaron al albacea la remuneración; ni siquiera el albacea ha intentado acción alguna. Al respecto el artículo 1359 del Código Civil dice: (lo copia). Por lo expuesto no se acepta la partida de $ 3.000.00".

La violación de la ley consistió, dice el recurrente, en que el Tribunal aplicó el artículo citado no para fijarle la correspondiente remuneración al albacea, sino para rechazar la partida en que éste había apreciado sus honorarios.

Replica el opositor que los honorarios del albacea "debieron ser fijados por el Juez que conoció de la sucesión, o por medio de una demanda que debió proponer" el albacea contra la sucesión; y que no habiéndolo hecho, la petición del albacea es infundada y excesivo el honorario que pretende, pues su administración fue deficiente "porque ejecutó actos ilícitos en ejercicio de su mandato": de todo lo cual deduce el opositor que es infundado el cargo de violación del artículo 1359 del Código Civil.

Para resolver la Corte considera:

No puede remitirse a duda que el albacea tiene derecho al pago de honorarios si ha desempeñado eficazmente su cargo; y que la sucesión o los herederos no pueden eximirse de reconocérselos y pagárselos, salvo el caso de dolo en el desempeño del albaceazgo.

La remuneración del albacea puede señalarla el testador, convenirla amigablemente los herederos con el mismo albacea, o señalarla el Juez a falta de los otros dos medios indicados (artículo 1359 del C. C.).

Las únicas razones legales que hubiera podido aducir el Tribunal, como juez de las cuentas, para rechazar la partida correspondiente a honorarios del albacea, serían la de que los honorarios ya estuvieran cubiertos, o que el albacea había procedido con dolo en su manejo (art. 1357 **ibídem**).

Que los honorarios no han sido pagados es punto acerca del cual están de acuerdo las partes. Y en cuanto a la imputación de dolo, verdad es que ha sido formulada por la parte actora; pero la sentencia recurrida no se fundó en tal imputación para rechazar la partida de que se trata, ni mencionó nada relativo a dolo. Y puesto que la parte actora no recurrió ante la Corte, ésta, como tribunal de casación, carece de potestad para examinar ese punto que, por lo demás, sí avocará adelante, al proferir la sentencia de instancia.

La inclusión de la partida correspondiente al pago de honorarios del albacea, en las cuentas rendidas por él no significa, como erróneamente dijo el Tribunal, que el albacea hubiera pretendido pagarse por su propia mano. Tal inclusión es de uso corriente en las cuentas, privadas o judiciales, de una administración de bienes o negocios.

Y en cuanto a la regulación o justiprecio de los honorarios, si bien es cierto que puede hacerse dentro del juicio mortuorio, no por haber pasado esa oportunidad caducará el derecho del albacea a que se le paguen y, si los interesados no se avienen, ningún precepto legal impide que se efectúe tal regulación en juicio distinto.

Dice bien el Tribunal en su sentencia:

"El objeto del juicio de cuentas es determinar quién debe a quién y cuánto y si la cuenta está saldada, es decir, si no aparece saldo en contra ni en favor del cuentadante ni del demandante, declararlo así".

Para ser consecuente con esta premisa debió el Tribunal haber regulado los honorarios del albacea cuentadante, pues al computar este renglón, bien sea aceptando la cuantía en él propuesta,

bien rebajándola si el sentenciador consideraba equitativo esto último, no era posible deducir el saldo definitivo.

En el caso de que se trata no podía eximirse el Juez ante quien se rindieron las cuentas (vale decir, el Tribunal) de pronunciarse sobre la cuantía de la remuneración, tanto, porque ambas partes sometieron, en la demanda y su respuesta, ese punto a la decisión del Juez, y era, además, una de las partidas de la rendición de cuentas, como porque en el proceso obran copias tomadas del juicio de sucesión del señor Indalecio Romero, de las cuales aparece con absoluta claridad que el albacea Angarita solicitó en dicho juicio de sucesión se le señalaran sus honorarios y el Juez y el Tribunal se abstuvieron de hacerlo, diciendo que tal señalamiento debía efectuarse en el juicio de cuentas. De manera que si el Tribunal, que por apelación de ese incidente conoció del juicio mortuorio, remitió o difirió la fijación de los honorarios del albacea al juicio de cuentas, no podía, sin incurrir en inconsecuencia, eximirse en este último de hacer la regulación de honorarios pretextando que ella debía haberse pedido y llevado a cabo en el juicio de sucesión.

El sentenciador de instancia ha debido señalar o regular los honorarios del albacea, con la correspondiente repercusión al liquidar el saldo acreedor o deudor de las cuentas; y como en vez de hacerlo así rechazó de manera absoluta la partida de las cuentas referentes a dichos honorarios, quebrantó directamente el artículo 1359 del C. C. y resulta, así, fundado este primer cargo contra el fallo recurrido.

El recurso prospera, pues, por la causal primera de casación, de modo que según lo preceptuado en el artículo 538 del C. J., no es el caso de considerar las alegaciones formuladas acerca de la causal segunda, y entra la Corte a dictar el fallo que debe reemplazar al infirmado.

Sentencia de instancia

Al contestar el traslado de las cuentas rendidas por el albacea dijo el apoderado de la única heredera que las objetaba en todas y cada una de sus partes, bien que al detallar las objeciones aceptó, de las once partidas relacionadas en la cuenta, la que figura con el número 8 y el primer renglón de la que lleva el número 9.

Según esto podría pensarse que corresponde a la Corte, como Tribunal de instancia, analizar todas las partidas objetadas por el que pidió las cuentas.

Pero como la parte no recurrente, al conformarse con el fallo del Tribunal da por buenas las partidas de las cuentas que éste aceptó; y como el recurrente ha presentado fuera y además de la demanda de casación, un escrito que él mismo denomina "Alegato de conclusión para el caso de ser infirmada la sentencia recurrida"; y en ese alegato se limita a plantear y defender la legalidad de las partidas que el Tribunal rechazó, resulta así que los mismos interesados han circunscrito la materia sometida a la Corte como sentenciador de instancia, de modo que ella sólo tiene que pronunciarse sobre estas partidas.

Principiando por el renglón de las cuentas correspondientes a honorarios del albacea, ya se dijo que al tenor del artículo 1359 del C. C. tiene derecho a que se le reconozcan y paguen salvo el caso de dolo en el desempeño del albaceazgo; y que lo relativo al dolo, punto propuesto como defensa por la parte que pidió las cuentas, aunque no era pertinente estudiarlo a propósito de la casación, sí lo es en este momento y lugar, en que la Corte hace las veces de Tribunal de instancia.

La señora representante de la sucesión de Indalecio Romero, o el apoderado de aquélla, han alegado dolo del albacea, que le hace perder el derecho a la remuneración; y fundan su aserto en tres hechos que se procede a analizar:

a) El causante Indalecio Romero era arrendatario de la finca denominada "Susaguá", allí se encontraban los ganados pertenecientes a dicho señor y luego a la sucesión; y el albacea procedió a entregar dicha finca en nombre de la sucesión y después la tomó en arrendamiento para sí, beneficiándose él de esa manera con perjuicio de la sucesión "ya que el dinero que se pagaba a título de arrendamiento era compensado con creces por razón del negocio de levante y engorde de ganado que tenía la sucesión en dicha finca";

Este hecho aducido como comprobación del dolo, o al menos de la culpa grave que a él equivale en materias civiles, no tiene respaldo en el proceso. Por el contrario: el presbítero doctor Carlos José Romero, testigo de la mayor excepción y dueño, con sus hermanas, de la finca de "Susaguá", declara a fol. 72 del cuaderno 3º que al morir el señor Indalecio Romero, el declarante precisó al albacea respecto de la entrega de la finca, y que convino en dejársela por un máximum de seis meses, tiempo calculado para que se fueran realizando los ganados, pues los dueños

de la finca no tenían "ningún compromiso a término con el causante" y "la sucesión no tenía derecho a retener (sic) las fincas"; que al morir Romero, los dueños de "Susaguá", quienes se la habían dejado a bajo precio al causante por los vínculo de familia y afecto que con él los unía, tuvieron varias propuestas de arrendamiento, pero que por voluntad e insinuación del declarante doctor Carlos José Romero se convino en que al entregar el inmueble la sucesión, quedaría en poder de Angarita como arrendatario. Parece que gracias a esa circunstancia el albacea Angarita pudo mantener los ganados de la sucesión en la hacienda de "Susaguá", pero respondiendo él personalmente como arrendatario, todo lo cual lejos de implicar dolo, muestra que el albacea Angarita obró en favor de la sucesión con discreción y celo. Por otra parte, la señora Espinel v. de Romero o su apoderado no probaron que la sustitución de arrendatario le hubiera producido quebrantos a la sucesión;

b) Como prueba del dolo se ha dicho también que el albacea vendió ganados por valor de setecientos cuarenta pesos ($ 740.00) con posterioridad a una providencia dictada en el juicio de sucesión, por medio de la cual se le prevenía de abstenerse de tales ventas y se le ordenaba hacerlas en licitación. El auto cuya copia obra en este proceso es bien lacónico y no se sabe por qué exigía la formalidad del remate, siendo así que sólo había un heredero, la señora viuda del causante, no afectada por incapacidad civil. Pero sea de ello lo que fuere, la interesada no comprobó que las ventas de ganado hechas por el albacea hubieran redundado en perjuicio de la sucesión;

c) Como prueba de culpa grave dice también la parte que representaba a la sucesión que el albacea vendió ganados innecesariamente por apresurarse a pagar una deuda bancaria de plazo no vencido aún y que hubiera podido seguirse sirviendo con el producto de los bienes.

Es preciso reconocer que por disposición expresa de la ley, para el pago de las deudas el albacea debe proceder con intervención de los herederos (artículo 1345 del C. C.), y la heredera da a entender que el albacea procedió a cancelar esa deuda sin intervención suya. Pero en este caso particular hay que tener en cuenta que el causante dio en su testamento encargo especial de pagar "ante todo, dice, la deuda de que soy deudor al Banco Central Hipotecario de esta ciudad o sea por la suma hoy de tres mil seiscientos cincuenta y dos pesos con cincuenta y ocho centavos ($ 3.652,58), en moneda corriente y que debe pagarse ante todo". Como se ve, en el testamento, cuya copia obra de folios 18 a 20, cuaderno 1º de este expediente, en el corto espacio de cuatro líneas advierte dos veces el causante que la deuda del Banco debe ser pagada "ante todo". En estas circunstancias no sería lógico ni justo afirmar que el albacea procedió con dolo, puesto que se limitó a cumplir una encarecida y terminante disposición testamentaria.

De otro lado, la posible desobediencia del albacea a la prohibición del Juez no implica de suyo dolo; y, admitiendo que la hubo, no se ha probado que redundara en pérdidas para la sucesión pues, al fin y al cabo ella resultó gananciosa con la administración ejercida por el albacea.

De lo dicho se deduce que carece de fundamento la afirmación o el concepto de haberse portado el albacea con dolo en el ejercicio de su cargo, única circunstancia que justificaría el no pago de los honorarios.

No hay, pues, motivo para negar el derecho que el albacea tiene a que se le reconozcan y paguen honorarios.

Para regular la cuantía de éstos tiene en cuenta la Corte las siguientes circunstancias:

a) El albacea estima en tres mil pesos ($ 3.000) el monto de sus honorarios, y la otra parte, aunque en el presente juicio ha negado de manera absoluta el derecho del albacea a cobrarlos, cuando estuvieron a punto de liquidar amigablemente las cuentas llegó a ofrecer al albacea (bien que condicionalmente), que le reconocería un mil quinientos pesos ($ 1.500.00);

b) Isaac Angarita duró desempeñando el albaceazgo aproximadamente dos años;

c) El haber de la sucesión, según la diligencia de inventarios, era de veintinueve a treinta mil pesos de los cuales nueve mil más o menos estaban representados en semovientes y muebles;

d) El movimiento de negocios, compra y venta de ganados y manejo del hato, produjo a la sucesión una utilidad que el cuentadante calcula en más del treinta y seis por ciento (36%) anual del capital movido; los peritos contadores no llegan a esa cifra pero sí afirman que hubo ganancia de más de dos mil pesos;

e) La índole de los negocios que el albacea hubo de manejar, por los detalles que implicaban, exigía asiduidad y trabajo constantes; y

f) Las cuentas que ha requerido el albaceazgo, tanto en su desempeño como después, en la

rendición de ellas, han hecho más dispendioso el desempeño de aquél cargo.

En consideración a todos estos factores de cuantía de la herencia; utilidades obtenidas, trabajo y molestias sufridas por el albacea, etc., no resulta exagerado calcular su remuneración en la cantidad de dos mil cuatrocientos pesos ($ 2.400.00), máxime si al albacea han de cargársele ciertos gastos pequeños sufragados por él, como transporte de Zipaquirá a Bogotá y estadía aquí y remuneración pagada por él a personas de quienes se valió para que le llevaran o le arreglaran las cuentas; y de consiguiente se acepta hasta por esa cantidad la correspondiente partida.

Cuenta Nº 2.

Una de las partidas que figuran en ella se refiere al valor de un buey que el cuentadante afirmó haber muerto; este renglón lo objetó la parte actora, y el Tribunal rechazó la cuenta que es de $ 52.00.

La Corte estima, por el contrario, que esta partida de descargo del albacea debe aceptarse tanto porque figura en los libros de éste, como porque dada la cuantía de este renglón no podía exigirse comprobación más rigurosa, según lo previsto por el artículo 2181 del C. C. invocado por el recurrente, relativo a cuentas que debe rendir el mandatario y aplicable a las del albacea.

Por lo demás, esta partida había sido virtualmente aceptada en el frustrado arreglo de cuentas extrajudiciales, circunstancia que si no tiene completa fuerza legal sí la tiene moralmente.

Se acepta, pues, esta partida.

Cuenta Nº 7

De ella fue objetada la partida de $ 77.56 y rechazada por el Tribunal. Se refiere a unos jornales pagados del 23 de agosto al 11 de septiembre. La actora sostiene haber erogado ella esa suma y aun ofreció probarlo, pero en el proceso no aparece tal comprobación. En cambio, a folios 16 v., 17 y 17 v., libro B. de cuentas del albacea aparecen anotados jornales que se pagaron a distintos peones que, en total, arrojan cabalmente la cantidad discutida.

Se acepta, pues, esta partida.

Cuenta Nº 9

"Cuenta especial de gastos hechos por el albacea relacionados con el juicio de sucesión del señor Indalecio Romero, no incluídos en los recibos expedidos por la señora María Espinel viuda de Romero".

a) En esta cuenta figura una partida de $ 128.00 por gastos que dice el albacea haber hecho en viajes de Zipaquirá a Bogotá a informar y rendir cuenta á la señora viuda de Romero de las operaciones que se iban realizando por cuenta de la sucesión.

b) Y figura otra partida por gastos de la misma índole, efectuados del 3 de junio de 1937 a febrero de 1939, por $ 150.00.

Estas dos partidas, que suman $ 278.00 no tienen especial comprobación; el albacea había convenido con la señora viuda de Romero en hacer esos viajes a Bogotá, sin especificar que cargaría los gastos a la cuenta de ella o a la de la mortuoria, o si no los cobraba; y se consideran además, incorporadas en la partida de remuneración u honorarios del albacea como arriba se dijo. Por consiguiente no se aceptan estas partidas de $ 128.00 y $ 150.00.

c) Honorarios pagados al abogado doctor José Domingo Farfán. Esta partida es de $ 150.00.

Fue objetada por la parte y rechazada por el Tribunal con la razón de que el doctor Farfán ha sido propiamente abogado del albacea para defender a éste en la mortuoria y en el juicio de cuentas. Siendo ello así, la partida ha de considerarse como un gasto del señor Isaac Angarita que no debe gravar ni a la sucesión ni a la heredera y, así, se rechaza esta partida de $ 150.00.

d) **Honorarios pagados al Dr. Honorato García.** $ 200.00. El recurrente dice que el Tribunal, luego de reconocer esta partida en el folio 48, c. del Tribunal, la negó. Al respecto se aclara: el albacea presentó una partida de $ 350.00 pagados al doctor García, y la distribuyó así: $ 150.00 como abogado de la sucesión en el respectivo juicio sucesorio; y $ 200.00 como apoderado del albacea en el juicio de cuentas. Esta última es la que debe negarse por corresponder a servicios profesionales del doctor García no a la mortuoria sino al albacea.

e) **Honorarios a un contabilista.** $ 20.00. Este pago lo hizo el albacea, según él mismo lo reconoce, por razón del arreglo extrajudicial de las cuentas. No se acepta el gasto porque el albacea estaba obligado a llevar sus cuentas. Otra cosa es que él no sea muy perito, como él lo dice, en asuntos de contabilidad pues las cuentas habían podido llevarse aun cuando fuera en forma sencilla.

No se acepta, pues, esta partida, como no la aceptó el Tribunal.

f) **Gastos del juicio de lanzamiento** que el albacea hubo de afrontar y en que la señora heredera era demandante. El recurrente dice, al terminar su alegato de casación, que esta partida ha debido ser aceptada siquiera en la mitad. Y así es. El funcionario que condenó en costas por nulidad de las diligencias de lanzamiento dijo expresamente que ellas debían ser cubiertas por mitad entre la heredera y el funcionario que decretó el lanzamiento nulo. Si el total de esta partida es de $ 18.25, debe aceptarse en la mitad, o sea $ 9.12.

g) **Papel sellado y estampillas para el juicio de sucesión.** Puede suceder, como dice el Tribunal, que en dicho juicio hubiera debido liquidarse la prenombrada cuenta. Pero como es innegable que la causa mortuoria requería gastos de papel sellado y estampillas, si allí no se hizo la liquidación y el pago correspondiente, en este juicio de cuentas puede subsanarse la omisión. Por cierto que la partida es exigua para admitir reparos o exigir comprobantes.

Se acepta, pues, este renglón de $ 9.20.

Cuenta Nº 9-bis

De esta cuenta se analizó ya, en primer término, el renglón correspondiente a honorarios del albacea.

Queda únicamente por examinar la partida de $ 150.00 por **pago de honorarios al contabilista del juicio de cuentas.**

Este gasto está en circunstancias análogas a la partida e) de la cuenta Nº 9 —pago de $ 20.00 al contabilista por razón del arreglo extrajudicial de cuentas—; y también al de los renglones correspondientes al pago de abogados que propiamente prestaron sus servicios al albacea, no a la sucesión.

Por tanto no se acepta esta partida de $ 150.00.

El Tribunal dedujo en su sentencia un saldo a cargo del albacea de un mil ciento setenta y tres peso con ocho centavos.....$ $ 1.173.08

Pero de acuerdo con los considerandos que preceden, deben abonarse a favor del albacea las siguientes partidas:

Cuenta Nº 9-bis. V/. de honorarios del mismo albacea.....$	2.400.00
Cuenta Nº 2.....	52.00
Cuenta Nº 7.....	77.56
Cuenta Nº 9. Partida señalada en esta sentencia con la letra f)	9.12
Partida señalada con la letra g)	920
Suman los abonos.....$	2.547.88
Saldo a favor del albacea..... $	1.374.80
Sumas iguales.....$	2.547.88 $ 2.547.88

Antes de cerrar la parte motiva del presente fallo conviene observar que en cuanto a la condenación en costas hecha por el Tribunal también tiene razón el recurrente, pues habiendo revocado la sentencia de primera instancia para decidir sobre las cuentas, no era el caso de condenar en costas al apelante.

En mérito de todo lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Invalídase la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá fechada el diez de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro por medio de la cual se declaró que Isaac Angarita en su calidad de albacea con tenencia de bienes en la sucesión del señor Indalecio Romero G. queda a deber a la demandante señora María Espinel v. de Romero un saldo de un mil ciento setenta y tres pesos con ocho centavos ($ 1.173.08);

2º Revócase la de primera instancia dictada por el Juez 1º, Civil del Circuito de Zipaquirá, el doce de agosto de mil novecientos cuarenta y tres;

3º Apruébanse las cuentas rendidas por el mencionado albacea Isaac Angarita y, de acuerdo con las observaciones hechas en la parte motiva del presente fallo respecto de las partidas de las cuentas números 2, 7, 9 y 9-bis, declárase que queda a favor de dicho albacea Isaac Angarita un saldo de un mil trescientos setenta y cuatro pesos con ochenta centavos ($ 1.374.80) que la señora María Espinel viuda de Romero deberá pagarle tan pronto como quede ejecutoriada esta sentencia.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo — Arturo Tapias Pilonieta. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO—VENTAS HECHAS POR UNO DE LOS CONYUGES, SIN ANUENCIA DEL OTRO, DE BIENES PERTENECIENTES A LA SOCIEDAD CONYUGAL

Ya ha corregido varias veces la Corte el concepto erróneo de que las ventas hechas por uno de los cónyuges, sin anuencia del otro, de bienes raíces pertenecientes a la sociedad conyugal bajo el imperio de la ley 28 de 1932, son nulas y de que, por tanto, ha de demandarse, en primer lugar, su nulidad para, en seguida y con ella por fundamento, reivindicar los bienes respectivos. Esta acción, en su caso, asiste directamente a la sociedad conyugal, como en todo caso de venta de cosa ajena, pues ésta es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, el cual, si con esta declaración de validez hace ver que lo procedente y adecuado y necesario no puede ser la nulidad, al propio tiempo deja a salvo los derechos del verdadero dueño. En los eventos a que se alude el dueño es la sociedad conyugal y la venta hecha por el marido sólo es venta de cosa ajena.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

En el Juzgado Civil del Circuito de Filandia la señora Susana Marín de Granada entabló juicio ordinario contra el señor Arcesio Londoño y contra los herederos del señor Francisco Botero, sus hijos, todos menores, representados por su madre la señora Ester Julia Echeverri de Botero, para que se declaren sin valor las ventas que el señor Jesús María Granada, marido de la demandante, hizo sin el concurso de ella a cada uno de los prenombrados Botero y Londoño en sendas escrituras precisadas en el libelo y se les condene a restituír los inmuebles allí determinados a la aludida sociedad conyugal Granada-Marín.

La sentencia de 27 de noviembre de 1943 que cerró la primera instancia, condenó a Londoño a esa restitución del bien aludido con sus frutos desde la contestación de la demanda, y en lo tocante a los Boteros, hallando la excepción de ilegitimidad de la personería por no estar satisfactoriamente comprobada la representación ejercida por la señora Echeverri de Botero, negó lo pedido.

Apelaron la demandante y Londoño, y el Tribunal Superior de Pereira, previos los trámites legales, el 25 de julio de 1945 revocó, halló inepta la demanda y manifestó que, en consecuencia, "No se hace declaración alguna contra los demandados".

El abogado de la demandante interpuso casación, recurso que se decide previa su tramitación de ley.

Es fundamento del fallo recurrido el haberse procedido a una acumulación no autorizada por la ley, pues Granada hizo separadamente dos ventas, una a Botero por escritura Nº 146 de 9 de agosto y otra a Londoño por escritura Nº 188 de 17 de septiembre, ambas de la Notaría de Filandia y del año de 1933, de sendas fincas individualmente alindadas. Estima el Tribunal que Londoño y Botero no tienen ningún interés común y que contra cada uno de ellos ha debido dirigirse su respectiva demanda, por lo cual es inepta la que juntó en uno dos pleitos que han debido seguirse cada cual por su cuerda, ya que no median las circunstancias por las cuales la ley excepcionalmente autoriza que dos o más causas se junten y tramiten bajo una sola cuerda por medio de la acumulación.

Sostiene el recurrente que el origen y las razones de la acción incoada y la situación de ambos compradores ante la demandante son enteramente iguales y que, por lo mismo, la acumulación se imponía con las ventajas de la economía procesal que ella siempre busca.

Esa igualdad se refiere a que Granada compró una finca en 1926, por lo cual la adquisición fue de la sociedad conyugal existente entre él y la señora Susana Marín con quien estaba casado desde el 7 de agosto de 1911; de modo que, habiendo entrado a regir la ley 28 de 1932 el 1º de enero de 1933, las ventas que de sendas porciones de esa finca hizo Granada por sí solo, en esas fechas, quedaron viciadas, y aquella sociedad, representada

por la señora Marín, tiene el derecho de reivindicar las porciones o fincas vendidas.

En el razonamiento así resumido se funda el recurrente para aducir contra la sentencia del Tribunal los motivos 1º y 2º del artículo 520 del C. J.

La improcedencia del motivo 2º salta a la vista, no sólo ante la redacción de la parte resolutiva de ese fallo, a cuya lectura queda en claro que no adolece de la falta de consonancia con las pretensiones de las partes en que aquél consiste, en el sentido que legalmente corresponde a tal situación, sino también al analizar la demanda de casación y encontrar que lo alegado para fundar este motivo 2º consiste, según las palabras del recurrente, en que, "a pesar de hallarse legalmente probados los hechos básicos de la acción", el Tribunal se abstuvo "de reconocer esos hechos y de hacer las declaraciones pedidas en la demanda".

Reparos de esta clase corresponden al motivo 1º.

En este motivo (el 1º) comienza por acusar de error de hecho en la interpretación de la demanda y, para justificar el cargo, la transcribe y explica insistiendo en que se trata de ventas hechas por el marido sin el concurso de su mujer, ya vigente la Ley 28, de bienes pertenecientes desde antes a la sociedad conyugal; y agrega que esas ventas son nulas y que, por ende, la sociedad tiene acción para demandar tal nulidad y para reivindicar consecuencialmente. De ahí concluye que el Tribunal, por no ver nulidad, dejó de reconocer que es una la fuente de la demanda, unas sus pretensiones, una la situación de los compradores, mírese hacia Londoño, mírese hacia Botero. De todo ello deduce la violación de los artículos 209, 397, 398 y 483 del C. J., así como de la jurisprudencia de la Corte que cita, "porque dicha sentencia, al apreciar erróneamente el contenido jurídico de la demanda, dejó de aplicar aquellas disposiciones y esta jurisprudencia".

Se considera:

El Tribunal no niega la fuente ni la finalidad de la demanda, ni la analogía de las dos ventas en cuestión. Simplemente dice, con esto le ha bastado, que se procedió a una acumulación no autorizada por la ley.

Esto es incuestionable. Es excepcionalmente como ésta la autoriza. Según el artículo 397, cuyo texto es visiblemente rotundo, "Sólo puede decretarse la acumulación de autos a instancia de parte y en los casos siguientes: 1º Cuando de seguirse separadamente los juicios, se divida la continencia de la causa. 2º Cuando se sigue un juicio de cesión de bienes o de concurso de acreedores, el cual atrae las ejecuciones que se siguen contra el deudor, o cuando en dos o más ejecuciones se persiguen unos mismos bienes". Y el artículo 398 dice qué se entiende por dividirse la continencia de la causa y al efecto en lista los cinco casos de tal posible división, es decir, en que, para evitarla, se acumulan dos o más juicios, a saber: "1º Cuando son unos mismos los litigantes, una misma la acción y una misma la cosa litigiosa, y, en general, cuando la sentencia que haya de dictarse en uno de los juicios produzca la excepción de cosa juzgada en el otro. 2º Cuando las acciones son diversas, pero la cosa y los litigantes son los mismos. 3º Cuando son distintas las cosas, pero la acción y los litigantes son los mismos. 4º Cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos y haya, por consiguiente, diversidad de personas; y 5º Cuando la acción y la cosa son las mismas, y las personas distintas, como en los juicios de partición y de deslinde". Aquí los litigantes no son los mismos, puesto que Londoño y Botero son personas distintas; los contratos no son los mismos, porque, por más que ambos sean de compraventa, uno fue el celebrado con Botero y otro el celebrado con Londoño; las cosas no son una misma, porque la finca singular que como cuerpo cierto compró Botero, es distinta de la que también como cuerpo cierto, y por sus propios linderos diferentes de la de aquélla, compró Londoño; como, siendo diferentes los contratos, las fincas y los compradores, cada venta tiene su propia causa de ataque, por más que éste arranque de una misma situación legal en las relaciones entre la sociedad conyugal y el marido, la causa no es una misma, dando al vocablo causa su sentido jurídico al respecto, que no mira al motivo remoto. Todas estas diferencias son otras tantas circunstancias demostrativas de que la acumulación a que de hecho se procedió en el presente juicio no se justifica y que los artículos 397 y 398 no fueron quebrantados sino obedecidos.

El artículo 209, dando por sentado que la demanda a que se refiere se ajusta en todo a la ley, se refiere a algo muy diferente de lo antedicho, pues versa sobre la posibilidad de ejercitar en una varias acciones, en concurriendo los requisitos allí exigidos.

El artículo 483 es del todo ajeno al presente caso, porque versa sobre la corrección del error puramente aritmético en que se haya incurrido en una resolución judicial.

Cuanto a las doctrinas de la Corte, basta advertir que, no siendo en manera alguna disposiciones legales, ni menos de la precisa calidad de sustantivas a que singularmente se refiere el citado artículo 520 de su numeral 1º, el apartarse de ellas un Tribunal no puede motivar casación. Se añade que en la presente controversia no ha habido tal apartamiento. Las transcripciones de sentencias de la Corte que el Tribunal hace para respaldar la razón determinante de su fallo, lo persuaden así.

Queda visto que esa razón no está en que él hallara o dejara de hallar nulidad en ventas como las de que aquí se trata, sino en que se acumularon dos pleitos que debían seguirse separadamente. Pero no sobra corregir ahora, como ya varias veces lo ha hecho esta Sala, el concepto de que tales ventas sean nulas y de que, por tanto, ha de demandarse en primer lugar su nulidad para, en seguida y con ella por fundamento, reivindicar el respectivo bien o bienes. Esta acción, en su caso, asiste directamente a la sociedad conyugal como en todo caso de venta de cosa ajena, pues ésta es válida al tenor del artículo 1871 del C. C., el cual, si con esta declaración de validez hace ver que lo procedente y adecuado y necesario no puede ser la nulidad, al propio tiempo deja a salvo los derechos del verdadero dueño. En los eventos a que se alude el dueño es la sociedad conyugal y la venta hecha por el marido solo es venta de cosa ajena.

Quedan estudiados y rechazados los cargos pertinentes al recurso, dentro de lo que la sentencia recurrida decidió.

Otros formula el recurrente, cual si hubiera ella considerado y decidido los problemas de fondo. No habiéndolo hecho, aquéllos no son procedentes. Es claro que si hubiera prosperado el recurso porque la Sala hallara ajustada a la ley la demanda que juntó los que debieron ser dos juicios distintos, entonces, habiendo ella de dictar sentencia de fondo, sí tendría que avocar las cuestiones a que se refieren esos cargos restantes. Por ejemplo, el Juzgado se abstuvo de decretar contra los Boteros lo que sí decretó contra Londoño, por lo antedicho sobre no estar comprobada la representación de ellos por la señora Echeverri, y el recurrente se detiene a demostrar que sí lo están y que con esa negativa se violaron los preceptos legales que al respecto señala. Como el Tribunal ni ocasión tuvo de estudiar esa personería, salta a los ojos que mal podía haber quebrantado así tales disposiciones. Del propio modo sostiene el recurrente que están probados respecto de los Boteros los hechos y el derecho de la demanda y de ahí deduce quebranto de disposiciones legales que también cita y acusa por error de apreciación de las pruebas que señala al efecto, sin que el Tribunal, repítese, dada la razón de su fallo, tuviera ocasión siquiera de estudiar esa situación legal y esas pruebas. Son las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia y no las de los Juzgados en la primera lo que es acusable en casación según el artículo 519 del C. J.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira el veinticinco de julio de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO POR PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA.—UNION DE PÓSESIONES.

La unión o incorporación de posesiones de que hablan los artículos 778 y 2521 del C. C. tiene que realizarse a través del vínculo jurídico de causante o sucesor, que es el puente por donde el primero transmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido. No puede concebirse el fenómeno de la incorporación de posesiones en las que están aisladas unas de otras, en que no haya mediado trasmisión de una persona a otra, bien por herencia, o legado, ó bien por contrato o convención. De ahí el artículo 778 del C. C. De consiguiente, terminada por cualquier causa, aun voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin trasmisión de dominio o propiedad, no hay lugar a unión de posesiones. Será el caso del artículo 778. Tampoco se efectúa la incorporación, entre dos poseedores convenidos y simultáneos, en el supuesto de que uno de ellos, por muerte o por otra causa, se desapodere de la cosa. Los dos poseerían así en indivisión. Desaparecido uno de los sujetos de ésta, sin dejar sucesor universal o singular, el otro necesitaría empezar nueva posesión unitaria sobre la cosa, abandonando el ánimo de comunidad y sólo desde este momento podría correr el lapso de tiempo de la prescripción sobre toda cosa. En el caso de autos ha debido pedirse la declaración de prescripción en beneficio de la sociedad conyugal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Son base de la demanda instaurada por la señora Isabel Agudelo de Castaño para que con audiencia de la señora Ana Teresa Sierra v. de Soto se la declare dueña por prescripción adquisitiva de dominio, según el derecho consagrado en la ley 120 de 1928, de un lote de terreno situado en el municipio de Girardota, los siguientes hechos:

"Primero.—Fuí casada legítimamente con el señor Miguel Castaño;

"Segundo.—Mi citado esposo murió hace aproximadamente diez y ocho años;

"Tercero.—Durante la vida de mi esposo poseyó quieta y tranquilamente por más de veinte años, un lote de terreno situado en este municipio, y que linda...

"Cuarto.—Después de la muerte de mi marido seguí yo y poseo en la actualidad el mismo lote de terreno, sin que nadie me haya perturbado en dicha posesión;

"Quinto.—Sumando el tiempo que mi marido y yo hemos venido poseyendo dicho terreno, y ejerciendo en él, actos de verdadero dominio, da un lapso de tiempo mayor de treinta años;

"Sexto.—La posesión del mencionado lote de terreno comenzó por mi citado marido desde más de veinte años antes de su muerte, en donde sembramos cañadulce, árboles frutales de naranjos, cosechas de maíz y frisol, recogiendo sus frutos, tapando el fundo, etc., todo lo cual sin pagar arrendamiento a nadie, mucho menos sin ser molestados, toda vez que nuestra posesión fue sin despojo, ni clandestinidad y reconocidos, antes de la muerte de mi esposo, y de allí en adelante hasta la fecha presente, por todos los vecinos y colindantes, como dueña y señora de tal terreno".

El juez de primera instancia sentenció de conformidad con lo pedido en la demanda, declarando la prescripción extraordinaria de dominio en favor de la señora Agudelo de Castaño. Apelado este fallo por la opositora señora Sierra v. de Soto, el Tribunal Superior de Medellín hubo de confirmarlo. Interpuso recurso de casación la segunda, y su abogado ante la Corte hizo la demanda respectiva, en la cual formula varios cargos contra la sentencia de segundo grado, enfocados todos dentro de la causal primera de casación, que es violación de la ley sustantiva. Entre esos motivos la Sala encuentra fundados los marcados con los

números **primero** y **segundo,** que conducen a infirmar la mencionada sentencia.

Examen de los cargos

Dice el recurrente que en la demanda la demandante invocó el fenómeno que la doctrina llama **accesión, adición o unión de posesiones,** que consagran los artículos 778 y 2521 del código civil. El Tribunal al reconocer ese fenómeno donde no puede hablarse de **antecesor** y **causahabiente,** o **sucesor,** violó las mencionadas disposiciones de manera directa, e indirectamente el artículo 2531 del mismo estatuto.

El abogado recurrente desarrolla así su pensamiento:

Los preceptos indicados permiten que el poseedor actual junte a su posesión la de su **antecesor o antecesores.** Pero ello exige precisamente que el poseedor actual sea **sucesor o causahabiente** del anterior poseedor, lo que significa que es indispensable que haya **sucesión,** a uno u otro título, por acto entre vivos o por causa de muerte.

Siendo la posesión, un hecho y un hecho personal del poseedor, comienza en éste, o sea el día en que empieza a tener la cosa con ánimo de señor o dueño. La posesión no es un derecho para que estrictamente sea transferible. Pero es de tal importancia social y económica, que sus efectos se proyectan en el futuro, sin que se hable de un traspaso de la posesión, y deben proyectarse sobre todo con mira a usucapir, ya que la prescripción no cumpliría sino un papel deficiente, al exigírsele al prescribiente una posesión personal por todo el tiempo requerido por el tipo de prescripción de que se trata.

Como los textos indicados enseñan, la unión de las posesiones debe reposar sobre la vinculación legal de ellas; debe existir el nexo de derecho entre el actual poseedor y el anterior o los anteriores. Ese nexo es la transferencia o la trasmisión del bien que se posee, a título singular o universal, gratuito u oneroso, entre vivos o por causa de muerte. "Porque el ocupante de hecho no puede juntar su posesión a la del ocupante anterior, salvo que medie un título de traspaso. Ni la del poseedor violento a la del poseedor despojado. Ni la de quien ocupa por ausencia o abandono del poseedor; a la de éste: entre uno y otro, no hay vínculo; son extraños. No puede decirse que sea el uno **sucesor** o **causahabiente** del otro. La unión de posesiones, esto es, derechos externos e inequívocos, reposa sobre la unidad jurídica del derecho que en verdad se tiene, o se espera tener. No puede haber unión material, objetiva sin unión jurídica. Es pues, el nexo de derecho creado por el traspaso del respectivo bien, la base esencial de la accesión de posesiones".

Cita el recurrente en apoyo de su tesis párrafos de las obras de Josserand, Planiol y Ripert, Colin y Capitan y del chileno Claro Soler, quienes desarrollan la misma idea. Luego agrega: "Ahora bien: Isabel Agudelo viuda de Castaño es **sucesora** de quién, en la posesión del fundo? Dice en la demanda, que su marido lo estaba poseyendo cuando murió, y que luego siguió ella en la posesión del mismo bien".

"Pero, esta afirmación da a su marido el carácter de **antecesor** de ella, y a doña Isabel la calidad de causahabiente de aquél? De ninguna manera.

"¿Qué título y qué modo invoca doña Isabel Agudelo de Castaño, para llamarse **sucesora o causahabiente** de Miguel Castaño, y poder de tal suerte unir su propia y personal posesión a la de aquél?".

"Entre los títulos **inter vivos,** contrato, cuasicontrato, hecho ilícito, etc., ninguno alegó".

"Entre los títulos **mortis causa,** el acto testamentario y la ley, tampoco alegó ninguno, ni aparece prueba alguna de que a la muerte de Miguel Castaño hubiese recibido la demandante el bien de que se trata, por disposición de la ley o el testamento".

"Entre los **modos,** ninguno obra en el proceso. La **tradición** no pudo operar puesto que no hubo título que generase una obligación de dar a cargo de Miguel Castaño y a favor de Isabel Agudelo de Castaño. La **prescripción** tampoco, puesto que aquél poseyó el bien durante veinte años únicamente, según la demanda. Ni la **ocupación,** ni la **accesión.** Cuanto a la **sucesión por causa de muerte,** no consta que a la demandante se le hubiese hecho adjudicación alguna, a título de gananciales, porción conyugal o herencia, en el juicio mortuorio del marido".

"Y así resultan desconectadas las dos posesiones: tanto como si el poseedor anterior no hubiese sido Miguel Castaño, marido de doña Isabel, sino Juan López, un extraño. ¿Habría podido aquella **unir** su posesión a la de éste, sólo porque habiendo fallecido Juan López, doña Isabel hubiese tomado posesión del fundo y en ella hubiese proseguido? **No,** porque de Juan López y de doña Isabel no podría decirse que fueron **antecesor** y **causahabiente,** el uno del otro. Tampoco medió ninguna

relación entre Castaño y la demandante, en lo relativo al bien de que se trata y a su posesión".

"De donde se concluye que para el Tribunal, la viuda de Castaño poseyó el fundo por el lapso de **treinta años;** y como aquélla afirma en la demanda que su marido lo poseyó hasta su muerte, y luego siguió ella poseyéndolo, es decir, del 14 de junio de 1921 al 22 de abril de 1941, fecha ésta de la notificación de la demanda (f. 19 Cdno. Nº 1) **lo que da una posesión propia y exclusiva de veinte años,** resulta que el Tribunal, al reconocer a la actora una posesión de treinta años, fue porque juntó la posesión de la viuda a la del marido, es decir, aplicó la regla de la accesión o unión de posesiones consagrada en los artículos mencionados 778 y 2521 del C. C.".

En el motivo o cargo segundo dice el recurrente que entre las afirmaciones contenidas en los hechos **tercero, cuarto** y **quinto** de la demanda, y los conceptos del fallo, hay profunda diferencia, pues al paso que según la demanda sólo ha poseído la actora después de muerto su marido, es decir durante veinte años, según la sentencia ha poseído el lapso que la ley exige para usucapir extraordinariamente, esto es treinta años. Que incurrió de esta suerte el fallador, en error de hecho evidente al apreciar el libelo de demanda, comoquiera que no tuvo en cuenta los referidos hechos tercero, cuarto y quinto. Que tal error lo condujo a admitir que la actora había poseído el inmueble durante treinta años, y no veinte únicamente, como ella misma lo afirmó en la demanda, al reconocer la usucapión y al hacer la declaratoria de pertenencia quebrantando los textos legales sobre la prescripción extraordinaria especialmente el artículo 2531 que la consagra sobre la base de una posesión de treinta años, lapso aplicable, a pesar de la reforma de la ley 50 de 1936, al caso presente, por invocación de la demandante según lo dispuesto en el artículo 41 de la ley 153 de 1887. Que si el juzgador no hubiera cometido tal error, no habría reconocido usucapión alguna ni hecho la declaración de pertenencia.

Se considera:

El recurrente tiene toda la razón. La tesis que sostiene es la cierta sobre el sentido de los artículos 778 y 2521 del código civil que establecen el fenómeno jurídico de la unión de posesiones, la que sustentan los expositores y acepta la jurisprudencia.

La unión o incorporación de posesiones de que hablan los preceptos citados tiene que realizarse a través del vínculo jurídico de causante o sucesor, que es el puente por donde el primero transmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido.

No puede concebirse así el fenómeno de la incorporación, en posesiones aisladas unas de otras, en que no haya mediado trasmisión de una persona a otra, bien por herencia, legado, o bien por contrato o convención. Por eso dice el artículo 778: "Sea que se **suceda** a título universal o singular, la posesión del **sucesor** principia en él; a menos que quiera añadir la de su antecesor a la suya; pero en tal caso se la apropia con sus calidades y vicios".

De consiguiente, terminada por cualquier causa, aún voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin trasmisión de dominio o propiedad, no hay lugar a unión de posesiones. Será el caso del artículo 778, según el cual, se deja de poseer una cosa desde que otro se apodera de ella, con ánimo de hacerla suya.

Tampoco se efectúa la incorporación, entre dos poseedores convenidos y simultáneos, en el supuesto de que uno de ellos, por muerte o por otra causa, se desapodere de la cosa. Los dos poseerían así en proindivisión. Desaparecido uno de los sujetos de ésta, sin dejar sucesor universal o singular, el otro necesitaría empezar nueva posesión unitaria sobre la cosa, abandonando el ánimo de comunidad, y sólo desde este momento podría correr el lapso de la prescripción sobre toda la cosa.

Según la **causa petendi** de la demanda, la demandante poseyó con su marido hasta la muerte de éste, y por más de veinte años, el inmueble en reivindicación. Sujeto de la posesión fue entonces la sociedad conyugal. En esta comunidad se radicarían los derechos emanados de la posesión, como el de invocar la prescripción. si ésta a la muerte del marido ya se había cumplido, o el de trasmitirla a los herederos o al cónyuge sobreviviente, en la respectiva liquidación de la sociedad, si es que el tiempo de la prescripción estaba incompleto, con el objeto de que el adjudicatario fuera **sucesor** en la posesión que había tenido la sociedad conyugal y pudiera así acabar de prescribir.

Pero la demandante no obra en nombre de la sociedad conyugal. Obra personalmente. Siendo así la posesión que la comunidad tuvo, se presenta desligada de la que alega haber ejercido durante veinte años el cónyuge sobreviviente. Personal-

mente podía aprovecharse el cónyuge sobreviviente de la posesión que ejerció la sociedad conyugal, si fuera adjudicatario del bien en la liquidación de dicha sociedad. Pero tal circunstancia es extraña a la estructura de la demanda, que se planteó en estos términos: posesión de los dos cónyuges por más de veinte años hasta la muerte del marido; a continuación, posesión personal de la mujer. Por consiguiente, dos sujetos de posesión distinta, en que no hay ningún nexo jurídico de trasmisión: muerto el marido la mujer siguió una posesión exclusiva.

De donde resulta que el fenómeno que se plantea es el del artículo 787 del código civil. Disuelta la sociedad conyugal por la muerte del marido, la mujer toma la posesión para sí, o si se quiere, aun cuando la demanda tampoco lo dice, para la sociedad conyugal ilíquida, como continuadora en la posesión de lo que tuvo aquella sociedad cuando existía; hipótesis en la cual la mujer tampoco podía demandar, como lo hizo, la reivindicación personalmente para ella, pues la dueña sería la mentada sociedad en liquidación, representada por el cónyuge vivo y por los herederos del muerto.

El sentenciador de instancia, desatendiendo el alcance explicado del artículo 778, sumó posesiones desarticuladas: la de la sociedad conyugal Agudelo-Castaño con la particular de Isabel Agudelo. Sólo así pudo considerar cumplido el tiempo de la prescripción extraordinaria. Con este procedimiento extralimitó los presupuestos de la demanda, y ello lo llevó a quebrantar los artículos 778 y 2521, citados por el recurrente.

Esta misma Sala en sentencia de 23 de noviembre del año próximo pasado, todavía sin publicar en la GACETA JUDICIAL, sentó la siguiente doctrina, que es la misma que aquí de nuevo se desarrolla:

"A este quebranto se agrega el del artículo 778 de esa obra, porque el Tribunal forma el lapso de esa prescripción reconociendo en favor de los demandados la llamada posesión de Aurelio, esto es, autorizando la apropiación de ésta que ellos hacen desde la contestación de la demanda, en el concepto de ser sus sucesores, y este concepto es inadmisible, porque brilla por su ausencia en el proceso la vinculación jurídica que los atase en tal carácter. No hubo, al menos que en el expediente obre o siquiera a él se aluda, entre Aurelio y los demandados un acto entre vivos o contrato, como donación, compraventa o permuta o cesión de derecho alguno de él en favor de ellos a título lucrativo u oneroso; ni obra prueba de transmisión **mortis causa**".

"Si una persona viene en pos de otra a poseer un bien, lo que puede imaginarse repetido indefinidamente, ninguna de ellas puede reputarse antecesor ni sucesor de la otra en lo que pudiera decirse cadena, sino habiendo vinculación jurídica que conectara los eslabones, para que cada poseedor pudiera agregar a su posesión propia la de su antecesor o antecesores considerándolos fundadamente tales ante el citado artículo 778".

La sentencia debe pues casarse. La exposición anterior es al mismo timpo fundamento de la de instancia que compete proferir a la Corte, la cual debe negar la declaratoria de pertenencia solicitada en la demanda, por no haberse consumado la prescripción tal como está demandada.

Sentencia

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, y revocando la del juez de primera instancia, resuelve la controversia así:

Niégase la demanda instaurada por la señora Isabel Agudelo de Castaño, para que se la declare dueña por prescripción extraordinaria del inmueble detallado en ella.

Sin costas ni en las instancias ni en el recurso de casación.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS

La excepción de contrato no cumplido es temporal y sólo entraña una negativa simplemente provisional y en manera alguna equivale a una absolución exhaustiva de la acción que legalmente se origina en un contrato bilateral al incumplirse por alguna de las partes lo pactado. Dicha excepción paraliza transitoriamente la acción mientras alguno de los contratantes, cumpliendo sus obligaciones pendientes, se habilita para ejercitarla.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

En el memorial que precede manifiesta el doctor José Hugo Soler que el juicio ordinario por él incoado contra Roberto Ramos se propuso para lograr que el último fuese condenado a dos prestaciones completamente distintas, como son la indemnización de perjuicios por razón del incumplimiento del contrato de compraventa entre ambos celebrado y el cobro de una pena estipulada "por el simple retardo", de conformidad con lo que autorizan los artículos 1594, 1599 y 1600 del C. C.; que el fallo de esta Sala de fecha trece de junio último que decidió el recurso de casación por él interpuesto en contra de la sentencia del Tribunal de Bogotá dictada en dicho negocio "parece reducir el problema a la indemnización general de perjuicios por la mora, implicando que ésta y el simple retardo son la misma cosa" y que no siendo ello así conforme a ley, considera que la sentencia de la Corte requiere aclaración y solución explícita sobre esos puntos, o que siquiera se aclare para dejarle a salvo el ejercicio de las acciones que ha propuesto.

Se considera:

En la sentencia de esta Sala a que se refiere la precedente solicitud, previa casación del fallo acusado, se declaró probada "la existencia de la excepción perentoria temporal de contrato no cumplido" y en consecuencia se absolvió al demandado de los cargos de la demanda, y esa decisión tuvo como fundamento exclusivo la consideración de que tanto demandado como demandante habían incurrido en incumplimiento de sus recíprocas obligaciones para la fecha en que se propuso la demanda. Encontrándose por ese motivo improcedente la acción entablada, allí nada se resolvió, ni podía resolverse sobre el fondo mismo de las súplicas de la demanda; de tal suerte que cualquier entendimiento sobre procedencia o improcedencia de éstas con vista en el fallo de esta Sala carece por completo de base seria.

Por lo demás, debe agregarse ahora, a pesar de que por lo sabido y repetido va resultando casi supérfluo expresarlo de nuevo, que la excepción de contrato no cumplido, es una excepción temporal, la que sólo entraña una negativa simplemente provisional de la demanda y en manera alguna equivale a una absolución exhaustiva de la acción que legalmente se origina en un contrato bilateral al incumplirse por alguna de las partes lo pactado. Dicha excepción paraliza transitoriamente la acción mientras alguno de los contratantes, cumpliendo sus obligaciones pendientes, se habilita para ejercitarla.

Queda en los anteriores términos resuelta la solicitud que se ha considerado.

Notifíquese,

Pedro Castillo Pineda.—Ricardo Hinestrosa Daza—José Antonio Montalvo.—Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta.—Manuel José Vargas.—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALA DE CASACION PENAL

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE APELACION

El desistimiento de un recurso implica abandono, renunciamiento o abdicación de un derecho, para que el superior no revise determinada actuación judicial. La facultad de desistir consagrada en la ley de procedimiento civil (artículos 461 y siguientes del Capítulo VIII del C. J.), es aplicable a los procesos criminales, en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

En materia criminal, el desistimiento no tiene la misma amplitud o radio de acción que en el ramo civil, porque en el campo penal, si bien es cierto que el desistimiento se halla comprendido entre los actos de libre disposición de las partes, está limitado por el ejercicio de la acción, que es de orden público y no privado. En lo civil, se puede desistir de toda acción o recurso, pero en lo penal sólo se puede desistir de aquellas acciones que expresamente se determinan en la Parte Especial del Código Penal.

En lo penal, el desistimiento está consagrado como un derecho, en el artículo 102 de la ley sustantiva, y extingue la acción y la condena penales en las infracciones que no pudieren investigarse sino en virtud de querella o petición de parte, como serían los casos contemplados en los artículos 280, 321, 347, 456, 381 y 418 del Código Penal, desistimiento que se halla regulado, para su efectividad y ejercicio, por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

El desistimiento de un recurso para que el superior se abstenga de revisar la providencia apelada, implica —como antes se dijo— abandono o renunciamiento del derecho consagrado por la ley, en beneficio de las partes. Si el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Si el desistimiento llena las formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver sobre la solicitud de desistimiento.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

VISTOS:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en auto de veintisiete de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, hizo entre otras declaraciones las siguientes:

"1ª.—Sobreseer temporalmente en favor del Dr. Rafael E. Benedetti, de condiciones civiles conocidas en autos, por no haber mérito para un enjuiciamiento y se ordena reabrir la investigación".

Contra esa providencia, el sindicado Rafael E. Benedetti interpuso recurso de apelación, que concedió el Tribunal, en auto de trece de febrero del año citado, y ordenó compulsar las copias respectivas para que se surtiera el recurso.

Esta Sala, en auto de trece de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, ordenó correr traslado al Agente del Ministerio Público, entidad que, antes de emitir concepto de fondo sobre la providencia recurrida, solicitó se agregaran a las diligencias las pruebas practicadas con posterioridad al auto de sobreseimiento temporal, y se pidieran al funcionario del conocimiento, copias de otros documentos indispensables para formarse un concepto claro sobre el negocio que se iba a resolver.

En providencia de siete de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, la Corte no accedió a pedir las pruebas practicadas con posterioridad al auto de sobreseimiento temporal y ordenó agregar las referentes a los numerales 2º y 3º de la vista del colaborador. Para cumplir con lo dispuesto en la parte resolutiva de esta última providencia, se remitieron originales las diligencias al funcionario del conocimiento.

Desistimiento

En memorial de 13 de febrero del presente año, el sindicado Dr. Rafael E. Benedetti dice:

"...Ultimamente he podido apreciar que la investigación adolece de algunas deficiencias, consistentes como dice la H. Corte Suprema de Justicia, en la ausencia de las pruebas relacionadas con la verificación de las diligencias de secuestro y de remate. Como entiendo que con esas diligencias la investigación ha de quedar agotada, y seguramente varíe la situación del proceso debido a las nuevas pruebas que se aportarán, y tendrá así el Tribunal oportunidad de calificar la nueva situación, que estoy interesado en que se verifique lo más pronto posible, he resuelto DESISTIR, como en efecto desisto, de la apelación interpuesta contra la providencia de esa Corporación por medio de la cual se sobreseyó temporalmente a mi favor".

La petición fue presentada al Tribunal de Cartagena (Sala Penal), entidad que ordenó remitirla a la Corte para que ésta resolviera lo que fuere legal.

Se considera:

El desistimiento de un recurso implica abandono, renunciamiento o abdicación de un derecho, para que el superior no revise determinada actuación judicial. La facultad de desistir consagrada en la ley de procedimiento civil (artículos 461 y siguientes del Capítulo VIII del C. J.), es aplicable a los procesos criminales, en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

En materia criminal, el desistimiento no tiene la misma amplitud o radio de acción que en el ramo civil, porque en el campo penal, si bien es cierto que el desistimiento se halla comprendido entre los actos de libre disposición de las partes, está limitado por el ejercicio de la acción, que es de orden público y no privado. En lo civil, se puede desistir de toda acción o recurso, pero en lo penal sólo se puede desistir de aquellas acciones que expresamente se determinan en la Parte Especial del Código Penal.

En lo penal, el desistimiento está consagrado como un derecho, en el artículo 102 de la ley sustantiva, y extingue la acción y la condena penales en las infracciones que no pudieren investigarse sino en virtud de querella o petición de parte, como serían los casos contemplados en los artículos 280, 321, 347, 356, 381 y 418 del Código Penal, desistimento que se halla regulado, para su efectividad y ejercicio, por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

El desistimiento de un recurso para que el superior se abstenga de revisar la providencia apelada, implica —como antes se dijo— abandono o renunciamiento del derecho consagrado por la ley, en beneficio de las partes. Si el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Si el desistimiento llena las formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver sobre la solicitud de desistimiento.

Como la petición del sindicado Dr. Rafael E. Benedetti reune los requisitos de ley, debe accederse a lo pedido.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

Resuelve:

1º.—Admítese el desistimiento del recurso de apelación interpuesto contra el auto de veintiséis de enero de mil novecientos cuarenta y cinco, proferido por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, por el cual se sobresee temporalmente en favor del Dr. Rafael E. Benedetti, y

2º.—Declárase que el auto mencionado queda en firme, por causa del desistimiento del recurso contra él interpuesto.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada.—Francisco Bruno.—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.,—Julio E. Argüello R., Srio.

HOMICIDIO. — CAUSAL 2ª — MAXIMO Y MINIMO DE LA SANCION POR INFRACCIONES

1.—La causal 2ª no debe alegarse en juicios en que el Jurado ha intervenido, porque la casación se concreta a un estudio de derecho y no de los hechos, menos cuando éstos han sido calificados por el Jurado en conciencia, según su íntimo convencimiento. En tales casos el examen de los hechos conduciría a la posible declaración de ser el veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia, como habría que decir hoy, que fue excluída de las causales de casación, como de manera expresa lo dijeron los redactores del nuevo Código de Procedimiento.

2.—Resulta impropio hablar de la calificación del delito en grado medio, pues esos grados que fijaba el artículo 123 del antiguo Código Penal desaparecieron frente a los nuevos estatutos. Hoy señala la ley un máximo y un mínimo para sancionar las infracciones, y dentro de ellos puede moverse el juzgador, teniendo en cuenta las circunstancias antecedentes y concomitantes del hecho y de la mayor o menor peligrosidad del responsable (artículo 36 C. P.), Así, pues, de que el mínimo de la sanción se haya elevado, no puede deducirse que la delincuencia se haya calificado en segundo grado o en grado medio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, tres de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Tunja condenó a Marco Tulio Hernández a la pena principal de quince años de presidio, como autor de la muerte de Abelardo Sánchez y de las lesiones en Isaac Jiménez, Luis Acero y Rosendo Jiménez.

Contra esa sentencia, que lleva fecha de 23 de septiembre del año pasado, interpusieron el recurso de casación el procesado y su defensor y ante la Corte presentó la respectiva demanda un apoderado especial.

Hechos y actuación procesal. Los hechos que dieron origen a la formación del proceso ocurrieron el 2 de agosto de 1940, en la fracción de Buenavista, del Municipio de Briceño, del Departamento de Boyacá.

En una roza y en terrenos de Aníbal Roncancio se hallaban trabajando Ignacio y Atanasio Medina, Abelardo Sánchez, Marcos o Marco Tulio Hernández, Flaminio Téllez, Pedro Pablo Ruiz y Rosendo Jiménez. Terminado el trabajo del día, llegó Isaac Jiménez a convidar a su hijo Rosendo para que lo acompañara a su casa; mas apenas habían recorrido un breve trecho, los alcanzaron Marcos Hernández y Abelardo Sánchez y le dijo aquél a Rosendo que por qué le había dado ese día un garrotazo a su madre. Rosendo explicó que al pasar a caballo por cerca de ella, el bordón le había saltado y sin culpa le había pegado a la señora por la cara. Pero no valió la explicación, porque Sánchez y Hernández atacaron a los dos Jiménez con bordones o palos y quizás con cuchillo, causándoles algunas heridas.

No pararon ahí los hechos criminosos, pues cuando ya entrada la noche marchaban a sus viviendas Ignacio y Atanasio Medina, encontraron a Sánchez y Hernández golpeando con palos o bordones al muchacho Luis Acero, sin motivo alguno. El muchacho pudo evadir el ataque con la llegada de los Medinas. Pero entonces ocurrió un tercer incidente que culminó con la muerte de Sánchez.

No se sabe bien por qué motivo, talvez porque Sánchez le dijo a Hernández que no golpeara más al menor Luis Acero, o porque Hernández no quería seguir a la casa de Julio Peña a que les arreglaran un tiple, lo cierto fue que cuando los Medina y Acero estaban todavía a corta distancia, pudieron oír que Hernández le dijo a Sánchez: "Mirá, Abelardo, que me largués, que yo no voy por allá". A lo que replicó Sánchez: "De veras no vamos a donde dijimos, verriondo hijo de puta, porque esta noche nos matamos". En seguida oyeron golpes, y al acercarse pudieron verificar que Sánchez había recibido seis tremendos machetazos por la cabeza, que lo habían dejado sin vida.

El Juzgado Segundo Superior de Tunja llamó a juicio a Marco Tulio Hernández por el homicidio y las lesiones, calificando aquel delito de asesinato por la sevicia o crueldad con que había obrado, enjuiciamiento que confirmó el Tribunal Superior del mismo Distrito.

El jurado negó la sevicia en el homicidio y en cuanto a las lesiones personales hizo una aclaración que adelante se verá.

El juzgado del conocimiento condenó a Hernández a la pena de diez años de presidio y de dos de relegación a una colonia agrícola.

Pero el Tribunal reformó el fallo aumentando la pena principal a quince años de presidio y suprimiendo la relegación a colonia agrícola.

Estudio del recurso

El demandante invoca las causales primera, segunda y tercera de casación del artículo 567 del código de procedimiento penal, que en seguida se estudiarán en el orden que resulte más aconsejado para la decisión.

Causal segunda: errada interpretación de los hechos

El recurrente no hace un estudio separado de esta causal, como ha debido hacerlo.

Pero la razón para declararla improcedente es la de que la Corte ha repetido en numerosos fallos que dicha causal no debe alegarse en juicios en que el jurado ha intervenido, porque la casación se concreta a un estudio de derecho y no de los hechos, menos cuando éstos han sido calificados por el jurado en conciencia, según su íntimo convencimento. En tales casos, el examen de los hechos conduciría a la posible declaratoria de ser el veredicto notoriamente injusto —o contrario a la evidencia, como habría que decir hoy— que fue excluída de las causales de casación, como de manera expresa lo dijeron los redactores del nuevo código de procedimiento.

No prospera, por tanto, esta causal.

Causal tercera: No estar la sentencia en consonancia con el auto de proceder o con el veredicto del jurado.

Alega el recurrente que el jurado declaró a Hernández responsable de las lesiones causadas a Isaac Jiménez, Luis Acero y Rosendo Jiménez, pero solamente de aquellas que aparecen realizadas con armas contundentes; y como "no se pudo comprobar con qué arma le había sido causada" la que sufrió Isaac Jiménez en un dedo de la mano izquierda, "no podía ser penado por tal infracción", según el veredicto del jurado.

El fundamento de su alegato se encuentra en un dictamen rendido por el médico legista después de celebrada la audiencia pública con intervención del jurado, en el cual dice que con los datos del expediente se encuentra imposibilitado para señalar la clase de instrumento con que se causó la fractura que presenta Jiménez en un dedo de la mano izquierda, y que siendo tantos los instrumentos con que se pudo ocasionar, "resultaría del dominio de la adivinación" señalar el que sirvió para producirla (f. 39 del c. 2).

Se considera:

Es verdad que el jurado contestó el cuestionario que se le propuso diciendo que Hernández era responsable de las heridas o lesiones sufridas por Luis Acero, Rosendo Jiménez e Isaac Jiménez, "pero de las que aparecen con arma contundente". Lo cual parece indicar que hubo otras heridas causadas con otra clase de armas.

La confusión proviene de que el Juez le preguntó al jurado por las lesiones considerándolas producidas con "arma cortante y pesada" (machete), siendo así que tal instrumento no se empleó sino para consumar el homicidio, excepto una que recibió Rosendo "en la región comprendida entre el pómulo derecho y la nariz". De esta suerte, el jurado no hizo sino enmendar el error del juez en sus preguntas diciendo que las lesiones habían sido causadas tan sólo con armas contundentes, como en realidad sucedió.

En efecto, los propios heridos (fls. 17, 18, 42 y 43 v.) afirman que sus lesiones les fueron producidas con los bordones o palos que llevaban sus atacantes o a "garrotazos" y en el primer examen (f. 4 v. del c. 1) se hizo constar que habían sido ocasionadas con "instrumento contundente", salvo que no se especifica con qué clase de arma le fue causada la fractura del dedo de Isaac Jiménez.

El veredicto no excluyó, así, aquella herida o lesión de Isaac Jiménez, que es de la que aquí se trata, mucho menos si se tiene en cuenta que el perito oficial de última hora no niega que la tal fractura le hubiera sido originada con instrumento contundente, sino que por el transcurso del tiempo ya no podía determinarlo, y que el dictamen carece de valor legal, por haberse obtenido con violación de los artículos 480 y 547 del código de procedimiento.

De manera que el tribunal, al decir en la sentencia que las heridas o lesiones personales habían sido causadas con arma contundente, no hizo sino basarse en la verdad de los hechos y en el veredicto del jurado, como lo observa la Procuraduría.

Por tanto, la causal invocada no puede prosperar.

Causal primera: Indebida aplicación de la ley penal

Señala como violados el recurrente las disposiciones de los artículos 33 del código penal y los relativos a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad.

Sobre el total de pena dice que el Tribunal, al fijar la sanción en quince años de presidio, incurrió en manifiestos errores, pues no ha debido calificar el delito en grado medio. Y argumenta:

En cuanto al homicidio, que el Tribunal le imputó al procesado la circunstancia de la sevicia, negada por los jueces de hecho.

Además, que no tuvo presente el Tribunal ni los motivos determinantes, ni la exaltación del momento por las ofensas recibidas, ni la misma riña habida entre los protagonistas. Y así, la sentencia considera que hubo motivos fútiles sin tener en cuenta aquellas circunstancias.

En cuanto a las lesiones personales, repite que el jurado afirmó que Hernández no era responsable sino de las causadas con arma contundente y como la recibida por Isaac Jiménez no se sabe con qué arma fue producida, se sancionó un hecho no declarado en el veredicto.

También dice que no se tuvieron en cuenta las incapacidades mínimas señaladas a los delitos de lesiones personales.

Se considera:

Antes de entrar al estudio de esta causal, advierte la Sala que, de acuerdo con la legislación vigente, resulta impropio hablar, como lo hace el recurrente, de la calificación del delito en grado medio, pues esos grados que fijaba el artículo 123 del antiguo código penal desaparecieron frente a los nuevos estatutos. Hoy señala la ley un máximo y un mínimo para sancionar las infracciones, y dentro de ellos puede moverse el juzgador, teniendo en cuenta todas las circunstancias antecedentes y concomitantes del hecho y la mayor o menor peligrosidad del responsable. (Art. 36 del C. P.). Así, pues, de que el mínimo de la sanción se haya elevado, no puede decirse que la delincuencia se haya calificado en segundo grado o en grado medio.

Pero tiene razón el demandante al afirmar que el Tribunal tuvo en cuenta la sevicia, que había sido descartada por el jurado, al computarla como insensibilidad moral del victimario demostrada por el modo de ejecución del hecho punible, esto es, por los seis machetazos que le asestó a Sánchez. En efecto, la sevicia consiste en prolongar los sufrimientos de la víctima, en la crueldad excesiva. Y ella prueba la insensibilidad moral del infractor, porque acredita que no le repugna el dolor ajeno, como es natural, sino que siente complacencia en aumentarlo inútilmente. De esta suerte, resulta lo mismo afirmar que el culpado **procedió con sevicia,** o que **con el modo de ejecución del hecho demostró su mayor insensibilidad moral.**

Y siendo el jurado la entidad que debía reconocer o negar la sevicia, si acaeció lo segundo, el Tribunal no podía tenerla en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad —insensibilidad moral del delincuente— porque con ello se desconoce el veredicto. Siendo así, y no habiéndose declarado el veredicto contrario a la evidencia de los hechos cuando pudo hacerse, no hay para qué analizar ahora la calidad de la sevicia, la frialdad de ánimo que según algunos requiere, ni mucho menos, la ausencia de pruebas para deducirla en el proceso.

"Negada una circunstancia de asesinato por los jueces de hecho —ha dicho la Corte— no se puede considerar por el juez de derecho como de mayor peligrosidad del agente para agravar la pena, porque eso es desconocer el veredicto del jurado y en él tiene que apoyarse la sentencia. En los procesos cuya competencia concierne a los jueces superiores—dice el artículo 480 del código de procedimiento penal—la audiencia pública, salvo disposición legal en contrario, se hará con la intervención del jurado y **la sentencia se hará de acuerdo con la calificación que éste dé a los hechos sobre los cuales ha versado el debate** (subraya la Corte). (Casación de Jesús Castellanos, de 17 de agosto de 1945).

Esta circunstancia de mayor peligrosidad computada por el Tribunal debe, pues, rechazarse.

Respecto de los motivos fútiles del delito, observa la Sala:

Se dice que una persona comete un delito por motivos fútiles cuando no hay proporcionalidad entre las causas determinantes y la infracción cometida, puesto que fútil es lo pequeño, lo baladí,

lo de poco aprecio o importancia. Hay que tener en cuenta, claro está, las circunstancias peculiares de cada caso concreto, porque es distinta la manera que los hombres tienen de apreciar las cosas y de reaccionar, según su constitución y el medio en que actúan. Cuando no existe esa proporcionalidad relativa entre los motivos y el resultado ilícito, hay que concluír que el autor del hecho acusa propensión al delito, carece de sentido ético, demuestra una mayor peligrosidad, tanto mayor cuanto menor sea la entidad de las causas que lo impulsaron a obrar.

El Tribunal dice que "aunque es verdad, según lo anota la defensa, que el occiso profirió contra el homicida expresiones marcadamente ofensivas, que en cierto modo explican la reacción del homicida, no debe olvidarse que según también algunos testigos, éstas fueron contestadas en forma análoga por el procesado, con lo cual se compensaba la ofensa y así... ya esta nueva reacción no correspondía al agravio causado, sino que lo excedía sin causa plausible".

La Corte, de acuerdo con la Procuraduría, no comparte la apreciación del Tribunal.

"En el presente caso —analiza el Ministerio Público— se halla establecido que la víctima y su victimario, después de la dura y agotadora labor de un día en que habían ingerido licor, tuvieron primero una reyerta con Isaac y Rosendo Jiménez, luego con un primo del acusado, Luis Acero, e inmediatamente después de ésta se realizó el homicidio.

"En tal virtud, esa nerviosidad antecedente y el mal humor o contrariedad subsiguiente a todos los hechos aludidos, son factores explicativos del caldeado estado de ánimo que imperaba en el homicida.

"Basta observar que el desarrollo de la tragedia fue rápido y fulminante, a tal punto que los testigos que se acababan de separar de los protagonistas de ella, alcanzaron a oír las palabras cruzadas entre ellos y seguidamente oyeron el ruido del arma al chocar contra el cuerpo de la víctima".

Agrega la Sala que el primero en proferir ultrajes fue el occiso y que la contestación del victimario fue naturalmente posterior a la reacción colérica provocada por aquél; de manera que esta circunstancia de mayor peligrosidad no resulta de los datos del proceso.

No hay, pues, circunstancia probada que induzca a aumentar el mínimo de la sanción correspondiente al homicidio, de suerte que la de once años de presidio fue mal señalada por el Tribunal.

Pero entonces viene la acumulación jurídica del artículo 33 del código penal, ya que debían sancionarse los delitos de lesiones personales en los dos Jiménez, Isaac y Rosendo, y en Luis Acero.

Respecto de las lesiones, la Sala considera que no hay para qué repetir lo dicho sobre la herida o lesión de Isaac Jiménez en un dedo de la mano izquierda, pues ya se concluyó anteriormente que el jurado no excluyó la responsabilidad del procesado en cuanto a ella.

El juez tiene arbitrio para aumentar la sanción que merece el delito más grave hasta en otro tanto, teniendo presentes la gravedad y modalidades del hecho o hechos que motivan el aumento y las demás circunstancias indicadas en el artículo 36 del código penal para todas las infracciones. Mas no debe olvidarse que no se puede hacer una suma aritmética de penas simplemente, porque el responsable de varios delitos cometidos en un mismo espacio de tiempo revela ser más peligroso y debe ser sancionado con mayor severidad.

En el particular, no puede considerarse excesivo el aumento de sanción hecho en la sentencia.

Sobre estas consideraciones, estima la Corte que la pena que ha de sufrir el procesado es la de doce años de presidio, y no la de quince que señaló el Tribunal.

La causal primera debe, por lo tanto, prosperar.

Resolución. Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida en cuanto condena a Marco Tulio Hernández a la pena principal de quince años de presidio, y en su lugar lo condena a sufrir la de doce años de la misma pena. En lo demás se confirma, con la modificación de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas ha de durar el mismo término a que queda reducida la pena principal.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CUANDO HAY LEGITIMA DEFENSA

La legítima defensa es el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la agresión actual e injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral, obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción. Según la doctrina y la ley penal, la legítima defensa requiere, pues, estos elementos constitutivos: 1º que haya una violencia actual; 2º que la violencia sea injusta; 3º que ponga en peligro la persona, el honor o los bienes, y 4º que haya proporción entre el ataque y la defensa.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, once de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

VISTOS:

El Tribunal Superior de Manizales, en sentencia de 15 de septiembre de 1945, condenó a Andrés Avelino Aguirre B. a la pena principal de catorce meses y veinte días de presidio, como responsable de las lesiones personales causadas a Onardo y Guillermo Vanegas.

Contra esta sentencia interpuso casación el defensor del procesado Aguirre y ante la Corte sustentó el recurso un apoderado especial.

Hechos y actuación procesal

Los hechos de que trata este proceso ocurrieron el 24 de abril de 1944, un poco después de las cinco de la tarde, en la población de Riosucio, del Departamento de Caldas.

El señor Andrés Avelino Aguirre tenía un establecimiento de peluquería en un local de propiedad de la familia Vanegas, de la cual formaban parte los hermanos Onardo, Guillermo y Kenier. Pero resulta que Aguirre echó de menos una navaja de barba y al hacer las averiguaciones resultó que Kenier la había negociado con un señor Taborda. Resentidos los Vanegas por haber puesto en evidencia la falta de Kenier, le exigieron a Aguirre la entrega del local y, como éste no lo hiciera así por no ser aquéllos los arrendadores y por estar cumpliendo el contrato, le quitaron los servicios de luz y agua, que un inspector municipal le hizo restablecer.

Así las cosas y en la fecha indicada, estando Guillermo y Onardo Vanegas en la cantina de Rubén Mejía, se dieron a la tarea de proferir insultos contra Aguirre, mientras éste leía un periódico tranquilamente en su vecino establecimiento. Aguirre cerró su peluquería y resolvió retirarse para evitar algún incidente desagradable, pero al pasar por frente a la cantina Onardo lo agarró y le dio un golpe en la cabeza con un martillo, al tiempo que Guillermo acudía en ayuda de su hermano. Pero Aguirre, sacando una navaja que consigo llevaba, les causó a los Vanegas algunas heridas, no sin que también resultara lesionado.

Aguirre estuvo incapacitado para trabajar, por la lesión recibida en el parietal izquierdo, durante ocho días, pero no le quedaron consecuencias; Guillermo Vanegas sufrió cuatro pequeñas heridas, dos en los dedos de la mano izquierda, otra en la mejilla derecha y otra en el antebrazo izquierdo, que le produjeron seis días de incapacidad; y Onardo Vanegas también recibió cuatro heridas que lo mantuvieron incapacitado por quince días, a saber, una en la cabeza, otra en el parietal izquierdo, otra en la mano derecha y una última que partiendo de la mitad de la ceja fue a dar a la ventana izquierda de la nariz y le hizo perder el ojo del mismo lado.

El Juez Penal de Riosucio abrió causa criminal contra Aguirre por las lesiones causadas a los Vanegas, contra Onardo Vanegas por la que le ocasionó a Aguirre, y sobreseyó en favor de Guillermo Vanegas. El proveído en que tales cosas resolvió fue confirmado por el Tribunal Superior de Manizales.

Pero el Juez, al dictar sentencia, absolvió a Aguirre, considerando que había procedido en legítima defensa y condenó condicionalmente a Onardo Vanegas a dos meses de arresto; mas el Tribunal revocó la absolución de Aguirre y lo condenó a la pena de catorce meses y veinte días de

presidio y aumentó la de Vanegas a cuatro meses de arresto y multa de veinte pesos y revocó la suspensión de la condena.

Aguirre, como ya se dijo recurrió en casación.

Estudio del recurso

Contra el fallo del Tribunal invoca el recurrente, como causales de casación, la primera y la segunda del artículo 567 del código de procedimiento, que pasan a estudiarse en orden inverso, por el efecto sobre el fallo que habrá de proferirse.

CAUSAL SEGUNDA: **errada interpretación o apreciación de los hechos.**

Esta causal la invoca el demandante como consecuencia de la primera y por eso trae la discriminación y examen de los hechos al estudiar ésta.

Después de hacer un minucioso análisis de las pruebas procesales concluye que hubo legítima defensa en el procesado Aguirre, situación que desconoció la sentencia del Tribunal con evidente falta de lógica, porque después de admitir que había tenido que defenderse del ataque de los Vanegas, concluyó que los cargos del auto de proceder no habían sido desvirtuados en el curso de la causa y que las heridas habían sido producidas en riña y en estado de ira e intenso dolor.

Se considera:

La legítima defensa es el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la agresión actual e injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral, obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción.

Según la doctrina y la ley penal, la legítima defensa requiere estos elementos constitutivos: 1º que haya una violencia actual; 2º que la violencia sea injusta; 3º que ponga en peligro la persona, el honor o los bienes; y 4º que haya proporción entre el ataque y la defensa.

Pasa, pues, la Sala a estudiar las pruebas, no sin advertir que presenciales del último incidente no hubo sino dos sujetos, Gerardo Cruz y Bernardo Hoyos, y que se prescinde de las exposiciones de los protagonistas, porque o niegan lo sucedido, o lo relatan en forma favorable a sus intereses, o sea, dándose por injustamente atacados sin figurar como agresores.

Conviene recordar ahora los antecedentes que se dejaron anotados en la relación de los hechos porque llevan al incidente que ahora se estudia en un proceso lógico o armónico: que Aguirre ocupaba un local de la familia Vanegas; que los hermanos Guillermo y Onardo se disgustaron profundamente con aquél por haber puesto en evidencia la autoridad que el autor de la sustracción de la navaja de barba había sido Kenier Vanegas; que resueltos a hacerle abandonar el local, le quitaron los servicios de luz y agua; y que viendo el fracaso de su intento, resolvieron apelar a otras vías y el alcohol los precipitó a las agresiones verbales y de hecho contra el nombrado Aguirre.

Ya de los insultos y provocaciones que precedieron al incidente final, hablan los declarantes Gerardo Cruz y Rubén Mejía.

Dice Gerardo Cruz:

"Es cierto y verídico que ayer, como a eso de las cinco de la tarde, presencié que en la cantina del señor Rubén Mejía y que queda frente a mi establecimiento de sastrería, estaban tomando licor los hermanos Onardo y Guillermo Vanegas. A la vez que tomaban, lanzaban insultos contra el señor Aguirre, que estaba leyendo "La Patria" en su barbería que queda allí inmediata, contigua a la cantina en referencia. Las palabras que decían dichos Vanegas eran así: "Viejo hijueputa", en varias veces, "si saliera para matarlo que para eso tengo con qué pagarlo". Esto lo pude oír pues apenas está la calle de por medio y no hay mucho tránsito a esas horas". (f. 6).

Preguntado Rubén Mejía, el dueño de la cantina, si era cierto que los Vanegas ultrajaban a Aguirre con las expresiones de "viejo hijueputa", por varias veces, desafiándolo que saliera "para matarlo", afirmó que sí era cierto y que al principio había negado porque no estaba viendo a Aguirre, por hallarse dentro de su tienda y no saber para quién iban dirigidas esas palabras (f. 74).

En el término de pruebas de la causa explica que los Vanegas se dedicaron a tomar licor en su cantina y que luego principiaron a decir:

"Hoy sí sacamos de ese local, a ese viejo hijueputa y lo pagamos porque para eso tenemos plata, y ese es un infeliz que no tiene sino un raque (caballo, aclara la Corte). Estas provocaciones se alargaron y a pesar de ello no oí que el señor Aguirre, que tenía su establecimiento de peluquería a continuación de mi tienda, lanzara una sola palabra o voz de protesta ante tales frases". (f. 113 v.).

Del incidente final habla así el testigo Cruz:

"El señor Aguirre cerró su barbería como para evitar los hechos, pero al pasar por frente a la dicha cantina, el señor León Onardo u Onardo

Vanegas **salió de la cantina e inmediatamente encuelló al señor Aguirre para ponerle la máquina, como dicen. Así cogido empezó a darle con un martillo en la cabeza.** Aguirre pudo agacharse y zafársele y entonces sacó la barbera y empezó a defenderse, tirándole a los Vanegas, pues **Guillermo, cuando su hermano Onardo tenía cogido a Aguirre, se aventó de adentro también de dicha cantina a pelear con don Andrés.** Aguirre tiró con la barbera a ambos y ví cuando hirió a Onardo en la cara; sobre las heridas del otro no me dí cuenta... (f. 6 y subraya la Sala).

Lo mismo afirma en careo con los señores Vanegas y con Rubén Mejía (fls. 70 v. 72 y 74).

Bernardo Hoyos, agente viajero, que desconocía a los protagonistas y cuyo testimonio, por esa razón, tiene mucho valor, hace este relato:

"Ignoro los nombres de los sujetos que reñían, pero sí oí decir que el más viejo de los tres era peluquero. El más viejo, o sea el peluquero, pasaba por frente del hotel Miramar, **completamente tranquilo, por el andén, cuando salieron los otros dos sujetos,** que después supe eran hermanos, **y lo atacaron** con un martillo, pero no oí insultos de ninguno de ellos. El viejo peluquero cuando ya se vio atacado sacó una barbera para defenderse". (f. 88 y subraya la Sala).

Rubén Mejía viene a confirmar lo dicho por Cruz y por Hoyos en este particular, cuando afirma:

"Ví cuando al señor Aguirre, aquí presente hoy, **le salieron dichos señores Vanegas desde mi cantina**; y cuando yo salí ellos estaban en la calle: el señor Onardo luchaba con el señor Aguirre, presente, y Guillermo iba posiblemente a intervenir en dicha lucha, cuando yo lo retiré". (f. 59 y subraya la Sala).

Lo que refuerza el agente de policía José de Jesús Ríos cuando relata:

"Estando yo de servicio en el Comercio, ví que en la calle de Las Carnicerías, frente al hotel Miramar. **salieron dos individuos** como en actitud de lucha. Inmediatamente yo me trasladé a tal lugar y cuando hube llegado encontré al señor Andrés Aguirre con una barbera en la mano..." (f. 8).

De esta relación puede concluírse que sí existió la legítima defensa en el procesado, por haber sido víctima de un ataque injusto y repentino de parte de los Vanegas y por no haber empleado sino una defensa proporcionada a la agresión.

Que la violencia de los Vanegas fue injusta se deduce de la carencia de motivos para atacarlo. El resentimiento provino de que Aguirre hizo sabedora a la autoridad de la pérdida de su navaja de barba, actitud con la cual no sólo ejercitaba un derecho sino que cumplía con el deber de proteger sus bienes.

Y hubo un bien jurídicamente tutelado con un medio proporcionado a la agresión, como que un martillo puede ocasionar grave lesión corporal y aun la pérdida de la vida, lo que le hubiera ocurrido al señor Aguirre de no haber repelido el ataque; el primer golpe le fue dirigido a la cabeza y él, hombre de cincuenta y un años, se hallaba ante dos agresores en plena juventud, pues que ninguno alcanzaba a los treinta años.

El Tribunal en su sentencia no admite la legítima defensa, pero no da las razones que lo hubieran llevado a esa conclusión; por el contrario, el relato que de los hechos hace al principio de su fallo y al rechazar la defensa de que se viene hablando, indican que sí existió en Aguirre la imperiosa necesidad de reaccionar contra un ataque repentino, injusto y letal de parte de los tantas veces nombrados Vanegas.

Un solo argumento o razón de hecho podría traerse contra la tesis de la legítima defensa: que Aguirre pasó por frente de la cantina donde se hallaban los Vanegas profiriendo ultrajes contra su honor llevando consigo una navaja barbera, pues bien sabido es que no se defiende legítimamente quien acude en reto ante sus provocadores, quien busca la ocasión de que un lance o riña se produzca.

Pero fácil es contestar, que no se puede exigir la fuga para que la legitimidad de la defensa exista, ni resultaba de fácil previsión adivinar el ataque de los agresores al pasar Aguirre en actitud pacífica por la calle; si ella hubiera sido de reto, si se hubiera detenido en la puerta o hubiera contestado siquiera los ultrajes que le estaban dirigiendo quizás podría dudarse de que había provocado el ataque de que fue víctima. Pero, como desde el principio de este análisis se advirtió, dicho ataque no fue sino la culminación de un estado de cosas que venía de antes, en forma injusta para el procesado Aguirre, que ya había sido víctima de agravios de parte de los Vanegas.

Por otra parte, es obvio que una cosa es aceptar una pelea o buscar la ocasión de que se desarrolle, y otra muy distinta estar apercibido para el caso de que la agresión se presente. Con lo primero pierde la defensa una característica esencial para su legitimidad, como es la inminencia o lo inevitable del ataque; pero ningún precepto de

moral o de derecho prohibe estar listo para la propia tutela, es más, una elemental prudencia aconseja a quien teme peligros precaverse a tiempo y eficazmente contra ellos.

Siendo así, resulta inadmisible la riña imprevista que declaró el Tribunal, porque la riña y la legítima defensa se excluyen, como lo alega la Procuraduría y la Corte lo tiene admitido. La riña es un combate entre dos personas, un cambio recíproco de golpes efectuado con el propósito de causarse daño, de suerte que, como dice el Ministerio Público, ni hay riña sin intención de pelear, ni en esa pelea puede excluírse el propósito o intención dolosa de causar daño al contrincante.

En cambio, la legítima defensa, aunque implica también pelea, combate, uno de los contrincantes lucha por su derecho únicamente, cumple con un deber, obra de acuerdo con la ley al defender las condiciones esenciales de su existencia personal y, las de la sociedad a que pertenece.

Es más, la tesis del Tribunal, ante la situación concreta y de hecho del proceso, es contradictoria, porque de admitirse la riña, habría que considerarla en este caso como prevista.

Igualmente debe desecharse la ira o intenso dolor causado por grave o injusta provocación, porque en la legítima defensa se repele una agresión injusta y actual, esto es, en inminencia de realizarse o de seguir realizándose, al paso que la provocación a cuyo impulso se perpetra el delito, tiene que estar ya consumada. Según lo visto, Aguirre lesionó a los Vanegas, no para reaccionar contra las ofensas de palabra y de obra ya causadas, sino con el fin de repeler el ataque de que era víctima, que lo hubiera privado de su vida, de haberse proseguído.

Por tanto, debe prosperar la segunda causal de casación invocada.

Pero el hecho de prosperar la causal segunda excusa de estudiar la primera, también invocada, como que aquella sola lleva a la invalidación de la sentencia recurrida.

Resolución

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, INVALIDA la sentencia recurrida de que se viene hablando en cuanto condena a Andrés Avelino Aguirre B. por lesiones personales causadas a Guillermo y Onardo Vanegas, que se le imputaron en el auto de proceder, y en su lugar lo absuelve por esas mismas lesiones. Queda en firme la sentencia en lo que se refiere a la condenación de Onardo Vanegas, que no fue materia del recurso de casación. Decrétase el desembargo y entrega de los bienes del procesado Aguirre B.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M., Julio E. Argüello R., Srio.

VEREDICTO DEL JURADO

1.—Cuando se trata de examinar un veredicto no se emprende la tarea de sustituír al Jurado, ni de corregir el defecto que contenga o pueda contener la respuesta de éste, ni de criticarlo —si ha sido aceptado— ni de aplaudirlo, sino sencillamente de interpretarlo para acomodarlo justamente a la ley.

2.—Ha sido doctrina invariable de la Corte la de las condiciones que se exigen para que sea admisible la modalidad del artículo 28 del Código Penal: 1º ofensa; 2º, que ella sea grave; 3º, que sea injusta; 4º, que el agravio o insulto produzca en quien lo recibe una conmoción, un estado de ira o de dolor, y 5º, que el delito se ejecute precisamente como resultado de la acción de la víctima y del estado anímico del delincuente. Lo que quiere decir, que haya una relación de causalidad que vincule la obra del responsable a la injusticia y gravedad de la provocación. Estos requisitos surgen no sólo de la idea jurídica predominante del artículo 28, sino aún del sentido literal de su redacción. En un caso análogo al de autos se resolvió que la falta en el veredicto de las expresiones "por grave e injusta provocación" obligaba a no conceder para el delincuente la situación privilegiada descrita en aquella disposición penal.

3.—Tanto la adición al cuestionario como la deliberación del Jurado están autorizadas por el artículo 29 de la ley 4ª de 1943.

4.—Si contradictoria es la proposición que afirma y niega a un mismo tiempo, es claro que esa pugna o esa contradicción debe hallarse en los términos de ella, es decir, del veredicto en este caso, y no entre su texto y el sentido que le dieron los juzgadores, lo que apenas se llamaría disparidad del criterio, del parecer, del concepto de diversas personas.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio diez y siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

VISTOS:

El veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta, como a las nueve de la noche, Delio Benítez Ordóñez hirió de muerte —sirviéndose de un revólver— a Alfonso Montilla, en la población de Florencia, Municipio de Mercaderes, Circuito de El Bordo, Distrito Judicial de Popayán.

A consecuencia de la herida, el ofendido murió al día siguiente.

Entre agresor y agredido, ambos vecinos de Florencia y quienes se creían hermanos naturales, no hubo en la noche del veinticuatro de diciembre discusión alguna, ni aviso previo por parte de Benítez del acto que pensaba ejecutar, ni indicación que pusiera en guardia a Montilla. Sólo se sabe que el seis de marzo del mismo año (1940), Montilla, en una riña con Benítez, había herido a éste.

Consumado el hecho del veinticuatro de diciembre, Benítez abandonó el sitio del crimen, y ni al ser capturado ni después, en el curso de la averiguación, ni en otra etapa del proceso, confesó el delito, por el que, sin embargo, el Juez, fundándose en otra clase de pruebas legales, lo llamó a responder en juicio criminal, que terminó en segunda instancia con la sentencia de primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, del Tribunal Superior de Popayán, en la cual se condenó al mencionado Benítez a la sanción principal de diez años de presidio, en desarrollo del veredicto del Jurado, quien en la audiencia pública del quince de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, previa deliberación, contestó afirmativa y unánimemente las dos preguntas que le formuló el Juez, adicionando la respuesta dada a la segunda, en este sentido: "En estado de ira y de intenso dolor".

Las dos cuestiones—que el Juez del conocimiento había elaborado en auto de seis de junio de mil novecientos cuarenta y dos, dicen así:

"Primera cuestión.—Os halláis plenamente convencidos de que el acusado Delio Benítez Ordóñez ocasionó la muerte a Alfonso Montilla por medio de una herida producida con arma de fuego (revólver) que perforó el intestino grueso y el intestino delgado, acarreándole consecuencialmente una hemorragia interna y una peritonitis, herida esa de carácter simplemente mortal, hecho ese ocurrido el veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta, en la población de Florencia, Municipio de Mercaderes, Circuito de El Bordo, Distrito Judicial de Popayán?"

"Segunda cuestión.—El acusado Delio Benítez Ordóñez ejecutó el hecho a que se refiere la cuestión anterior con el propósito de matar a Alfonso Montilla, quien falleció al día siguiente de ser herido?"

Contra la sentencia ya mencionada interpusieron recurso de casación el procesado y su defensor, doctor Isaías Muñoz Acosta, quienes la han sustentado invocando las causales 1ª, 2ª, 3ª, 4ª y 7ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda

En la ordenada exposición que le han presentado a la Corte los recurrentes, se dan los argumentos correspondientes, que la Sala va a sintetizar así:

a) Hubo mala aplicación de la ley penal, porque se consideró como pertinente el artículo 362 del Código Penal, del cual se dedujo la sanción, en lugar del 28 del mismo Estatuto, que era el indicado, en atención a la parte aclarativa que el tribunal popular le introdujo a la segunda cuestión del pliego a él sometido (causal 1ª);

b) Se incurrió en error en la interpretación de un hecho, porque se estimó que entre Benítez y Montilla se había cancelado el anterior resentimiento que los mantenía alejados, como consecuencia de la disputa del seis de marzo de mil novecientos cuarenta, no siendo ello así, puesto que precisamente el fatal acontecimiento del veinticuatro de diciembre tuvo su remoto origen en el lance del seis de marzo (causal 2ª);

c) Existe desacuerdo entre el veredicto y la sentencia, porque el designio de los jueces de conciencia no fue otro que situar el caso de Benítez en el artículo 28 del Código Penal, al contestar que había cometido el delito en "estado de ira y de intenso dolor", y el sentenciador prescindió de esa respuesta, falló apartándose de ella, es decir, sancionó el delito de acuerdo simplemente con el artículo 362 del Código Penal (causal 3ª);

d) Se actuó sobre un juicio viciado de nulidad, porque "el haberse permitido la adición al cuestionario y la deliberación de los jurados indica la presencia de dos procedimientos distintos" (causal 4ª); y

e) Resulta contradictorio el veredicto, porque si a juicio del Tribunal Superior de Popayán la frase aditiva "sólo quiere decir que se tiene en cuenta una circunstancia de menor peligrosidad", ese criterio está en contradicción con el pensamiento del Jurado cuya voluntad fue dar a entender que el delito se cometió en el caso que describe el artículo 28 del Código Penal (causal 7ª).

El concepto fiscal

El señor Procurador Delegado en lo Penal analiza una por una las causales invocadas, principiando por la 2ª. Pero opina que ninguna de las razones que se han traído al debate tiene capacidad jurídica suficiente para conseguir la invalidación del fallo materia del recurso.

EXAMEN DE LOS ARGUMENTOS DEL DEMANDANTE

CAUSAL 3ª: Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado

Se principia por estudiar esta causal, porque en ella hacen mayor hincapié los demandantes y porque parece que es ésta la más importante de las alegadas, desde luego que la crítica al fallo casi que gira exclusivamente acerca de haberse desconocido una situación jurídica que en sentir de los recurrentes el Jurado afirmó, lo que equivale —según ellos— a haber dictado la decisión de derecho en desacuerdo con la determinación de los jueces de conciencia.

Cuando se trata de examinar un veredicto no se emprende la tarea de sustituír al Jurado, ni de corregir el defecto que contenga o pueda contener la respuesta de éste, ni de criticarlo —si ha sido aceptado—, ni de aplaudirlo, sino sencillamente de interpretarlo para acomodarlo justamente a la ley.

¿Y, puede asegurarse que el emitido en las audiencias en que se ventiló la responsabilidad de Delio Benítez Ordóñez por la muerte causada a Alfonso Montilla se interpretó mal en la sentencia del Tribunal Superior de Popayán? Es esta la cuestión que debe resolverse al estudiar la causal 3ª que ha sido expresa y concretamente citada y sustentada en la demanda.

Dicen los recurrentes que la defensa solicitó que se contestara a la segunda pregunta del cuestionario aclarando que Benítez había cometido el delito en estado de ira y de intenso dolor, y que al Jurado se le explicó que al consentir en los términos de la fórmula presentada por la defensa, el procesado sería sancionado de acuerdo con el artículo 28 del Código Penal. Luego —concluyen— si aquél aceptó la petición del defensor al decidir que Benítez había delinquido "en estado de ira y de intenso dolor", inequívocamente indicó su determinación de circunscribir el hecho dentro de los precisos términos del artículo 28.

De resultar esto confirmado, posiblemente la Sala se vería precisada a reconocer el valor del raciocinio. Pero la verdad es que en el acta de las audiencias públicas no aparece que la defensa le hubiera dado aquella explicación al Jurado. Y era en esa acta en donde tenía que haberse registrado —puesto que ella recoge los incidentes del debate oral— un detalle de tanta trascendencia como aquel a que se alude en el escrito de demanda. Debía estar en aquélla (el acta) y no solamente en ésta (la demanda), para poder admitir lo que sostienen los recurrentes, porque el acta de audiencias es la atestación de un funcionario público, que presta mayor fe que el dicho de un interesado en el proceso, por más que éste merezca entero crédito, como a la Sala le merecen las palabras del señor defensor, quien pudo hacer ampliar dicha acta, reclamando en tiempo de haber suprimido parte muy significativa de la exposición del mismo.

No es temerario suponer que el Jurado no hubiera logrado concretarse cuidadosamente a un solo tema, y que por haber dispersado su atención en el estudio de las varias proposiciones que fueron puestas a su consideración, hubiera sido deficiente al resolver la segunda cuestión. Porque fueron tres los temas que la defensa le presentó para que se decidiera por cualquiera de ellos: 1º negativa de responsabilidad; 2º ira y dolor como determinantes del delito; y 3º homicidio preterintencional.

Resulta sí explicable la conducta del Jurado Porque cuando la defensa dirige todo su esfuerzo, todo el poder de convicción de su oratoria, todo el análisis jurídico a un solo punto, a una sola mira, es más fácil ilustrar al jurado sobre lo que se pide que cuando se le ofrecen varios caminos, diversas soluciones cuyos fundamentos no alcanzan posiblemente a tratarse y desarrollarse con esa precisión, con esa exactitud necesaria para que quien vá a dar su veredicto logre formarse un firme criterio y conteste con seguridad y claramente.

La Procuraduría, al referirse al fundamento de los recurrentes a propósito de esta causal, recuerda la invariable doctrina de la Corte acerca de las condiciones que se exigen para que sea admisible la modalidad del artículo 28 del Código Penal: 1º ofensa; 2º que ella sea grave; 3º que sea injusta; 4º que el agravio o insulto produzca en quien lo recibe una conmoción, un estado de ira o de dolor; y 5º que el delito se ejecute precisamente como resultado de la acción de la víctima y del estado anímico del delincuente. Lo que quiere decir, que haya una relación de causalidad que vincule la obra del responsable a la injusticia y gravedad de la provocación.

Estos requisitos surgen no sólo de la idea jurídica predominante del artículo 28, sino aun del sentido literal de su redacción; y precisamente en un caso análogo al actual (el de Luis Ricardo Plata), fallado aquí el diez y seis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, se resolvió que la falta en el veredicto de las expresiones "por grave e injusta provocación" obligaba a no conceder para el delincuente la situación privilegiada descrita en aquella disposición penal.

Porque —valga decir aquí lo que en aquella oportunidad se dijo— si el Jurado se quedó corto en su decisión, si es trunco el veredicto, como lo dan a entender los recurrentes, ese vacío no lo podía llenar el Tribunal ni a la Sala le corresponde hacerlo, no sólo por la naturaleza y limitaciones del recurso extraordinario que ante ella se ejercita, sino porque su criterio, que es de confrontación del fallo ante la ley, en nada se asemeja al del Jurado, cuya función consiste en estudiar el hecho ante su conciencia.

El Jurado, también en este caso como en el de Luis Ricardo Plata, calló no sólo lo concerniente al incentivo, al móvil con que procedió Delio Benítez Ordóñez, sino que guardó el mismo silencio con respecto al tipo o categoría de provocación. En otras palabras: se especificó el estado de

ánimo del agresor, pero no se dijo qué había dado lugar a él y en qué proporciones o medida. Lo cual significa que al problema se le sustrajo uno de sus términos, y el fenómeno jurídico que plantea el artículo 28 quedó desintegrado.

Fue en estado de ira (locura breve, emoción dinámica, que cuando se manifiesta tardíamente es la típica expresión de la venganza), como Delio Benítez le dio muerte a Alfonso Montilla. Fue en estado de intenso dolor (emoción adinámica de desenvolvimiento lento), como Delio Benítez Ordóñez mató a Alfonso Montilla.

Así lo dejaron consignado los jueces de conciencia que actuaron en la etapa final de este proceso. ¿Pero por qué? ¿Quién provocó esa ira o ese dolor intenso y de qué grado fue esa provocación? En el expediente se encuentra este diálogo entre Delio Benítez y Montilla, a continuación de haber herido el primero al segundo en la noche del veinticuatro de diciembre de mil novecientos cuarenta:

Alfonso Montilla: "...lo he hecho llamar, hermano, para que nos perdonemos; si me mejoro seguimos trabajando juntos".

Delio Benítez: "Muy bien, ¿y cómo te sientes; ya has arreglado cura?".

Alfonso Montilla: "Anoche vino el doctor pero yo no sé si habrán arreglado cura".

Delio Benítez: "Yo voy a pedir permiso para arreglar un peón para mandar a San Pablo a traer el doctor y yo arreglarte la cura, y toma estos dos pesos por ahora que te pueden servir para cualquier cosa".

Alfonso Montilla: "Gracias, hermano, yo no pido nada contra usted".

Delio Benítez: "Y estás muy malo, mostráme la herida... parece que no estás muy grave. Ya ves que cuando tú me heriste lo mismo decían que me iba a morir y sin embargo no me pasó nada; en el hospital lo tratan muy bien a uno; cuando me tiraste esa cuchillada cuánto que sufrí".

Alfonso Montilla: "Como usted ya me estaba ahorcando yo tenía que defenderme". (Declaración de José Rafael Gómez, Agente de la Policía Nacional, folios 18 a 19 v. del cuaderno Nº 1º).

Salvada la posibilidad de duda que entra en todo cálculo cuando se trata de averiguar el pensamiento humano, puede asegurarse que para el Jurado lo que galvanizó el ánimo de Delio Benítez y lo mantuvo tenso, en actitud de insomne represalia durante nueve meses y diez y ocho días, fue la riña sucedida entre éste y Alfonso Montilla el seis de marzo de mil novecientos cuarenta. De otra manera, su respuesta habría carecido de sentido y de lógica, pues la ira siempre tiene una causa, salvo que se trate del iracundo espontáneo, temperamental, individuo que entra ya en el cuadro de los anómalos, lo que no puede predicarse de Delio Benítez, en quien los médicos legistas no encontraron signo revelador de ninguna psicopatía (folios 100, cuaderno 1º).

Y así, ese veredicto traduce, no puede traducir sino lo siguiente: hubo un determinante psíquico en la acción delictuosa de Benítez, pero el motivo que lo originó ni fue injusto ni fue grave.

Dicho de otro modo: el Jurado no intentó llegar más allá de lo que consideró equitativo, y por eso no quiso aprobar —con una contestación más explícita— la tesis de que la riña del seis de marzo de mil novecientos cuarenta, en la que hubo cambio de golpes, sin saberse quién la promovió, podía tomarse como una provocación injusta y grave por parte de uno de los combatientes que ni siquera la adujo como excusa del delito cometido nueve meses después de aquella disputa.

Como corolario de lo expuesto, si la Sala se aviniera a darle al veredicto una interpretación distinta de la que figura en la sentencia recurrida, supliría al jurado en forma aventurada e ilegal.

No prospera, por lo tanto, la causal 3ª.

Causal 4ª—Nulidad del juicio

Recuérdese que la razón que suministran los recurrentes para demostrar que en el juicio de Delio Benítez Ordóñez se siguieron dos procedimientos, es ésta: "haberse permitido la adición al cuestionario y la deliberación de los jurados".

Una y otra cosa están autorizadas en el artículo 29 de la Ley 4ª de 1943, vigente cuando se celebró la audiencia pública. Dice esa disposición:

"Los Jurados deberán contestar cada uno de los siguientes cuestionarios con un 'SI' o un 'NO'; pero si juzgaren que el hecho se ha cometido con circunstancias diversas a las expresadas en el respectivo cuestionario, podrán expresarlo así brevemente en la contestación.

"Parágrafo. Restablécese la deliberación colectiva del Jurado cuyas conclusiones se tomarán en privado por mayoría de votos".

De consiguiente, no hubo por ello mixtura o involucración de dos procedimientos: el de la ley 94 de 1938 y el de la ley 4ª de 1943. Lo que sí ocurrió, pero ello no se ha alegado ahora, ni en las instancias, fue que el cuestionario se elaboró de acuerdo con el C. de Procedimiento P. puesto que aún no había sido modificado el artículo respectivo (498) por la ley 4ª de 1943, es decir, que en vez de una sola pregunta —como lo preceptúa el artículo 28 de la ley 4ª— que contuviera la cuestión material y la responsabilidad, se hicieron dos, separando esos dos elementos, como lo exigía el artículo 498 de la ley 94 de 1938. Pero esto —que más bien facilitó la decisión del Jurado—, si constituye una irregularidad no implica invalidez de la actuación. Así lo entiende también el señor Procurador Delegado en lo Penal, cuando dice:

"Es evidente que esto implica una irregularidad procedimental, porque el cuestionario debió redactarse conforme a lo ordenado por el artículo 28 de la citada Ley 4ª, y no de acuerdo con el Código de Procedimiento.

"Pero como sobre tal anomalía no se hizo el menor reclamo por ninguna de las partes, resulta extemporáneo en casación discutir ese tema, si se tiene en cuenta la siguiente jurisprudencia de la H. Corte:

'La nulidad no puede decretarse sino cuando ella es alegada previamente en las instancias; bien por el reconocimiento explícito que haga el fallador, o ya también, por la invocación que de ella haga el procesado o el defensor. Pero finalizado el proceso en virtud de sentencia definitiva, sin que las partes hubieran alegado en la debida oportunidad la existencia de esa nulidad, o la que se deduce del principio constitucional, de que en materia criminal se aplica la ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior, de preferencia a la restrictiva o desfavorable, la Corte —en casación— no podría declarar la existencia de esa nulidad, porque ello equivaldría a dar vida a procesos ya terminados". (Casación de Israel Henao Montes, por homicidio)".

En consecuencia, no prospera la causal 4ª.

Causal 7ª—Veredicto contradictorio

Dicen los demandantes:

"Si a juicio del Tribunal Superior de Popayán la frase escrita por los Jurados en la contestación del veredicto: "Sí en estado de ira y de intenso dolor" sólo quiere decir que se tiene en cuenta una circunstancia de menor peligrosidad, pero si el pensamiento del Jurado fue otro el de aceptar una modalidad, el artículo 28 del C. Penal, pensamiento consignado en el acta firmada por los jurados, resulta que el veredicto es entonces contradictorio porque uno fue el pensamiento del jurado y otro la fórmula que se aceptó para consignar ese pensamiento.

"Si el pensamiento del Jurado quedó equivocado al escribir la fórmula de respuesta, quiere decir que el veredicto es contradictorio y en ese caso, procede la causal séptima de casación".

De impertinente califica la Procuraduría la base presentada para sustentar esta causal.

Si contradictoria es la proposición que afirma y niega a un mismo tiempo, es claro que esa pugna, esa contradicción debe hallarse en los términos de ella, es decir, del veredicto en este caso, y no entre su texto y el sentido que le dieron los juzgadores, lo que apenas se llamaría disparidad del criterio, del parecer, del concepto de diversas personas.

Carece, por lo tanto, de todo fundamento la causal 7ª.

Causales 2ª y 1ª—Error en la interpretación de un hecho e indebida aplicación de la ley penal.

Ninguna de las dos puede aceptarse. La primera, porque el fundamento que con respecto de ella se ofrece es el mismo de que los recurrentes se sirvieron para respaldar la causal 3ª; y la segunda, porque es inoperante, como repetidamente se ha dicho, en los juicios en que ha intervenido el Jurado.

DECISION

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia de primero de octubre del año próximo pasado, del Tribunal Superior de Popayán, en la cual se condenó —como homicida— a Delio Benítez Ordóñez a la sansación principal de diez años de presidio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

HURTO DE GANADO MAYOR

1.—El ordinal 7º del artículo 398 del Código Penal no se refiere al hurto de varios semovientes, sino a que el delito recaiga SOBRE determinada especie de los mismos.

2.—En el artículo 17 de la ley 4ª de 1913 se contempla el caso de simple alteración, desfiguración o suplantación de las marcas de los ganados, con el propósito de apropiárselos, pero sin que se haya realizado la apropiación. Se describe aquí algo parecido a una tentativa de delito. Pero si el hecho está consumado ya y para entorpecer la acción de la justicia o para fines de conveniencia del infractor éste ejecuta actos encaminados a alterar la marca que el animal tenía, entonces este último hecho tendrá el valor de prueba del delito, pero no lo configurará en su esencia.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

En la demanda presentada por el doctor Rafael Martínez Sarmiento —defensor del procesado Pedro Zárate Barrios— para sustentar el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, fechada el veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en la cual se condenó al mencionado Zárate Barrios, como autor del delito de hurto (abigeato) a la sanción principal de cinco años de prisión, vienen alegadas las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Y aun cuando no es posible —sin caer en hipérbole benévola— calificar esa demanda de modelo en su género, tampoco hay que desconocer que ella ofrece alguna base y materia para entrar en el estudio que a la Sala de Casación le corresponde.

Pero antes de intentarlo parece conveniente hacer el resumen del hecho contenido en el proceso, que es como sigue:

a) El doctor José C. Castillo Blanco denunció el quince de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro ante el Juez 75 de investigación criminal en Guacamayal la sustracción de un novillo que pastaba en un potrero situado en dicha región;

b) Tal semoviente, que fue reconocido como de propiedad del denunciante y que se avaluó en la cantidad de $ 25.00, apareció en poder del señor Felipe Jiménez, quien dijo habérselo comprado a Pedro Zárate Barrios en la suma de $ 23.00, de los cuales le entregó $ 11.00 el diez y siete de febrero de 1944, y los $ 12.00 restantes el 25 del mismo mes, día en que recibió el novillo;

c) Pedro Zárate Barrios convino en esa relación, pero manifestó que él, a su turno, lo había adquirido en virtud de compra hecha a Félix Torrijos por la cantidad de $ 15.00, el 24 de febrero de 1944;

d) Félix Torrijos negó rotundamente esa afirmación, que por otros medios tampoco se logró comprobar, y el Juzgado 2º Penal del Circuito de Santa Marta (auto de 11 de mayo de 1944) llamó a responder en juicio criminal, por el delito de hurto a Pedro Zárate Barrios, con la aceptación del Tribunal. Por esa infracción fue condenado en una y otra instancia, habiéndosele deducido en la segunda, como circunstancia de mayor peligrosidad "el hecho de tener antecedentes judiciales, comoquiera que se trata de un sujeto que es reincidente en esta índole de delitos".

Fundamentos de las causales invocadas

Respecto de la 1ª dá el recurrente las siguientes razones: a) que como el numeral 7º del artículo 398 del Código Penal habla de "cabezas de ganado" (en plural) y no de una solamente, que es el caso de su defendido, tal numeral que el Tribunal tuvo en cuenta para agravar la sanción era inaplicable y, por lo mismo, se violó la ley penal; y b) que igualmente se violó la ley penal al aplicar el artículo 17 de la Ley 4ª de 1943 y al pres-

cindirse del artículo 19 de la misma, según el cual no se puede imponer una sanción mayor de dos años de prisión por hurto de ganados.

La segunda causal se sustenta —en términos generales— arguyendo que hubo errada apreciación en el fallo al computar circunstancias de mayor peligrosidad inexistentes y al valorar una reincidencia no establecida legalmente.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal encuentra fundada la causal 2ª, y de ahí que pida que se invalide parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta y se condene al procesado a la sanción principal de ocho meses de prisión, que, a su juicio, es la que merece el infractor Pedro Zárate Barrios.

Para llegar a esta conclusión, el Jefe del Ministerio Público en el ramo penal estudia el problema de la manera como va a verse en lo que a continuación se transcribe:

"En el presente caso, el apoderamiento o sustracción del semoviente se realizó, según plena demostración que suministra el proceso.

"Sobre la aplicación de la pena en término superior al mínimo, dijo el Tribunal: "Revelan, en él (el acusado) mayor peligrosidad, el hecho de tener antecedentes judiciales, comoquiera que se trata de un sujeto que es reincidente en esta índole de delitos".

"El fundamento de esta consideración se encuentra en el certificado visible a folios 18 v. del expediente, procedente de la Alcaldía Municipal de Aracataca, en el cual se habla de dos sumarios iniciados en esa Alcaldía contra Zárate Barrios por delitos de abigeato, los cuales fueron remitidos al Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta; y en lo que dicen relación al oficio 165 del Comandante de la Sección de Policía Nacional de Sevilla, acerca de "que por la calidad de maleante que tiene este ciudadano, rodeado de pésimos antecedentes, sería conveniente se hiciera fichar debidamente en la Oficina de Identificación de Santa Marta".

"No se encuentra en el expediente ninguna otra constancia acerca de los antecedentes del procesado.

"Ahora bien: el hecho de estar sumariado o encausado un individuo no demuestra necesariamen su mala conducta: el sumario puede terminar por sobreseimiento definitivo, o la causa clausurarse con sentencia absolutoria, donde se reconozca la inocencia del acusado en virtud de las nuevas pruebas traídas durante el plenario. Lo que propiamente sirve de índice para computar la mala conducta, y así lo ha resuelto la H. Corte, son las condenaciones anteriores sufridas por el reo y que no alcanzan a constituír reincidencia.

"Sobre el particular es muy claro el artículo 37 —numeral 2º— del Código Penal.

"En cuanto a la reincidencia es esencial para capitalizarla, que exista un fallo ejecutoriado, una condena que bien puede no haberse cumplido, y que la persona condenada haya delinquido dentro de los diez años siguientes a tal sentencia (artículo 34 C. P.).

"Los sumarios iniciados ante la Alcaldía de Aracataca no han sido fallados. Por tanto, de ahí no se puede deducir que en el procesado concurran "antecedentes judiciales", ni mucho menos que sea un reincidente en el sentido jurídico del vocablo.

"Además, no debe olvidarse que esos antecedentes judiciales del acusado sirvieron primordialmente a los juzgadores de instancia para imputarle el delito de hurto aquí investigado, o sea para deducirle la responsabilidad que le corresponde como autor de tal hecho.

"Luego ese mismo factor no puede tenerse otra vez en cuenta para agravarle la pena, porque entonces se rompe la equidad y se viola el principio **non bis in idem.**

"...En tal virtud, no existiendo circunstancias de mayor peligrosidad en contra del acusado, ni estando demostrados los otros elementos que señala el artículo 36 del Código Penal para la individualización de la pena, ésta debió adaptarse en su mínimo".

Y termina el señor Procurador Delegado en lo Penal con esta indicación:

"Con relación a la pena que le corresponde al procesado, la Procuraduría observa que las disposiciones legales aplicables aquí son el artículo 1º de la Ley 4ª de 1943 y el ordinal 7º del artículo 398 del C. P., en el mínimo.

"La primera fija una sanción de seis meses a 6 años de prisión. Y la segunda ordena aumentarla "hasta en la mitad".

"Este Despacho insinúa que tal aumento sea de una tercera parte, lo que da un total de ocho meses de prisión adaptables" (sic) al acusado".

SE CONSIDERA

CAUSAL 1ª.—Indebida aplicación de la ley penal

Los argumentos que el demandante presenta a

la Sala para sustentar esta causal, en los precisos términos en que él lo hace, no tienen la menor fuerza legal. En efecto, como lo dice la Procuraduría, el ordinal 7º del artículo 398 del Código Penal contempla uno de aquellos casos en que la sanción establecida para el hurto se aumenta hasta en la mitad. Este se refiere al hurto "sobre cabezas de ganado mayor, o de ganado menor que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas". Así lo dice textualmente la disposición. En consecuencia, el error es del demandante y no del juzgador, pues al suponer aquél que la agravación o el aumento sólo se cumple cuando se sustraen o hurtan varios semovientes y no cuando se trata de uno solo, está interpretando el artículo en una forma completamente personal y equivocadamente. Porque el ordinal no se refiere al hurto de varios semovientes, sino a que el delito recaiga sobre determinada especie de los mismos.

Para refutar los otros dos argumentos es suficiente decir que el Tribunal no aplicó el artículo 17 de la Ley 4ª de 1943, y que si se abstuvo de aplicar el 19 de la misma ley, fue por la sencilla razón de que ese artículo no era pertinente.

Tales disposiciones dicen, en su orden:

"El que altere, desfigure o suplante alguna o algunas de las marcas que acreditan la propiedad de los ganados, o marque aquéllos que no le pertenecen, con el propósito de apropiárselos sin el consentimiento de sus dueños incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años, sin que haya lugar a excarcelación". (Artículo 17).

"El que se apropie de ganados cuya marca o señal estuviere registrada y que pacen en campos o terrenos no delimitados o baldíos, incurrirá en prisión de seis (6) meses a dos (2) años". (Artículo 19).

En la primera disposición transcrita se contempla el caso de simple alteración, desfiguración o suplantación de las marcas de los ganados, con el propósito de apropiárselos, pero sin que se haya realizado la apropiación. Se describe aquí algo parecido a una tentativa de delito. Pero si el hecho está consumado ya y para entorpecer la acción de la justicia o para fines de conveniencia del infractor éste ejecuta actos encaminados a alterar la marca que el animal tenía, entonces este último hecho —al que apenas aludieron los juzgadores— tendrá el valor de prueba del delito, pero no lo configurará en su esencia.

En cuanto a la otra disposición, bien claro se ve que ahí se plantea una ocurrencia distinta, es decir, la apropiación de ganados que se encuentren en baldíos o terrenos no delimitados. Y si se justifica la benigna sanción que ese artículo fija, quizás sea atendiendo a la posible creencia del infractor de que se trataba de bienes abandonados o sin dueño (**res derelictae o res nullius**). Lo que precisamente no puede afirmarse del hecho cometido por Pedro Zárate.

Son, pues, inaceptables los argumentos relativos a la causal 1ª.

CAUSAL 2ª.—Errada apreciación de antecedentes judiciales

Es evidente el fundamento de esta causal. Y si la Sala no entra a explicar por qué considera fundada dicha causal, es porque su colaborador Fiscal ya lo ha hecho en forma breve, pero no por ello incompleta.

El error del Tribunal al concederle capacidad a una información sobre antecedentes judiciales del procesado, es indiscutible.

En el proceso solamente se hallan los siguientes datos:

1º La certificación del Secretario de la Alcaldía Municipal de Aracataca, en la que se informa que el 11 de abril de 1939 se inició un sumario contra Pedro Barrios Zárate (sic) por el delito de hurto de ganado mayor; y que el 23 de enero de 1941 se inició otro sumario por delito análogo contra el mismo sindicado, ninguno de los cuales (sumario) ha sido aún calificado; (folios 18 v. Cuaderno 1º).

2º Un oficio dirigido por un empleado de la Policía Nacional al Juez 75 de Instrucción Criminal en el qué se afirma que Pedro Zárate Barrios tiene la "calidad de maleante" y que "está rodeado de pésimos antecedentes". (Folio 26, Cuaderno 1º).

De manera que las observaciones que formula la Procuraduría son acertadas, pues sobre esos datos incompletos y que aún podrían ser destruídos o modificados, no era jurídico afianzarse para dar por establecidas circunstancias de mayor peligrosidad no probadas legalmente y menos aún para considerar una reicindencia, sin existir la constancia de una anterior condenación.

Prospera, por lo tanto, la causal 2ª y debe invalidarse parcialmente la sentencia recurrida, fijando la sanción que indica el señor Agente del Ministerio Público.

Decisión

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,

Resuelve:

1º INVALIDASE la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, de veintiséis de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en cuanto le impone a Pedro Zárate Barrios la pena de cinco años de prisión.

2º CONDENASE al mismo procesado Pedro Zárate Barrios, por el delito de hurto que se le imputó, a ocho meses de prisión, la cual se declara cumplida; y

3º Quedan en firme las sanciones accesorias de que trata el fallo del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Santa Marta, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el término de ocho meses.

Como no hay constancia de que Pedro Zárate Barrios ha estado en prisión preventiva durante dos años, dos meses y veintidós días, debe darse orden telegráfica para que sea puesto en libertad por pena cumplida.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

ABUSO DE AUTORIDAD

Si es verdad que la ley previene que cuando se dejen de cumplir las condiciones impuestas al conceder el beneficio de la libertad no podrá concedérsele nuevamente dicha gracia al procesado, eso no quiere decir que el Juez no tenga que dictar las providencias u órdenes escritas respectivas, porque la misión de los funcionarios de la rama jurisdiccional es precisamente la de aplicar los preceptos legales a los casos concretos por medio de resoluciones o actos escritos, que son su expresión natural y lógica. Los jueces, según el Código Penal, no pueden omitir, rehusar o retardar la ejecución de los actos a que legalmente están obligados, sin incurrir en delito, y es claro que entre esos actos deben entenderse, por lo expuesto, toda clase de autos, sentencias u órdenes propias de los trámites procesales. (Artículos 387, 404 C. de P. P.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pereira sobreseyó definitivamente en favor del doctor Nicomedes Hincapié Mejía por el delito de detención arbitraria de que lo acusó Antonio Jesús Ospina y consulta con la Corte su providencia.

Del proceso resulta demostrado:

1º El doctor Hincapié Mejía desempeñaba el cargo de Juez Superior de Pereira en la época en que se realizaron los hechos que sirvieron de base al denunciante para su acusación.

2º En su despacho se adelantó un proceso contra Antonio Jesús Ospina por el delito de homicidio.

3º Al mentado Ospina se le había concedido el beneficio de la libertad provisional, con la condición de no ausentarse de Balboa, lugar fijado como residencia, sin dar aviso a la autoridad, so pena de pagar una multa de veinte pesos y de perder la gracia.

4º Pero no cumplió Ospina su promesa y se trasladó al Corregimiento de El Aguila, en el Valle del Cauca.

5º El Alcalde de Balboa ordenó la captura de Ospina al Alcalde de Ansermanuevo (Valle), quien la llevó a cabo por medio del Inspector de Policía del Corregimiento de El Aguila, el 18 de diciembre de 1944.

6º La Alcaldía de Pereira mantuvo detenido por su cuenta al señor Ospina hasta el 23 de enero de 1945, día en que lo puso a órdenes del Juzgado Superior de Pereira, pues éste se hallaba cerrado por las vacaciones judiciales reglamentarias de fin de año.

7º El Juzgado, al recibir a Ospina como detenido, no revocó el auto por medio del cual se le había concedido libertad provisional.

8º Solamente el 29 de enero expidió el Juzgado, para el alcaide de la cárcel, la boleta de encarcelación.

9º Tampoco resolvió por medio de providencia especial la solicitud de libertad que hizo el procesado el 3 de febrero del mismo año pasado.

10º El juicio siguió su curso y así, se celebró la audiencia pública el 13 de febrero y se dictó sentencia el 16. Y como el condenado había cumplido en detención preventiva la pena de seis meses de reclusión que se le impuso, fue puesto en libertad el 17 del mismo mes de febrero.

Se considera:

Dice la Procuraduría y la Corte lo admite que el Juez acusado no cometió el delito de detención arbitraria, no solamente porque no fue él quien ordenó la privación de la libertad del denunciante Ospina, sino porque, en la hipótesis de haber prolongado dicha detención, no lo hizo **indebidamente**, ya que está plenamente demostrado que Ospina había dejado de cumplir una de las condiciones para gozar de la gracia que se le había concedido. Según el artículo 404 del código de procedimiento penal, cuando el procesado violare alguna de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución, se revocará la excarcelación,

se le detendrá nuevamente y no podrá otorgársele de nuevo en el mismo asunto.

Pero la Procuraduría alega que si el Juez no cometió el delito de detención arbitraria, sí realizó el de abuso de autoridad, porque no dictó la providencia revocatoria del beneficio de libertad provisional, ni libró la boleta de encarcelación dentro del término de doce horas que señala el artículo 387 del código de procedimiento, ni resolvió oportunamente la nueva petición de libertad que el procesado le hizo el 3 de febrero. La boleta, como ya se dijo, la expidió el 29 de enero y no definió la situación del señor Ospina hasta en la sentencia, que dictó el 16 de febrero.

La opinión de la Procuraduría debe aceptarse, porque el artículo 404 del código de procedimiento dice que "cuando el procesado violare alguna de las obligaciones contraídas en la diligencia de caución, **se revocará** la excarcelación y se le detendrá nuevamente"; el 387 del mismo código prescribe que "verificada la captura del procesado y si fuere el caso de detenerlo, el funcionario instructor dará por escrito, dentro de las doce horas siguientes, al alcaide o jefe de lá respectiva cárcel, la orden correspondiente para que sea detenido en dicho establecimiento..."; y, por último, el 396 señala un término de 48 horas para resolver una solicitud de libertad provisional, prorrogable solamente "cuando hubiere necesidad de allegar pruebas para saber si la infracción está comprendida entre las que admiten excarcelación".

Es cierto que la ley previene que cuando se dejen de cumplir las condiciones impuestas al conceder el beneficio de la libertad, no podrá concedérsele nuevamente dicha gracia al procesado. Pero eso no quiere decir que el Juez no tenga que dictar las providencias u órdenes escritas respectivas, porque la misión de los funcionarios de la rama jurisdiccional es precisamente la de aplicar los preceptos legales a los casos concretos por medio de resoluciones o actos escritos, que son su expresión natural y lógica. Los jueces, según el código penal, no pueden omitir, rehusar o retardar la ejecución de los actos a que legalmente están obligados, sin incurrir en delito, y es claro que entre esos actos deben entenderse, por lo expuesto, toda clase de autos, sentencias u órdenes propias de los trámites procesales.

Estando demostrado, como lo está, que el Juez acusado no revocó el beneficio de la excarcelación, ni libró la boleta de encarcelación en tiempo oportuno, ni resolvió oportunamente la situación del procesado en cuanto a su libertad, como se lo pidió, forzoso es concluír que violó la ley penal.

Por tanto, llenados los requisitos del artículo 429 del código de procedimiento penal, es el caso de llamarlo a juicio.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con la solicitud del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, REVOCA el sobreseimiento definitivo consultado y en su lugar llama a responder en juicio criminal al doctor Nicomedes Hincapié Mejía, por alguno de los ilícitos de que trata el capítulo VI, del título III, del libro segundo, del código penal, que se intitula "de los abusos de autoridad y otras infracciones".

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

CAUSAL 2ª DE CASACION.—SEVICIA.—SU CONFUSION, EN VECES, CON LA MAYOR INSENSIBILIDAD MORAL DEL DELINCUENTE

1.—La causal segunda no puede prosperar en el presente caso por tratarse de un juicio en que intervino el Jurado y la Corte tiene resuelto que en esta clase de procesos no tiene cabida la citada causal, por haber sido excluída la notoria injusticia del veredicto o contraevidencia de éste con los hechos como motivo de casación en el nuevo Código de Procedimiento y ser impropio de la naturaleza de este recurso extraordinario.

2.—En cuanto a la sevicia ha dicho la Corte que en ocasiones se confunde con la mayor insensibilidad moral del delincuente demostrada por el modo de ejecución del hecho cuando, por ejemplo, el victimario se complace en prolongar con la repetición de las lesiones el sufrimiento de la víctima. Pero esto no sucede siempre y el código distingue entre la sevicia y el hecho de poner en condiciones de indefensión o inferioridad personal al ofendido o el de aprovecharse de las mismas. (Artículos 363, ordinales 5º y 6º, y 37, ordinales 6º y 7º).

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pamplona, por sentencia de 10 de agosto del año pasado, condenó a Segundo Carrillo González a sufrir la pena principal de once años de presidio, como responsable de la muerte causada a Estanislao Gutiérrez.

Tanto el procesado como su defensor recurrieron en casación y éste presentó su respectiva demanda, en la cual invoca las causales primera y segunda del artículo 567 del código de procedimiento.

Los hechos ocurrieron el 1º de enero de 1939, en la fracción de El Retiro, del Municipio de Durania, en el Norte de Santander, en la casa-tienda de Segundo Carrillo González, sobre la carretera que conduce de aquel Municipio al de Sucre y los relatan así, **in extenso**, los jueces de instancia:

En la fecha citada llegaron allí los campesinos Leonidas Peñaranda, Luis Manrique y Estanislao Gutiérrez, que iban tomando por el camino bebidas embriagantes y continuaron en sus libaciones, acompañados de Carrillo González. Pero como Gutiérrez se sintiera muy mareado por el licor, pidió que lo dejaran reposar un rato, a lo que accedió el dueño de casa.

Mas resulta que al entrar tropezó con un estante donde Carrillo González tenía copas y vasos, circunstancia que enojó a éste, y que lo hizo protestar enérgicamente y pasar a vías de hecho, pues agarró por el cuello a Gutiérrez. El mismo (Gutiérrez) se dispuso a defenderse con cuchillo del ataque de aquél, pero la pelea se evitó por la intervención de los presentes. Carrillo, entonces, resolvió despachar a quienes allí se hallaban y armado de revólver comenzó a disparar al aire. En esas Gutiérrez salió a la carretera y al verlo Carrillo González le hizo un disparo que lo hirió mortalmente. Los compañeros lo levantaron y lo trasladaron al corredor de la casa, y estando en el suelo se acercó Carrillo González y le propinó en el pecho una cuchillada. Carrillo huyó inmediatamente y a los dos años fue capturado por las autoridades de Bucaramanga.

El Juzgado Superior de Cúcuta llamó a juicio a Carrillo González por este homicidio, dándole la calificación de asesinato "por la sevicia con que obró", enjuiciamiento que fue confirmado por el Tribunal de Pamplona.

Como el jurado negó la sevicia, el juez condenó a Carrillo a la pena de once años de presidio, por el motivo fútil que determinó el delito y por la mayor insensibilidad moral del delincuente, teniendo presentes, además, su baja posición social, su poca ilustración, su buena conducta anterior y el haber confesado el hecho.

La sentencia fue confirmada por el Tribunal y contra ella, como ya se dijo, interpuso el defensor del procesado el recurso de casación.

Como ya se advirtió, se invocaron las causales primera y segunda del artículo 567 del código de procedimiento.

La Procuraduría conceptúa que el recurso debe declararse desierto, porque la causal segunda es inoperante en los juicios en que el jurado interviene y porque la primera no fue invocada de manera expresa.

Pero la Corte estudiará la demanda, porque ambas fueron alegadas. Lo que no se citó fue el número correspondiente a la causal primera del artículo 567 del código, pero de todo el contexto del libelo se deduce que a la dicha causal se refiere el recurrente. En efecto, después de un estudio de los antecedentes, o sea, de la respuesta del jurado y de la manera como el Tribunal apreció las circunstancias de mayor peligrosidad, concluye que debe casarse el fallo, porque no solamente hubo "errada interpretación de los hechos" por cuanto "se les atribuyó un valor probatorio que no tienen (numeral 2º del artículo citado), —567, aclara la Corte— sino que añade que "se han apreciado erróneamente circunstancias de asesinato que dejaron de apreciar los jurados populares, para darles interpretación y valor como circunstancia de mayor peligrosidad". Es más, todo el libelo se consagra a analizar esta causal primera, pues ninguna razón aduce en apoyo de la segunda.

Entrando al estudio del recurso, debe decirse que la causal segunda no puede prosperar, por tratarse de un juicio en que intervino el jurado y la Corte tiene resuelto que en esta clase de procesos no tiene cabida la citada causal, por haber sido excluída la notoria injusticia del veredicto o contraevidencia de éste con los hechos como motivo de casación en el nuevo código de procedimiento, y ser impropio de la naturaleza de este recurso extraordinario. De modo que no hay que estudiar sino la primera.

El recurrente la sustenta (la primera) diciendo que el Tribunal aumentó la pena en tres años de presidio, computando como circunstancias de mayor peligrosidad las de asesinato que fueron desechadas por el jurado. Este negó la sevicia —prosigue— pero el Tribunal, por el camino de las citadas circunstancias de peligrosidad, esto es, por considerar que Carrillo González había obrado por motivos innobles o fútiles y abusando de las condiciones de inferioridad del ofendido, lo condenó en realidad como asesino, siendo iguales las causas e idénticos los elementos probatorios que conducían a deducir el asesinato o aquellas circunstancias.

Se considera:

Al jurado se le preguntó si Segundo Carrillo González era responsable de haberle dado muerte a Estanislao Gutiérrez, el día citado, y con intención de matar; y si en la perpetración del homicidio habría obrado "con sevicia, esto es, despiadadamente".

El jurado contestó que SI a la primera pregunta, y que NO a la segunda, o lo que es lo mismo, declaró un homicida simplemente intencional.

El Tribunal aceptó el veredicto, pero consideró que el reo había procedido por un motivo fútil, como lo fue el hecho de haber tropezado Gutiérrez con la mesa o cajón donde Carrillo tenía unas copas y vasos y, además, que había demostrado una mayor insensibilidad moral por haber herido con un cuchillo a la víctima cuando ya la había herido con revólver. Pero le abona como circunstancia de menor peligrosidad su buena conducta anterior y el haber confesado su delito.

Indudablemente Carrillo obró por un motivo fútil, como que el causar un daño involuntario a los bienes de los semejantes, (que ni siquiera se alcanzó a causar) no autoriza ni explica que se llegue a privarles de la vida. Y esa circunstancia, sobre la cual nada tuvo que responder el jurado, por no ser constitutiva de asesinato, es de mayor peligrosidad.

En cuanto a la sevicia, ha dicho la Corte que en ocasiones se confunde con la mayor insensibilidad moral del delincuente demostrada por el modo de ejecución del hecho, cuando, por ejemplo, el victimario se complace en prolongar con la repetición de las lesiones el sufrimiento de la víctima. Pero esto no sucede siempre y el código distingue entre la sevicia y el hecho de poner en condiciones de indefensión o inferioridad personal al ofendido o el de aprovecharse de las mismas (artículo 363, ordinales 5º y 6º y artículo 37, ordinales 6º y 7º).

En el presente caso no se confunden las dos circunstancias, porque puede decirse que no hubo crueldad excesiva, sevicia, que negó el jurado, pero que sí hubo aprovechamiento de la inferioridad personal de la víctima, pues el procesado la hirió por segunda vez después de haberla lesionado mortalmente con anterioridad, que son cosas diferentes. Eso fue lo que expresó el Tribunal, cuando dijo en su sentencia:

Hubo en el delincuente "una mayor insensibilidad moral, como la demostró cuando habiendo

levantado a Gutiérrez de donde cayó herido, y habiéndolo trasladado al corredor, se acercó su heridor, el referido Carrillo González y con una cuchilla le asestó una puñalada por el pecho".

De esta suerte, no puede decirse que al procesado se haya condenado por asesinato, pues la pena mínima para esta infracción es de quince años de presidio. Aunque no fue objeto del recurso, debe advertir la Corte que no ha debido computarse como circunstancia de menor peligrosidad la confesión que hizo del delito el procesado, porque la ley exige **"el presentarse voluntariamente** a las autoridades después de cometido el delito y confesarlo", cuando el Tribunal anotó antes que Carrillo González "evadió la acción de la justicia durante dos años, hasta que fue capturado por las autoridades de policía de Bucaramanga".

Por las consideraciones anteriores, la Corte Suprema, Sala Penal, visto el concepto del señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD.—INDICIOS EN MATERIA PENAL.

1.—El Código de Procedimiento Penal fija dos criterios para determinar la competencia en los delitos contra la propiedad: la cuantía y la calidad y cantidad de la pena. Hasta veinte pesos, conoce la policía; de veinte a doscientos pesos, los jueces municipales; de doscientos a mil, los jueces de circuito; y de mil en adelante, los jueces superiores. Sin embargo, ni la policía ni los jueces municipales pueden imponer presidio, y éstos últimos apenas pueden sancionar los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto o prisión que no exceda de cuatro años. Por tanto, de estos delitos sancionados con pena de presidio, conocen: de mil pesos en adelante, los jueces superiores, y hasta mil pesos los jueces de circuito, puesto que, como ya se dijo, ni los jueces municipales ni la policía pueden imponer pena de presidio; si la pena es de PRISION, conocen los jueces municipales si la cuantía no pasa de doscientos pesos y la pena no excede de cuatro años, y conocen los jueces de circuito si la cuantía pasa de doscientos pesos, o cuando la pena excede de cuatro años, aunque la cuantía no alcance a esa suma; finalmente, si la pena es de ARRESTO, la jurisdicción se determina, sin excepciones, por mera cuantía. (Artículos 45, 47 y 48 del C. de P. P. y 35 de la ley 4ª de 1943).

La ley 4ª de 1943 introdujo una modificación al artículo 49 del Código de Procedimiento, atribuyendo a la policía el conocimiento de los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o PRISION, cuando el código apenas le permitía sancionar con arresto. En el caso de autos la competencia para conocer del negocio era del juez del circuito y no del municipal, porque aunque la cuantía de lo hurtado no excede de doscientos pesos, la pena para el hurto excede de cuatro años. (Artículo 1º Ley 4ª de 1943). Es inadmisible el argumento de que porque la sanción aplicable al procesado era la del artículo 400 del Código Penal, ha debido conocer del proceso el juez municipal, ya que no se puede disminuír la pena sino en el fallo definitivo y, como es obvio, la competencia no se determina por la cantidad de la pena que la sentencia señale, sino por la fijada en el respectivo precepto del código. Como dice la Procuraduría, para determinar la competencia basta tomar el hecho ilícito en su noción abstracta y en su penalidad genérica, pues la calificación del hecho es materia del auto de proceder y la aplicación concreta de la pena lo es de la sentencia.

2.—En la prueba indiciaria puede y deben basarse los juicios humanos; es más, suple ventajosamente otra clase de pruebas porque no está sujeta, como la de testigos, por ejemplo, que es la más frecuente en los juicios criminales, al influjo de pasiones o intereses que pueden tergiversar la realidad. Las palabras traducen el pensamiento con mayor o menor verosimilitud, según sea el estado psíquico del deponente; los hechos, en cambio, tienen una existencia material que no está sometida a esos estímulos y que encierra un valor más aproximado de certeza, sólo relativo en cuanto a la exactitud de la deducción lógica, o más claro, en cuanto a la relación que se establezca con el hecho que se quiere demostrar. Por eso, para que un hecho se tenga como indicio se requieren dos condiciones esenciales: que esté probado plenamente y que se relacione con el hecho que se pretende acreditar. Si falta una de esas condiciones, el hecho no es indicio, ya porque no consta su existencia, ya porque no señala el fenómeno que de él se pretende deducir. Por tanto, cuando las pruebas consisten en indicios, el trabajo del juez se reduce a buscar en el proceso la existencia de ciertos hechos para deducir de ellos otro u otros.

3.—No se pueden separar los indicios para atacarlos aisladamente. Pero eso no se puede aceptar, porque los indicios hay que re-

lacionarlos unos con otros para del conjunto llegar a la conclusión de si existe o no el hecho que se quiere averiguar. Lo que importa es que un indicio no dependa de otro, sea por el contenido, sea por la prueba.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El Tribunal Superior de Manizales, por sentencia de 19 de octubre del año pasado, condenó a Luciano Montaño López y a Félix Alfredo Cano Morales, a sufrir cada uno la pena principal de diez meses de prisión, como responsables del delito de hurto.

Contra esa sentencia interpuso casación el defensor del procesado Cano Morales, alegando las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567 del código de procedimiento penal, que la Corte estudiará en orden inverso, que resulta más lógico para los efectos del fallo.

CAUSAL CUARTA.—Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental, por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad

Alega el recurrente que este proceso no es de competencia de los jueces de circuito, porque la cuantía de la infracción es de sesenta pesos, caso en el cual debía señalarse la pena del artículo 400 del código penal, y por tanto, el conocimiento del proceso le correspondía al juez municipal.

Se considera:

El código de procedimiento penal fija dos criterios para determinar la competencia en los delitos contra la propiedad: la cuantía, y la calidad y cantidad de la pena. Hasta veinte pesos, conoce la policía; de veinte a doscientos pesos, los jueces municipales; de doscientos a mil, los jueces de circuito; y de mil en adelante los jueces superiores. Sin embargo, ni la policía ni los jueces municipales pueden imponer presidio, y estos últimos apenas pueden sancionar los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto o prisión que no exceda de cuatro años.

Por tanto, de estos delitos sancionados con pena de presidio, conocen: de mil pesos en adelante, los jueces superiores, y hasta mil pesos, los jueces de circuito, puesto que, como ya se dijo, ni los jueces municipales ni la policía pueden imponer pena de presidio; si la pena es de **prisión,** conocen los jueces municipales si la cuantía no pasa de doscientos pesos y la pena no excede de cuatro años, y conocen los jueces de circuito si la cuantía pasa de doscientos pesos, o cuando la pena excede de cuatro años, aunque la cuantía no alcance a esa suma; finalmente, si la pena es de **arresto,** la jurisdicción se determina, sin excepciones, por la mera cuantía (artículos 45, 47 y 48 del c. de p. p. y 35 de la ley 4ª de 1943).

La ley 4ª de 1943 introdujo una modificación al artículo 49 del código de procedimiento, atribuyendo a la policía el conocimiento de los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o **prisión,** cuando el código apenas le permitía sancionar con arresto.

La competencia para conocer del presente negocio era del juez del circuito y no del municipal, porque aunque la cuantía de lo hurtado no excede de doscientos pesos, la pena para el hurto excede de cuatro años (artículo 1º de la ley 4ª de 1943).

Es inadmisible el argumento de que porque la sanción aplicable al procesado era la del artículo 400 del código penal, ha debido conocer del proceso el juez municipal, ya que no se puede disminuír la pena sino en el fallo definitivo y, como es obvio, la competencia no se determina por la cantidad de pena que la sentencia señale, sino por la fijada en el respectivo precepto del código.

Como dice la Procuraduría, para determinar la competencia basta tomar el hecho ilícito en su noción abstracta y en su penalidad genérica, pues la calificación del hecho es materia del auto de proceder y la aplicación concreta de la pena lo es de la sentencia.

Fuera de esta razón de fondo, hay otra que lleva a desechar la causal invocada, y es la de que el defensor no planteó ante los jueces de instancia el motivo de nulidad que ahora alega y, como la sentencia no pudo por eso pronunciarse sobre este punto, mal podría la Corte entrar a estudiarlo en un grado de tercera instancia que no existe. No se puede perder de vista que la casación es un recurso extraordinario que tiene por objeto verificar si el fallo de un Tribunal se acomodó a los preceptos legales, de tal manera que están excluídas de su estudio las cuestiones que no fueron materia de la sentencia y, por consiguiente, de las instancias.

No tiene fundamento, pues, la causal cuarta invocada.

CAUSAL SEGUNDA: errada interpretación o apreciación de los hechos

Dice el demandante que el Tribunal sentenciador le atribuyó a los indicios que tuvo en cuenta para declarar la responsabilidad del procesado Cano Morales, un valor probatorio que no tienen, o mejor, no se pueden considerar como tales, en consonancia con los artículos 216, 217 y 218 del código de procedimiento penal.

Así, a la declaración de Gertrudis Gañán v. de Bartolo, pueden hacérsele tres reparos esenciales: que el negocio del "menudo" del animal no lo hizo esta testigo con Cano Morales, sino con Luciano Montaño; que no acredita que aquél hubiera ayudado a sacrificar el semoviente a sabiendas de que era hurtado; y que del dicho de esta mujer no se puede inferir que el cerdo sacrificado fuera el perdido por Víctor Jerónimo Bañol.

En cuanto al hecho de que Cano Morales no hubiera dormido en su casa en la noche en que ocurrieron los hechos de que trata el proceso, "es evidente que por sí solo no constituye una prueba plena o completa de responsabilidad, conforme al artículo 217 del código de procedimiento penal", ni, "reviste el carácter de necesario".

Se considera:

Se trata en el presente caso del hurto de una cerda, de propiedad de Víctor Jerónimo Bañol, que desapareció del solar de su casa en la noche del 30 al 31 de diciembre de 1944, en el corregimiento de Bonafont, del Municipio de Riosucio, en el Departamento de Caldas. Habiendo fracasado al principio la investigación, se supo al fin que en la madrugada del 31 de diciembre citado, Luciano Montaño y Félix Alfredo Cano Morales habían sacrificado un semoviente, que resultó ser el de propiedad de Víctor Jerónimo Bañol.

El Tribunal cuenta como indicios de responsabilidad de los nombrados Cano Morales y Montaño, los siguientes:

a) La guía o licencia para matar la sacaron para un cerdo macho de color rucio, y la res que mataron fue un cerdo hembra, pequeño o rechoncho. Así se desprende de aquella guía o licencia, de la indagatoria de Luciano Montaño y de la declaración de Gertrudis Gañán v. de Bartolo.

b) Estando prohibido sacrificar animales sin el control de la autoridad y antes de las cinco de la mañana, lo hicieron así y antes de esa hora, a las dos de la mañana. Así consta de lo dicho por el agente de policía Miguel Bermúdez, de la indagatoria de Montaño, y de los testimonios de Marceliano Topasco y Alfredo Utima.

c) En las primeras horas de la noche del hurto, dos individuos, de los cuales uno fue reconocido como Luciano Montaño, iban por el camino de "El Trazado", y al ver a las mujeres Angelina y Amalia Capacho, dijeron: "metámonos al monte que viene mucha gente de Juandíaz", como en efecto lo hicieron, y se taparon con ruanas. Así lo aseveraron las mujeres nombradas.

d) Ambos acusados fueron desmentidos sobre hechos importantes que alegaran en sus indagatorias, sobre todo, lo relativo al lugar en donde se encontraban la última noche del citado año hasta el momento en que se dedicaron a sacrificar el animal.

e) En fin, Cano y Montaño son cuñados, realizan en común sus negocios, "viven cerca de la casa del ofendido Gañán (sic) y sus predios son colindantes".

Como ya se dijo, el demandante considera que esos hechos no pueden tenerse como indicios, y antes, en la narración de los sucesos, da la razón de su argumento: porque no se relacionan con el hecho que se trataba de averiguar, esto es, porque no acreditan que el animal que fue muerto en la madrugada del citado día fuera el mismo que Bañol había perdido.

Se considera:

Se entiende por indicio —dice el artículo 216 del código de procedimiento penal— un hecho de que se infiere lógicamente la existencia de otro hecho.

En la prueba indiciaria pueden y deben basarse los juicios humanos; es más, suple ventajosamente otra clase de pruebas, porque no está sujeta, como la de testigos, por ejemplo, que es la más frecuente en los juicios criminales, al influjo de pasiones o intereses que pueden tergiversar la realidad. Las palabras traducen el pensamiento con mayor o menor verosimilitud, según sea el estado psíquico del deponente; los hechos, en cambio, tienen una existencia material que no está sometida a esos estímulos y que encierra un valor más aproximado de certeza, sólo relativo en cuanto a la exactitud de la deducción lógica, o más claro, en cuanto a la relación que se establezca con el hecho que se quiere demostrar.

Por eso, para que un hecho se tenga como indicio, se requieren dos condiciones esenciales: que esté probado plenamente y que se relacione con el hecho que se pretende acreditar. Si falta una de esas condiciones, el hecho no es indicio, ya por-

que no consta su existencia, ya porque no señala el fenómeno que de él se pretende deducir. Por tanto, cuando las pruebas consisten en indicios, el trabajo del juez se reduce a buscar en el proceso la existencia de ciertos hechos para deducir de ellos otro u otros.

Ahora bien, en el proceso que se estudia, los indicios están plenamente probados, no dependen unos de otros y todos demuestran que el animal perdido por el señor Bañol, fue el mismo sacrificado por Montaño, en compañía de Cano Morales.

El recurrente, trata de separar un indicio de otro para atacarlos aisladamente. Pero eso no se puede aceptar, porque los indicios hay que relacionarlos unos con otros para del conjunto llegar a la conclusión de si existe o no el hecho que se quiere averiguar. Lo que importa es que un indicio no dependa de otro, sea por el contenido, sea por la prueba.

Así, ataca el testimonio de Gertrudis Gañán, diciendo que "no tiene prueba distinta que la corrobore", y que no acredita la identidad del animal sacrificado con el animal perdido por el denunciante.

La declaración de esta mujer tiene un valor excepcional, por su contenido psicológico, que la hace muy atendible. Los términos vulgares que emplea, son tan propios de la condición social de quienes trafican en esos menesteres y las circunstancias de lugar, tiempo y modo son tan minuciosas y sencillas, que su lectura desprevenida da la sensación de que ha dicho la verdad. Pero no es eso solo, sino que en el careo con el procesado Cano le sostuvo con gran entereza el hecho de haber estado acompañando a Montaño en el sacrificio de la res, lo que asegura enfáticamente también ante el citado Montaño.

Ahora, no es cierto que su declaración no tenga "prueba distinta que la corrobore", porque, como lo anota la Procuraduría, su testimonio está abonado por un deponente de singular valor, como lo es el propio Montaño, quien corrobora casi en toda su integridad el testimonio de la Gañán, con la única excepción de no admitir —aunque no con mucha seguridad— que el animal sacrificado fuera hembra y no macho. Y fuera de este otro sindicado, la presencia de Cano en el lugar y tiempo en que el semoviente era sacrificado, lo acreditan Pedro Grisales y el agente de policía Miguel Bermúdez.

Pero el recurrente objeta que, aun admitiendo la cooperación de Cano Morales en el sacrificio del semoviente, no puede concluírse que participó a sabiendas de que el animal era hurtado. Así habría que admitirlo si las pruebas fueran separables unas de otras, o más claro, si no hubiera otras que acreditan la participación dolosa de Cano en el delito.

En efecto, Cano negó sistemáticamente haber estado en compañía de Montaño y haberle ayudado a matar la res, y aseguró que en la noche del 30 al 31 de diciembre de 1944 había permanecido en su casa durmiendo y no haberse levantado hasta las seis de la mañana. Y sin embargo, está plenamente acreditado que sí estuvo en compañía de Montaño, y que le ayudó a matar el cerdo en el día citado.

Y si a eso se agregan los otros hechos a que antes se hizo alusión, esto es, el haber sido visto Montaño en compañía de otro sujeto, ocultándose en forma sospechosa, la noche en que Bañol perdía su semoviente; el parentesco que concurre entre los dos sindicados, y el no haber dado al expendio la res para la cual se había sacado el permiso, sino otra, no hay duda alguna de la responsabilidad de los acusados en el presente proceso.

También el fracaso de la coartada de Cano la separa el defensor de las otras pruebas, para concluír que "no constituye plena prueba o completa de responsabilidad". Claro está que no lo es por sí solo, por no tratarse de un indicio necesario; pero uniéndolo a los otros elementos de incriminación, forma un encadenamiento de sucesos, o como dice el Procurador, "una relación de causalidad entre las actividades de Montaño y Cano y la sustracción fraudulenta del semoviente de propiedad de Víctor Jerónimo Bañol... que los procesados aparecen como autores principales del delito".

Dos observaciones finales importantes hace la Procuraduría sobre los indicios: la primera, que los juzgadores gozan de una gran amplitud para deducir las consecuencias que de ellos han de inferirse dada la naturaleza del proceso esencialmente lógico que comporta, de suerte que la Corte, en un recurso extraordinario como el de casación no puede desconocer esa órbita propia de los falladores de instancia, sino en tratándose de errores manifiestos y evidentes sobre la manera de apreciarlos. Y la segunda, que en materia de hurto y robo, la ley confía también la apreciación de la propiedad, de la preexistencia y de la falta de las cosas hurtadas o robadas, al prudente juicio de los jueces o funcionarios respectivos, criterio muy recomendable en estos negocios que tan

directamente atañen a la defensa del patrimonio de las personas y, por consiguiente, a la seguridad social.

Por tanto, los indicios que sirvieron al Tribunal para dar por establecido el cuerpo del delito de que se trata y la consiguiente responsabilidad de sus autores, tienen el mérito que se les atribuyó en la sentencia, porque no se descubre en su aprecio un error evidente que los haga desmerecer.

No prospera, por tanto, la causal segunda.

Causal primera: Mala aplicación de la ley penal

Alega el recurrente:

a) Que el Tribunal condenó a Cano Morales sin que obrara en el proceso la prueba plena o completa de la infracción, esto es, la del cuerpo del delito, y la de la responsabilidad de su defendido, porque no se probó que el semoviente que sacrificó Luciano Montaño fue el mismo que se le había perdido a Víctor Jerónimo Bañol. Faltó pues, acreditar un elemento indispensable "para que no quedara duda alguna sobre la existencia del cuerpo del delito o sobre la existencia de la infracción". Y,

b) Que no estando demostrado que Cano Morales hubiera tenido conocimiento previo de que el animal hubiera sido sustraído ilegítimamente del poder de su dueño, mal puede ser considerado como autor del ilícito, si lo hubo, pero ni siquiera como cómplice de Luciano Montaño.

Contesta la Procuraduría:

"Los dos nuevos aspectos que presenta el demandante sobre la demostración del cuerpo del delito de hurto y la consiguiente responsabilidad del acusado Cano, inciden necesariamente en la causal segunda de casación, porque es ésta la que da oportunidad para discutir ante la Corte, cuando se trata de juicios en que no ha intervenido el jurado, lo referente a mala apreciación de las pruebas del proceso o de los hechos establecidos en éste, "siempre que sean elementos constitutivos del delito, determinantes, eximentes o modificadores de la responsabilidad de los autores o partícipes, o circunstancias que hayan influído en la determinación de la sanción", como perentoriamente lo dice el artículo 567, numeral 2º, del código de procedimiento penal.

"De suerte que si en dicha causal se estudia lo relativo al cuerpo del delito y a la responsabilidad del acusado, es erróneo trasplantar ese tema a la causal primera, que sólo trata de la aplicación de la llamada ley penal sustantiva. No se puede en este recurso extraordinario involucrar una causal en otra.

"Y como el recurrente, al sustentar la causal segunda, nada dijo sobre los dos cargos que ahora puntualiza, síguese que la Corte carece de atribución para llenar ese vacío, en virtud de que la casación es un recurso exigente y restringido a los motivos invocados por el demandante en la respectiva causal.

"Además, afirmar el defensor que 'Cano Morales no tiene por qué responder del hecho como autor, ni menos como cómplice', sin entrar en el análisis pormenorizado de lo que es la responsabilidad principal y la responsabilidad accesoria o complicidad propiamente dicha, es apenas enunciar un concepto, una hipótesis que no da base para un estudio sobre la debida o indebida aplicación de los artículos 19 y 20 del código penal, que tratan del concurso de delincuentes o coparticipación criminal.

"Lo que quiere decir que la causal primera estuvo mal planteada, y debe, por lo mismo, desecharse".

RESOLUCION

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia recurrida de que se ha venido hablando.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

EL CUMPLIMIENTO DE UNA ORDEN JURISDICCIONAL NO CONSTITUYE DELITO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema decide —mediante esta providencia— la acusación que el Recaudador de Saldos Fiscales de Boyacá, señor Eufrasio Bernal, hizo al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, doctor Luis Carlos Vásquez, fundada en la orden de cancelación del embargo que el nombrado Magistrado dio al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Tunja en la ejecución del mencionado Recaudador contra la sucesión del señor Roberto González, Habilitado Pagador y Proveedor de la Contraloría General de Boyacá.

Abierta la investigación y practicadas las pruebas que se juzgaron necesarias en orden al descubrimiento del delito y a la responsabilidad, ya las decretadas por la Sala, ya las pedidas por el Procurador, y considerando que, satisfechas las exigencias del artículo 294 del estatuto procesal penal y apreciados los elementos que en virtud de esa norma se trajeron al proceso, la Corte ha adquirido la certeza de que el hecho imputado al doctor Vásquez fue ajustado a la ley y a la doctrina y de que —en consecuencia— no constituye infracción penal, el fallo resumirá el desarrollo y fundamento de la certeza adquirida y las razones que la llevan con aplicación del artículo 153 del estatuto nombrado— a suspender todo procedimiento contra el Magistrado acusado.

I. — Antecedentes

Como antecedentes de la intervención del Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá doctor Vásquez en el juicio por jurisdicción coactiva del Recaudador de Saldos Fiscales de Boyacá contra la sucesión del señor Roberto González, se enumeran los siguientes:

a) La Contraloría General del Departamento de Boyacá, mediante Auto número 1206 del 8 de junio de 1936, feneció las cuentas del Habilitado Pagador y Proveedor de la misma Contraloría, doctor Roberto González, con alcance a su cargo en la cuantía de $ 2.790.21 que el Tribunal Contencioso Administrativo de Tunja —en el auto en que decidió la apelación contra el de la Contraloría— redujo a $ 2.112.63;

b) El Recaudador de Saldos Fiscales, con base en la copia del auto del mencionado Tribunal Administrativo decretó —el 23 de abril de 1938— el embargo preventivo de varios inmuebles pertenecientes al deudor doctor González ubicados en Tunja y en otros lugares del Departamento, embargo que comunicó al Registrador el 27 y fue inscrito el 28;

c) El mismo Recaudador decretó —el 26 de abril o sea tres días después del auto de embargo preventivo y dos antes de la inscripción en el respectivo Libro de Registro— ejecución contra la sucesión del señor Roberto González, muerto en Bogotá años antes, representado por la señora Lucila Rivadeneira v. de González y sus hijos Carlos, Antonio José, Lucila, Ana Alicia y Blanca Inés; **y, además confirmó en el mismo auto ejecutivo, el decreto sobre embargo preventivo de bienes dictado el 23 de abril,** ejecución aquélla cuyo auto fue apelado ante el Tribunal de Bogotá, competente por razón de la vecindad de los demandados;

d) El mencionado Tribunal —en auto del 24 de julio de 1939 suscrito por los Magistrados doctores Gualberto Rodríguez, Daniel Anzola y Luis C. Vásquez— declaró nulo el juicio desde el auto ejecutivo del 26 de abril de 1938 y "desembargados los bienes afectos a la traba ejecutiva" —por falta de notificación del título de la obligación a los ejecutados— y ordenó que "la respectiva Recaudación librara los oficios a que hubiera lugar";

e) El Recaudador de Saldos Fiscales ordenó el 11 de agosto de 1939 "obedecer y cumplir lo dispuesto por el Tribunal Superior de Bogotá en su auto de fecha 24 de julio retropróximo (de anu-

lación del juicio y desembargo de los bienes), y —no obstante ello— omitió librar despacho al Registrador, como lo ordenó el Tribunal, para que cancelara el embargo;

f) El mismo Recaudador dictó —el día 14 de los mismos mes y año— nuevo auto de mandamiento ejecutivo a cargo de la sucesión del señor Roberto González y a favor del Tesoro del Departamento de Boyacá, sin que se hubiera decretado embargo de bienes ni confirmado el preventivo, y

g) La demanda de excepciones que, de acuerdo con el artículo 76 (ord. 3º) del Código de Organización Judicial, debía decidir el Tribunal Superior de Bogotá, correspondió en el reparto, verificado el 3 de octubre de 1940, al Magistrado doctor Luis Carlos Vásquez.

III. — Actuaciones del Magistrado Dr. Vásquez

Antes de estudiar las actuaciones del Magistrado doctor Vásquez que fundaron la acusación del Recaudador de Saldos Fiscales, es preciso hacer referencia a un hecho de este funcionario, cuya intención ha de ser posteriormente apreciada: el informe que pidió al Secretario y que éste le rindió el 23 de agosto de 1939, pocos días después del auto de "obedecimiento y cumplimiento" de la providencia del Tribunal en que, como consecuencia de la nulidad del mandamiento, ordenó al Recaudador librar despacho al Registrador para que cancelara el embargo preventivo, orden que el Recaudador no cumplió.

"Informe al señor Secretario —dispuso el Recaudador en auto del 23 de agosto de 1939— si hay constancia en este expediente de que, a base del mandamiento ejecutivo de fecha 26 de abril de 1938 se haya librado despacho al señor Registrador de Instrumentos Públicos de este Circuito para que inscriba algún auto que declare legalmente embargadas fincas del señor Roberto González o de los herederos de éste".

"Cumpliendo lo solicitado en el auto anterior —hizo constar el Secretario el mismo día— informo que en el presente expediente no existe constancia de que se le haya librado al Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Tunja, despacho alguno solicitando la inscripción del auto en que se declaren legalmente embargadas fincas de Roberto González o de sus herederos".

Estas inscripciones —como posteriormente se dirá— implican un muy importante punto de referencia, para el análisis de la imputación hecha al Magistrado doctor Vásquez.

Las actuaciones del funcionario acusado se concretan a las diversas providencias dictadas a base de las solicitadas del representante de la parte demandada, para que se ordenara la cancelación del registro del embargo preventivo decretado por el Recaudador de Saldos Fiscales. Tales providencias que —se explica— fueron expedidas antes de que el Tribunal de Bogotá hubiera fallado el incidente de excepciones, son:

a) La del 26 de noviembre de 1940, recaída a la primera solicitud del apoderado de los demandados, que dice: "El presente juicio sólo comenzó desde el 10 de agosto del corriente año, fecha en que quedaron notificados todos los herederos del causante Roberto González del auto ejecutivo fechado el 14 de agosto de 1939. De esta fecha en adelante no aparece ninguna providencia en que se embarguen bienes de la ejecutada, ni tampoco auto que decrete ningún desembargo. Si el memorialista se refiere al auto del Tribunal de fecha 24 de julio de 1939 que decretó la nulidad de lo actuado en el juicio, **debe tenerse en cuenta el informe rendido sobre el particular** —subraya la Sala— por el Secretario de la Recaudación ejecutante, a petición del mismo señor Recaudador. En consecuencia, no hay lugar a librar el oficio solicitado y al cual se refiere el anterior memorial";

b) La de los Magistrados restantes de la Sala doctores Alejandro Venegas y Próspero del Río, del 16 de diciembre del mismo año, por la cual se abstuvieron de revisar, en el recurso de súplica, el anterior auto del doctor Vásquez, por cuanto —dijeron— "dicho proveído no tiene existencia legal, pues de conformidad con el artículo 84, inciso 3º del C. J., los autos interlocutorios dictados en juicios de que conocen los Tribunales en primera instancia, tales como el presente, deben ser proferidos por la Sala de Decisión, y el auto que se revisa no obstante ser de los a que se refiere tal disposición, sólo va firmado por un solo Magistrado", y

c) La del Dr. Vásquez, del 24 de enero de 1941, recaída a una nueva solicitud del representante de la parte demandada a todos los Magistrados de la Sala, según la cual "con inserción del auto dictado por el Tribunal en este juicio con fecha 24 de julio de 1939, ordenó se librara al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja el oficio solicitado en el anterior me-

morial", lo que fundó la cancelación —hecha el 7 de febrero de 1941— de la inscripción del embargo, y —dos años siete meses más tarde, el 23 de septiembre de 1943— la demanda criminal del Recaudador de Saldos Fiscales, ante el Procurador General, contra el Magistrado Dr. Luis C. Vásquez, y que la Corte va a decidir en esta providencia.

III.—La infracción

La infracción imputada al Magistrado Dr. Vásquez —a la que el Recaudador da el contenido de prevaricato unas veces, de abuso de autoridad otras— consiste —según el Recaudador de Saldos Fiscales de Bogotá— en haber ordenado el 24 de enero de 1941 se oficiara al Registrador de Tunja cancelara el embargo preventivo inscrito el 28 de abril de 1938, lo que el Dr. Vásquez no podía por las siguientes razones:

a) La anulación de todo lo actuado en el ejecutivo de la Recaudación contra la sucesión de Roberto González, decretada por el Tribunal el 24 de julio de 1939, no comprendía el embargo preventivo del 23 de abril de 1938;

b) La orden de cancelación del embargo, de acuerdo con el auto del 24 de julio no correspondía al Magistrado Vásquez, sino al funcionario comisionado —al mismo Recaudador—;

c) La dicha orden fue dada en un juicio distinto, pues que anulado el primero, el que se inició posteriormente —ya subsanada la nulidad— era otro juicio, y

d) El auto del Magistrado Dr. Vásquez por el cual ordenó al Registrador de Tunja cancelar el embargo preventivo, por su carácter de interlocutorio, debía haber sido dictado, no por uno solo, sino por todos los de la Sala de Decisión.

Precisa estudiar estos cargos, no sólo en orden a la legislación penal, sino también —y de preferencia— en el de la civil, ya que el Recaudador de Tunja da el contenido de delitos, a actividades procesales de contenido civil.

La primera objeción se refiere al efecto retroactivo del decreto de nulidad que, debiendo afectar el juicio a partir del mandamiento ejecutivo solamente, no podrá extenderse hasta el embargo preventivo. Esta objeción, sólo oportuna y conducente antes de la ejecutoria de aquel auto, no funda infracción civil, menos penal.

En el orden de la lógica —en efecto— lo accesorio sigue a lo principal; en el del procedimiento civil el principio es aplicable y así el embargo preventivo, que es una acción accesoria, debe seguir— para que no pierda su carácter— a una principal, que es aquí la acción ejecutiva. Síguese de esto que el embargo preventivo está sometido a los vicios que ataquen el juicio, entre ellos el de la nulidad. En este principio descansa, precisamente, la norma del artículo 293 del estatuto procesal civil, que enumera los casos en que el secuestro y embargo preventivos deben levantarse, entre ellos el de que el juicio sea ejecutivo y se haya ordenado su cesación, lo que generalmente proviene de la revocatoria —por el superior— del auto de mandamiento ejecutivo.

Otras dos normas del mismo estatuto —artículos 291 y 292— definen y precisan otra relación jurídica —relación de parte a todo— entre el embargo preventivo y el juicio ejecutivo; según el primero, el embargo preventivo cuyo fin sea asegurar el pago de un crédito, surte sus efectos en el juicio ejecutivo que se siga con el mismo fin, **para lo cual** —subraya la Corte— **se agregan precisamente al juicio las diligencias preventivas correspondientes;** y de acuerdo con el segundo, realizado el embargo preventivo, el actor debe iniciar el juicio ante el Juez competente en el término de la distancia y seis días más, **so pena** —subraya la Corte— **de que se le tenga por desistido de la acción".**

La tesis de la autonomía de la acción accesoria del embargo preventivo frente a la acción ejecutiva, cuya garantía la primera presenta, no es, pues, jurídica.

Circunscrita la objeción al caso presente, la conclusión es más categórica. El 23 de abril de 1938 se decreta el embargo preventivo, el 26 el mandamiento ejecutivo y la confirmación de aquel embargo y el 24 de julio de 1939 el Tribunal "declara nula toda la actuación adelantada en este juicio a partir del auto mandamiento de la ejecución", y "en consecuencia —dice la parte resolutiva— declara desembargados todos los bienes afectos a la traba ejecutiva" y comisiona al Recaudador para que libre los oficios a que haya lugar.

Anulada, pues, toda la actuación, y también el auto de mandamiento ejecutivo, la anulación debía comprender —y no de otro modo podía ser interpretada— todas las decisiones de aquel auto, entre ellas la relativa a la confirmación del embargo preventivo; por esto —seguramente— el Tribunal "desembargó los bienes afectos a la traba ejecutiva", que eran precisamente los embar-

gados preventivamente, es decir, aquellos con los cuales habría de garantizar la ejecución, ya que, fuera de aquél, ningún otro embargo se había decretado ni inscrito.

La segunda objeción no es más seria. Era al Recaudador —arguye éste— a quien correspondía librar el despacho al Registrador, y no al Magistrado Dr. Vásquez, quien por esto —dice— asumió una función que no le correspondía. Verdaderamente fue al Recaudador a quien el Tribunal comisionó para comunicar al Registrador el desembargo; pero éste no cumplió la comisión, y ese incumplimiento obligó a los demandados a pedir que el Tribunal librara directamente el despacho para que se cancelara el embargo. El responsable es aquí —según los artículos 135 y 136 del estatuto procesal civil— el Recaudador de Saldos Fiscales y no el Magistrado que suplió la omisión de aquél.

La tercera objeción, según la cual el Magistrado Vásquez no podía haber dado la orden de cancelación del embargo por tratarse de un nuevo juicio distinto del anulado, no tiene fundamento alguno ni en la ley ni en la doctrina. El criterio de diferenciación o unificación de las acciones, en el Derecho Procesal, no puede aplicarse sin considerar los diversos presupuestos o elementos: el objeto, el fundamento y las partes.

Entre la acción malamente propuesta el 26 de abril de 1938, porque era violatoria del artículo 1434 del estatuto civil, y la propuesta el 14 de agosto de 1939, hay identidad de objeto, de fundamento y de personas o partes: de objeto, porque se persigue la efectividad de la misma obligación, de fundamento porque el título es el mismo, y de partes porque acreedor y deudor, demandante y demandado, son los mismos: el departamento y la sucesión de Roberto González.

Situada la objeción del Recaudador de Saldos Fiscales en otra esfera de la técnica procesal, sólo puede llamarse juicio el iniciado mediante el auto del 14 de agosto de 1939, ya que fue el dictado según las normas legales; y entonces hay que aceptar que —no habiéndose embargado bienes posteriormente a aquella fecha, como el Secretario del Recaudador lo informó, el embargo preventivo había perdido su actividad por presunción de desistimiento, y era necesario, para libertarse de la responsabilidad determinada por el artículo 292 del estatuto procesal civil, dar la orden de cancelación que el Recaudador no había cumplido.

Se trata, en consecuencia, de una sola acción, en la cual no se embargaron bienes, ya que el embargo preventivo en virtud del aplazamiento de la acción causado por un decreto de ejecución nulo— había perdido toda su fuerza procesal, y sólo faltaba cumplir la orden —ya ejecutoriada— de levantarlo, que fue lo que hizo, estrictamente ajustado a la ley, el Magistrado Dr. Vásquez.

La cuarta objeción, según la cual el Magistrado Dr. Vásquez, al dictar su auto del 24 de enero de 1941 que ordenó librar al Registrador de Tunja el despacho para que cancelara el embargo preventivo, asumió por sí solo funciones que correspondía a la Sala de Decisión únicamente, tampoco es doctrinaria ni legal.

El Recaudador —en su acusación— afirma que aquel texto, expedido en virtud de memorial del representante de los demandados a todos los tres Magistrados de la Sala, es de carácter interlocutorio y que, por mandato del artículo 84 (inciso final) del estatuto procesal civil, era a la Sala a quien incumbía suscribirlo, y no al Magistrado Vásquez únicamente.

Es jurídicamente cierto —como el Recaudador lo asevera— que corresponde a la Sala de Decisión dictar los autos interlocutorios en juicios de su competencia en primer grado, pero no lo es el que el auto en que el Recaudador funda su principal acusación y que conviene transcribir nuevamente —sea según la técnica procesal— un auto interlocutorio.

"Con inserción del auto dictado por el Tribunal en este juicio con fecha 24 de julio de 1939 —dice el auto del Magistrado Dr. Vásquez, que el Recaudador califica de interlocutorio— líbrese al Sr. Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Tunja el oficio solicitado en el anterior memorial".

El auto del 24 de julio de 1939, cuya inserción se ordenó en el anterior —se repite— es aquél por el cual se anuló la actuación del juicio desde el auto ejecutivo, se desembargaron los bienes afectos a la traba ejecutiva y se ordenó al Recaudador de Tunja librara el mencionado despacho al Registrador, orden que este funcionario, como tántas veces se ha dicho, no quiso en ese tiempo ejecutar.

El Magistrado Dr. Vásquez, —como se deduce de la simple lectura de su auto del 24 de enero de 1941— se limitó a ordenar —a solicitud del

abogado de los demandados— se cumpliera la parte resolutiva del auto, ya ejecutoriado, del 24 de julio de 1939, es decir, la comunicación al Registrador para que cancelara el embargo preventivo; no se trataba, pues, de ningún incidente del juicio, ni de la determinación de la personalidad de alguna de las partes o de sus representantes, ni de la admisión de la demanda, ni de la petición de embargo o desembargo, cuestiones éstas que, entre otras, caracterizan los actos interlocutorios— sino de cumplir una decisión judicial que desde año y medio antes debía haberlo sido por el mismo funcionario —el Recaudador— que casi tres años después acusa al Magistrado que ordena se cumpla lo que él omitió, incurriendo así en la omisión a que se refiere el artículo 172 del estatuto penal, y ya no sancionable por mandato del artículo 107 del mismo estatuto.

IV.—La decisión

Los hechos que el Dr. Vásquez ejecutó, en su carácter de Magistrado sustanciador en el incidente de excepciones propuestas por los herederos de Roberto González, demandados por el Departamento de Boyacá, no están comprendidos dentro de los que la ley sanciona, sea en la categoría del prevaricato, sea en la de los abusos de autoridad y otras infracciones. Tales hechos, no constituyen infracción penal alguna, y, como lo afirma el Sr. Procurador Delegado, "la conducta del Magistrado Dr. Vásquez está ceñida a la más absoluta pulcritud y a la más sana aplicación de la ley".

Cumplidos así los requisitos del artículo 153 del estatuto procesal penal, esto es, el carácter de hechos no considerados por la ley como infracción penal y el concepto favorable del Agente del Ministerio Público, se procede a dar aplicación a la norma mencionada.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, declara que el hecho imputado al Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, Dr. Luis Carlos Vásquez, no constituye infracción penal alguna, y ordena cesar todo procedimiento contra el mencionado Magistrado por los cargos que le hizo el Recaudador de Saldos Fiscales de Boyacá.

Cópiese, notifíquese, publíquese y archívese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA ASOCIACION Y LA PARTICIPACION DELICTUOSAS

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Pedro Pablo García Bueno, así como su defensor doctor Jorge Arenas Calvete, y también Cosme Rodríguez Mosquera, Isidro (o Ciro) Estévez y Dionisio Quintero Cala interpusieron recurso de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del treinta y uno de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro, por la cual —con aplicación de los artículos 20, 208, 363 y 404 del estatuto penal— fueron condenados a diez y ocho años de presidio los tres primeros y a diez y nueve años y cuarenta y cinco días de la misma pena el último, por los delitos de cuadrilla de malhechores, homicidio en Mardoqueo Bautista y robo en bienes de Posidio y Saturnino Ramírez y de sus familiares, cometidos uno y otro en cuadrilla de malhechores, en las últimas horas de la noche del siete de julio de mil novecientos treinta y siete, en la casa de los Ramírez, situada en el sitio de "La Hacienda", vereda "El Naranjal", Municipio del Socorro.

Admitido el recurso y ordenado el traslado para que los recurrentes formularan la demanda ante la Corte, sólo García —en memorial redactado por su abogado doctor Arenas Calvete y también suscrito por éste— fundó el recurso; pero el Procurador Delegado, en atención al estatuto vigente en el tiempo del delito (Ley 118 de 1931) coadyuvó la demanda en cuanto a Rodríguez, Estévez y Quintero, que no la presentaron, y "en todo lo que —dice— pueda aprovechar al procesado García".

Como el estudio de este recurso exige y presupone la adopción de un método, la Corte —en cuanto no sea incompatible con su esencia y objeto— seguirá el orden y la dirección que el artículo 159 del Código de Procedimiento Penal señala; es decir, resumen del hecho y de sus modalidades, de las fases principales del proceso, de las tesis del Tribunal, de los recurrentes, del Procurador y, finalmente, las que funden la decisión de la Corte.

I.—Los hechos y sus modalidades

Los gravísimos delitos, uno de cuyos autores ha recurrido ahora ante la Corte para que, casada la sentencia y mejorada, por lo tanto, su posición jurídica, se le reduzca la pena que el Tribunal Superior de San Gil le impuso, son los segundos de los que, con análogas modalidades, fueron ejecutados seis meses antes por algunos de los actores de este proceso y en las vecindades de la misma ciudad del Socorro, coincidencia que ha fundado una de las más graves imputaciones —la de cuadrilla de malhechores— hechas al recurrente García y a sus compañeros.

La siguiente descripción—resumida de las confesiones de los procesados y de las aseveraciones de los testigos— presenta cronológicamente los hechos, desde los primeramente realizados y cuya imputación, no desvirtuada en las instancias, se objeta mediante este recurso extraordinario.

Los actores de este drama —Juan B. Maldonado o Mendoza (de Cachirí), Cosme Rodríguez Mosquera (de Güepsa), Ismael Montenegro (del Socorro), Pedro Pablo García Bueno (de Bucaramanga), Dionisio Quintero Cala (del Socorro), Ciro o Isidro Estévez (del Valle de San José), quienes vivían en el Socorro los dos primeros y en Las Palmas los restantes, se reunieron en la casa de Mendoza, situada en uno de los barrios extremos del Socorro, en la vía que conduce a San Gil, la noche del siete de julio del año de mil novecientos treinta y siete. Acordado el plan, se dirigieron hacia la casa de campo de Posidio y Saturnino Ramírez, ubicada en el punto de "La Hacienda", vereda "El Naranjal", a la que, después de atravesar sembrados y trayectos de la carretera a San Gil, llegaron poco tiempo antes de la media noche, no sin que —ya en las proximidades del sitio de llegada— se hubieran tiznado los rostros con carbón molido y Mendoza hubiera señalado, según afirmación de Rodríguez,

la función o participación que a cada uno le correspondía en la ejecución del plan.

El ataque se realizó en la forma acordada. Mendoza, seguido de Montenegro, Estévez, Quintero y García, penetraron en la casa de los Ramírez, y como el joven Mardoqueo Bautista, que se hallaba acostado en la sala, quisiera huír, fue ultimado, por Mendoza según Rodríguez o por Estévez según Mendoza, de un disparo de revólver. Inmediatamente después encerraron en una de las piezas a todos los habitantes de la casa, cuya custodia se encomendó a Rodríguez previa amenaza de Mendoza de que si los dejaba escapar sería sancionado con la muerte. Así libertados de toda oposición, Mendoza y sus compañero rompieron baúles y se apoderaron de todo lo que había en ellos y en otros sitios de la casa: vestidos, sombreros, armas, dinero, joyas, de propiedad de los dueños y familiares, y que, realizado el ataque y el saqueo y ya lejos de la casa de los Ramírez, se repartieron.

Fueron estos los hechos que, ejecutados en la forma y circunstancias acabadas de resumir, fundaron el proceso hoy sometido al examen de la Corte.

III. — Etapas o fases del proceso

Dada la esencia y fundamento de las causales de casación invocadas y el nexo entre éstas y determinadas actuaciones a las cuales el recurrente hace referencia, la Sala resume las siguientes fases o etapas del proceso:

a) El auto de proceder del Juzgado 2º Superior del Socorro, del 1º de septiembre de 1941 confirmado el 12 de mayo del año siguiente, por el cual se abrió juicio criminal contra Juan Bautista Maldonado Hernández o Mendoza, Cosme Rodríguez Mosquera, Ismael Montenegro, Pedro Pablo García, Dionisio Quintero y Ciro o Isidro Estévez, por los "delitos de **robo** de dinero, joyas y otros varios objetos por valor de $ 250.65 y **homicidio** en la persona de Mardoqueo Bautista, perpetrados en **cuadrilla de malhechores;**

b) Autos del 1º de diciembre de 1941 y del 19 de junio de 1942, por los cuales los procesados Maldonado o Mendoza y Montenegro, respectivamente, fueron declarados reos ausentes y se ordenó, en consecuencia, cesar el procedimiento contra ellos;

c) Cuestiones propuestas al jurado sobre la muerte de Mardoqueo Bautista causada maliciosa y voluntariamente y el robo de dinero y efectos pertenecientes a los Ramírez y a sus familiares, delitos ambos cometidos en cuadrilla de malhechores, y también sobre la constitución de la asociación o cuadrilla que funcionaba en el Socorro el mes de julio de 1937 para cometer, de común acuerdo, delitos contra la propiedad.

d) Veredicto del Jurado según el cual los procesados son responsables del homicidio en cuadrilla de malhechores como cómplices, auxiliadores y encubridores, del robo en cuadrilla como autores, y también de su participación en la mencionada cuadrilla;

e) Sentencia del Juzgado 2º Superior del Socorro, del 17 de septiembre de 1943, por la cual —con fundamento en los artículos 20 y 363 para el homicidio, 404 (1º, 2º, y 4º) para el robo, y 208 para la cuadrilla o asociación— Estévez, García, Rodríguez y Quintero fueron condenados a la pena de diez y ocho (18) años de presidio;

f) Sentencia del Tribunal Superior de San Gil, del 31 de agosto de 1934, por la cual se confirmó la de primer grado, menos en cuanto a la pena impuesta a Quintero, que elevó a diez y nueve años, un mes y quince días, y

g) Autos del mencionado Tribunal y de la Corte, del 2 de noviembre de 1944, y 14 de febrero del año pasado, por los cuales se concedió y admitió, respectivamente, el recurso de casación interpuesto por el doctor Jorge Arenas Calvete, defensor de García y, además, por los procesados Estévez, Rodríguez y Quintero.

IIII. — La demanda y su respuesta

Sólo el procesado García y su defensor doctor Arenas conjuntamente sostuvieron en la Corte las causales que el segundo invocó en el Tribunal, lo que indujo al Procurador, con base en la Ley 118 de 1931, a sustituír a los otros recurrentes —Estévez, Rodríguez y Quintero— en el deber de fundar el recurso ante la Corte, y, por lo tanto, "a ampliar el libelo haciéndolo extensivo a quienes no lo sustentaron, en todo lo que—dice el nombrado funcionario—pudiere aprovechar al procesado García".

Cinco causales, de las enumeradas en el artículo 3º de la ley ya referida, alegaron García y su defensor en los memoriales escritos, y en cuyos fundamentos coinciden, salvo algunas discrepancias, Procurador y recurrentes: son ellas la primera, tercera, cuarta, quinta y sexta, y que en seguida se resumen, con referencia al fallo recurrido:

La primera —violación de la ley penal por mala interpretación o indebida aplicación— en cuanto a que el Tribunal situó el homicidio en el artículo 363 (numeral 3º), aplicó la circunstancia del numeral 13º del artículo 37 del Código Penal y condenó por cuadrilla de malhechores;

La tercera —error en la apreciación de la prueba del cuerpo del delito— en cuanto a que el Tribunal consideró probadas, sin estarlo, la participación en el homicidio y la existencia de la cuadrilla de malhechores;

La cuarta —desacuerdo entre la sentencia y el veredicto— en cuanto a que el Tribunal declaró la existencia del carácter permanente de la cuadrilla, sin que el Juez lo hubiera propuesto al Jurado ni éste declarado;

La quinta —injusticia notoria del veredicto— en cuanto a que el jurado declaró, contrariamente a las pruebas acreditadas en el proceso, la participación de los recurrentes en el homicidio, sin que este delito se hubiera comprendido en el acuerdo para el robo; y

La sexta —veredicto evidentemente contradictorio— en cuanto a que el jurado, al declarar la responsabilidad de los procesados conjuntamente como cómplices, auxiliares y encubridores del homicidio, les imputó al mismo tiempo tres grados excluyentes de participación delictuosa.

El Procurador Delegado, en un serio y razonado estudio relativo a los elementos constitutivos del delito de cuadrilla de malhechores y también a las características sustanciales de los tres grados de participación —complicidad, auxilio y encubrimiento— acepta las tesis de la demanda que fundaron las causales tercera y sexta, y solicita "se absuelva a los procesados del delito de cuadrilla de malhechores que se les imputó en el auto de proceder y se declare contradictorio el veredicto del jurado en cuanto al delito de homicidio y ordene la convocatoria de nuevo jurado que decida sobre este delito, "siendo entendido —previene el Procurador— que el veredicto atinente al delito de robo queda en firme y en suspenso mientras llega el momento de fallar sobre ambas infracciones".

IV. — Estudio de las causales

Considerado el orden de importancia de las causales que invocó el recurrente y la repercusión que algunas—como la tercera, por ejemplo— pueden tener sobre las otras, si es jurídico su fundamento, juzga la Sala —y así procede— que los problemas centrales propuestos al estudio de la Corte son los relativos a la prueba de la asociación o cuadrilla y a la contradicción del veredicto, y que en el examen del recurso debe darse a ellos preferencia sobre el de la discordancia entre el veredicto y la sentencia y la violación—por error en la aplicación—de la ley penal.

A) Error en la prueba del cuerpo del delito (3ª)

La objeción del recurrente —según ya se expuso— engloba dos cuestiones: la participación en el homicidio y la cuadrilla o asociación.

Arguye el Procurador —y en ello coincide la Corte— que la falta de prueba de la participación en el homicidio no es tema propio de la causal tercera, sino de la quinta, por cuanto atañe no al delito sino a la responsabilidad; esta tesis, ciertamente jurídica, induce a la Corte a posponer su consideración y a analizar de preferencia el otro problema, el relativo a la cuadrilla o asociación criminosa.

A García, Rodríguez, Quintero y Estévez se les imputó —además del homicidio y robo en cuadrilla— el de cuadrilla, imputación ésta última que García y su defensor atacan a fondo, y que tanto el Juzgado como el Tribunal fundan en los siguientes hechos acreditados en el proceso;

a) La analogía entre los delitos juzgados en este proceso y los que ejecutaron seis meses antes en el sitio "La Honda", también cerca a la ciudad del Socorro, varios de los aquí comprometidos —Mendoza o Maldonado, Montenegro, Quintero entre ellos— y que culminaron en la muerte de Vicenta Plata de Duarte y de sus hijos Macario y Peregrino, en las lesiones en José Angel Sepúlveda y en el robo de bienes de propiedad de los Duarte;

b) Las confesiones y mutuas acusaciones que en los careos e indagatorias se hicieron los unos a los otros en cuanto al acuerdo y consumación del delito;

c) Las afirmaciones de Crescencia Vera, la amante de Mendoza o Maldonado, según las cuales en su casa se reunieron alguna vez los procesados, los mismos que participaron en el asalto a la casa de los Ramírez y los Duarte, y antes de tales sucesos;

d) En el hallazgo, en poder de Mendoza o Maldonado, del plano de la casa de los Ramírez, y que aquél mostró a sus compañeros en el cañaveral vecino a su casa, antes de partir hacia "El Naranjal" la noche del asalto;

e) La distribución de los objetos robados a los

Ramírez, entre los partícipes, horas después de haber abandonado la casa de los Ramírez, y

f) La posición de Mendoza o Maldonado, reconocida y afirmada por los procesados, de jefe o director de la asociación o cuadrilla y de organizador de las empresas criminosas de "El Naranjal" y "La Honda" o "La Culebra", realizadas —respectivamente— dentro de los seis primeros meses de un mismo año.

No demuestran los hechos enumerados la existencia, legal del delito de asociación o de cuadrilla, como tan categóricamente la dedujeron los falladores de instancia, ya que en la formada por los recurrentes faltan los elementos esenciales característicos de tan grave infracción; pero ello se debe, aquí como en otros casos análogos, a la aparente similitud que existe entre las especies de asociación configuradas en la ley penal, la una como delito autónomo, la otra como factor modificante de la responsabilidad, lo que obliga a un análisis de fondo del problema.

La cuadrilla de malhechores de la antigua legislación (artículo 248) no discrepa, como figura penal, de la asociación para delinquir de la nueva (artículo 208), pues si ésta añade a sus elementos el de ser permanente, aquélla según la doctrina y la jurisprudencia, ya lo había incluído como factor esencial de la cuadrilla. Considérese, pues, la banda o asociación del nuevo estatuto o la cuadrilla del antiguo, siempre será una asociación permanente de varias personas bajo la dirección de alguna o algunas de ellas, organizada previo mutuo acuerdo de voluntades con fines de lucro y provecho común para la comisión de una o varias especies de delitos; en su origen, estructura y finalidad, además, es una especie de los delitos contra el orden público, carácter de que la nueva legislación no lo privó por el solo hecho de haberlo clasificado y erigido en título independiente.

La asociación delictuosa presenta, pues, dos formas: una permanente, general, para ejecutar una o varias especies de delitos, que es —en sí— delito autónomo, y cuya sola constitución sanciona la ley con fines de tutela del orden público, y la otra, transitoria y especial, para ejecutar determinado delito, forma de asociación que no es, como la primera, delito en sí, autónomo, sino participación en ese determinado delito y que puede sin ella legalmente consumarse; la asociación, cuando es, pues, transitoria y para un delito fijado de antemano, es elemento de complicidad solamente.

Aplicadas estas doctrinas al caso en estudio, puede ya determinarse que la asociación de Mendoza o Maldonado, Montenegro, García, Rodríguez, Estévez y Quintero, fue constituída, especial y transitoriamente, para el robo en casa de los Ramírez, en la misma forma en que lo fue para el robo, seis meses antes, en casa de los Duarte, y estos casos, aunque en ambos participaron algunos de los mismos, tampoco fundan la existencia legal de una sociedad criminosa, general y permanente, sino el de un concurso especial y transitorio, cuyos caracteres, a pesar de la analogía aparente, no pueden fácilmente confundirse.

La Corte —según lo anota el Procurador Delegado— ha ya reafirmado, en varios procesos, entre ellos el de "La Culebra" o "La Honda", esta doctrina, y analizado los aspectos diferenciales de ambas instituciones: la asociación y la participación; aquí, pues, la Corte se limita a ratificarla y ampliarla; la objeción del recurrente, en suma, según la cual el Tribunal incurrió en error al apreciar las pruebas del delito de cuadrilla o asociación criminosa, es fundada, y, por esta razón, la causal tercera prospera, y los recurrentes deberán ser absueltos por este delito.

B) Veredicto contradictorio (1ª)

El recurrente ataca —por contradictorio— el veredicto, en cuanto al homicidio en Mardoqueo Bautista, así como la interpretación que de ese veredicto hizo en la sentencia el Tribunal.

El Jurado —efectivamente— negó la responsabilidad de los procesados como autores principales de la muerte de Bautista, pero —en cambio— la afirmó conjunta y simultáneamente como cómplices, auxiliadores y encubridores, atributos éstos que—según el recurrente—no pueden en manera alguna coexistir por la contradicción esencial que media entre ellos.

La complicidad, el auxilio y el encubrimiento, en efecto, son denominaciones que —en la antigua legislación penal (artículos 23, 24 y 25)— corresponden a diversos grados y formas de participación criminosa, y que, en la nueva fueron eliminadas y a la vez sustituídas por fórmulas más generales, más técnicas y menos casuistas. Y como fue aquélla —la de 1890— la aplicada en todo el desarrollo del proceso, la objeción contra el veredicto debe examinarse en relación con sus normas y con los principios clásicos que las fundan.

La complicidad —de acuerdo con el criterio clásico y considerada en su aspecto general— es la participación en el delito cometido por otro u otros —autores o coautores—: "en grado suficiente para constituír a los partícipes más o menos responsables del hecho criminoso"; y como en éste concurren dos fuerzas —fuerza moral o voluntad inteligente y fuerza física o acción— el cómplice o partícipe accesorio puede contribuír al delito con cualquiera de aquellas fuerzas o con ambas, lo que origina tres casos de participación accesoria: acción sin voluntad, voluntad sin acción y acción y voluntad, de los cuales sólo los dos últimos revisten las formas peculiares de la complicidad.

En el concurso de acción y voluntad —del cual surge más precisamente la clasificación tripartita de complicidad, auxilio y encubrimiento— el factor tiempo, en relación al momento del delito, constituye el criterio de diferenciación del grado del concurso y de denominación de los partícipes. Así, cómplice será aquel cuyo concurso precedió a la consumación del delito; correo, el que participó en el momento de la consumación; auxiliador o encubridor, el que concurrió después del delito pero sin su anterior conocimiento.

No obstante que la clasificación, del estatuto penal de 1890 —autores, cómplices, auxiliadores, encubridores— no coincide con aquélla que adoptaron los fundadores de la escuela en que aquel estatuto presume haberse inspirado, y no obstante que las agrupaciones de los artículos 22, 23, 24 y 25, están integradas en tan desordenada forma, que entre los cómplices se incluyeron autores, y cómplices entre los autores y auxiliadores, confundiendo así los diversos grados de participación criminosa, no se puede —por opuesto que sea a los postulados de la lógica— prescindir de las normas positivas, que son las que orientan la jurisprudencia. Si, pues, en el estatuto de 1890, que es el aplicado, determinados grados de participación integran la complicidad, y otros el auxilio y el encubrimiento, y si el mismo estatuto establece escalas de pena para cada uno de esos grados, dando así a cada agrupación una entidad propia, excluyente, opuesta a las otras, surge —física y jurídicamente— la imposibilidad de imputar todas las calidades de la participación accesoria al mismo partícipe.

El veredicto que declare la posibilidad de poseer, simultánea o subsidiariamente, las calidades o posiciones de cómplice, auxiliador o encubridor, por una participación accesoria de idéntico grado es, en la forma y en el fondo, contradictorio.

La causal sexta de casación tiene, por consiguiente, fundamento, y debe prosperar.

C) Violación de la Ley. Desacuerdo con el veredicto e injusticia notoria (1ª, 4ª y 5ª)

Otras tres causales —la violación de la ley penal, el desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado y la injusticia notoria —invocó el recurrente en su demanda, con fundamento análogo al que presentó para probar las causales anteriores, esto es, la inexistencia de la cuadrilla y de la participación en el homicidio.

Mas como la cuadrilla ha sido definitivamente descartada y la responsabilidad de los recurrentes en la muerte de Bautista debe someterse a la decisión de un nuevo jurado, los temas propuestos por aquéllos para fundar las otras causales (1ª, 4ª y 5ª) han dejado de tener el interés primitivo; es, así, inocuo tratar el tema de la especie de homicidio y de la agravación de la responsabilidad por ese delito, mientras en un nuevo juicio público no se precise la forma y grado de participación que los recurrentes tuvieron, lo que también puede decirse de la disconformidad de la sentencia y el veredicto por causa del delito de asociación criminal que, como se dijo, debe resolverse en una decisión absolutoria; como —además— con la causal primera se persigue la modificación de la responsabilidad y por lo tanto de la pena, es problema que también queda subordinado a la decisión del nuevo jurado.

En cuanto a la injusticia notoria del veredicto, apenas mencionada y no fundada, no prosperaría por la sola razón de que no fue controvertida en las instancias, al menos que pudiera tenerse como controversia anterior el concepto del Fiscal del Tribunal de que García, Rodríguez, Estévez y Quintero, son agentes principales y no accesorios del homicidio, concepto que el Tribunal no aceptó.

El hecho de que el veredicto sea contradictorio y de que la asociación criminosa se haya descartado, inducen a prescindir —por substracción del objeto— del estudio de las causales restantes invocadas.

V.—Decisión del recurso

Del anterior estudio se concluye lo siguiente:

a) Que el delito de cuadrilla de malhechores o asociación para delinquir imputado a los recurren-

tes como delito autónomo, no tiene en este proceso existencia legal;

b) Que no se pueden imputar conjunta y simultáneamente —por ser excluyentes y opuestas entre sí— las situaciones o calidades de la complicidad, el auxilio y el encubrimiento, y

c) Que, dada la evidencia de estas tesis, es necesario absolver por el delito de cuadrilla y convocar a nuevo jurado por causa de la contradicción del veredicto.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y en atención a la solicitud del Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

a) Absolver —como en efecto absuelve— a los procesados Pedro Pablo García Bueno, Cosme Rodríguez Mosquera, Dionisio Quintero Cala y Ciro o Isidro Estévez, por el delito de cuadrilla de malhechores que se les imputó en el auto de proceder, y

b) Declarar contradictorio el veredicto del Jurado en cuanto se refiere al delito de homicidio y ordenar la convocatoria de otros jueces de conciencia que decidan sobre el particular, siendo entendido que el veredicto atinente al delito de robo queda en firme y en suspenso mientras llega el momento de fallar sobre ambas infracciones.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello, Srio.

ELEMENTOS DE LA APROPIACION DE COSA AJENA EXTRAVIADA

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, mayo trece de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Dr. Higinio Solarte, defensor de Ignacio Melenje, interpuso casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, del 16 de febrero del año pasado, por la cual —con aplicación de los artículos 398 (Numeral 7º) del Código Penal y 1º Ley 4ª de 1943— Melenje fue condenado a la pena de seis meses y diez días de prisión, como autor del hurto de una novilla de propiedad de Hernando Sandoval, delito cometido en uno de los días del mes de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, en el Municipio de Coconuco, Departamento del Cauca.

Sometido el recurso a las normas del Título IV Libro III del Código de Procedimiento Penal, el defensor de Melenje formuló oportunamente su demanda, con fundamento en los numerales primero y quinto del artículo 567 del mencionado Código, demanda que el Procurador Delegado coadyuvó, no en virtud de tales causales, sino de la cuarta, que no mencionó el recurrente.

I.—El proceso contra Melenje

A Ignacio Melenje, residente en el sitio de "San Pedrillo", Municipio de Coconuco, se le inició sumario en la Alcaldía del mismo nombre, acusado de haber hurtado una novilla perteneciente a Hernando Sandoval, en la última quincena del mes de febrero de 1943.

Las circunstancias en que Melenje tomó la mencionada novilla no fueron suficientemente aclaradas en la investigación, lo que en un principio llevó al Fiscal del Tribunal—en sus conceptos sobre las solicitudes de libertad provisional— a imputar a Melenje el abuso de confianza del artículo 418 en vez del hurto, tesis que el Procurador Delegado ahincadamente defiende en su vista sobre este recurso extraordinario.

Javier Montalvo, en efecto, trabajador de la hacienda "Calaguala", administrada por Antonio García, conducía de Coconuco, en la época fijada, una "junta" de ganado con destino a "Calaguala", y con ella una novillona blanca que Hernando Sandobal, su dueño, le había dado en compañía a Antonio García; en el trayecto de Coconuco a "Calaguala", la novilla se quedó atrás, y Melenje ordenó a uno de sus niños la arriara con otros semovientes de su propiedad, y con éstos fue enviada a sus potreros, donde Eusebio Rojas, recomendado de Sandoval la halló y condujo a Coconuco, después de que aquél lo había demandado ante el Alcalde.

Sobre estos hechos —que oportunamente serán examinados— el Juez 2º del Circuito Penal de Popayán lo llamó a juicio criminal por el delito de hurto, decisión que el Tribunal Superior confirmó, y sin que durante el juicio se hubiera modificado la situación jurídica de Melenje, fue condenado —mediante uniformes sentencias de primero y segundo grado— a la pena de seis meses y diez días de prisión, contra la última de las cuales el defensor recurrió en casación.

II.—La demanda y su respuesta

Dos causales, la primera y la quinta del artículo 567 del estatuto procesal penal —como ya se dijo— invocó el recurrente, o sea la violación de la ley penal y la falta de expresión terminante y clara, en el fallo, de los hechos que se consideraron probados, respectivamente, y que defiende, más o menos, en los siguientes términos:

El hecho imputado a Melenje —según el recurrente— constituye el abuso de confianza del artículo 418 (ordinal a), y no el hurto del artículo 398 (numeral 7º); la aplicación de esta norma, en vez de aquélla, significa violación de la ley penal y, en consecuencia, se debe fijar el mínimo de la pena fijada en la primera de las normas mencionadas.

El recurrente analiza la indagatoria de Melenje, quien explica ante el funcionario instructor cómo la novilla de Sabogal estaba entre el ganado que Javier Montalvo conducía a Calaguala, cómo se

quedó atrás separándose del grupo y cómo al día siguiente la hizo traer a sus potreros con otros animales de su propiedad, y la retuvo con el ánimo de hacerse pagar su trabajo; al final compara la afirmación de Melenje con la de Carmen Prado de Satizábal, para así dar vida a su tesis de que el procesado pudo, más bien, apropiarse de la novillona extraviada, y de que no siendo hurto el delito por que se le condenó, sino abuso de confianza en una de sus menos graves modalidades, se violó la ley penal, y siendo esto así —como lo es— la pena que le corresponde es la de arresto, y no la de prisión.

La objeción, según la cual en la sentencia no se expresaron con claridad los hechos que se declaran probados, se limitó a enunciarla y a afirmar que "se sientan premisas que están completamente alejadas de la realidad procesal, como —dice— tendrá oportunidad de verificarlo la Corte".

El Procurador Delegado, previo examen del proceso, y de conformidad con la tesis del recurrente en cuanto a la inexistencia del hurto, juzga que se trata, no de la causal primera, sino de la cuarta, por cuanto al llamar a juicio por hurto, se incurrió en error sobre la denominación jurídica del delito, lo que "no estorba —dice el Procurador— para que la Corte declare la nulidad, ya que en el fondo los motivos de ésta han sido planteados y sustentados en la demanda, y además, es la única solución posible que puede darse al asunto".

"En consecuencia —termina— debe prosperar la causal cuarta, en cambio de la primera. La equivocada enunciación de una causal no puede llevar hasta el extremo de desconocer la evidencia de los hechos y el derecho en que se funda. Toca entonces al juzgador poner las cosas en el lugar que les corresponde".

III.—Decisión del recurso

Objeta el recurrente la sentencia —con base en la causal primera— porque no se aplicó el artículo 418 (ordinal a) en vez del 397 (numeral 7º), es decir, porque se sancionó como responsable de un delito —el hurto— no probado plenamente, en cambio del abuso de confianza, que fue el ejecutado por Melenje.

El punto de partida del estudio es la confrontación de los elementos constitutivos del hurto y del abuso de confianza en relación con los hechos aquí acreditados, y a ello se procede.

El hurto —conforme al artículo 397— para que sea sancionado como tal, requiere: la sustracción de una cosa mueble, la falta del consentimiento del dueño, y el propósito del lucro; y si el bien o bienes sustraídos es o son cabezas de ganado, mayor o menor, que formen parte de un rebaño o que estén sueltas en dehesas o caballerizas, —dice el artículo 398 (numeral 7º) aplicado— la pena del artículo 397 (seis meses a cuatro años de prisión) se debe aumentar hasta la mitad.

La apropiación de cosas ajenas extraviadas, sin cumplir los requisitos que prescribe la ley —dice el artículo 418 (ordinal a)— será sancionada con arresto de uno a ocho meses.

El problema central aquí propuesto tiene dos fases de sucesiva consideración: el de la especie de delito que, según el Procurador y el recurrente, es de apropiación de cosas extraviadas y no de hurto, y el relativo a la causal eficaz de impugnación: si la primera, que fue la invocada en el recurso, o la cuarta que, aunque no invocada, puede —según el Procurador— declararse fundada.

Eliminado el motivo de agravación, o sea el hurto cometido en animales pertenecientes a un rebaño o sueltos en dehesas, ya que la sola afirmación de Antonio García de que la novillona de Sandoval se quedó en el potrero de Bolívar Valencia no significa que Melenje la hubiera extraído de allí, se procede a examinar qué delito configuran los datos del proceso.

Javier Montalvo y García, conductores del ganado destinado a la hacienda de "Calaguala" coinciden en que la novilla de Sandoval se quedó atrás del ganado restante, y el segundo añade haberla dejado en el potrero de Bolívar Valencia, de donde ya al día siguiente había desaparecido; pero esto no implica —como el Juez y el Tribunal lo dedujeron— que Melenje la hubiera sacado del nombrado potrero, ya que la prueba testimonial se opone a esa deducción.

"El día que la ví pasar por el frente a mi casa —afirmó Melenje en su indagatoria— la hice atajar con mis hijos, pero como la novilla se bajó para el llano, yo mandé a los niñitos a atajarla al llano, la novillona estuvo en Palomera y de allí la saqué en junta de las vacas de mi propiedad y la llevé el miércoles que contamos veinticuatro de los corrientes para el Alto y la dejé en mi manga denominada "La Laguna". En la misma diligencia, el acusado Melenje, al ser interrogado por qué había llevado la novillona a su manga, en vez de entregarla a Montalvo, explicó: "Yo fuí la persona que llevó dicha novillona para la manga donde se me pregunta con el fin de entregársela a

Javier Montalvo y cobrarle mi trabajo". Preguntado por qué no dejó la novillona en un sitio más cercano para entregársela a Montalvo o llevarla al Municipio como dijo haber pensado hacerlo, expuso: "yo la llevé para allá, pero sin picardía de ninguna clase; erré al llevarla".

"La novillona se la dí al partido a Antonio García —dijo Sandoval en su denuncio— a quien no le gustó el precio y la sacó de la manga donde se encontraba y la novillona se fue seguramente con dirección a la dehesa".

Carmen Prado, por cuya casa pasaron García y Montalvo con el ganado y se dio cuenta de que se quedaba una novillona blanca, la de Sandoval, expuso ante el funcionario instructor: "No recuerdo si fue precisamente ese día o el siguiente día, que a la misma novillona la hizo atajar Ignacio Melenje con un hijo de él, porque la novillona andaba sola por el camino".

Los niños Orentino Melenje, hijo del procesado, y Emeterio Yace, confirmaron lo dicho por Carmen Prado, así como la explicación referida en la indagatoria en cuanto a la orden que Ignacio Melenje les dio para traer a su casa la novilla que estaba en el camino, y entregarla a Montalvo que, no obstante haberlo negado, la había recomendado a Melenje, "Don Ignacio nos dijo —afirmó el niño Yace— que arriáramos la novillona, porque a él se la había recomendado don Javier Montalvo". La idéntica declaración que con la misma espontaneidad hizo el otro niño, una y otra confirmadas por Carmen Prado, fundan la convicción de que Melenje dijo la verdad en su indagatoria, sin embargo, de las contradicciones que los falladores le anotaron y contra las cuales se mantuvo firme en los careos con García y Montalvo.

No aparecen aquí, pues, en la plenitud que exige la ley, los elementos esenciales del hurto, menos del hurto agravado, y si en el hecho de Melenje se destaca algún propósito, no es el de aprovecharse de la novilla, que según Carmen Prado andaba sola en el camino y separada ya del ganado que anteriormente conducían Montalvo y García, sino el de que Montalvo le pagara su trabajo, el de coger la novilla y tenerla en sus potreros, ya que aquél —según le sostuvo Melenje en el careo— se la había recomendado.

La apropiación de cosa ajena extraviada, figura que han defendido aquí tanto el recurrente como el Procurador, y también el Fiscal del Tribunal en las controversias sobre excarcelación, requiere examen detenido, especialmente en cuanto a sus relaciones jurídicas con la ocupación como sistema de adquirir el dominio.

El estatuto civil —artículo 704— excluye del régimen de ocupación las cosas descubiertas o halladas, a condición de que su naturaleza, vestigios o señales, indiquen o manifiesten haber estado antes bajo dominio, en cuyo caso serán entregadas al dueño si fuere conocido, o a la autoridad competente si no lo fuere.

"La persona que en el caso del artículo anterior —prescribe el artículo 705 del mismo estatuto— omitiere entregar al dueño, si fuere conocido, o si no lo fuere, á la autoridad competente, la especie mueble encontrada, dentro de los treinta días del hallazgo, será juzgada criminalmente, aparte de la responsabilidad a que haya lugar por los perjuicios que ocasione su omisión".

Comprobados el extravío de la novilla, el hallazgo por Melenje y el propósito de entregarla a Montalvo, y descartado el hurto por inexistencia del elemento subjetivo o psíquico, queda configurada la apropiación de cosa ajena extraviada.

Pero este hecho, para que constituya delito —según el artículo 418— está subordinado a la condición de que no se hayan cumplido los requisitos que prescribe la ley (artículo 705 C. C.), esto es, que hayan transcurrido treinta días contados desde el hallazgo, sin que, conocido o no el dueño, se haya entregado a éste o a la autoridad competente la cosa extraviada y hallada; aplicadas estas normas al caso presente, se llega a la conclusión de que si desde el principio y con fundamento en las primeras diligencias, se hubiera configurado la apropiación, la acción penal habría tenido que suspenderse por falta de la condición mencionada, o aplazarse hasta su cumplimiento; pero ni Melenje ni su defensor ejercitaron oportunamente ese derecho, y los falladores —a pesar de la advertencia del Fiscal del Tribunal— lo llamaron a juicio y sentenciaron por una especie de delito no cometido, es decir, incurrieron en error relativo a la denominación jurídica de la infracción, viciando así de nulidad el proceso.

Frente a semejante error, el estatuto procesal penal señala al Juez y a las partes la oportunidad y el medio eficaz de subsanarlo: al primero, la obligación de decretar la nulidad y reponer el proceso, y a las partes el poder de alegarla en las instancias o en su falta ante la Corte, sin que sea uno mismo el sistema de impugnación aplicado; en aquéllas mediante un simple acto petitorio,

aquí mediante la casación y con sujeción estricta a las normas que la fundan y regulan.

Recurrente y Procurador —como se dijo— disienten en cuanto a la causal invocable que, al prosperar, induzca al cambio de imputación y por lo tanto al de especie y tiempo de pena, pues si el recurrente opta por la primera por cuanto afirma que el haber aplicado el artículo 398 en vez del artículo 418 constituye errada interpretación e indebida aplicación de la ley penal, el segundo supone que el recurrente al objetar la imputación del hurto en vez de la apropiación de cosa extraviada, en el fondo alega la nulidad por error en la denominación jurídica del delito y la causal cuarta por lo tanto.

La Corte, aún aceptando la errada denominación jurídica de la infracción, discrepa de las hipótesis aquí planteadas, no sólo por la ineficacia de las causales invocadas sino también por la esencia jurídica de este recurso que, al aceptarlas, se opondría a tal esencia.

Punto de partida de la explicación de la anotada discrepancia es el criterio diferencial que regula la validez de las causales invocadas, o sea el error, pues si la primera se funda en el error en la aplicación de la ley penal, la cuarta a su vez se funda en el error en la denominación jurídica del delito.

Se habría fundado la primera si llamado a juicio Melenje por apropiación de cosa extraviada y sentenciado por este delito, se le hubiera impuesto la pena de prisión del artículo 398 en vez del arresto del artículo 418; pero calificada la infracción como hurto agravado y ratificada esa calificación en la sentencia, y penado según el artículo 398, no podría fundarse la primera causal en que no se aplicó el artículo 418, porque la ley penal no se aplicó erradamente.

Se habría fundado la cuarta si se hubiera invocado y alegado el error, no en la aplicación de la ley penal como lo hizo el recurrente, sino en la denominación jurídica del delito, y aunque lo que hay en el fondo es la nulidad causada por tal error, la Corte —según mandato del art. 658— no puede tomar en cuenta causales de casación distintas de aquellas que hayan sido expresamente alegadas por las partes, prohibición ésta que inhibe a la Corte de considerar la solicitud del Procurador Delegado para que, con fundamento en la causal cuarta, se anule el proceso, no obstante el acuerdo sobre el error que la funda.

La causal quinta, que el recurrente invocó como subsidiaria de la primera, no fue presentada de acuerdo con los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, aquí aplicable por mandato del artículo 7 del penal, lo que impide su consideración; y aunque la sentencia, se aparta, en su forma, del artículo 151, sí se enunciaron en ella los hechos que el Tribunal juzgó ser constitutivos del delito y de la responsabilidad.

IV. — Decisión del recurso

No habiendo sido fundadas las causales invocadas, la primera por inexistencia de error en la aplicación de la ley penal y la quinta por omisión de los requisitos del artículo 531 del estatuto procesal civil, ni invocada la cuarta, que el Procurador supone fundada, es el caso de no casar la sentencia.

Pero tratándose de un hecho cuyo carácter penal está subordinado a una condición que no se cumplió, de que el procesado ha estado detenido tres meses aproximadamente, y de que, por su personalidad y conducta, se halla dentro de las circunstancias del artículo 80 del Código Penal, bien podría el Juez concederle la suspensión de la pena.

En consecuencia de lo expuesto, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y visto el concepto del Procurador Delegado, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Popayán por la cual se impuso a Ignacio Melenje la pena de seis meses y diez días de prisión por el delito de hurto porque se le llamó a juicio, cometido en el Municipio de Coconuco, Departamento del Cauca, el mes de febrero de mil novecientos cuarenta y tres.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretaro.

NATURALEZA JURIDICA DE LA FUNCION DEL JURADO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, mayo quince de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El abogado doctor José J. González recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, del 2 de mayo del año pasado por la cual —con aplicación de los artículos 36, 37, 39 y 362 del Código Penal— se impuso a Luis Eberto Suárez, nacido en Cartago, la pena de catorce años de presidio, por el delito de homicidio intencional en la persona de Benito Antonio Grajales, cometido en la población de Mistrató, Departamento de Caldas, de las once a las doce de la mañana del quince de octubre de mil novecientos cuarenta y tres.

Formulada en tiempo la demanda, y contestada desfavorablemente por el Procurador Delegado, se resumen en seguida los hechos, las actuaciones procesales y las tesis de las partes.

I. — Modalidades y antecedentes del delito

La investigación —no obstante que dio mayor importancia a la vida judicial de Suárez que a los motivos determinantes del delito— aclaró en mucho sus orígenes, tanto próximos como remotos, y que, según el recurrente parece sugerirlo, no fueron considerados, como han debido serlo, en la sentencia. Evidentemente, entre Suárez y Grajales, como partes de grupos políticos que se disputaban la administración municipal de Mistrató, se había creado desde años atrás un estado de mutuas persecuciones y amenazas que culminaron —mediante un juicio seguido por autoridad sin jurisdicción— en una condena de Suárez a colonia penal fundada en testimonios parciales, entre ellos el de Grajales; estado aquel a que Suárez quiso poner final mediante tentativas de conciliación que Grajales rechazó. En este ambiente, pues, se sucedieron los hechos que dieron nacimiento a este proceso.

Sobre las circunstancias y modalidades del delito no discrepan los testigos que presenciaron su ejecución. Según éstos, en la hora de las once a las doce del día 15 de octubre de 1943 jugaban poker en el reservado del "Café Fénix", de propiedad de Luis R. Amelines, establecido en la población de Mistrató, los señores Julio Uribe, Ernesto González, José Domingo Rotavista y Benito Antonio Grajales.

La cantina y el reservado —según el plano dibujado en la diligencia de inspección ocular— se hallan contra el muro lateral del salón y el último en el ángulo de éste a continuación de la primera apenas separado por un espacio pequeño, de modo que el extremo del mostrador queda en frente de la ventana del reservado, y quien llega a la cantina puede no ver las personas que se hallan dentro de aquél. Así, cuando en la hora mencionada llegaron a dicha cantina Luis Eberto Suárez y Enrique Gallón a pedir aguardiente, Grajales—que estaba de espalda a la cantina—al darse cuenta de la presencia de aquéllos, cambió de asiento con Rotavista, quedando a la derecha de la mesa de poker y con su lado izquierdo hacia la ventana y cantina; improvisadamente Uribe, González y Rotavista, los compañeros de juego de Grajales, y Amelines, que en este momento servía aguardiente a Suárez y Gallón, oyeron disparos y vieron que aquél descargaba su revólver contra Grajales, quien cayó instantáneamente muerto por causa del proyectil que le perforó el parietal izquierdo y los más importantes centros y vasos del cerebro; Suárez salió del café, volvió a cargar el arma en la calle y se dirigió a la planta eléctrica municipal, de la cual era Director.

II. — Actuaciones procesales

Entre las actuaciones procesales se enumeran las siguientes por la importancia que pueden tener en el estudio del recurso:

a) El auto del Juzgado 1º Superior de Manizales, no apelado, del 25 de abril de 1944, por el cual se llamó a Suárez a juicio criminal por homicidio, allí calificado como homicidio agravado o asesinato;

b) El cuestionario propuesto al Jurado, en el que se le interrogaba si Luis Eberto Suárez era responsable de haber dado muerte con propósito de matar, a Benito Antonio Grajales, por medio de lesiones que le ocasionó con arma de fuego, sorprendiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, etc., y con sevicia;

c) Las respuestas del Jurado, dos de cuyos miembros respondieron "sí, sin premeditación y asechanza", y los otros tres "sí, sin circunstancias de asesinato";

d) La sentencia del Juzgado 1º Superior del 22 de febrero del año pasado, confirmada por el Tribunal del mismo Distrito el 2 de mayo del mismo año, por la cual —con aplicación del artículo 362 del Código Penal y en atención a la existencia de circunstancias de mayor peligrosidad e inexistencia de las de menor— impuso a Suárez la pena máxima de catorce años de presidio, y

e) Autos del Tribunal y de la Corte, del 16 de mayo y del 20 de junio, ambos de 1945, respectivamente, por los cuales el Tribunal concedió y la Corte admitió el recurso de casación interpuesto por el defensor de Suárez.

III.—La demanda y su respuesta

De las objeciones que el recurrente hace a la sentencia del Tribunal —violación de la ley penal, errada interpretación o apreciación de los hechos, y violación de la ley procesal— la Corte prescinde de considerar la segunda por cuanto, tratándose de un juicio en que intervino el jurado, la prueba del error induciría lógicamente a declarar la existencia de la contradicción entre el veredicto y los hechos, potestad atributiva de los falladores de instancia, y no erigida en la ley procesal vigente en causal de casación, doctrina ésta invariablemente adoptada por la Corte desde que, con motivo del recurso de Juan Troyano contra el fallo condenatorio del Tribunal de Popayán (**Gaceta Judicial**, 2010 a 2014) se afirmó que —dada la esencia y naturaleza de la casación y el contenido jurídico de la institución del Jurado— la segunda causal sólo es aplicable a los juicios en que aquél, por exclusión de la ley, no ha intervenido.

Bastan, pues, como temas de estudio, la violación de la ley penal y la violación de la ley procesal que, separadamente, y ésta de preferencia sobre aquélla por su natural influencia en el recurso, serán consideradas en seguida.

a) Violación de la ley procesal

El Tribunal de Manizales, lo afirma el recurrente doctor González, no tenía jurisdicción para dictar sentencia, y como "la incompetencia de jurisdicción" —según la anticientífica expresión del Código— da origen a nulidad en los procesos penales, es viable la causal cuarta de casación y, por lo tanto, se debe reponer el procedimiento; más precisamente, no se puede —conforme al artículo 480 y en los juicios allí especificados— dictar sentencia sino de acuerdo con la codificación que el jurado dé a los hechos o sea sobre el veredicto, porque es éste el que da la competencia; de modo que si se falla sin la previa intervención del jurado o con ésta pero sin que se haya dado veredicto, se falla sin competencia, y entonces —por mandato del artículo 198 (numeral 1º)— queda viciado de nulidad el proceso.

Expuesta así, en general, no es injurídica la tesis; lo que falta determinar es si es aquí aplicable, esto es, si el veredicto en que fundó su sentencia el Tribunal de Manizales está o no revestido de las formas que el estatuto procesal fija para que adquiera esa calidad fundamental en el proceso, o si, según la categórica aseveración del recurrente, no hubo veredicto.

Tres constancias del proceso fundan la solución del problema —el cuestionario, el veredicto y la petición de la mayoría del jurado— y que a continuación se transcriben:

a) **Cuestionario:** "¿El acusado Luis Eberto Suárez, natural de Cartago, Departamento del Valle, vecino de Mistrató, mayor, casado, mecánico, es responsable de los siguientes hechos: haber dado muerte con propósito de matar, a Benito Antonio Grajales por medio de lesiones que le ocasionó con arma de fuego (revólver) sorprendiendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad, como la insidia, la asechanza, la alevosía, etc., y con sevicia; hecho ocurrido entre las once y las doce del día de la fecha del quince de octubre de mil novecientos cuarenta y tres, en el establecimiento denominado "Café Fénix", situado en el área urbana de la población de Mistrató?";

b) **Veredicto:** "Sí, sin circunstancias de asesinato", respondieron los jurados señores Gerardo Vargas, Guillermo Hoyos Robledo y Bernardo Estrada; y "Sí, sin premeditación y asechanza", respondieron los dos restantes, señores Emilio Arango y Guillermo Rivera; y

c) **Solicitud escrita** de los Jurados señores Var-

gas, Hoyos Robledo y Estrada, hecha al Juez nueve horas después de terminada la audiencia, para que —transcribe la Corte actualizando en relación con la época del delito los tiempos verbales— "se sirviera reunir nuevamente el Jurado porque deseaban explicar el veredicto que rindieron, desde luego que el que figuraba o aparecía, no fue el que quisieron dar, y sólo había existido un grave error que deseaban rectificar; ésta solicitud la hacían porque deseaban la tranquilidad de sus conciencias, exponiendo cuál fue su pensamiento, previa la anotación que hacían de que el veredicto que allí figuraba era absolutamente errado".

Sobre esta afirmación de tres de los Jurados el recurrente construyó su tesis de que el proceso es nulo, porque si el veredicto no es veredicto, y éste es el que da competencia para el fallo, Juez y Tribunal condenaron a Suárez sin tenerla, y en este caso el proceso —al tenor del artículo 198 (numeral 1º)— es nulo y debe reponerse.

La tesis, así circunscrita a este proceso, sólo se explica por causa de un criterio inexacto sobre la esencia y naturaleza de la función del Jurado.

El Jurado, no obstante que es una forma de participación popular en la justicia penal, está también sujeto a normas reguladoras de su formación y actividad funcional, análogas a las que disciplinan la de los jueces ordinarios o comunes; los miembros integrantes del jurado o jueces populares, poseen, como los otros, una competencia de carácter abstracto adquirida por su inclusión en las listas que los Tribunales forman y envían a los Jueces Superiores, y una competencia de carácter concreto adquirida, mediante el sorteo, la designación y el traslado, y para un caso determinado y concreto.

La competencia o capacidad en concreto, además de los motivos de abstención o incompatibilidad, está limitada por el carácter y objeto de la función, de modo que realizada ésta se extingue aquélla; emitido, pues, el veredicto, que es la función única del Jurado, firmado ya por los Jueces que lo integran y por el Presidente y Secretario de la audiencia —que lo son los del juicio— aquel jurado, aquellos Jueces populares, quedan desde ese momento privados de jurisdicción en relación con ese juicio, dejan de ser los jueces calificadores del hecho porque ya ejercieron su función en su totalidad y se convierten, desde ese momento, en personas extrañas a las contingencias del proceso, sin atribución alguna jurisdiccional dirigida a reformar o revocar su decisión, de la misma manera y con el mismo criterio jurídico que ningún Juez puede reformar o revocar su propia sentencia.

El veredicto que el Jurado emitió —por mayoría— en este proceso, ciertamente favorable al procesado por cuanto quitó al homicidio los elementos constitutivos del asesinato, lo fue como resultado del estudio del expediente durante el traslado y del debate público en cinco sesiones: es, pues, difícil presumir que los jurados no se hayan podido formar, en tanto tiempo y con tales elementos, una noción siquiera aproximada de los hechos imputados a Suárez, y más difícil aún explicarse por qué la respuesta que dieron por escrito al cuestionario no es la que —de acuerdo con el concepto formado— quisieron dar y escribir; el veredicto, de todos modos, fue dado por quienes tenían competencia para darlo, está revestido de todas las formas legales; y, analizado por los falladores de instancia, no se juzgó errado ni contrario a los hechos, ni nulo el proceso, ya que el recurrente alegó ante el Tribunal la misma tesis expuesta ante la Corte, esto es, la de la falta de jurisdicción por inexistencia de veredicto y la consiguiente nulidad del proceso.

Si el Juez, finalmente, como lo solicitaron tres miembros del jurado, lo hubiera convocado de nuevo aunque únicamente para explicar y anotar el error en que afirman incurrieron al escribir el veredicto, el Juez —se repite— habría actuado entonces sí sin jurisdicción, ya que la decisión de ese Jurado, irregularmente reunido, no la habría transmitido al funcionario fallador, caso éste en que la tesis de veredicto inexistente y de nulidad por incompetencia, alegada por el recurrente, habría sido inobjetable.

Otros, pues, son los medios o sistemas de subsanar errores en el veredicto, entre ellos el de la declaración de ser evidentemente contrario a los hechos, propio de las instancias, y el del veredicto contradictorio, propio de la casación, pero no el escogido por el recurrente.

El Procurador Delegado, como fundamento de su oposición a la demanda, reproduce sus tesis —análogas a las que se acaban de exponer— en los recursos contra sentencias de los Tribunales de Tunja, Buga y Pamplona, en los cuales —para atacar su propio veredicto— también los jurados hicieron manifestaciones posteriores a la audiencia, y que fueron desechadas por la Corte.

No comprobadas las tesis de la incompetencia de los falladores y de la nulidad del proceso, y descartada por lo mismo la de la violación de la

ley procesal aducida como fundamento de la causal que se invocó, no prospera por este motivo el recurso.

b) Violación de la ley penal

Esta causal —la primera del artículo 567— apenas fue enunciada, sin que, como lo anota el Procurador Delegado, se hubieran expuesto sus fundamentos ni citado las normas legales que se juzgaban infringidas, y el recurrente se limita a resumir los argumentos en que creyó poder fundar la causal cuarta, esto es, el error del veredicto, tema que no concuerda con la esencia y finalidad de la primera.

En cuanto a la referencia al recurso de Faustino Quintero contra la sentencia del Tribunal de Pereira, que el doctor González aduce en favor de aquella causal de casación, advierte la Sala que aunque en verdad prosperó el recurso y se ordenó convocar nuevo jurado, ello se debió no a la causal primera, en que se alegaba violación de la ley penal por haber aplicado el artículo 600 en vez del artículo 602 del Código Penal de 1890, sino a que el veredicto fue considerado contradictorio, no contraevidente, causal ésta que tratándose de proceso iniciado en la vigencia de la antigua legislación, el Procurador Delegado formuló; no existe, en consecuencia, similitud alguna entre aquel recurso y el presente, para que la doctrina allí adoptada pueda aquí y ahora alegarse con éxito.

IV. — Decisión del recurso

No habiéndose probado, pues, la falta de jurisdicción del Juzgado y del Tribunal para dictar sentencia, ni tampoco que se aplicó erradamente la ley, hay que concluír que, contrariamente a lo que afirmó el recurrente, no se violó la ley penal ni la ley procesal, y que la sentencia es invulnerable.

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 Manizales del 2 de mayo del año pasado, por la cual condenó a Luis Eberto Suárez a la pena de catorce años de presidio por homicidio intencional en la persona de Benito Antonio Grajales cometido en la población de Mistrató el 15 de octubre de 1943.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello, Secretario.

LA PRUEBA NUEVA EN EL RECURSO DE REVISION

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

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Modesta Jaimes, hija de Vicente Jaimes y Carmen Contreras, nacida en Pamplonita y allí residente hasta el día en que fue acusada de haber ultimado a su padre y a su madrastra, y casada con Pacífico Blanco, interpuso —con fundamento en el numeral 5º del artículo 571 del Código de Procedimiento Penal— recurso de revisión contra las sentencias ejecutoriadas del Juzgado 2º Superior y Tribunal Superior, uno y otro del Distrito Judicial de Pamplona, y de la Corte Suprema de Justicia, dictadas —en su orden— el 13 de septiembre de 1938, el 19 de mayo de 1939 y el 24 de mayo de 1940, y por las cuales se le impuso la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión, por homicidio —con caracteres de asesinato— cometido en concurso con Pacífico y Genaro Blanco la noche del 17 de diciembre de 1935, en las personas de su padre Vicente Jaimes y de su madrastra Petra Tolosa, en la casa de éstos, en el punto "Las Mesitas", municipio de Pamplonita.

Recibida la demanda, fue sometida a las normas propias del recurso; así, se abrió a prueba el proceso por el término de treinta días sin que las partes hubieran solicitado se practicara alguna, y vencido aquél se corrió traslado al Procurador y al recurrente para que presentaran sus respectivos alegatos, derecho que sólo el primero —y en sentido favorable a la demanda— ejercitó oportunamente.

La esencia y finalidad de este recurso, que es salvar los errores de hecho en que los falladores del proceso incurrieron, sugieren el método del estudio y la distribución de los puntos o temas en que el recurso se concreta: método comparativo por cuanto —alegada que fue la causal quinta— se trata de medir el valor legal de pruebas o hechos nuevos con las que fundaron las sentencias impugnadas, y las partes o etapas del proceso que, vulnerables por los errores alegados, culminaron en la condena.

I. — El proceso contra Modesta Jaimes

A Modesta Jaimes, a su esposo Pacífico Blanco y al hijo de éste, Genaro Blanco, se les imputó la muerte violenta de los esposos Vicente Jaimes y Petra Tolosa, ocurrida la noche del diez y siete de diciembre de mil novecientos treinta y cinco, en su propia casa, situada en el Municipio de Pamplonita.

Esta imputación se apoyó en los siguientes testimonios:

a) En el de la niña de cinco a seis años Carmela Chiquillo Jaimes, nieta de Vicente Jaimes, quien —por hallarse en casa de éste y ser la única persona que presenció el delito— afirmó haber reconocido como sus autores a Pacífico y Genaro Blanco, que fueron acompañados —dice— de Modesta Jaimes, esposa del primero;

b) En el de la muchacha Alejandrina Gutiérrez, nieta o sobrina de Vicente, habitante de la casa de Modesta, quien aseveró que la noche en que Vicente y su esposa fueron muertos, llegaron allí Pacífico y Genaro Blanco y después de tomar agua de panela que la declarante les sirvió, se retiraron con Modesta y regresaron muy poco tiempo después sin que los Blanco hubieran pernoctado en la casa;

c) En los de Florentino Cruz, Andrés Gáfaro, Eusebio Marcón y Alejandro Pabón Acevedo, quienes revelaron ante el funcionario instructor las graves divergencias entre Vicente Jaimes y Petra Tolosa, de una parte, y Modesta Jaimes y su esposo Pacífico Blanco de la otra, por causa de la herencia que a aquélla le correspondía en la sucesión de Carmela Contreras, primera esposa de Vicente y madre de Modesta, y que Vicente no quería entregarle, y

d) En el de Chiquinquirá Contreras, huésped en casa de Modesta Jaimes, quien la mencionada noche apenas oyó ladrido de perros y rumor de transeúntes, como también que Modesta Jaimes había salido y regresado pronto.

Sobre estos testimonios, con razón atacados por los defensores de Modesta Jaimes, ya por la corta edad de la niña Carmela, ya por el retraso mental de Alejandrina Gutiérrez acreditado en el proceso aunque empíricamente y la coacción sobre ella ejercida por los hermanos de Modesta interesados —según referencias dignas de fe— en que fuera privada de la herencia de su madre, sobre tales testimonios, se repite, sobre tan frágiles bases, fue construído este proceso, cuyas principales actuaciones a continuación se resumen:

a) Auto de calificación del delito, dictado por el Juzgado Superior de Pamplona el 29 de marzo de 1937 y confirmado por el Tribunal del mismo Distrito el 14 de junio del mismo año, en el que se llamó a Modesta Jaimes de Blanco y a Pacífico y Genaro Blanco a juicio criminal como autores, en concurso recíproco, del doble homicidio, con caracteres de asesinato, en Vicente Jaimes y Petra Tolosa;

b) Auto del 17 de abril del mismo año, por el cual se declaró a Pacífico y Genaro Blanco reos ausentes y ordenó hacer los emplazamientos del caso;

c) Cuestiones propuestas al Jurado —y por éste contestadas afirmativamente sin adición alguna— sobre si Modesta Jaimes de Blanco era responsable y había procedido voluntariamente, con intención de matar, **y en asocio de otras personas**, al dar muerte a su padre Vicente Jaimes y a Petra Tolosa, mediante varias heridas causadas con instrumentos contundente y cortante, y sobre si la acusada había ejecutado los mencionados hechos sorprendiendo descuidadas, dormidas e indefensas a las víctimas, con crueldad y con alevosía, y, además, en cuanto a Petra Tolosa, luego de atarla en el cuello y las manos para impedirle toda resistencia;

d) Sentencia del Juzgado 2º Superior del 13 de septiembre de 1938, por la cual se impuso a Modesta Jaimes de Blanco —con aplicación de los artículos 585, 586, 598 y 615 del estatuto penal antiguo— la pena de veinticinco años de presidio;

e) Sentencia del Tribunal Superior, del 19 de mayo de 1939, por la cual confirmó la del Juez Superior, pero con la reforma —de acuerdo con el artículo 71 del mismo estatuto— de sustituir la pena por la de veinte años de presidio y cinco de reclusión; y

f) Sentencia de la Corte, del 24 de mayo de 1940, en que aquélla declaró no fundado el recurso de casación y en firme el fallo impugnado.

II.—El juicio contra Pacífico y Genaro Blanco

Capturados Pacífico y Genaro Blanco, quienes —como se ha dicho— fueron llamados a juicio como coautores, con Modesta Jaimes, del homicidio —con caracteres de asesinato— en Vicente Jaimes y Petra Tolosa, pero declarados reos ausentes, se les siguió a ellos solos el juicio respectivo una vez que, llegado el expediente de la Corte, se les pudo notificar el auto de proceder, como sin ellos se le había seguido a Modesta Jaimes ya entonces recluída en la Penitenciaría de Cúcuta en ejecución de la sentencia.

Idénticas actuaciones judiciales —apertura a prueba, cuestiones propuestas al Jurado, controversia pública, sentencias— estrictamente se cumplieron en el nuevo juicio, sólo que aquí el Jurado respondió, no afirmativamente como en el juicio contra Modesta Jaimes, sino negativamente, todas las cuestiones relativas al delito, al propósito, al concurso y a los elementos del asesinato, fundando así las sentencias absolutorias del Juzgado y del Tribunal, del 19 de junio y 23 de septiembre de 1942, respectivamente.

El defensor de los Blancos, que había sido el acusador de Modesta, concretó su actividad al análisis de los testimonios de la impúber Carmela Chiquillo Jaimes y de la menor Alejandrina Gutiérrez Jaimes, retrasada mental, que si atacó por razón de la edad y de los vínculos de sangre con los hermanos de Modesta interesados en deshacerse de ella, también les opuso los siguientes testimonios: los de Nemesio Naranjo y Pedro Hurtado, rendidos en la audiencia pública, según los cuales Pacífico y Genaro Blanco se hallaban en la hacienda "Santamaría", cerca de Cúcuta, la noche en que Vicente Jaimes y su esposa fueron ultimados en Pamplonita; el de Marco Antonio García, a quien la niña Carmela Chiquillo Jaimes le dijo, al día siguiente del delito, en la Alcaldía de Pamplonita y antes de su declaración, que no había conocido a los responsables de la muerte de su abuelo y su esposa, y el de la misma menor Alejandrina Gutiérrez, quien afirma haber acusado a Modesta en virtud de promesas de dádivas y de amenazas de Patricio y Jacinto Jaimes, hermanos de Modesta.

La convicción que las afirmaciones de estos testigos formaron en la conciencia de los Jueces y funcionarios fue tan firme y sólida, que el Fiscal del Juzgado —que en un severo memorial de cargos contra los procesados había solicitado ahincadamente se respondieran afirmativamente las

cuestiones— se solidarizó con el defensor en sus razonamientos y conclusiones, no sin que el defensor y Fiscal, al final, hicieran referencia al contraste de la condena de Modesta Jaimes, con la absolución de los Blancos y a la revisión como medio de equiparar la posición de todos los procesados.

III.—La demanda

Sin que el escrito presentado a la Corte pueda ser considerado, en su forma, como la demanda cuyos requisitos prescribe el artículo 572 del Código de Procedimiento Penal, la recurrente Modesta Jaimes de Blanco invocó la causal quinta del artículo 571 del mencionado Código, que dice:

"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".

No pidió pruebas en la época que autoriza la ley, pero con la demanda presentó copias auténticas de las sentencias del Juzgado 2º Superior y Tribunal de Pamplona, del 19 de junio y 23 de septiembre de 1942, respectivamente, por las cuales con base en el veredicto del Jurado, Pacífico y Genaro Blanco fueron absueltos, y pidió, además, se tuvieran como tales las que fundaron la absolución de los Blancos, es decir, aquellas con las cuales se estableció que la noche del delito los Blancos estaban en la hacienda de "Santamaría", en el Municipio de Cúcuta, que Modesta Jaimes no salió de su casa y que la impúber Carmela Chiquillo Jaimes y la menor retrasada mental Alejandrina Contreras Jaimes afirmaron haberlos visto, sugestionadas o coaccionadas por los hermanos de Modesta mediante promesas de dádivas y amenazas.

El Procurador Delegado, en el tiempo del traslado, después de destacar la anomalía de este proceso, en el cual se absolvió a los Blancos con las mismas pruebas con que se condenó a la otra, siendo así que desde el auto de proceder se precisó la figura del concurso, que fue propuesta a los dos Jurados que decidieron de la imputabilidad y responsabilidad de la Jaimes primero y de los Blancos después, el Procurador —se repite— solicita se decrete la revisión del proceso.

Tesis análogas expusieron en las audiencias celebradas en el proceso contra los Blancos, no sólo el Fiscal del Juzgado, sino su defensor Dr. Jorge Lamus Lamus. Este, que actuó como Fiscal en el proceso contra Modesta, hizo la siguiente declaración que la Corte toma de las actas de la audiencia: "dice que él en su condición de Fiscal y ya que en la actuación del término de pruebas adelantadas por el Dr. Navas Prada como defensor de los Blancos, se dio cuenta de la injusticia que se había cometido al condenar a Modesta Jaimes, y por tal razón cuando se retiró de la Fiscalía y se dedicó al ejercicio de su profesión después del fallecimiento del Dr. Navas, se ofreció como defensor a los Blancos, más que por su dinero, del cual carecen, por enmendar su error anterior de funcionario en este proceso". El Fiscal Dr. Alvarez se expresó de análoga manera después de pedir la absolución de los Blancos: "En cuanto a Modesta Jaimes —dijo— debe indemnizársele de los perjuicios incalculables que ha sufrido por consecuencia de este monstruoso error judicial, y en ello tomará todo empeño la Fiscalía".

IV.—Decisión del recurso

No obstante que las sentencias por las cuales Pacífico y Genaro Blanco fueron absueltos podrían considerarse como hecho nuevo en favor de la inocencia o irresponsabilidad de Modesta Jaimes, por cuanto —según el auto de proceder, los cuestionarios y el veredicto— a ésta se le condenó y a aquéllos se les absolvió por un delito ejecutado conjunta y simultáneamente por todas tres, esto es, en concurso recíproco, la causal de revisión que con mayor fuerza se precisa aquí es la tercera, aquélla que se funda en la prueba de la falsedad de los testimonios que determinaron la condena; y como en el ordenamiento de este recurso no existe la norma prohibitiva sancionada en casación, la Corte estudiará el recurso enfrente de las dos causales —tercera y quinta— ya que hay razones de orden lógico y jurídico para interpretar la prueba o hecho nuevos como fundamento de la una o de la otra, dando —eso sí— preferencia a la tercera.

a) Tercera causal

Fueron dos los testimonios —los de la impúber Carmela Chiquillo y los de la retrasada mental Alejandrina Gutiérrez— los que determinaron la condena de Modesta Jaimes.

Carmela, como se dijo, estaba en la casa de su abuelo Vicente Jaimes la noche que fue ultimado, y el 29 de diciembre de 1935, esto es, quince días después del delito, declaró haber visto entrar a Pacífico y Genaro Blanco, acompañados de Modesta, al primero cuando ultimó a Vicente y Petra, y a Modesta sólo después de cometido el delito y gracias a la luz de la lámpara que dice llevaba Pacífico, sin que Modesta hubiera ejecutado acto alguno ni cooperado materialmente en el delito.

Alejandrina, quien habitaba en la casa de Modesta, también quince días después del delito afirmó que la noche en que éste fue ejecutado, llegaron allí Pacífico y Genaro, ella les dio agua de panela, salieron después con Modesta y regresaron a la casa poco tiempo después, despidiéndose ésta de aquéllos en forma muy breve.

Estos testimonios —aun haciendo abstracción de la incapacidad perceptiva de Carmen por causa de su edad (cinco años) y de Alejandrina por su edad (12 años) y su deficiencia mental— fueron tachados de falsedad en la audiencia contra los Blancos, tesis que fundó su absolución.

En el término de prueba, efectivamente, Marco Antonio García, testigo no citado en el juicio contra Modesta, afirmó que el día que trajeron a ésta y a Carmela a Pamplonita, el día del delito o el siguiente, García, por curiosidad, preguntó a Carmela, en la Alcaldía, si había conocido a los homicidas, y contestó negativamente. García ratificó esta afirmación en la audiencia pública.

Alejandrina Gutiérrez, quien ya había incurrido en serias contradicciones, pues si primero dijo haber pernoctado en casa de Modesta la noche del delito, después afirmó que era en la de su madre donde tal noche había dormido, ratificó en la audiencia que Modesta no había salido de su casa dicha noche, y que la acusó porque los Jaimes —Patricio y Jacinto— le ofrecieron cinco pesos primero y después la amenazaron; quedó así, en todo su valor, el testimonio de Chiquinquirá Contreras, quien también estaba aquella noche en casa de Modesta, quien, aunque oyó rumor de gentes y ladrido de perros, no vio llegar a los Blancos ni vio salir a Modesta.

Reafirman la falsedad de los testimonios de la impúber Carmen y de la retrasada Alejandrina, los de Pedro Hurtado y Nemesio Naranjo, trabajadores de la hacienda de "Santamaría", ubicada en el Municipio de Cúcuta, los cuales —citados a la audiencia— aseveraron, con énfasis que aleja todo motivo de duda, que los Blancos se hallaban allí no sólo en el mes de diciembre de 1935, sino especialmente la noche en que Vicente y Petra fueron ultimados.

Si, pues, los testimonios de Carmela Chiquillo Jaimes y de Alejandrina Gutiérrez Jaimes, fueron tachados de falsos y probada también esa tacha, la causal tercera de revisión es fundada.

b) Causal quinta

Aceptando que el testimonio de Marco Antonio García, no rendido en el juicio contra Modesta Jaimes, constituye la prueba nueva que exige el Numeral 5º del artículo 571, las sentencias absolutorias de los Blancos, si no son hecho nuevo que acredite la inocencia o la irresponsabilidad de la recurrente, sí constituyen el indicio grave de tales inocencia e irresponsabilidad.

Acusados Pacífico y Genaro Blanco y Modesta Jaimes de haber dado muerte, en concurso recíproco, a Vicente Jaimes, y Petra Tolosa, y absueltos los dos primeros, no puede menos de concluírse que si la última hubiera sido juzgada contemporáneamente con los Blancos, también hubiera sido absuelta, ya que los fundamentos que indujeron a la absolución de los dos coautores debían lógica y jurídicamente favorecer al coautor restante. La absolución de los Blancos, por lo tanto, implica una fuerte presunción de la inocencia e irresponsabilidad de Modesta Jaimes, pues si no fuera así se llegaría al absurdo de que en virtud de dos sentencias, absolutoria la una y condenatoria la otra, una de las tres personas que ejecutaron un delito que no podía serlo por una sola, la que no ejecutó precisamente ningún acto de consumación ni de ejecución, cumplía la condena.

"Esta anomalía —dice el Procurador— procede indudablemente de las deficiencias que ya en muchas ocasiones la Procuraduría ha puesto de presente acerca de la institución del Jurado. La responsabilidad en materia penal es una noción que requiere para su estudio cierta disciplina mental y cultural que no todas las veces se encuentra en los individuos que forman un jurado, razón por la cual esta institución hace más difícil y complicada la administración de justicia y constituye un factor deletéreo en la armonía social".

Considerada, pues, la declaración de Marco Antonio García, como la prueba nueva no conocida al tiempo del debate, y las sentencias absolutorias como hechos nuevos tampoco conocidos entonces, y considerados como falsos los testimonios de Carmela Chiquillo y Alejandrina Gutiérrez, hay ra-

zón legal para concluír que la revisión solicitada —en virtud de que las causales tercera y quinta son fundadas— prospera y debe decretarse.

V.—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 de acuerdo con la solicitud del Procurador Delegado en lo Penal,

RESUELVE:

I.—Ordénase la revisión del juicio seguido contra Modesta Jaimes de Blanco, acusada de homicidio con caracteres de asesinato en Vicente Jaimes y Petra Tolosa, cometido en concurso con su esposo Pacífico Blanco y Genaro Blanco, juicio que terminó con las sentencias del Juez 2º Superior y Tribunal de Pamplona, de fechas 13 de septiembre de 1938 y 19 de mayo de 1939, respectivamente, y por las cuales se impuso a Modesta Jaimes de Blanco la pena de veinte años de presidio y cinco de reclusión;

II. — Señálase el Juzgado Superior de Bucaramanga (reparto) y el Tribunal Superior del mismo Distrito, para que verifiquen el nuevo juzgamiento de Modesta Jaimes de Blanco;

III. — Decrétase la libertad provisional de Modesta Jaimes de Blanco, la que garantizará con una caución personal o prendaria de cien pesos, y comisiónase telegráficamente al Juez Superior de Cúcuta para que reciba la caución o la exima de ella si está dentro de las circunstancias del artículo 415 del Código de Procedimiento Penal, y dé al Director de la Penitenciaría de Cúcuta la orden de libertad, y

IV. — Envíese el expediente, por conducto del Tribunal y del Juzgado Superior de Pamplona, en su orden, al Juez Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO ULTRAINTENCIONAL COMETIDO EN RIÑA

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, mayo veintidós de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Luis A. Mora recurrió en casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del catorce de noviembre de 1944, por la cual —con aplicación de los artículos 362, 365 y 384 del estatuto penal— fue condenado a la pena de dos años de presidio por el delito de homicidio ultraintencional en riña en la persona de Trinidad Sáenz de Ortega, cometido la noche del primero de octubre de mil novecientos treinta y ocho, en el Barrio de San Andrés, de la ciudad de Pasto.

Antes de analizar las causales invocadas —primera, segunda y cuarta del artículo 567— es indispensable hacer un resumen del delito, de sus modalidades y origen, de las actuaciones del proceso a que el recurso se refiere, y de las tesis de las partes —Procurador y recurrente.

I. — El delito, sus orígenes y modalidades

No lograron los funcionarios instructores descubrir la causa mediata o inmediata de las divergencias, resentimientos u odios que separaban a Luis A. Mora de una parte y a Jorge R. Ortega y su esposa Trinidad Sáenz de Ortega de la otra, pues si bien Ortega intentó demostrar que entre ellos y los Moras las relaciones no eran cordiales por cuanto los últimos creían que Lucio Rodríguez había abandonado a su esposa, hermana de Mora, por motivo de sus relaciones ilícitas con Trinidad Sáenz, todos los testigos citados se abstuvieron —por ignorancia— de afirmarlo; como tampoco demostró que Luis Mora, antes del encuentro en que su esposa perdió la vida, hubiera prometido eliminarla.

Fuera ésta u otra distinta la causa, la noche del primero de octubre de mil novecientos treinta y ocho —hace ocho años aproximadamente— al pasar Mora por la casa de Ortega, acompañado de Bernardo David y de José Patrocinio Mora, fue gravemente injuriado por Ortega y su esposa según algunos testigos, o según otros, los Ortega fueron primero injuriados por Mora; ello dio origen a la riña entre Mora y Ortega, en la cual parece intervinieron o quisieron intervenir José Policarpo Mora en favor de su hermano, y Trinidad Sáenz en favor de su esposo, pero cuando ésta intentó atacar a Mora con una varilla de hierro, aquél le lanzó una piedra con la cual le fracturó la base del cráneo y le produjo la muerte doce días después.

Este fue el hecho que, imputado a Luis A. Mora y no desvirtuado en el sumario ni en el juicio, fundó la sentencia condenatoria hoy impugnada ante la Corte.

II. — El juicio contra Mora

Iniciado el proceso mediante denuncio de Jorge R. Ortega, cónyuge sobreviviente, ante el Juez Auxiliar de la Policía Nacional el 3 de octubre de 1938, tres días después de la riña entre Mora y los Ortegas, muchas fueron las emergencias que desviaron su más adecuada dirección, entre ellas el número y variedad de instructores comisionados, ya que —por causas no explicadas— los Jueces Superiores se abstuvieron de orientar y dirigir el proceso, cuyas más importantes actuaciones encomendaron a instructores—Inspectores y Jueces de Policía—no bien capacitados para garantizar los intereses de las partes, como lo demuestran las deficiencias —ya anotadas por la defensa en el debate ante el Jurado— entre ellas la de que los Juzgadores omitieron calificar la participación de José Patrocinio Mora y Bernardo David en la riña o contienda en que Trinidad Sáenz fue lesionada no obstante que fueron interrogados en indagatoria, y la repetida revocación del auto que ordenaba cerrar la investigación porque se omitía la práctica de pruebas previamente decretadas.

Entre las actuaciones que se relacionan con el recurso —y cuyas fechas demuestran el interés de falladores e instructores por este proceso que

el próximo mes de octubre cumple ocho años—se enumeran las siguientes:

a) El auto cabeza de proceso, del 3 de octubre de 1938;

b) Auto de proceder del Juez 1º Superior, del 15 de octubre de 1941, es decir, tres años después de iniciado el proceso;

c) Auto de proceder del Tribunal Superior de Pasto, del 10 de febrero de 1942;

d) Auto del 18 de agosto de 1942, por el cual se formuló el cuestionario, compuesto de cuatro puntos: el hecho material (la fractura de la bóveda y de la base del cráneo mediante una piedra, causa de la muerte), el propósito de matar, el propósito de perpetrar una lesión, y la ejecución del hecho cuando el agresor se hallaba trabado en riña con Ortega y su esposa, la occisa;

e) El veredicto del jurado, emitido en la audiencia, el 8 de mayo de 1944 —casi dos años después de haber sido formulado el cuestionario— según el cual Luis A. Mora dio muerte a Trinidad Sáenz, con el propósito de causarle lesiones y no la muerte y cuando se hallaba en riña con la lesionada y su esposo;

f) La sentencia del Juez 1º Superior de Pasto, del 26 de junio de 1944, por la cual —con fundamento en los artículos 362, 365 y 384 del Código Penal— le impuso la pena principal de dos años de presidio, y, de acuerdo con los artículos 80 y 81 del mismo estatuto, le concedió su suspensión;

g) Sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 14 de noviembre de 1944, por la cual confirmó la del Juzgado, pero con la reforma de revocar la suspensión de la pena; y

h) Autos del Tribunal Superior, del 22 de enero de 1945, y de la Corte Suprema, del 15 de marzo del mismo año, por los cuales se concedió y admitió respectivamente, el recurso de casación contra la sentencia de segundo grado.

La Corte anota que la demora ocurrida el año pasado en la tramitación de este recurso, se explica por la dificultad de notificar al recurrente el auto de admisión del 15 de marzo, lo que sólo pudo cumplir el Juez comisionado el 16 de octubre, esto es, siete meses después de ordenada dicha diligencia.

III. — Estudio del recurso

En los escritos presentados ante el Tribunal Superior de Pasto para interponer el recurso y ante la Corte para formular la demanda, el último de ellos sin los requisitos de fondo y de forma que prescribe el artículo 431 del estatuto procesal civil por mandato del artículo 7º del procesal penal, el recurrente —con el fin de que se le absuelva o en subsidio se anule el proceso porque no se calificó la intervención de David y Mora en la riña o se deje en firme la sentencia del Juzgado que lo condenó condicionalmente— invocó las causales primera, segunda y cuarta del artículo 567, es decir, la violación de la ley penal material, la errada apreciación de los hechos y la violación de la ley penal formal o procesal.

Sin embargo de que, como se ve, son distintas las causales que alegó el recurrente, son idénticos los fundamentos y objetivos que expone, en especial la legítima defensa, que es el tema principal de la demanda y aquel sobre el cual —aunque infructuosamente— ensaya sus mejores recursos de dialéctica.

Separadamente y en seguida, pues, se estudian las objeciones al fallo, comenzando por las que el recurrente cree se hallan incluídas en la causal segunda.

a) Errada interpretación o apreciación de los hechos

Desde el 3 de noviembre de 1944, en que la Corte —en la sentencia que decidió el recurso de Juan Troyano contra la del Tribunal Superior de Popayán (**Gaceta Judicial**, Tomo LVII, número 2010 a 2014, pág. 742)— resolvió sustituir la doctrina invariablemente afirmada hasta entonces por otra más en armonía con el pensamiento que informó el nuevo estatuto, desde aquella sentencia —se repite— la Corte explicó las razones por las cuales la segunda causal de casación no es aplicable a los juicios en que ha intervenido el Jurado, entre ellas la de que la casación se concreta no al análisis de los hechos, tema de la instancia, sino al del derecho, y la de que la aplicación de esa causal llevaría a dos conclusiones inadmisibles: a la declaración de veredicto contraevidente, función propia de los falladores de instancia, y a la restauración de una causal —la del veredicto injusto a aquél equivalente— expresamente eliminada del recurso.

Resume así la Corte, las razones que la obligan a abstenerse de estudiar la objeción relativa a la errada apreciación o interpretación de los hechos, base de la segunda causal de casación.

b) Violación de la ley penal

Tres casos de violación de la ley penal supone

el recurrente que el Tribunal ha cometido, y que pueden clasificarse así:

a) La de los artículos 24 y 25 del estatuto penal, porque el Tribunal, en vez de éstos, aplicó los artículos 362, 365 y 384, tratándose —como se trata— de una clara legítima defensa del honor y de la vida;

b) La del artículo 370, en subsidio, porque si no hubo legítima defensa, al menos hubo un hecho culposo, y

c) La del artículo 80, porque el Tribunal, en su sentencia, revocó la orden de suspensión de la pena decretada por el Juez.

La legítima defensa fue tema que se debatió repetidamente en las diversas oportunidades que ofreció el proceso a la defensa, especialmente en las controversias en torno a la libertad incondicional o provisional solicitadas, y más tarde en las audiencias públicas, sin que las razones que en su favor se expusieron hubieran formado en la conciencia de los jueces, de hecho o derecho, una convicción más o menos firme de su existencia legal.

Recurrente y defensor objetan a los falladores porque dieron —afirman— mayor preferencia a los testimonios de José Ignacio Sánchez, Blas Argoti, Zabulón Ortiz y Teófilo Dulce, que señalaron a Mora como provocador y agresor, que a los de Julio Torres, Luis Castro y Bernardo David, que lo colocaron en la posición de provocado y agredido y, consecuencialmente, en la legítima defensa; pero esa objeción, que es propia de la segunda causal y no de la primera, es infundada, ya que en los testimonios de Torres, Castro y David —según lo dedujo el Tribunal en el auto de proceder— no se precisaron los elementos constitutivos de la legítima defensa, razón que debió fundar su exclusión de las cuestiones propuestas al Jurado. No podía el Tribunal, en consecuencia, justificar el hecho en oposición al veredicto, porque ello habría dado origen a otra causal —la tercera— y llevado al Fiscal a impugnar la sentencia, por ese motivo, ante la Corte.

La tesis de la culpa no está aquí mejor configurada que la de la legítima defensa, como se demuestra en seguida. Supone el recurrente que el Jurado, al desechar el propósito de matar, quiso reconocer la culpa, pero si esa tesis es falsa, planteada en un sentido general, con mayor razón en este proceso en que el Jurado sustituyó el propósito de dar muerte por el de causar lesiones que la produjeron, es decir, en que se configuró el homicidio ultraintencional en vez del homicidio intencional o culposo. Menos aceptable es la tesis de que la circunstancia de la riña haya dado al hecho el carácter de culpa, porque sus elementos son distintos, se excluyen.

No es objetable, finalmente, la revocación de la condena condicional, ya que la especie de pena —presidio— impuesta al recurrente lo impide; uno de los requisitos, precisamente, de la suspensión de la pena —según el artículo 80 del Código Penal— es que ésta sea de arresto o de prisión, y Mora, por haber sido condenado a presidio, está privado de ese derecho, sin que el argumento de las deficiencias del actual régimen carcelario justifique la aplicación del artículo 80 a quienes se les impuso la pena de presidio.

La causal primera, en consecuencia, no está fundada.

c) Violación de la ley procesal

Conceptúa el recurrente que el Tribunal violó la ley procedimental, porque dictó sentencia sobre un juicio viciado de nulidad, consistente ésta en que los falladores omitieron considerar la figura del concurso, ya que —según él— José Hipólito Mora y Bernardo David participaron en el hecho.

Aunque esta omisión no está prevista expresamente como causal de nulidad, observa la Corte —en respuesta a la objeción del recurrente—que la investigación no presenta dato alguno que induzca a imputar a David y Mora participación en las lesiones a la Sáenz, pues desde un principio todos los testimonios señalaron a Luis —con exclusión de José Hipólito y de David— como el único autor de las lesiones.

El Tribunal, además, en la parte motiva del auto de proceder estudió y descartó en virtud de su estudio dicha participación, y si en la parte resolutiva omitió decretar el sobreseimiento no significa ello que la imputación subsista, ni menos que la omisión haya creado una nulidad subsanable en casación.

El Tribunal, en consecuencia, no podía fallar sobre una circunstancia —como el concurso— no declarado en el veredicto ni propuesto al jurado por el Juez ni a éste por el defensor, quien —formulado el cuestionario antes de la vigencia de la Ley 4ª de 1943— hubiera podido solicitar su inclusión, lo mismo que la legítima defensa, si era que en el proceso se habían acreditado.

La causal cuarta, por lo tanto, no está fundada, y tampoco prospera.

IV. — El fallo

Las tesis que se derivan del anterior estudio son estas:

a) El Tribunal no puede declarar, como probados, motivos de justificación del hecho ni circunstancias como el concurso, no deducidos en el auto de proceder ni aceptados por el Jurado;

b) El rechazo del propósito de matar y la aceptación, en cambio, del de causar lesiones, transforma el homicidio intencional en ultraintencional pero no en homicidio culposo;

c) El delito cometido en riña no puede equipararse al delito cometido con culpa, porque son distintos los elementos de la riña y de la culpa, y

d) La especie de pena es una de las restricciones a que se debe subordinar la condena condicional.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, del 14 de noviembre de 1944, por la cual se impuso a Luis A. Mora la pena de dos años de presidio por el delito de homicidio ultraintencional cometido en riña en la persona de Trinidad Sáenz de Ortega en la noche del primero de octubre de 1938, en el Barrio de San Andrés, de la ciudad de Pasto.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

FINES DE LA REVISION EN MATERIA PENAL

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio veintiuno de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado Ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

Pedro Pablo Tafur Zárate, domiciliado en el Municipio de Lérida, Departamento del Tolima, solicitó—por medio de su apoderado especial doctor Pedro A. Durán Solano— se revisara la sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Ibagué, del 14 de diciembre de 1943 por la cual, con aplicación de los artículos 14, 382 y 384 del Código Penal, fue condenado a la pena de cuatro años de presidio, por el delito de homicidio cometido en la persona de su legítimo hijo Romilio Tafur, cometido en la mañana del 24 de mayo de 1939, en la fracción de "Siquima", Corregimiento de "Delicias", del Municipio ya mencionado.

Cumplidas las normas de los artículos 573 y 574 del Código de Procedimiento Penal y con vista en las exposiciones del Procurador y del recurrente, se procede a decidir el recurso, previos resúmenes de los hechos que dieron nacimiento a la investigación, de los actos procesales que culminaron en la sentencia recurrida y de las tesis presentadas por las partes en la Corte.

I. — Ejecución y motivos del delito

Pedro Pablo Tafur Zárate dio muerte a su hijo Romilio, por error y en riña imprevista suscitada entre éste y Pedro Antonio Alcázar, al cual, es decir a Alcázar, iba dirigida la agresión, y como consecuencia de una litis de linderos ya anteriormente decidida por la justicia, entre Alcázar y los Tafur, propietarios de terrenos limítrofes, y por los primeros provocada.

En las horas de la tarde del 23 de mayo de 1939, Pedro Antonio y Dagoberto Alcázar quisieron oponerse a que Tafur enterrara los postes para la cerca que debía dividir las dos propiedades y aún más, intentaron dejar sus animales en predio de Tafur; a la mañana siguiente Pedro Pablo Tafur, que había permitido construír la cerca, acompañado de su hijo Romilio y del labriego Antonio Flórez continuaban el trabajo iniciado por el primero la víspera, cuando llegaron Pedro Antonio Alcázar, y sus peones Alberto Rodríguez y Vicente Ruje, con el ánimo de impedir el trabajo, y como Flórez estuviera clavando un poste en la tierra, Alcázar lo arrancó con violencia.

Este hecho dio origen al mutuo ataque a barretones, entre Pedro Tafur y Pedro Alcázar, instrumentos que uno y otro tenían en aquellos momentos, y que fue iniciado por Tafur según los compañeros de Alcázar, y por éste según Flórez. Esta primera agresión no tuvo consecuencia alguna para la integridad física de los agresores, pero sí fue el principio de la contienda en que Pedro Alcázar y Romilio Tafur perdieron su vida, según la descripción de quienes afirmaron haberla presenciado.

Romilio Tafur, efectivamente, al ver a su padre y a Alcázar empeñados en lucha armada y de seguro en el momento en que éste atacaba con barretón a aquél, intervino en favor de su padre atacando a Alcázar con arma cortante, como Rujé en favor del último, formándose así dos parejas de contendores que, si separada en un principio, se confundieron luego en un solo grupo, cuando Romilio y Alcázar asidos entre sí y agrediéndose recíprocamente cayeron a tierra y alternativamente uno sobre el otro rodaron por una pendiente varios metros, hasta que Pedro Tafur, creyendo a su hijo muerto o herido por Alcázar, se deshizo de Ruje, y hundió su cuchillo en la espalda del que en el grupo dominaba al otro y que, creyendo fuera Alcázar, era Romilio, su propio hijo. Tafur, al darse cuenta de su fatal equivocación, quitó a Alcázar un pequeño machete que llevaba al cinto y con él lo atacó cuando ya estaba muerto o aún en agonía, como Ruje lo asegura.

Dos grupos de testigos concurrieron, citados previamente, a la investigación: el uno formado por Vicente Ruje, Ana Eusebia de Ruje, Abel Cruz y Alberto Rodríguez, según los cuales fueron los Tafur los provocadores, Pedro Pablo el que ultimó a su hijo Romilio, y éste a Pedro Al-

cázar; el otro grupo, por Cenón Sánchez Parra, Antonio Rojas Bonilla y Antonio Flórez, quienes acusan a Alcázar y Ruje de haber primero atacado a Pedro Tafur, a Alcázar de haber ultimado a Romilio cuando éste acudió en favor de su padre y a Pedro Tafur de haber dado muerte a Alcázar en el momento en que éste acabó con la vida de su hijo.

III. — El juicio contra Pedro Pablo Tafur

Iniciada la investigación por el Corregidor de "Delicias" y el Alcalde Municipal de Lérida, perfeccionada por el Juez del Circuito Penal de Ambalema y el Juez 1º Superior de Ibagué, varias importantes providencias y actuaciones fueron realizadas en el juicio criminal contra Tafur, entre las cuales se enumeran las siguientes, por causa de la relación que con este recurso cree hallar el abogado de Tafur:

a) El auto de calificación del Juez 1º Superior, del 26 de septiembre de 1940, por el cual sobreseyó definitivamente en favor de Pedro Pablo Tafur y Pedro Antonio Alcázar por el homicidio en la persona de Romilio Tafur, y en favor de éste por el homicidio en Alcázar;

b) El auto del Tribunal Superior de Ibagué, del 31 de marzo de 1941, por el cual confirmó el del Juzgado en cuanto a los sobreseimientos en favor de los occisos Tafur y Alcázar por causa de muerte, lo revocó en cuanto al ..... en favor de Pedro Pablo Tafur y en su lugar dictó auto de proceder contra el mismo por los homicidios en su hijo Romilio y en Pedro Antonio Alcázar;

c) El auto de formulación de cuestionarios, del 23 de abril de 1942, referentes a las muertes de Romilio Tafur y Pedro Antonio Alcázar, así: en cuanto al primero, el hecho material con exclusión del propósito, la ejecución en persona distinta a aquélla —Alcázar— a quien se dirigió la acción y la circunstancia de la riña suscitada de modo imprevisto con tercera persona, y en cuanto al segundo, el hecho material también con exclusión del propósito, la ejecución en conexión o en asocio de tercera persona y en riña suscitada de manera imprevista;

d) El veredicto del jurado, según el cual fue declarado —por unanimidad— responsable de la muerte en Emilio Tafur, su hijo, e irresponsable, por mayoría de votos, de la de Pedro Antonio Alcázar;

c) La sentencia del Juzgado 1º Superior de Ibagué, del 7 de septiembre de 1942, por la cual— con aplicación de los artículos 14, 362 y 384 del estatuto penal—fue Tafur condenado a la pena de cuatro años de presidio por el homicidio en Romilio Tafur, absuelto por el de Alcázar y desembargados los bienes afectados en la acción de perjuicios;

d) La sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, del 14 de diciembre de 1943, por la cual confirmó en todas sus partes la del Juzgado Superior;

e) El auto de 25 de febrero de 1944 por el cual, a solicitud del defensor de Tafur Zárate, se concedió el recurso de casación contra la mencionada sentencia de segundo grado;

f) Los autos de la Corte, del 24 de abril y 1º de junio del mismo año, por los cuales se admitió y declaró desierto el recurso, respectivamente, lo segundo en atención a que la demanda no fue formulada en la forma y contenido que exige la ley;

g) Los autos del Tribunal Superior, del 19 de junio de 1945, y del Juzgado 1º Superior, del 27 de los mismos mes y año, sobre obedecimiento y cumplimiento de la sentencia, y

h) Constancia de las notificaciones de estos autos, hechos los días 19 y 28 de junio de 1945, prueba de que el 30 de julio, día en que se propuso la revisión, la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué se hallaba ya ejecutoriada.

III. — La demanda y su respuesta

Tres motivos o causales juzga el recurrente plenamente probados para fundar la revisión de este proceso, y que corresponden a los numerales 1º y 3º y 5º del artículo 574 del estatuto procesal penal: la existencia de dos sentencias contradictorias, la falsedad de los testimonios de los compañeros de Alcázar y la aparición de pruebas y hechos nuevos constitutivos de indicios graves de la irresponsabilidad de Tafur.

Los razonamientos del abogado doctor Durán pueden resumirse en la forma siguiente:

a) Aceptando —como debe aceptarse— que el auto de sobreseimiento definitivo del Juez 1º Superior equivale a una sentencia, dicho auto está en contradicción con la sentencia condenatoria dictada por el mismo Juez en la primera instancia;

b) Los testimonios de Vicente Ruje, Alberto Rodríguez y Abel Cruz, en que se fundó la con-

dena de Tafur, son falsos porque los declarantes no presenciaron los hechos, los rindieron porque eran asalariados de los Alcázar y porque fueron pagados para que declararan en el sentido que lo hicieron, y

c) Estos hechos y las pruebas respectivas son nuevos, no fueron conocidos durante los debates y son indicios graves de que Tafur no dio muerte a su hijo.

En respaldo de sus tesis, el abogado doctor Durán Solano presentó los siguientes documentos:

a) Copia auténtica de los autos de calificación del sumario y de las sentencias, dictadas unas y otras en las dos instancias;

b) Copia de las diligencias de inspección ocular practicadas en el sitio del delito sobre los obstáculos que impedían ver y presenciar lo que ante los Jueces afirmaron, y

c) Testimonios de Roque Acuña, Isidoro Bonilla, Jorge Suárez, Abraham Varón Varón, Heráclito Parra, José Danilo y Luis A. Lozano, según los cuales Marta Alcázar tres meses después de la muerte de Alcázar y Tafur se quejaba delante de algunos de los testigos de que Ana Eusebia Parra de Ruje, Abel Cruz y Alberto Rodríguez "no habían salido con nada en las declaraciones que habían rendido contra Tafur a pesar de haberles pagado a cada testigo de estos una cantidad de dinero que fluctuaba entre treinta y cincuenta pesos", de que el occiso Alcázar acostumbraba llevar consigo puñal o puñaleta además de su peinilla, y de que los declarantes Cruz, Ruje y Rodríguez emigraron a otros sitios cuando supieron que Pedro Tafur Guerrero había prometido denunciarlos criminalmente por los delitos de falsedad y cohecho cometidos en perjuicio suyo en este proceso.

El Procurador Delegado, en razonado y serio estudio del proceso y de las pruebas traídas durante este recurso, advierte que el recurrente lo que ha querido plantear aquí es un debate sobre las pruebas que fundaron la condena, cuestión propia de las instancias y suplir además, lo que no se hizo en el recurso de casación, que la Corte hubo de declarar desierto, no sin que antes se hubiera considerado el proyecto relativo a la confirmación de la sentencia entonces recurrida; el Procurador Delegado, finalmente, solicita se niegue la reunión solicitada por el apoderado de Tafur, en atención a que no se probó que fueran falsos los testimonios que determinaron la condena, ni a que las pruebas y hechos alegados tienen aquí el carácter de nuevos que la ley les exige en forma tan concreta.

V. — Decisión del recurso

Previa advertencia de que el principio que rige este recurso es el de que no persigue la eliminación ni la afirmación de una circunstancia modificadora sino la comprobación de la inexistencia del hecho o de la inocencia o irresponsabilidad del acusado, en términos menos técnicos, el subsanar los errores judiciales, se procede a analizar la demanda del abogado de Tafur y decidir si enfrente a las normas que disciplinan el recurso y a las pruebas referidas y allegadas, la solicitud del doctor Durán se acomoda a aquel principio y a estas normas.

a) Primera causal: coexistencia de fallos contradictorios por el mismo delito.

Enunciada en su forma legal, comprende el caso en que "en virtud de sentencias contradictorias dos o más personas se hallen cumpliendo pena por un mismo delito que no haya podido ser cometido sino por una o por un número menor de las sentenciadas", y en el cual caso la revisión debe decretarse por imperio de la ley.

Aunque presentada con tácita intención subsidiaria y en franca forma dubitativa, conviene estudiar esta causal —la primera— como que la tesis del recurrente, si sutil en apariencia, encierra un error de técnica procesal cuya advertencia se hace indispensable.

Descartados la coexistencia de fallos contradictorios así como el complemento de que estén pagando condena por el mismo delito más personas de las que pudieron haberlo cometido, lo que en ninguna forma pudo comprobarse, la tesis expuesta para fundar la primera causal de que el auto de sobreseimiento definitivo emanado del Juez 1º Superior equivale a una sentencia y de que se halla en contradicción con la condenatoria suscrita por el mismo funcionario, constituye, como se dijo, un error de técnica procesal.

El auto de sobreseimiento definitivo produce, en realidad, las mismas consecuencias jurídicas de una sentencia absolutoria, sin que procesalmente puedan equipararse, porque si ponen fin a períodos distintos de la acción penal y, en su forma y contenido se subordinan a condiciones distintas, sólo las consecuencias que de uno y otra

emanan pueden suscitar una posible cuestión de analogía.

Pero de la imposibilidad jurídica de equiparar absolutamente el auto de sobreseimiento definitivo a la sentencia absolutoria, no puede tampoco necesariamente derivarse la contradicción u oposición con la sentencia condenatoria; expuesta la tesis en vocablos diferentes, precisamente—y para los fines de la causal primera, de revisión en estudio—no hay contradicción entre el auto de sobreseimiento definitivo dictado por un Juez y la sentencia condenatoria suscrita por él mismo cuando, como en este caso, el Tribunal revoca aquel auto y lo sustituye por otro —como el de proceder— contrario al primero; lo que la ley exige para que la revisión prospere es que existan dos sentencias condenatorias ejecutoriadas dictadas en procesos iniciados en averiguación del mismo delito, y que en ejecución de esas sentencias estén cumpliendo la pena respectiva más de las personas que pudieron haberlo cometido.

La causal primera, en consecuencia, es aquí inaplicable, ya que sólo se ha dictado una sentencia, y sólo una persona —el condenado— está cumpliendo la pena.

b) Tercera causal: falsedad de los testimonios que fundaron la condena

Dos cuestiones presenta el recurrente como fundamento de esta causal: la tacha de falsedad y parcialidad de testimonios de Abel Cruz, Vicente Ruje, Ana Eusebia Parra de Ruje y Alberto Rodríguez, que el Tribunal acogió en concurrencia con los de Cenón Sánchez Parra, Antonio Rojas B. y Antonio Flórez, esos sí dignos de crédito, y la no consideración de los últimos, que llevó al Tribunal a dictar sentencia sin la prueba plena que exige el estatuto procesal penal y con violación de las normas vigentes de derecho probatorio.

El recurrente concreta la objeción de falsedad de los testimonios a los siguientes puntos:

Primero, que Ana Eusebia Parra de Ruje y Abel Cruz, por la distancia en que estaban del sitio del delito, no podían haber presenciado los hechos; segundo, que Pedro Antonio Alcázar acostumbraba llevar consigo puñal o puñaleta además de su machete; tercero, que Marta Alcázar pagó a Ruje, Cruz y Rodríguez para que declararan contra Pedro Tafur, y finalmente, que éstos emigraron hacia sitios desconocidos cuando les informaron que aquél les seguiría juicio criminal por haber rendido declaraciones falsas.

La ausencia de Alberto Rodríguez del sitio del delito, que sin explicación alguna afirmaron extrajudicialmente los testigos José Suárez, Luis Lozano, Juan Dávila y Abraham Varón, ante el Alcalde de Lérida, no fue comprobada; aún más, en la diligencia de inspección ocular practicada el 2 de febrero de 1940, Rodríguez concurrió, sin que Tafur Zárate, que también allí estaba, se hubiera referido al hecho ahora alegado por el abogado del recurrente doctor Durán.

En cuanto a la objeción a Ana Eusebia Parra de Ruje y Abel Cruz, se comprobó con las inspecciones oculares que si la primera pudo haber visto la mayor parte de los movimientos de los protagonistas del drama y el último el sitio donde se consumaron, los demás testigos pudieron haberlos presenciado en su totalidad. Estas constancias tampoco fueron objetadas por Tafur ni su abogado.

La afirmación relativa al uso frecuente de puñal o puñaleta de que hacía el occiso Pedro Alcázar —dirigida a sustentar la responsabilidad de éste en la muerte de Tafur— no tuvo una comprobación más firme y sólida que la relativa a la percepción imperfecta del encuentro entre los Tafur y los Alcázar, desvirtuada mediante las mismas actas que el recurrente sometió al estudio de la Corte. Efectivamente los testigos Acuña, Bonilla, Suárez, Varón, Parra, Dávila y Lozano sí dicen que Pedro Antonio Alcázar usaba peinilla y cuchillo o puñal, y apenas ante la pregunta que se les formuló en el interrogatorio, presumen que el día en que fue ultimado pudo haber llevado, como era su hábito, cuchillo o puñaleta.

El pago a los testigos, de que se acusó a Marta Alcázar, cargo dirigido a valorizar la de la falsedad de sus testimonios, lo deduce el recurrente de los hechos: de lo que los testigos nombrados oyeron decir a Marta Alcázar tres meses después del delito, y de la ausencia intempestiva de tales testigos, amenazados por Tafur de que, por el delito de falso testimonio, serían sometidos a juicio criminal.

Las afirmaciones de los testigos, como se observa en seguida, no fundan la convicción de la existencia del cargo.

"Es cierto—declara Roque Acuña—y me consta por haberlo oído decir a personas distintas que no recuerdo por ahora de sus nombres y apellidos, que Simeón Alcázar y Marta Alcázar, en ac-

titud de queja contra los señores Vicente Ruje y su esposa señora Ana Eusebia Parra, Alberto Rodríguez y Abel Cruz, que no habían salido con nada en las declaraciones que habían rendido contra Pablo Tafur, a pesar de haberles pagado a cada testigo de éstos una cantidad de dinero que fluctuaba entre treinta y cincuenta pesos, de lo cual vine a informarme unos tres meses después de ocurrida la muerte de Pedro Alcázar y Romilio Tafur".

No obstante que Heráclito Parra e Isidro Bonilla hacen idénticas afirmaciones, éstos —como la Procuraduría lo anota— sólo deponen por meras referencias, pues no les consta nada sobre que los testigos que perjudican al acusado Pablo Tafur, hubieran realmente recibido dinero de parte de los parientes de una de las víctimas, a fin de que declararan falsamente en el proceso".

La referencia al rumor público de que Ruje, Rodríguez y Cruz emigraron ante la amenaza de un juicio criminal, no constituye la presunción de la falsedad de los testimonios, pues si, como lo aseguran los mismos declarantes, Abel Cruz murió allí poco tiempo después del delito, no se comprobó que Pedro Pablo Tafur los hubiera en verdad amenazado ni que el motivo de la ausencia hubiera sido la amenaza.

Las otras objeciones del recurrente sobre la parcialidad de los testigos derivada de su condición en relación con los Alcázar y sobre la facultad de libre apreciación de los testimonios de que tan legítimo uso hicieron los falladores, con fundamento en un veredicto que no fue declarado contrario a la evidencia de los hechos, no tienen cabida en este recurso extraordinario, como que se tratan cuestiones solamente debatibles en las instancias; resta añadir, eso sí, que el régimen de las pruebas en materia penal no siempre armoniza con el vigente en materia civil, ya que si en ésta se debaten cuestiones de mero derecho privado en virtud de una extensa facultad dispositiva de las partes, en aquélla esta facultad está limitada por la del Juez, diferencias éstas consagradas por el carácter de las acciones, evidentemente público en lo penal, y privado en lo civil.

No habiéndose, pues, acreditado la falsedad de los testimonios que determinaron la condena, la causal tercera de revisión no prospera.

c) Quinta causal: los hechos o pruebas nuevos

La revisión también debe decretarse —prescribe el numeral 5º del artículo 571 del estatuto procesal penal— si después de la condena aparecen hechos nuevos o se presentan pruebas no conocidas al tiempo del debate, que establezcan la inocencia o irresponsabilidad del condenado o siquiera, constituyan indicios graves aquéllas.

El recurrente presentó como pruebas nuevas los testimonios de Suárez, Lozano, Dávila, Varón, Parra y Bonilla, rendidas en junio de 1945, y como hechos nuevos aquellos cuya realización tales testigos afirmaron, es decir, el pago de sus declaraciones hecho por Marta Alcázar, la no presencia de Alberto Rodríguez en el sitio y momento del delito, la existencia de puñal o puñaleta en poder de Pedro Alcázar, la desaparición de los testigos ante la amenaza del juicio criminal, y su posición de asalariados o parientes de Alcázar y los suyos.

De estos hechos sólo la posesión del arma —puñal o puñaleta— podría haber sido el hecho nuevo, si la prueba hubiera sido plena; pero los testigos apenas deducen del hábito de llevar esa arma la posibilidad de que la tuviera en el momento de la riña, ya que ninguno estaba allí en tal momento, y las inspecciones oculares tampoco comprobaron tal hecho; así, pues, la presunción sugerida por el recurrente de que fue Alcázar, con el puñal, quien ultimó a Romilio y no Pedro Tafur, no tiene respaldo alguno, y así la inocencia e irresponsabilidad del último queda descartada.

Análogo concepto merecen a la Corte los otros hechos —la falsedad y el pago de testigos— ya analizados en estudio de la causal anterior.

V. — El fallo

Las conclusiones a que se ha llegado son las siguientes:

a) La contradicción u oposición entre el auto de sobreseimiento definitivo y la sentencia condenatoria dictadas por el mismo Juez, no es la contradicción entre dos sentencias a que se contrae la causal primera, por cuanto la condición es que dos o más personas estén cumpliendo pena por el mismo delito y en virtud de dos sentencias;

b) La falsedad de los testimonios de Alberto Rodríguez, Vicente Ruje, Ana Eusebia Parra de Ruje y Abel Cruz, en que el Tribunal —con sumisión al veredicto —fundó la condena de Pedro Pablo Tafur, falsedad basada en el pago de sus declaraciones, en la desaparición de los testigos y en la ausencia del sitio del delito y desapari-

ción posterior, no fue comprobada porque no lo fueron estos hechos de qué —según el recurrente— derivó la falsedad, y

c) Los testimonios de los Cruz, Rodríguez y los Ruje, presentados como prueba nueva de hechos nuevos, no indujeron a confirmar la inocencia, o irresponsabilidad de Pedro Tafur ni tampoco su indicio grave.

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 Procurador Delegado en lo Penal, niega la revisión de la sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Ibagué, del 14 de diciembre de 1943, por la cual —con fundamento en los artículos 14, 362 y 384 del estatuto penal— condenó a Pedro Pablo Tafur por homicidio en Romilio Tafur, cometido el 24 de mayo de 1939, en la fracción de "Síquima", Corregimiento de "Delicias", Municipio de Lérida, Departamento del Tolima.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty.—Julio E. Argüello R., Srio. (1).

---

(1) NOTA: Nos hemos visto obligados a alterar el necesario orden cronológico en las sentencias del Magistrado doctor Bruno, por haber sido traídas a última hora y cuando ya estaban tiradas las otras.—**(El Director)**.

ABUSO DE AUTORIDAD — ACTOS ARBITRARIOS O INJUSTOS DE LOS FUNCIONARIOS PUBLICOS. — PROVIDENCIAS QUE ORDENAN LA PRACTICA DE PRUEBAS

1.—El Código Penal considera como delito el hecho de que el funcionario o empleado público, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. "Lo arbitrario, dijo la Corte, es lo que no depende de la ley, sino únicamente de la voluntad o capricho del funcionario; lo injusto es, además, lo que viola la equidad. Lo injusto es siempre arbitrario porque la ley debe presumirse como la medida de lo justo y señala la norma que deben seguir en sus actividades los funcionarios o empleados públicos. Lo arbitrario puede no ser injusto, por no quebrantar el acto extralegal los derechos ajenos, mas para el abuso de autoridad las palabras ARBITRARIO o INJUSTO pueden tomarse como equivalentes, ya que el Código exige que el acto vaya "contra una persona o contra una propiedad".

2.—Si bien es cierto que todas las providencias que ordenan la práctica de pruebas deben notificarse previamente a los interesados, esa obligación no es tan estricta en tratándose del sumario, dada su misma naturaleza dinámica y permanente. Por eso el Código de Procedimiento ordena realizarlas sin demora alguna y al estatuír que las partes deben ser citadas previamente, aclara que la cita debe hacerse "si ello fuere posible". (Artículo 209 C. de P. P.). Ese precepto no es, pues, de imperioso cumplimiento en la investigación, porque en ella debe primar la eficacia sobre las ritualidades de la notificación y ejecutoria.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: Por apelación interpuesta por el procesado y su defensor debe revisar esta Sala el auto de enjuiciamiento proferido por el Tribunal Superior de Buga contra el doctor Bernardo Ospina Duque, por "abusos de autoridad y otras infracciones".

Relación sucinta de los hechos. El Juez Penal del Circuito de Buga, doctor Ospina Duque, fue acusado por el doctor Germán Cruz Perdomo, porque en el proceso que aquel funcionario adelantaba contra José Domingo López y otros, no le permitió intervenir en la recepción de unas declaraciones para repreguntar a los testigos, y, además, porque no obstante haberlo recusado, siguió interviniendo en dicho proceso.

Hechos probados. 1º El doctor Bernardo Ospina Duque desempeñaba el cargo de Juez Penal del Circuito de Buga en la época a que se refieren los cargos hechos por el denunciante (fls. 11, 34 v. y 35).

2º En su despacho se adelantaba un proceso contra José Domingo López y otros, por abuso de confianza consistente en la apropiación indebida de un caballo (fls. 16 v. y otros).

3º El apoderado de la parte civil, doctor Cruz Perdomo, pidió la restitución del semoviente el 13 de abril de 1943 (f. 20) y el mismo día, el apoderado de Jesús Enrique Hoyos, uno de los sindicados, presentó algunas declaraciones recibidas extrajuicio, para demostrar la propiedad del caballo por parte de Hoyos. (F. 22).

4º El 14 de abril se ordenó la ratificación de esas declaraciones y el auto que tal cosa ordenaba se notificó el 15. (Fls. 1 a 6, 23, 50 v. y 56).

El mismo día 14 se recibieron cuatro declaraciones, dos de las que debían ratificarse y dos de personas citadas en la investigación (f. 15 v.).

5º El abogado Cruz Perdomo recusó al Juez, con fecha 15 de abril y éste, en la misma fecha, dictó un auto por medio del cual puso en libertad a los sindicados, por considerar que se trataba de un asunto "de características netamente civiles y no criminales" y ordenó la entrega del semoviente. (Fls. 27 y 28).

6º El mismo abogado pidió reposición de dicho auto en el mismo día y, en subsidio, interpuso apelación. Pero el Juez, al día siguiente, 16, dio libertad a los acusados y realizó la entrega del caballo. (Fls. 16, 27 v.).

7º Por auto del 29 de abril resolvió el Juez no reponer el de 15 del mismo mes y declararse impedido para seguir conociendo del negocio, resolución que profirió previo el traslado legal ordenado. (Fls. 16 v. y 29).

Consideraciones de la Corte

El código penal considera como delito el hecho de que el funcionario o empleado público, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad.

"Lo arbitrario —ha dicho la Corte— es lo que no depende de la ley, sino únicamente de la voluntad o capricho del funcionario; lo injusto es, además, lo que viola la equidad. Lo injusto es siempre arbitrario, porque la ley debe presumirse como la medida de lo justo y señala la norma que deben seguir en sus actividades los funcionarios o empleados públicos. Lo arbitrario puede no ser injusto, por no quebrantar el acto extralegal los derechos ajenos, mas para el abuso de autoridad las palabras **arbitrario** o **injusto** pueden tomarse como equivalentes, ya que el código exige que el acto vaya "contra una persona o contra una propiedad". (Sentencia de 10 de abril de 1946).

Primer cargo

Respecto del primer cargo, considera la Procuraduría que no hay delito y la Corte comparte este concepto. En efecto, consta del proceso que el apoderado de la parte civil no pudo concurrir a repreguntar a los testigos por no haber sabido oportunamente que se iban a recibir las declaraciones pedidas. Pero si bien es cierto que todas las providencias que ordenan la práctica de pruebas deben notificarse previamente a los interesados, esa obligación no es tan estricta en tratándose del sumario, dada su misma naturaleza dinámica y permanente. Por eso el código de procedimiento ordena realizarlas sin demora alguna y al estatuír que las partes deben ser citadas previamente, aclara que la cita debe hacerse "si ello fuere posible" (artículo 209 del C. de P. P.). Ese precepto no es, pues, de imperioso cumplimiento en la investigación, porque en ella debe primar la eficacia sobre las ritualidades de la notificación y ejecutoria.

Por otra parte, consta plenamente en el proceso que el portero del juzgado estuvo buscando al doctor Cruz Perdomo en oportunidad suficiente para que concurriera a la diligencia de recepción de declaraciones. (Fls. 5 v., 13, 47, 50 v. y 56).

Por consiguiente, como concluye la Procuraduría, si el Juez ordenó notificar el auto de 14 de abril, si el portero estuvo haciendo lo posible por notificar ese auto al doctor Cruz Perdomo y si esa clase de actuaciones le corresponden al Secretario, resulta evidente que el Juez Ospina Duque no procedió arbitrariamente en este caso, ya que no hubo de su parte gestión alguna o abstención encaminada a desconocer los derechos de la parte civil.

En este sentido debe reformarse la providencia apelada.

Segundo cargo

El segundo cargo consiste en haber decretado la libertad de uno de los sindicados y haber ordenado la entrega del caballo, cuando ya había sido recusado el Juez.

Según el artículo 78 del código de procedimiento penal, "desde que se presente la petición de recusación, o desde que se manifieste impedido el Juez o Magistrado, hasta que se resuelva definitivamente, se suspende el proceso, si estuviere en estado de juicio; pero si fuere sumario, podrán ejecutarse los actos urgentes de instrucción".

El señor Juez acusado dice que el memorial de recusación "fue atendido en el acto" y que apenas lo conoció se apartó de la investigación.

Como la Procuraduría lo anota, es cierto que el auto en que se ordenaba la libertad de José Domingo López y la entrega del semoviente, fue proferido por el Juez antes de haber tenido conocimiento de la recusación. En efecto, la nota de haber pasado al despacho del Juez dice que tal cosa se hizo pasadas las doce del día (f. 28), el Secretario confiesa no haber pasado el memorial respectivo sino después de que en su escritorio estaba el expediente con el auto del Juez (f. 58) y el portero de la misma oficina confirma el hecho (fls. 6 y 51).

Sin embargo, no es cierto que la recusación hubiera sido atendida inmediatamente por el Juez,

como lo asegura, puesto que siguió actuando en el proceso. El memorial de recusación le fue presentado el día 15 de abril, en las horas de la tarde; y no obstante eso, al día siguiente entregó el semoviente que era elemento de la investigación y el 29 de abril dictó otra providencia, en la cual se negaba a reponer la del 15 del mismo mes.

"Aun aceptando, por vía de discusión, que la entrega del semoviente a uno de los procesados era un acto urgente en el sumario —dice el Ministerio Público—, para evitar las precarias condiciones en que estaba el animal en el cuartel de la Policía, con todo, la última actuación del Juez ya no se justificaba, puesto que el dictar un auto negando la reposición de otro, no era un acto imprescindible y necesario para la investigación. Tan no era **urgente** esa providencia, que el Juez sólo vino a proferirla el 29 de abril, esto es, casi a los quince días de haber presentado el doctor Cruz Perdomo el memorial de 15 de ese mes, en que suscitaba la reposición e interponía subsidiariamente el recurso de alzada contra el auto que ordenó la entrega del caballo y la libertad de uno de los sindicados.

"La arbitrariedad del funcionario consiste, por lo tanto, en haber violado flagrantemente los artículos 147 del código judicial y 78 del código de procedimiento penal, al proferir especialmente el auto de 29 de abril de 1943, siendo así que desde el 15 de ese mismo mes tenía al despacho los memoriales rotundos sobre su recusación".

Siendo las disposiciones procesales quebrantadas de tan sencilla inteligencia, forzoso es concluír que el acusado violó la ley penal cometiendo un acto arbitrario contra una persona, en el que no puede presumirse su buena fe. Al contrario, aparece de manifiesto el dolo al ordenar un acto que sabía contrario "a las normas reguladoras de la propia actividad funcional y a los intereses ajenos", como en otra ocasión había dicho la Corte.

El delito es el de abuso de autoridad, porque no se probó que el sindicado hubiera procedido por simpatía o por antipatía hacia algún interesado.

Resolución

La providencia apelada es, pues, jurídica. Pero, como lo anota la Procuraduría, debe desecharse de la parte resolutiva la expresión "por los trámites ordinarios", puesto que el nuevo código de procedimiento penal no trae la clasificación de juicios de responsabilidad "por trámites ordinarios o por trámites extraordinarios". Además, debe suprimirse el primer cargo, según lo indicado anteriormente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Penal, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley, resuelve:

Revócase el auto de proceder apelado en cuanto al primer cargo de que se ha hablado en la parte motiva de esta providencia; suprímese de la parte resolutiva del mismo auto la expresión "por los trámites ordinarios"; y CONFIRMASE en lo demás.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, veintitrés de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El abogado doctor Jesús Perilla V., en su propio nombre, demandó con fecha 16 de junio de 1942 al Departamento de Boyacá ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja para que se condenara a dicho Departamento al pago de unos honorarios causados a favor del demandante por concepto de su intervención en la negociación que se llevó a cabo entre el señor Evaristo Obregón Arjona y la entidad demandada, en el año de 1939. Esta negociación tuvo la finalidad de obtener para el Departamento una participación en la explotación de los petróleos de un sector del Territorio Vásquez comprendido por la propuesta presentada al Ministerio de la Economía Nacional por el señor Obregón como representante de un grupo de capitalistas antioqueños.

Cita el actor los siguientes hechos como fundamento de su demanda:

1º El 27 de febrero de 1922 el Departamento de Boyacá formuló ante el Ministerio de Industrias una propuesta de contrato de exploración y explotación de los petróleos del Territorio Vásquez. Esta propuesta le fue aceptada por la Nación el 16 de julio de 1924. Desde el 5 de enero de 1925 se dejó de actuar en este negocio y por lo tanto no se perfeccionó el contrato de concesión solicitado.

El 31 de marzo de 1937 el señor Evaristo Obregón Arjona hizo análoga propuesta sobre los mismos hidrocarburos, a la cual se opuso el Departamento de Boyacá el 26 de agosto de ese año, oposición que fue ampliada el 8 de noviembre siguiente. El Departamento confirió poder al docto Perilla V. para representarlo ante el Ministerio y la Corte Suprema de Justicia tanto en la propuesta que estaba pendiente como en la oposición a la presentada por el grupo antioqueño encabezada por Obregón Arjona. Convencido el doctor Perilla de que su mandante, el Departamento de Boyacá, perdería el pleito, insinuó al Gobierno Departamental la conveniencia de acordar un arreglo con el proponente Obregón y con la Compañía Colombiana de Petróleos que también estaba adelantando negociaciones con el Gobierno Nacional para la exploración y explotación de petróleos del Territorio Vásquez.

2º Por oficio número 0397 de 9 de febrero de 1939 el doctor Héctor José Vargas en su carácter de Gobernador de Boyacá autorizó al doctor Jesús Perilla V. para hacer las gestiones conducentes a lograr una transacción "con el grupo antioqueño y la Colombiana de Petróleos" en relación con la oposición formulada por el Departamento sobre el sector norte del Territorio Vásquez. Tal poder fue ratificado por las autorizaciones y demás facultades conferidas por la Ordenanza número 36 de 1939 de la Asamblea de Boyacá.

3º Las gestiones encomendadas fueron hechas por el doctor Perilla desde el año de 1938 tanto en lo tocante a la Colombiana de Petróleos como al señor Obregón Arjona, cuyo apoderado era el doctor Eduardo Zuleta Angel.

4º Por haber quedado descartada la posibilidad de arreglo con la Compañía Colombiana de Petróleos, el doctor Perilla tuvo que concretarse a buscar la transacción con el señor Obregón y al efecto se sentaron con el apoderado de éste algunas bases de discusión que constan en escrito de 22 de agosto de 1939.

5º Debatidos ampliamente los puntos de vista del Departamento representado por el doctor Perilla y los del doctor Zuleta Angel por parte de Obregón Arjona, se pusieron luego las fórmulas adoptadas a la consideración del doctor Manuel José Gómez, como abogado del Departamento y los miembros de la Comisión creada por la Ordenanza número 36 de 1939, resultando de todas estas discusiones y reformas una minuta de contra-

to que posteriormente fue elevado a escritura pública bajo el número 3148 de la Notaría 4ª de Bogotá, de fecha 18 de octubre de 1939.

6º Tal como el doctor Perillá lo había previsto, el Ministerio de la Economía dictó el 20 de junio de 1939 una Resolución que fue confirmada por la de 4 de octubre del mismo año, en las cuales se adjudicó el contrato al señor Obregón Arjona y se declaró caducado el derecho preferencial del Departamento por haber pasado el término legal y por no haberse hecho nueva propuesta una vez vigente la ley 37 de 1931.

7º La importancia de la negociación pactada entre el Departamento y el señor Obregón, en que intervino el doctor Perilla, reside precisamente en el hecho de que no obstante haber perdido el derecho a la exploración y explotación de los terrenos contratados con Obregón sin embargo por virtud de dicha negociación tendría a su favor una participación superior a lo que le hubiera correspondido siendo el Departamento el adjudicatario del contrato de exploración y explotación. Además, debe tenerse en cuenta la circunstancia de que el señor Obregón bien hubiera podido negarse a hacer concesión alguna porque sus pretensiones habían sido plenamente acogidas por el Ministerio.

8º El actor no ha logrado el pago de los honorarios que el Departamento le adeuda por las mencionadas gestiones, a pesar de sus constantes diligencias de que dan cuenta los documentos acompañados a la demanda.

9º Por la ordenanza número 9 de 1940, en su artículo 4º se autorizó "ampliamente al Gobierno Departamental para que procediera al arreglo y cancelación de los honorarios profesionales del abogado que intervino en la transacción verificada entre el Departamento y la Compañía Obregón Arjona, a que se refiere la Ordenanza 36 del año pasado". Este precepto no se ejecutó, y se hizo derogar por el artículo 7º de la Ordenanza número 52 de 1941.

10º Para atender una exigencia hecha por el abogado del Departamento en oficio número 3862 de 16 de octubre de 1940 el doctor Perilla envió a la Gobernación un memorándum el 26 de noviembre de 1940, memorándum cuyo recibo por la entidad destinataria consta en varias de las pruebas acompañadas al libelo, donde se menciona el oficio número 4532 de 10 de diciembre del año de 1940, del Gobernador de Boyacá, con el cual se remitió el referido documento y un memorial remisorio al abogado del departamento para su estudio. Este documento no apareció cuando el doctor Perilla solicitó el 2 de octubre de 1941 copia de él para agregar a la demanda.

Apoya su demanda el doctor Perilla en varias disposiciones del C. C. y solicita se haga una condenación **in genere**, de acuerdo con el artículo 480 del C. J.

La primera instancia de este juicio terminó con sentencia de fecha 10 de noviembre de mil novecientos cuarenta y dos, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, en la cual se condenó al Departamento a pagar al demandante doctor Jesús Perilla V. la remuneración correspondiente a los servicios prestados por éste con el fin de obtener la transacción realizada entre el Departamento demandado y el señor Evaristo Obregón Arjona en lo tocante a la explotación y participación de los petróleos del Territorio Vásquez comprendidos en la propuesta de contrato formulada por Obregón Arjona. Se ordena allí mismo el cumplimiento del fallo por procedimiento del artículo 553 del C. J. dentro del cual se hará la fijación del monto de la remuneración solicitada por el doctor Jesús Perilla V. No se hizo condenación en costas.

Apeló de esta decisión el señor Fiscal del Tribunal Superior a nombre del Departamento demandado, por lo cual se ha surtido en esta Sala de la Corte la segunda instancia del juicio ordinario que hoy se falla.

Los antecedentes de este juicio son los siguientes:

En el año de 1922, el Gobernador del Departamento de Boyacá, en su carácter de mandatario seccional, presentó al Gobierno una propuesta de contrato para explorar y explotar el petróleo comprendido en una zona del Territorio Vásquez de 45.000 hectáreas. Esta propuesta no se perfeccionó, no obstante haber sido aceptada por la Nación, porque desde el 5 de enero de 1925 se dejó de actuar en el negocio ante el Ministerio respectivo. Luego la ley 84 de 1927 ordenó la suspensión de las propuestas y contratos sobre hidrocarburos nacionales no perfeccionados que cursaran ante el Ministerio de Industrias, el Consejo de Ministros, el Consejo de Estado o la Junta de Hacienda, mientras se dictaba una nueva ley que reglamentara la materia. En el año de 1937 el señor Evaristo Obregón Arjona hizo una propuesta de contrato de exploración y explotación del petróleo en un lote de terreno de 42.546 hectáreas, situado en el Municipio de Bolívar, Departamento de Santander, y en el Territorio Vásquez del

Departamento de Boyacá. Fue admitida esta propuesta en el mes de junio del mismo año, reduciéndose el área de ella a 36.757 hectáreas. El Departamento de Boyacá, fundado en el derecho preferencial que las leyes 2ª de 1921 y 110 de 1922 le otorgaron para obtener la concesión sobre los terrenos petrolíferos del Territorio Vásquez, se opuso a la celebración del contrato con el señor Obregón Arjona. Esta oposición se tramitó ante la Corte Suprema de Justicia la cual decidió que no era competente para resolver sobre ella por no referirse a la propiedad del petróleo sino a la prelación de derechos a una concesión. El Ministerio de la Economía Nacional decidió entonces esta controversia por medio de la Resolución de 20 de junio de mil novecientos treinta y nueve en la cual se declaró infundada la pretensión del Departamento de Boyacá, coadyuvada por la Sociedad Colombiana de Fomento, a contratar con el Gobierno Nacional, preferentemente al señor Obregón Arjona, la exploración y explotación de los petróleos del Territorio Vásquez comprendidos en la propuesta del citado Obregón. Durante este litigio ante el Ministerio y ante la Corte Suprema de Justicia representó al Departamento de Boyacá el doctor Jesús Perilla V. según consta plenamente en varias piezas del expediente del presente juicio y en la Resolución de junio de 1939 mencionada; (folios 59 a 63 c. 3). La Sociedad Colombiana de Fomento, por medio de su apoderado el doctor Luis Benjamín Martínez, pidió al Ministerio de la Economía la revocación de la resolución referida, a lo cual no accedió dicho Ministerio, sino que por el contrario, confirmó la providencia recurrida en la de 4 de octubre del mismo año de 1939. También se notificó esta Resolución al doctor Jesús Perilla V. como representante del Departamento de Boyacá (folio 67 c. 3).

Con fecha 9 de febrero de 1939 el Gobernador de Boyacá, doctor Héctor José Vargas, dirigió al doctor Jesús Perilla V. el oficio número 0397 que dice: "Estimado doctor: De acuerdo con nuestra conversación, me permito ratificarle el propósito que le manifesté de que Ud. pudiera explorar la posibilidad de un arreglo transaccional con el grupo antioqueño y la Colombiana de Petróleos, en relación con la oposición formulada por el Departamento sobre el sector Norte del Territorio Vásquez. En el supuesto de que se llegara a un entendimiento, se le podría reconocer a usted una comisión especial sobre este mandato muy confidencial que ahora le confiero. De usted atento servidor, (firmado), Héctor José Vargas.—Gobernador". (Folio 28 c. 3).

El 14 del mismo mes el Gobernador Vargas envió al doctor Perilla un despacho telegráfico en que dice: "Semana pasada enviéle por correo nacional importante oficio. Ruégole decirme si lo recibió. Héctor José Vargas". (Folio 29, c. 3).

Dichos oficio y telegrama fueron ratificados en diligencia que obra realizada ante el Juez 5º Civil del Circuito de Bogotá por su signatario. (Folio 39, c. 3).

En desarrollo del encargo contenido en el oficio 0397 antes transcrito, el actor emprendió en la realización de varias gestiones que culminaron el 18 de octubre de 1939, cuando ante el Notario 4º del Circuito de Bogotá, se otorgó la escritura pública número 3148, entre los señores Antonio Córdoba Mora, en nombre y representación del Departamento de Boyacá, en su carácter de Gobernador y en uso de la autorización dada por la Ordenanza número 36 de 1939 de la Asamblea de Boyacá, por una parte, y Eduardo Zuleta Angel, apoderado de Evaristo Obregón Arjona, por la otra parte. En dicha escritura se dice que "en vista de las Resoluciones del Ministerio de la Economía Nacional, Departamento de Petróleos, fechadas el veinte de junio y cuatro de octubre de mil novecientos treinta y nueve, respectivamente que definen la situación jurídica del Departamento y la del señor Evaristo Obregón Arjona, tocantes a las respectivas propuestas para la explotación de los hidrocarburos de una parte del Territorio Vásquez... y en atención a la conveniencia que al Departamento le reporta el hecho de que se inicien y continúen cuanto antes los trabajos de la exploración y explotación de los hidrocarburos que allí existen en cantidades comercialmente explotables" el Departamento asiente a que se perfeccione el correspondiente contrato entre la Nación y Obregón Arjona. Por la cláusula segunda Obregón se compromete a participar al Departamento de Boyacá un porcentaje sobre el producto bruto de la explotación "que sea exactamente igual a la (participación) que, por otra parte, debe recibir el Departamento por concepto de porcentaje en la regalía de la Nación al tenor de lo establecido en los artículos 12, inciso 1º, 31, 32 y 33 de la ley 37 de 1931, siendo entendido que si por cualquier motivo estas disposiciones fueren modificadas, el reconocimiento y pago se harán de conformidad con lo que en aquélla se establece". En la cláusula 41 se compromete Obregón a pagar al Departamento el canon superfi-

cario de que tratan los artículos 19 de la ley 37 de 1931 y 18 de la ley 160 de 1936 "en la forma y términos que tales disposiciones establecen y en cuanto dicho canon no sea exigido por la Nación a virtud de las adjudicaciones hechas a Boyacá. Se pactó por la cláusula 5ª que si el Gobierno Nacional no accedía a incorporar las referidas estipulaciones en el contrato de concesión que acordara con Obregón, éste debía constituír una caución que garantizara el cumplimiento de las obligaciones contraídas a favor de Boyacá, igual a la que según el artículo 11 de la ley 37 de 1931 debía constituír a favor del Gobierno Nacional. De acuerdo con la cláusula 6ª el contratista Obregón, debía preferir, dentro de los términos de la ley 149 de 1936, en igualdad de condiciones, a los empleados y trabajadores boyacenses. Se estableció también que todas las estipulaciones de aquel convenio deberían ser incorporadas en los contratos de cesión que el contratista Obregón celebrase con terceras personas naturales o jurídicas en el curso de la explotación. En el acto del otorgamiento dieron su aprobación al convenio los miembros de la comisión nombrada por la Asamblea de Boyacá (Ordenanza 36 de 1939), y se hizo la estimación de la cuantía de aquél en la suma de veinte mil pesos. (Folios 6v. a 9, c. 6).

La Ordenanza número 36 de 1939 que se cita en la escritura, es de fecha 27 de junio de ese año y en ella se dice: "Artículo 1º Autorízase al Gobierno Departamental para que en la forma que mejor convenga a los intereses de Boyacá proceda a arreglar y definir las cuestiones o diferencias que existan actualmente o se presenten en desarrollo de esta Ordenanza y que entorpezcan la pronta explotación de las riquezas petrolíferas existentes en el territorio Departamental. Artículo 2º Créase una comisión de tres miembros de la Asamblea, elegidos por ella, para que asesore al Gobierno en el desarrollo de lo ordenado en el artículo anterior. Artículo 3º Las determinaciones que se tomen, y arreglos y conclusiones a que se lleguen (sic) no necesitarán de posterior aprobación de la Asamblea, si la comisión a que se refiere el artículo anterior le diere su aprobación por mayoría de votos". (Folios 41 c. 1º).

El doctor Jesús Perilla se dirigió a la Gobernación de Boyacá con posterioridad a la firma de la escritura antes mencionada con el fin de obtener los honorarios correspondientes a su intervención en la transacción que en ella se contiene basándose para ello en los términos de la nota 0397 antes inserta y por cuanto consideraba que su encargo estaba cumplido, una vez que Obregón Arjona había accedido a otorgar las considerables ventajas que para el Departamento se estipularon en la negociación que fue materia de las labores del doctor Perilla. Este exigió de la administración boyacense una remuneración de diez mil pesos ($ 10.000.00) que no le fue pagada, primeramente por considerarla exagerada, luego por no tener la Gobernación autorización ordenanzal para decretar la erogación; por último, dictó la ordenanza número 9 de 1940, que en su artículo 4º dispuso: "Autorízase ampliamente al Gobierno Departamental para que proceda al arreglo y cancelación de los honorarios profesionales del abogado que intervino en la transacción verificada entre el Departamento y la Compañía Obregón Arjona, a que se refiere la Ordenanza 36 del año pasado. Si no se llegare a un arreglo directo, se nombrará un perito por el abogado y otro por el Gobernador y en caso de desaveniencia (sic) entre éstos, se nombrará un tercero de común acuerdo. Parágrafo. Queda autorizado el Gobierno para hacer los traslados necesarios en el presupuesto a fin de dar cumplimiento al artículo anterior (sic)".

No obstante esta facultad de que se invistió al Gobierno del Departamento, no se canceló la deuda cobrada por el doctor Perilla, y hoy ante la justicia ordinaria se aducen los siguientes argumentos para justificar la mora en el cumplimiento de esta obligación:

1º Inexistencia del contrato con el doctor Perilla.

Se alega en este sentido que siendo el Departamento una entidad de derecho público, sus contratos están sujetos a un trámite especial estatuído por las disposiciones fiscales nacionales y por las ordenanzas, trámite que impide que tales entidades puedan obligarse en forma simplemente consensual, sino mediante la observancia de todas las formalidades propias del procedimiento de derecho público. Concluye de esto el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja (folio 56, c. 1), que el Gobernador del Departamento no podía obligar a esta entidad más allá de las facultades que le fijan las Ordenanzas para celebrar contratos con una cuantía menor de mil pesos sin la intervención de la Junta de Gobierno, y por lo tanto el oficio 0397 en cuanto acarreara una obligación mayor de mil pesos, debía someterse a la intervención de la Junta de Gobierno, según la Ordenanza 42 de 1939. Además de esta Ordenanza que "limita las facultades contractuales del Gobernador, regían" otras más restrictivas de las faculta-

des del Gobernador, continúa el señor Fiscal. Que el mandato confidencial dado por el doctor Héctor José Vargas al doctor Perilla, no tuvo existencia jurídica, porque además de las disposiciones que hasta aquí se han traído, violó el Código Fiscal de Boyacá porque no se otorgó por escrito, y la ley 130 de 1913 que ordena a los Gobernadores someter a la aprobación del Tribunal Seccional de lo Contencioso Administrativo los contratos que celebre el Gobernador en virtud de autorizaciones.

El argumento de inexistencia del contrato entre el doctor Perilla V. y el Departamento de Boyacá, no es, en concepto de la Sala, suficiente para llevar a la conclusión que pretende el demandado, de negarle acción al demandante. Independientemente de la existencia o no existencia de un contrato válidamente celebrado entre el Gobernador de Boyacá y el doctor Perilla —a lo cual se refieren las alegaciones del demandado— aparece demostrada en los autos una situación jurídica entre Perilla y el Departamento y que proviene de los actos de gestión realizados por el abogado, con base en una petición hecha a él por el Gobernador, de la cual se derivan naturalmente obligaciones a cargo del demandado. El doctor Perilla V. le prestó al Departamento de Boyacá sus servicios profesionales de abogado y efectuó gestiones en beneficio del Departamento, que no han de ser gratuitas por no haberse estipulado su gratitud y porque sería injusto que el demandado se hubiese aprovechado de tales gestiones sin retribuírlas a quien las hizo.

Tendientes a desvirtuar el mérito de las gestiones del doctor Perilla, el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja alegó en la primera instancia dos hechos a saber: que esas gestiones no tuvieron éxito por cuanto "la Sociedad Colombiana de Fomento, cesionaria de la Unión Colombiana de Petróleos, demandó ante el Consejo de Estado, Departamento de Boyacá, a que se contratara o se aceptara la propuesta del señor Obregón Arjona, y dicho pleito todavía está pendiente sin fallarse" (f. 56 c. 1). "El fallo del Consejo —dice en el alegato de conclusión de la misma instancia— puede ser otro factor digno de estimarse al apreciar la importancia y oportunidad de las gestiones del demandante" (f. 69 c. 1). Y segundo, que está "demostrado que el señor Obregón Arjona o la empresa que él representaba, renunció al contrato celebrado con la Nación, desistió —sin recibir en cambio compensación alguna— del negocio de explotación de petróleos en la zona materia del contrato. Además en el proceso está demostrado también que antes de la renuncia el contratista con la Nación ofreció al Departamento de Boyacá la cesión gratuita, absolutamente gratuita, de los derechos que tenía en virtud de tal contrato... Quiero que se piense en si realmente está demostrado que el arreglo celebrado entre el Departamento y el señor Obregón Arjona, representa algo valioso para Boyacá". (folios 68 a 69 c. 1).

En resumen, que el contrato de cesión celebrado entre el señor Obregón Arjona y la Nación, de cuyo cumplimiento dependía el provecho derivado para el Departamento de Boyacá de las estipulaciones contenidas en la transacción acordada con el contratista, no se cumplió.

En la segunda instancia se trajo a los autos una copia auténtica del fallo dictado por el H. Consejo de Estado, relativo a las Resoluciones del Ministerio de Industrias (hoy Minas y Petróleos) en que se declaró infundada la oposición de Boyacá a la propuesta de Obregón. En dicha providencia (fol. 33 a 41 c. 6) se declaran nulas tales Resoluciones de 20 de junio y 4 de octubre de 1939. Pero en el parecer de la Sala no influyen en el reconocimiento de la importancia y oportunidad de las gestiones del actor, ni en su valor, estos dos hechos aducidos por la parte demandada, puesto que la nulidad de los proveídos ministeriales y el desistimiento del contrato o la oferta de cesión gratuita de los derechos del contratista a favor del Departamento atañen a una etapa de la negociación a la cual no se vinculó en manera alguna el doctor Perilla cuando aceptó el encargo hecho por el doctor Vargas de "explorar la posibilidad de un arreglo transaccional con el grupo antioqueño y la Colombiana de Petróleos en relación a la oposición formulada por el Departamento sobre el sector norte del Territorio Vásquez". Como nítidamente se halla estipulado en el oficio 0397 en virtud del cual inició las actividades de que en este negocio se trata el doctor Perilla, la remuneración que tendría derecho a reclamar éste del Departamento se fundaría en el acaecimiento de un "entendimiento". De ningún modo se dio a entender al gestor que la "comisión especial" que se le prometía dependía del resultado posterior de la transacción, y mal puede hoy entenderse así cuando expresamente se ha ratificado quien en aquella forma se expresó, sin introducir variación alguna al sentido literal del oficio antes transcrito, y demostrando plena conformidad en cuanto a la manera como se había cumplido por parte del doctor Perilla la condición impuesta en orden a merecer

el pago de la remuneración. Por otra parte, sería injusto, negar hoy la remuneración prometida so pretexto del mal resultado de una negociación para cuyo éxito realizó el doctor Perilla acertadas actividades hasta el límite de sus atribuciones, dejándola en estado de franca conveniencia para los intereses que defendía, como se deduce de la lectura de las cláusulas de la escritura de transacción 3148. Si ella no produjo los efectos previstos, en nada puede esto afectar a quien no estaba dependiendo de sus resultados para cobrar su remuneración, como hubiera sido el caso de un contrato de cuota litis. Las obligaciones y facultades del doctor Perilla terminaron en la celebración del contrato de transacción, se repite, y la obligación del Departamento de pagar la "comisión especial" nació también en tal evento. De ahí en adelante, el gestor quedó separado del negocio, no tuvo ingerencia alguna en él, y mal puede creerse que siguió sujeto a las consecuencias de un asunto completamente ajeno a sus actividades.

2º Cuantía exagerada de los honorarios.

Se opone el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja a que se condene al Departamento de Boyacá a pagar al doctor Perilla el monto de los honorarios fijados por el actor "porque la comisión especial o remuneración que el doctor Héctor José Vargas le prometió al demandante en el citado oficio 0397 de nueve de febrero de 1939 no podía ser mayor que la remuneración estipulada en contrato escrito para las gestiones que el doctor Jesús Perilla llevó a cabo con poder especial del señor Gobernador ante el Ministerio de Industrias y ante la Corte Suprema para una remuneración de trescientos pesos"; y agrega la misma vista fiscal: "Como no existe estipulación escrita sobre el reconocimiento de la comisión especial que le ofreció el doctor Héctor José Vargas como Gobernador de Boyacá al demandante en el oficio 0397 del 9 de febrero de 1939, en el supuesto que se llegara a un entendimiento sobre la explotación de la posibilidad de un arreglo transaccional entre el grupo antioqueño y la Colombiana de Petróleos, mal podía el señor Gobernador reconocer una remuneración de diez mil pesos, cuando el mandato ordenanzal sólo lo autoriza para celebrar contratos menores de mil pesos sin la intervención de la Junta de Gobierno". Ya se ha dicho que las obligaciones del Departamento no emanan de un contrato celebrado con el doctor Perilla sino de gestiones realizadas por éste. Así las observaciones anteriores no son pertinentes y fundadas en orden a limitar la cuantía de lo que haya de pagarse al demandante por sus servicios.

Cuando el doctor Perilla asumió el desempeño del encargo hecho por el Gobernador de Boyacá mediante las gestiones que realizó se encontraba para decidir por parte del Ministerio de la Economía Nacional un litigio en que, a juzgar por el empeño del Gobierno de Boyacá en punto a la celebración de una transacción con la contraparte, el Departamento llevaba posibilidades de quedar vencido. Estas posibilidades se concretaron posteriormente cuando el mencionado despacho ejecutivo dictó las Resoluciones de 20 de junio de 1939 y de 4 de octubre del mismo año, en las cuales se declararon justas las pretensiones del "grupo antioqueño" encabezado por el señor Evaristo Obregón Arjona a obtener el contrato de exploración y explotación de los petróleos de una zona al norte del Territorio Vásquez. No obstante este resultado adverso, merced a las gestiones realizadas por el doctor Perilla que luego se detallarán, Boyacá consiguió a su favor las ventajas que se desprenden de la escritura pública 3.148 cuyas cláusulas se dejan resumidas antes y que se otorgó ante la Notaría 4ª de Bogotá, entre el contratista Obregón y el doctor Córdoba Mora, entonces Gobernador de Boyacá.

Las gestiones del demandante

En orden a demostrar el cumplimiento de las gestiones realizadas por el doctor Perilla V. se han traído las siguientes pruebas:

"Declaración del doctor Héctor José Vargas: "Me consta por haber intervenido directa y personalmente, en ese entonces, que se adelantaron diversas conferencias con el representante de la Colombiana de Petróleos y con el doctor Eduardo Zuleta Angel, que obraba, me parece, como apoderado del señor Evaristo Obregón Arjona, con el fin de lograr la transacción de que se ha hablado; y que no fue posible un entendimiento aceptable con la Compañía Colombiana de Petróleos, por lo cual el doctor Perilla V. también adelantó otras gestiones con el mismo fin para ver de llegar a un acuerdo con Boyacá y que después de una labor tesonera en el estudio de las bases propuestas por el apoderado de Obregón Arjona en la discusión y adopción de las modificaciones y submodificaciones a las varias fórmulas propuestas por el doctor Zuleta Angel y por el doctor Perilla V. se llegó a una solución en que intervino principalmente el doctor Manuel José

Gómez como abogado del Departamento de Boyacá y los miembros de la comisión de la Asamblea creada para tal fin. Este arreglo quedó culminado pocos días antes de mi retiro de la Gobernación, y si mal no recuerdo, fue consignado pocos días después en la escritura pública a que hace referencia el peticionario. Esta escritura seguramente debió suscribirla a nombre de Boyacá el nuevo Gobernador. Puedo agregar que en alguna de esas juntas llevadas a cabo para ver de llegar a un entendimiento con el grupo Obregón Arjona, intervinieron también muchos de los parlamentarios boyacenses, y que todos ellos estuvieron de acuerdo en que debía hacerse dicho arreglo". (Folio 48 v. c. 3).

El doctor Alberto Casas Castañeda, cuya declaración obra al folio 45 v. del cuaderno número 3, dice: "Me consta personalmente que el doctor Héctor José Vargas, siendo Gobernador de Boyacá, solicitó de mí que obtuviera una entrevista con el doctor Jesús Perilla; y al efecto llevé yo a éste al Club de abogados de esta ciudad, un día a la hora señalada por el doctor Vargas, y, reunidos los tres, el doctor Vargas le manifestó al doctor Perilla que deseaba que éste promoviera un arreglo o transacción del pleito pendiente respecto de los hidrocarburos del Territorio Vásquez, con la parte contraria del Departamento que lo eran (sic) un grupo de antioqueños de que hacía parte el señor Evaristo Obregón y del cual era apoderado el doctor Eduardo Zuleta Angel, arreglo en que debía incluírse la Compañía Colombiana de Petróleos que entonces representaba el doctor Carlos Arango Vélez lo comisionó y autorizó, verbalmente entonces, en mi presencia para iniciar y adelantar esa gestión, ofreciéndole enviarle oficialmente esa misma autorización. No recuerdo si le dijo de poder o de nota. Posteriormente tuve conocimiento de que le había enviado la autorización del caso, por haberla tenido en mis manos cuando el doctor Perilla me la mostró. ...Tuve conocimiento porque casi diariamente conversaba con el doctor Perilla V. y me informaba, de todas sus actividades al respecto, de estos hechos. Estas, según ello, consistieron en conferencias con el doctor Zuleta Angel, apoderado del grupo antioqueño, la primera de las cuales se verificó en mi presencia, en la oficina del doctor Perilla situada en la carrera 6ª entre calles 9ª y 10ª. Esto por ahí en el año de 1938. Supe también, por el doctor Perilla, que había tenido también varias conferencias con el doctor Carlos Arango Vélez y que éste, en definitiva, no se había allanado a rematar un arreglo en su carácter, el doctor Carlos Arango Vélez, de apoderado de la Colombiana de Petróleos. El doctor Perilla estuvo reuniéndose también con el Secretario de Gobierno de Boyacá, con los miembros de una junta creada por una ordenanza del Departamento para asesorar al Gobierno en ese asunto, y con el propio Gobernador doctor Vargas, y me consta la asiduidad y tesonero empeño que el doctor Perilla puso en esa gestión. Supe también, por las circunstancias anotadas de oírla del doctor Perilla, que habían perfeccionado posteriormente entre las dos partes contrincantes Obregón, Departamento de Boyacá, un arreglo por medio del cual el Departamento de Boyacá debía recibir del grupo representado por el doctor Zuleta Angel una participación igual a la que al Departamento correspondía por virtud de la ley 37 de 1931, de modo que prácticamente el Departamento duplicó su participación en los productos de la explotación de hidrocarburos referidos. Como es de público conocimiento y también por dichas conversaciones mías con el doctor Perilla este arreglo se perfeccionó con instrumento público cuyo número no recuerdo en una notaría de esta ciudad, y éste se consideró generalmente como muy ventajoso para el Departamento de Boyacá".

El doctor Pedro Martín Quiñones (fol. 47, c. 3) afirma que "le constan personalmente las intervenciones del doctor Perilla como apoderado del Departamento de Boyacá en el año de 1939", quien "adelantó conferencias con el apoderado del grupo antioqueño en los primeros días de julio o agosto de aquel mismo año; intervine personalmente en estos arreglos con el apoderado del Departamento de Boyacá doctor Perilla. ...Varias conferencias y debates sostuve con el doctor Perilla a este respecto cuyos denodados esfuerzos y patrióticas gestiones como apoderado del Departamento culminaron con el arreglo escriturado bajo el número 3148 el 18 de octubre de 1939 anté la Notaría Cuarta del Circuito, arreglo en cuya virtud el Departamento recibirá una participación directa de la Compañía explotadora igual a la que recibe por cuenta de la Nación de modo que duplicó su participación en aquellos petróleos".

El doctor Policarpo Castillo Dávila (folios 49 a 50, c. 3), habla de "la diligencia y eficacia con que el doctor Perilla sirvió a los intereses que se le encomendaron... yo asistí —dice— a todo el trabajo que él desarrolló para que los intereses departamentales de Boyacá salieran lo mejor librados posible de este incidente (el litigio con Obregón Arjona). El mismo doctor Perilla fue quien

redactó la póliza y las modificaciones sobre las observaciones que nosotros hicimos para hacer el contrato con el representante del señor Obregón Arjona, doctor Zuleta Angel". "Es cierto que el doctor Héctor José Vargas autorizó al doctor Perilla para hacer las gestiones a ver de lograr una transacción con el grupo antioqueño y la Colombiana de Petróleos en relación a la oposición formulada por el Departamento sobre el sector norte del Territorio Vásquez, aunque personalmente no asistí a esta conversación con la Colombiana pero tuve conocimiento de ella en una reunión que tuvimos todos los boyacenses interesados en este problema, por convocatoria del doctor Héctor José Vargas en la casa del señor Antonio Puerto, en donde prácticamente se convino el plan de las gestiones que debían adelantarse para favorecer los intereses de Boyacá. A esa reunión asistió el doctor Jesús Perilla, ya como representante y apoderado del Departamento y en calidad de tal nos informó de todas las gestiones que había hecho anteriormente.... También me consta el arreglo definitivo hecho y la escritura que puso fin a las negociaciones de que he venido hablando. Lo que me extraña como boyacense es que el Departamento esté en situación litigiosa con quien lo representó dignamente y le sirvió con tanta inteligencia y con el mejor interés, porque sus derechos fueron los más ampliamente reconocidos".

Por último, el doctor Eduardo Zuleta Angel expuso (folios 50 v., c. 3): "Es cierto, por constarme directa y personalmente, que desde el año de 1938, y como resultado de conferencias que al respecto tuvo personalmente con el mismo Gobernador de Boyacá, el doctor Perilla, éste inició y continuó con el mayor interés todas las gestiones conducentes, tanto con el representante de la Compañía de petróleos como con el apoderado del señor Obregón Arjona, o sea el suscrito, encaminadas a lograr una transacción que favoreciera en cuanto fuera posible los intereses de Boyacá; y que no siendo posible un entendimiento aceptable con la Compañía Colombiana de Petróleos continuó el doctor Perilla sus gestiones a seguir gestionando el asunto con el suscrito; y después de varias conferencias y de exponer cada uno la manera de apreciar el problema por el aspecto jurídico, le dejé entrever al doctor Perilla la posibilidad de obtener de mi mandante un acuerdo con Boyacá; y que después de una labor tesonera en el estudio de las bases propuestas por mí, en la discusión y adopción de las modificaciones y submodificaciones a las varias fórmulas presentadas por mí y por el doctor Perilla, como apoderados respectivamente de una y otra parte, ...quedó al fin adoptada definitivamente la póliza que constituye la escritura número 3148 de 18 de octubre de 1939 otorgada ante el Notario 4º de Bogotá...."

A folios 32, 33, 34 y 36 del cuaderno 3 figuran las diversas minutas presentadas por el doctor Zuleta Angel, cuya autenticidad confirmó éste al folio 39 v. del c. 3 y a folios 3 a 5 del c. 1 se hallan las modificaciones y submodifcaciones hechas por el doctor Perilla así como también las reformas propuestas por el doctor Manuel José Gómez, abogado del Departamento de Boyacá, y varias cartas cruzadas entre el doctor Zuleta Angel, el doctor Perilla y el abogado de Boyacá, documentos éstos contra los cuales no se ha aducido tacha alguna de falsedad. De todos estos elementos se puede deducir el mérito de las gestiones de quien ahora demanda los honorarios consiguientes a su labor, máxime si se valoran justamente las ventajosas cláusulas consignadas en la escritura pública con que culminó el arreglo con el grupo antioqueño, dueño de una situación jurídica superior a la del Departamento como quedó a la vista por los fallos adversos a las pretensiones de éste.

Puede agregarse a lo dicho que la ordenanza 9 de 1940, antes transcrita en lo pertinente, aunque posteriormente fue derogada, reconoció las gestiones realizadas por el abogado del Departamento que intervino en la transacción a que se alude en esta providencia.

Perfectamente demostrada se halla pues en autos la prestación de servicios del doctor Jesús Perilla V. en favor y defensa de los intereses de Boyacá, y el buen resultado de sus actividades en una transacción benéfica para éste.

El valor de las gestiones

Como el emolumento cobrado de $ 10.000.00 ha sido objetado por el deudor, y como se ha visto, no hubo acuerdo previo sobre el valor de esos honorarios, la Corte ha de proceder a justipreciar ese valor basada en los datos y comprobaciones que hay en el expediente.

No ha de fundarse la Sala para fijar esa cuantía en la cantidad expresada en el documento público 3148 antes relacionado como valor de la transacción, puesto que, como allí se dice, ese avalúo del contrato se hizo "para efectos fiscales... en la suma de veinte mil pesos ($ 20.000.00) moneda corriente". Claro que el verdadero precio de la negociación, tratándose de obtener una par-

ticipación en la explotación de una vasta región petrolífera a lo largo de varios años, no puede reducirse de antemano a cifras precisas, ni menos estimarse en un mínimum tan bajo, vistas las halagüeñas condiciones que a favor del Departamento se pactaron en la escritura de transacción.

La prueba conducente que la ley exige para decidir puntos como el de que se ocupa la Sala en este caso es la apreciación por peritos imparciales y poseedores de conocimientos especiales sobre la materia.

El avalúo de la prestación a cargo del Departamento de Boyacá por concepto de los servicios profesionales del doctor Jesús Perilla ha de hacerse tomando en consideración los dictámenes periciales aducidos en el juicio. La parte demandante nombró perito al doctor Melquisedec Amézquita y Avila (fol. 1 v. c. 6) y la parte demandada nombró al doctor Roberto Hernández Ortega (fol. 4 c. 6). El doctor Amézquita conceptuó teniendo en cuenta los siguientes factores como fundamento de su apreciación, advirtiendo que en estos puntos estuvo de acuerdo con el Dr. Hernández: "a) El tiempo dentro del cual se desarrollaron todas las gestiones hechas por el doctor Perilla en favor del Departamento de Boyacá. b) La intensidad de la labor, medida por el número de conferencias y demás actividades que formaron los antecedentes de la negociación que culminó con la transacción. c) La categoría de las partes: por una parte una firma muy respetable a cuyo favor ya existía una resolución ministerial, y por otra todo un Departamento. d) La categoría de los abogados que llevaron la representación de las partes, juzgada ésta por sus ejecutorias, su prestigio en el foro, su posición social y política (ambos, Zuleta y Perilla, ex-Magistrados de la Corte Suprema de Justicia, ex-Senadores de la República, y abogados de notoria fama en la capital); e) La trascendencia del negocio y el fin práctico para ambas partes, pues la transacción se encargó de aunar las voluntades y pretensiones encontradas, abriendo la puerta a la posibilidad de una inmediata explotación; y f) La naturaleza misma del negocio, pues se trata de un asunto de petróleos, en los cuales, por lo general, intervienen los abogados de más fama y renombre, y se estilan también los honorarios más altos de la plaza". Concluye señalando, en consecuencia de tales considerandos, la suma de ocho mil ($ 8.000.00) pesos como justa retribución por los servicios prestados por el doctor Perilla en busca de la transacción verificada entre el Departamento de Boyacá y el señor Obregón. "En mi sentir —explica el perito— el monto de esos honorarios debe fijarse teniendo en cuenta únicamente los elementos acerca de los cuales estuvimos de acuerdo, sin que su cuantía o monto pueda subordinarse al beneficio pecuniario que hubiera o no reportado el Departamento, ora porque no habiendo precedido estipulación de cuota litis no tiene el abogado por qué correr las contingencias de ningún beneficio pecuniario, ora por que tal tesis sería desdorosa para la categoría de todo un Departamento, y creo que el de Boyacá no podría invocarla, ora en fin, porque tratándose de explotación de petróleos que iba a hacerse en su territorio significaba más para el Departamento el triunfo moral que obtuvo por medio de la transacción, que todo el dinero que hubiera podido recibir".

El doctor Hernández Ortega se refiere a lo largo de su experticio a los mismos factores tenidos en cuenta por el doctor Amézquita pero discrepa con éste en que aquél hace entrar en juego al fijar la regulación el factor de la utilidad resultante para el Departamento de las gestiones del doctor Perilla, y observa al respecto: "Pero el hecho de que Boyacá no hubiera obtenido utilidades pecuniarias por efecto del contrato celebrado con Obregón Arjona, no disminuye y mucho menos anula el valor de los honorarios que por su trabajo correspondían al doctor Perilla, ya que como se dijo antes, no se trataba de un contrato de "cuota litis" entre éste y el Departamento. Es claro que para la estimación del valor de los honorarios hubiera sido factor muy ventajoso para el doctor Perilla un buen rendimiento pecuniario que para Boyacá se hubiera deducido del contrato obtenido por él; pero en todo caso debe tenerse en cuenta que se trataba de una negociación muy valiosa de cuyas utilidades hubiera reportado Boyacá cuantiosas sumas". Agrega luego: "Todas las anteriores consideraciones las tuvimos en cuenta y las discutimos en numerosas entrevistas con el señor perito del demandante, sin que, desgraciadamente, hubiéramos llegado a un acuerdo sobre el valor de los honorarios del doctor Perilla por lo cual rendimos nuestro dictamen separadamente". Estima en tres mil trescientos ($ 3.300.00) pesos el valor de los honorarios debidos al doctor Perilla en este juicio, y concluye diciendo, como lo hace también el otro perito principal, que no habiéndose llegado a un acuerdo entre los dos acerca del perito tercero, solicitan la designación de éste por la Corte.

Al efecto se dicta la respectiva providencia, donde la Corte, después de considerar el desacuerdo habido entre los principales y la imposibilidad legal de aplicar el medio aritmético a los dictámenes rendidos, designa como perito tercero al doctor Guillermo Amaya Ramírez. Considera éste en su concepto (folios 22 a 27 del c. 6) dos factores que sirven de base a la generalidad de los casos de regulación de honorarios, cuales son: "el abogado que presta el servicio y el negocio en que interviene". Por tres aspectos enfoca el punto referente al abogado, a saber: "a) Su preparación. b) El prestigio de que goce, y c) Su calidad como miembro de la sociedad, esto es, su posición social, entendida no en el sentido restringido que se le suele dar a este concepto, sino en el que indica claramente la expresión: posición que la persona ocupe ante la sociedad en que actúe". Opina que las tres circunstancias subjetivas anotadas se presentan, en el caso del doctor Perilla "en el grado más distinguido" y se extiende luego en bastas consideraciones sobre ello.

"Por lo que hace al negocio—dice más adelante—estimo que deben tenerse en cuenta... las siguientes circunstancias: 1º La naturaleza del asunto de que se trataba; 2º La importancia o valor intrínseco del negocio. 3º La claridad del derecho que trataba de hacerse efectivo y la facilidad o dificultades con que hubiera tropezado en el curso de la gestión; 4º El tiempo empleado; y 5º La intensidad de la gestión". Como resultado del análisis detenido de todos estos elementos, considerando, como lo hacen los peritos principales que las gestiones del doctor Perilla se desarrollaron en el lapso apreciable de ocho meses, concluye el doctor Amaya que "el Departamento de Boyacá obtuvo del doctor Jesús María Perilla V. la prestación de servicios profesionales de abogado que valen la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00) m/cte." Observa también: "No está demás advertir que el valor que me he permitido indicar para los citados servicios no tienen por qué modificarse en forma alguna en razón de hechos posteriores, como lo es la renuncia que hizo la compañía concesionaria ante el Gobierno Nacional, pues los servicios que se solicitaron al doctor Perilla tenían un objeto concreto que él alcanzó... En mi concepto los honorarios mencionados habrían sido los mismos si la explotación se hubiera llevado a cabo con el mayor de los éxitos. El doctor Perilla no era un copartícipe en los derechos del Departamento, sino un abogado que prestó en forma eficaz e inteligente el servicio concreto que se le solicitó".

El señor Procurador Delegado en lo Civil, obrando como representante del Departamento de Boyacá, al notificársele el auto por el cual se decretó la prueba pericial anterior, pidió (fol. 3, c. 6) que además de la materia sobre la cual el actor solicitó el concepto de los peritos, dictaminaran éstos acerca de lo siguiente: "Si en su concepto al recibir poder un abogado para seguir un juicio, con facultades para transigir, la transacción a que haya lugar debe o no considerarse como parte del cumplimiento de sus deberes de apoderado". Esta pregunta formulada a los expertos a guisa de ampliación o aclaración de su concepto, fue calificada unánimemente por ellos como extraña a su misión de "comprobación de hechos" que la ley procesal les señala (artículo 705 del C. J.). No obstante esta observación cada uno de los abogados conceptuantes consignó algunas razones que la Corte acoge ahora para referirse a la sugerencia que conlleva esta pregunta de que las gestiones conducentes a la transacción realizada entre el Departamento de Boyacá y el contratista Obregón Arjona no fueron otra cosa que parte de las obligaciones contraídas por el doctor Perilla cuando aceptó el poder en virtud del cual llevó la representación de la parte demandada ante la Corte Suprema de Justicia y el Ministerio de Industrias. Al respecto manifiesta el doctor Amézquita en su segundo concepto: "Para saber si las gestiones realizadas en un negocio dado y de las cuales fluye una transacción, están comprendidas dentro de los deberes del abogado, sería preciso conocer el contrato habido entre la parte y el abogado, para saber hasta dónde éste se obligó, qué clase de diligencias abarcó su obligación. Como en el caso presente no obra el contrato habido entre el Departamento y el doctor Perilla, es difícil conceptuar categóricamente". Esta misma observación hace el doctor Roberto Hernández y añade lo siguiente: "La afirmación de que dentro de las obligaciones contraídas por el doctor Perilla en el primer contrato no estaba la de llevar a cabo este arreglo se corrobora con la segunda parte de la carta del doctor Héctor José Vargas, ...pues en ella se dice: 'En el supuesto de que se llegara a un arreglo se le podría **reconocer a usted una comisión especial** sobre este **mandato** muy confidencial que **ahora** le confiero'. De manera que la autorización para un arreglo transaccional solamente fue conferida en la carta de nueve de febrero de 1939 y si el Gobierno de Boyacá hubiera conside-

rado que este arreglo estaba dentro de las facultades y obligaciones del doctor Perilla y no constituía un nuevo **mandato** o un nuevo contrato, no le hubiera ofrecido el reconocimiento de "una comisión especial" en el caso de llegar a un acuerdo. Muy acertado es en el parecer de la Sala el argumento traído por el actor para reforzar la tesis de que se trata en el presente caso de la fijación de honorarios por gestiones del poder anteriormente dado al doctor Perilla por el Departamento, cuando dice en su alegato de conclusión (fol. 18, c. 4): "El poder para representar al Departamento en la oposición ante el Ministerio y ante la Corte me fue conferido, como es de ley y de constante jurisprudencia, por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Tunja; y no pudiendo éste transigir, al tenor del artículo 170 del C. J., no podía conferirme una facultad de que carecía". Estas consideraciones bastan en orden a establecer que las gestiones para la transacción encomendadas por el Gobernador de Boyacá al doctor Jesús Perilla V. por medio del oficio 0397 de febrero de 1939, por cuya realización cobra honorarios el actor en este juicio, no estaban comprendidas en un contrato anterior al mandato celebrado entre el Departamento de Boyacá y el mismo abogado, a que se refiere el fiscal del Tribunal de Tunja en sus escritos de la primera instancia y el Procurador ante la Corte. Por lo tanto, tampoco se hallaba incluída la remuneración por los servicios prestados para lograr la transacción en la suma de trescientos pesos que, según afirma el señor Fiscal, se pactaron cuando el doctor Perilla asumió la representación del Departamento ante la Corte Suprema y el Ministerio de la Economía en virtud de un poder anterior al oficio 0397 tantas veces mencionado. Preguntó también la Procuraduría a los expertos "qué deducción harían al valor de los honorarios del Dr. Perilla si demostrara que en virtud de la demanda presentada por la Sociedad Colombiana de Fomento de aquellas Resoluciones (las que negaron la oposición del Departamento a la propuesta de Obregón), fueron anuladas por el H. Consejo de Estado". Este interrogante se hizo por considerar que los señores peritos tuvieron "como factor importante para el avalúo de los honorarios del Dr. Perilla la seguridad de que las razones aducidas por el Ministerio de la Economía para dictar sus Resoluciones de 20 de junio y 4 de octubre de 1939 eran tan frmes que hubiera sido baldía toda gestión ante el Consejo de Estado para invalidar dichas Resoluciones". Sin embargo, ya se ha visto que los señores peritos al hacer sus apreciaciones descartaron expresamente el factor referente a hechos posteriores como el fracaso de la explotación o la nulidad de las Resoluciones, y su fundamento estuvo constituído por elementos que hacían relación a la negociación intrínseca considerada por sus aspectos objetivo (valor, importancia, calidad del negocio, tiempo gastado, intensidad de ella y mayor o menor posibilidad de éxito) y subjetivo (calidad de las partes, el prestigio, preparación y posición social de los abogados). Ya la Corte ha opinado en la presente providencia con respecto a la celebración del contrato de transacción y a esa opinión se remite ahora para manifestar su acuerdo con la fundamentación de los dictámenes analizados.

Además del anterior interrogante se plantearon otros a los peritos por el señor Procurador Delegado en lo Civil y por el apoderado especial del Departamento de Boyacá para esta instancia, doctor David A. Forero. Los doctores Hernández Ortega, Amézquita y Amaya Ramírez dieron sus respuestas sin modificar sus puntos de vista expuestos en el primer concepto y sin hacer cambio alguno a la apreciación hecha sobre el monto de los honorarios de que trata este negocio.

Obrando, pues, en el presente caso dos peritagos uniformes, explicados y debidamente fundamentados, como lo son los de los doctores Melquisedec Amézquita y Avila (fol. 10 a 6), Guillermo Amaya Ramírez (fol. 22 a 27, c. 6), y no habiéndose aducido contra ellos argumento u objeción, la Sala con base en el artículo 721 del C. J., los considera aplicables a la regulación de la prestación debida por el Departamento de Boyacá al doctor Jesús Perilla V. en razón de los servicios profesionales de éste encaminados a lograr la transacción pactada entre dicho Departamento y el contratista Obregón Arjona sobre la explotación petrolífera de una zona al norte del Territorio Vásquez. Habrá de fijarse pues esa cuantía en la suma de ocho mil pesos ($ 8.000.00).

En mérito de las anteriores consideraciones, 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:

1º Declárase infundadas las excepciones propuestas por el demandado en este juicio.

2º Condénase al Departamento de Boyacá a pagar al doctor Jesús Perilla Vaca la suma de ocho mil pesos $ 8.000.00) moneda colombiana, en los términos de la demanda.

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

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicloás Llinás Pimienta, Srio.

PENSION DE UN MIEMBRO DEL ORGANO JURISDICCIONAL

Los términos de la ley 22 de 1942 son precisos en cuanto fijan las bases sobre las cuales debe hacerse el reconocimiento de la pensión, o sea la del sueldo que el empleado o funcionario devengaba en la fecha en que se contrajo la enfermedad o se sufrió la lesión que lo inhabilitó.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, junio veintitrés de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Ha venido en apelación a esta Superioridad la providencia por medio de la cual el Tribunal del Distrito Judicial de Buga decretó a favor de la señora Mariana Urdiñola v. de Marmolejo, mayor y vecino de Tuluá una pensión mensual de cien pesos ($ 100.00), pagadera por la Caja de Previsión del Organo Judicial, Contencioso Administrativo y Ministerio Público, por el término de dos años a partir del primero de junio próximo pasado.

El recurso fue interpuesto tanto por el señor Fiscal del Tribunal Superior como por el apoderado de la demandante y se procede a resolverlo, previas las siguientes consideraciones:

El señor Luis Marmolejo ocupó varios cargos en la rama judicial, entre otros el de Secretario del Juzgado 2º del Circuito de Tuluá, hasta el 30 de junio de 1931; el de Juez del Circuito de Sevilla, hasta el 18 de agosto del mismo año; el de Secretario del Juzgado del Circuito de Sevilla, hasta el 13 de agosto de 1935; el de Juez Municipal de Sevilla hasta el 31 de julio de 1939; el de Escribiente del Tribunal Superior de Buga hasta el 4 de agosto de 1941; el de Secretario del Juzgado Penal del Circuito de Tuluá, hasta el 22 de julio de 1943; y, por último, el de Juez del Circuito Penal de Tuluá, del 22 de julio al 15 de octubre de 1943.

Mientras desempeñaba sus funciones como Secretario del Juzgado Penal de Tuluá, fue atacado de una endocarditis aguda que le ocasionó la muerte, según resulta de las declaraciones de los facultativos doctores Antonio Escobar E., J. Alberto Roldán y J. E. Salazar Riberos. La muerte de este funcionario ocurrió el día 24 de diciembre de 1943, de acuerdo con la certificación expedida por el Notario Primero del Circuito de Cali. De otro lado, por los medios idóneos, se acreditó que la peticionaria Mariana Urdinola de Marmolejo fue cónyuge del finado Marmolejo B.; y que la misma carece de medios para atender a su cóngrua existencia, por lo cual el Tribunal, en providencia de fecha 27 de septiembre de 1944 decretó a su favor una pensión por la suma de $ 100.00, como queda dicha.

De acuerdo con todas las piezas traídas a los autos no cabe la menor duda de que han sido satisfactoriamente cumplidas las exigencias de la ley 22 de 1942 y del Decreto Ejecutivo 1.840 del mismo año. Sólo se controvierte el monto de la pensión a que tiene derecho la reclamante, así como la época desde la cual debe empezar a cubrirse.

En relación con el primer punto se tiene que el artículo 5º de la ley 22 de 1942 establece que los funcionarios y empleados de que trata dicha ley, que sufrieron durante el desempeño de sus funciones enfermedad o lesión que les incapacite en absoluto para el trabajo profesional, recibirán una pensión mensual igual al sueldo que devengaren el día que se cause la enfermedad o lesión; y que si a consecuencia de la enfermedad o lesión murieren, su viuda e hijos recibirán o continuarán recibiendo dicha pensión por espacio de dos años.

La decisión del Tribunal se apoya en el hecho de que la enfermedad que condujo a la muerte al empleado Marmolejo la contrajo éste en la época en que desempeñaba sus funciones de Secretario del Juzgado Penal de Tuluá, por lo que señaló la cuantía de la pensión en la cantidad de cien pesos ($ 100.00), o sea una suma igual al sueldo de que disfrutaba en este cargo. En efecto, aparece que el médico doctor Antonio Escobar E., declara que desde el mes de mayo de 1943 trató al señor Luis Marmolejo, quien presentaba una seria dilatación en la aorta a consecuencia de la cual murió; y que esta enfermedad indudable-

mente se vio agravada por su trabajo. Y la misma solicitante en el hecho 3º del libelo de demanda confirma que fue en la misma época indicada por el facultativo doctor Escobar, cuando la enfermedad se contrajo. De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera que la base de la liquidación de la pensión debe ser la del sueldo mensual que entonces devengaba y no la correspondiente al de Juez del Circuito que con carácter de interinidad entró a servir el extinto desde el 23 de junio de 1943, o sea en una fecha posterior al día en que la enfermedad se le presentó. La Corte por su parte, no encuentra motivo ninguno para reformar en esta parte la decisión del inferior, dados los términos precisos de la Ley, en cuanto fija las bases sobre las cuales el reconocimiento debe hacerse, o sea la del sueldo que el empleado o funcionario devenga en la fecha en que se contraiga la enfermedad o se sufra la lesión que lo inhabilita. Otro tanto ocurre con el señalamiento que hizo el mismo Tribunal respecto al tiempo desde el cual debe empezar a cubrirse la pensión decretada, pues conforme lo afirmá el señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista del 5 de marzo del corriente año, ya la Corte tiene decidido el punto en el sentido de que la pensión empiece a pagarse desde la fecha de la presentación de la demanda.

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 y de acuerdo con el concepto del señor Agente del Ministerio Público confirma en todas sus partes la decisión del Tribunal Superior de Buga, objeto del presente recurso.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Víctor Cock— Ramón Miranda—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

EJECUCION DE SENTENCIA

Aunque el procedimiento de que trata el artículo 553 del C. J. no constituye un juicio distinto, no es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere individualidad propia y es, además, posterior a la cuestión de fondo ya decidida. Dentro del incidente las partes pueden solicitar la apertura a pruebas y adoptar los medios que consideren convenientes para la mejor defensa de sus derechos.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto veintiocho de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El doctor Rafael Durán Trujillo ha pedido el cumplimiento del fallo dictado por la extinguida Sala Civil de Unica Instancia, el cual lleva fecha 27 de marzo de 1943. En apoyo de su solicitud el actor invoca el artículo 553 del Código Judicial, es decir, hace una liquidación motivada y especificada de las prestaciones pecuniarias a que se cree con derecho.

Al señor Agente del Ministerio Público se le corrió traslado de la mencionada liquidación para los efectos del artículo citado, por auto de fecha 27 de julio último. De este proveído ha solicitado reposición en escrito de agosto 3 del corriente año. Para ello se funda en que el solicitante sólo ha traído al incidente de liquidación copia de la sentencia y por lo mismo la Procuraduría carece de los medios adecuados para objetar dicho dictamen.

Dice así el señor Procurador:

"Salta a la vista la importancia de que el cumplimiento del fallo se sustancie dentro del juicio principal, ya que por un lado la parte vencida sólo puede aceptar o impugnar la liquidación que presente la parte favorecida mediante el estudio de todas las pruebas allegadas al expediente por los litigantes y, por otro, esas mismas pruebas deben ser tenidas en cuenta por el Juez para decidir el incidente y fijar el monto de los perjuicios en dinero.

En consecuencia, esa H. Corte no ha debido ordenar el traslado de que trata su auto fechado el 27 de julio, ya que tal trámite sólo podría hacerse dentro del juicio principal y no en la forma aislada que han adoptado los demandantes con la presentación de una copia del fallo que pretenden hacer cumplir".

También considera el representante de los intereses de la Nación que es necesario tener a la vista el expediente a fin de ver si es o no del caso proponer la declaratoria de caducidad por abandono del juicio y que "por consiguiente, el trámite que haya de seguirse con fundamento en el artículo 553 del C. J. ni puede entenderse desligado del juicio principal, ni puede adelantarse simplemente con una copia de la sentencia. Ese trámite sólo puede seguirse como un incidente del juicio, y por tanto, dentro del juicio mismo".

El procedimiento de que trata el artículo 553 citado no constituye ciertamente un juicio distinto, entre otras razones porque dejaría de ser un incidente, según la propia denominación del Código Judicial. Pero si esto es así, tampoco es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere individualidad propia y es, además, posterior a la cuestión de fondo ya decidida. Dentro del incidente las partes pueden solicitar la apertura a pruebas y adoptar los medios que consideren convenientes para la mejor defensa de sus derechos. En tales condiciones, pues, el señor representante de los intereses de la Nación puede legalmente objetar la liquidación y pedir que se traigan las pruebas y demás documentos que obran en el juicio principal, ya que éste, además, se archivó por mandato expreso de la sentencia que puso fin al juicio y no es al Magistrado que conoce de la ejecución a quien corresponde decretar de oficio su incorporación al incidente abierto con tales fines.

Por las razones expuestas no se accede a la Reposición del auto de fecha 27 de julio último, propuesta por el señor Procurador Delegado en lo Civil, y en consecuencia se ordena su cumplimiento.

Notifíquese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado — Víctor Cock—Ramón Miranda—Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

COSA JUZGADA

La sentencia proferida en el juicio breve y sumario a que alude el artículo 5º de la ley 160 de 1936, aunque esté en firme, no hace tránsito a cosa juzgada. (Tal es la síntesis de la doctrina que transcribió la Relatoria, ampliamente, al principio del fallo proferido en el juicio ordinario de Luis Reyes Rojas contra la Nación sobre dominio de unos yacimientos de petróleos, a la cual nos referimos).

EL RELATOR

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, agosto treinta y uno de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Por sentencia de 11 de mayo de 1942, la Corte Suprema de Justicia puso fin al juicio breve y sumario a que dio lugar la oposición presentada, de una parte, por el señor Félix J. Mantilla en relación con los terrenos denominados "Marta", "Santa Clara" y "Colorado", ubicados en el Municipio de Girón, "que pertenecían a la extinguida sociedad de Pedro Mantilla R. & Hermano, en la cual tenía interés el opositor, en su condición de cesionario de los derechos del socio señor Pedro Mantilla R., y de otra parte, por los señores Isabel Mantilla de García y Evangelina Mantilla de Suárez, como interesadas igualmente en la Sociedad propietaria de los terrenos mencionados, como representantes del socio señor Isaac Mantilla R. en su condición de únicas y universales herederas de éste". La oposición de que se trata fue promovida a propósito de la propuesta del señor Frederick R. Ryan para la exploración y explotación de terrenos petrolíferos en la zona arriba mencionada; y se declaró infundada por la Corte en la sentencia aludida.

La Sociedad Industrial de Marta adquirió los terrenos denominados "Marta", o sean los mismos que habían sido objeto o base de la oposición seguida ante la Corte y en su nombre el doctor Humberto Gómez Naranjo presentó demanda ordinaria contra la Nación ante el Tribunal Superior de Bucaramanga para que se declare que el inmueble en cuestión así como su subsuelo es de propiedad de aquella sociedad, y para que se hagan otras declaraciones.

Admitida la demanda, el señor Fiscal del Tribunal propuso la excepción dilatoria de cosa juzgada, fundándose en el hecho de que la decisión de la Corte que puso fin al juicio breve y sumario tiene tal carácter, entre otras razones por haber transcurrido el término señalado en el artículo 5º de la Ley 160 de 1936 sin que se hubiera ejercitado por el opositor vencido el derecho a instaurar la demanda ordinaria correspondiente.

Dice así el señor Fiscal, en lo pertinente:

"En el presente juicio, por la misma persona —la sociedad demandante que se subrogó en los derechos de los opositores se han aducido unos mismos títulos —causa o razón— como surge de los términos de la sentencia traída a los autos y de los hechos de la demanda actual —para reclamar la propiedad particular de los terrenos de "Marta", "Santa Clara" y "Colorado", que fue lo que implícitamente se pidió se reconociera en el juicio breve y sumario anterior.

"En tales condiciones, se registran delante de la presente acción los presupuestos objetivos de la cosa juzgada: la identidad de personas, de causa y de objeto.

Y asimismo el de la "sentencia firme dada en materia contenciosa", sobre el mismo asunto y entre las mismas partes, por lo siguiente: Según el artículo 468 del C. J., se entiende por sentencia firme la que no está sometida a consulta ni a recurso alguno, o en relación a la cual se han dejado pasar los términos para interponerlos. Y si de acuerdo con el artículo 5º de la ley 160 de 1936, la sentencia dictada en juicio breve y sumario a que hace referencia la misma legislación, se halla afecta a las resultas de la acción ordinaria, iniciable por la parte desfavorecida dentro de término de dos años contados a partir del fallo, ha de observarse que en el presente caso, ese plazo, cuyo transcurso implica la consumación de la prescripción extintiva de la acción correspondiente, feneció antes de que la demanda hubiera sido notificada al representante de la Nación..., circunstan-

cia que desplaza aquí la excepción contenida en la última parte del segundo inciso del artículo 473 C. J.

"Y cuéntense los dichos dos años desde "la fecha del fallo" (artículo 5º de la ley 160 de 1936), o desde la de su "ejecutoria" (artículo 7º, inciso 6º de la misma ley), ese lapso corrió sin que se interrumpiera la prescripción, porque el fallo, que tiene fecha 11 de mayo de 1942, fue notificado al representante de la oposición aludida el 2 de junio siguiente, no habiendo sido notificado el suscrito, de la demanda objeto de este juicio, sino el 6 de junio del corriente año".

El Tribunal no encontró fundadas estas razones, y en providencia del 9 de febrero del corriente año puso fin al incidente declarando no probada la excepción propuesta y ordenó al Fiscal contestar la demanda dentro del término de dos días.

No se conformó el excepcionante con este proveído e interpuso apelación contra él. En el trámite del recurso fue oído el señor Procurador Delegado en lo Civil, funcionario que en su vista del 2 de junio último solicita que se revoque el auto apelado y se declare probada la excepción dilatoria propuesta.

La Corte no comparte las razones invocadas por el agente del Ministerio Público y, para decidir del recurso se limita a transcribir lo resuelto en el fallo de la fecha sobre este mismo punto. (Excepción de cosa juzgada propuesta por el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga dentro del juicio ordinario promovido por Luis Reyes Rojas contra la Nación sobre dominio de unos yacimientos de petróleos y sus derivados).

Dice así:

"El demandado tiene facultad de hacer uso, dentro de la organización procedimental vigente, del medio exceptivo de la cosa juzgada en dos formas distintas: como instrumento dilatorio para suspender o mejorar la actuación; o como manera de oponerse al contenido sustancial de la acción (artículo 341 del Código Judicial). Habiendo optado el representante de la parte demandada por el primer medio —el simplemente dilatorio— deberá la Corte decidir en última instancia el incidente promovido con este motivo ante el Tribunal Superior de Bucaramanga.

Para determinarse en el sentido de confirmar o revocar la providencia de aquella entidad, la Sala considera:

No se ha discutido dentro de la articulación si en el caso presente se encuentran o no reunidos los elementos jurídicos que estructuran la cosa juzgada; o sea que no se ha debatido la existencia o inexistencia en la nueva demanda del mismo objeto o de las mismas causas invocadas en la primera, ni tampoco la identidad jurídica de las personas que en los dos procesos han intervenido. El debate se ha concretado a la simple cuestión de saber si existe o no el fenómeno de la cosa juzgada; en una palabra, a decidir si el fallo proferido por la Corte Suprema dentro del juicio breve y sumario, en el cual fue vencido el antecesor jurídico del actual demandante, puede oponérsele por la Nación en el presente juicio ordinario para impedir la actuación procedimental.

La cosa juzgada tiene por objeto alcanzar la certeza en el resultado de los litigios, definir concretamente las situaciones de derecho, hacer efectivas las decisiones jurisdiccionales y evitar que las controversias se reabran indefinidamente con perjuicio de la seguridad jurídica de las personas y del orden social del Estado. Si la función jurisdiccional busca el fin —tanto dentro del campo del derecho privado como en el del público— de dirimir con autoridad los conflictos que suscita la actividad de los particulares o de los funcionarios de la Administración, es claro que aquél objetivo no se alcanza sino mediante la desaparición de la materia contenciosa —el litigio— que es un fenómeno anormal dentro de la organización jurídica de la sociedad. De ahí que decidida la cuestión conflictiva con la plenitud de las formalidades procedimentales y el ejercicio de los recursos establecidos por la ley con el propósito de garantizar la mayor certeza en las determinaciones de los jueces, se repute que la manifestación de voluntad de éstos en ejercicio de la competencia que el derecho positivo del Estado le ha conferido es la verdad misma y como tal lleva en sí la fuerza legal necesaria para imponerse obligatoriamente, ya dentro del grupo de personas que intervienen en la querella, o bien a todos los miembros de la colectividad, según la naturaleza del litigio y de la decisión que le pone término. Agotados los trámites procesales y dilucidada la contención por el empleo de los recursos que en forma ordinaria o extraordinaria haya previsto la ley, no puede provocarse de nuevo la competencia jurisdiccional pretendiendo un nuevo fallo, porque ello equivaldría a prolongar ilimitadamente la subsistencia de la cuestión litigiosa, y a destruír el carácter de certeza que comporta el contenido de las providencias judiciales. Contra esta pretensión, contraria a las reglas que gobiernan la actividad

funcional de la jurisdicción, puede oponerse el medio jurídico de la cosa juzgada para impedir que el nuevo debate prospere o que se dicte una resolución contraria a la anteriormente proferida.

Por lo que son estos los fundamentos jurídicos de la institución es por lo que no toda providencia judicial es susceptible de conformar la cosa juzgada —**res judicata**— sino únicamente las sentencias que tienen el carácter de firmes, en una palabra las que por no estar sujetas a recurso no pueden ser alteradas o modificadas, salvo las excepciones señaladas en la Ley. Es la norma del C. Judicial en la primera parte del artículo 473, al prevenir que la sentencia firme dada en materia contenciosa tiene fuerza de cosa juzgada "y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto, y entre las mismas partes".

Pero la misma disposición ha estatuído que lo anterior debe entenderse sin perjuicio del recurso de revisión "y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley". En estos últimos casos, por el perentorio mandato de la ley no hay cosa juzgada, o sea que el debate judicial puede recomenzar sin sujeción en sus efectos a lo anteriormente decidido.

El artículo 5º de la Ley 160 de 1936, ha previsto que las oposiciones que se suscitan con motivo de las propuestas para la explotación y exploración de los petróleos que se reputan de propiedad del Estado se tramiten y fallen por la Corte Suprema de Justicia en juicio breve y sumario; y al mismo tiempo, ha establecido que dentro de cierto lapso —dos años— pueda promoverse juicio ordinario sobre la propiedad de los petróleos.

De manera que la decisión obtenida mediante el ejercicio del procedimiento sumario no hace tránsito a cosa juzgada, y los efectos de un fallo de esta especie no vinculan irrevocablemente a las partes, y pueden ser por consiguiente modificados como consecuencia de la solución que en el juicio ordinario llegue a reconocerse. No existiendo materialmente la cosa juzgada, porque la resolución proferida en el juicio sumario no tiene tal carácter, es imposible que pueda proponerse con éxito este medio exceptivo para detener el juicio ordinario posterior.

Pero se alega por el excepcionante —y el señor Procurador Delegado en lo Civil comparte tales tesis— que por haber la mencionada ley 160 de 1936 señalado un plazo preciso de dos años para la proposición de la demanda ordinaria, el vencimiento de tal término sin que se hubiera iniciado el juicio implica necesariamente que la sentencia dada en el proceso sumario adquiere la condición de firme, se hace irrevisable y, no siendo por estos motivos susceptibles de modificación, constituye cosa juzgada.

No comparte la Sala estos puntos de vista y, por el contrario, acoge las opiniones que al respecto trae el auto recurrido. El carácter de cosa juzgada que tenga una decisión judicial hay que considerarlo en sí mismo, en la fuerza que surge de su contenido material, y de ninguna manera condicionado a la circunstancia formal de su invulnerabilidad por el transcurso de los términos prefijados para intentar los recursos competentes.

En principio, sólo la sentencia firme produce la excepción de cosa juzgada; y es conocido que una sentencia es firme —conforme a las voces del artículo 468 del Código Judicial— cuando no está sujeta a consulta ni hay contra ella recurso alguno en el juicio, o se han dejado pasar los términos sin interponerlo. Pero aún firme, puede la ley disponer que se ventile por la vía ordinaria un negocio que hubiere sido antes decidido en juicio especial. En estos casos no hay lugar a hablar de cosa juzgada porque el fallo pronunciado en la vía especial, por disposición expresa de la ley, no alcanza a tener fuerza de tal. Y esta fuerza, que es intrínseca a la calidad del fallo, no puede adquirirse porque llegue a prescribir el término para instaurar la demanda ordinaria ni porque hubiere caducado la acción correspondiente.

Otra cosa es que el simple transcurso del tiempo sí pueda convertir en firme la decisión que originalmente no tuvo esa calidad como cuando se dejan vencer los plazos sin hacer valer los recursos competentes (artículo 468 citado). Pero si una norma legal ha reconocido el derecho a instaurar el juicio ordinario con el objeto de que pueda de nuevo controvertirse una cuestión resuelta por trámites especiales no es jurídico concluír que existe cosa juzgada si en tiempo oportuno no se inició la querella ordinaria. El artículo 473 del Código de Procedimiento no autoriza una interpretación semejante, porque con ella se haría depender la cosa juzgada de factores que le son naturalmente ajenos y por otra parte se le condicionaría a circunstancias no previstas ni consentidas por la ley. Es verdad que ésta ha señalado un lapso para que precisamente dentro de él se ejercite la acción de dominio, y que no le es dado a los particulares ampliarlo más allá de los límites fijados, pero de esto no se desprende la con-

secuencia de que el acto jurisdiccional representado en el fallo que puso término al juicio breve y sumario —el cual no tuvo originariamente la calidad jurídica de cosa juzgada— pueda recobrarla una vez agotado el término legal para la promoción del juicio sobre propiedad porque tal hecho circunstancial y contingente es incapaz de alcanzar tamaña consecuencia.

Desde luego, el abandono, o la falta de diligencia en la presentación oportuna de la acción competente es susceptible de acarrear al demandante las sanciones procesales establecidas por el derecho positivo, que eventualmente pueden consistir en la prescripción de la acción o la de caducidad de la misma si evidentemente se colocó en mora de usar de sus derechos. Mas estos remedios legales a disposición de la parte demandada tienen una significación procesal distinta a la de la cosa juzgada, con la cual no puede confundirse aún admitiendo que en sus resultados llegaran a identificarse plenamente, lo cual no es del caso estudiar en esta oportunidad.

Esta ha sido la doctrina de la Corte expuesta en su providencia publicada en la página 728 de la **Gaceta Judicial** número 1998-99, que mantiene ahora por las razones que acaban de expresarse".

No encuentra la Sala motivo ninguno para variar su jurisprudencia anterior sobre la materia, ratificada últimamente por el fallo que se deja transcrito.

Por tales razones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— CONFIRMA la providencia recurrida.

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

Belisario Agudelo — Víctor Cock—Germán Alvarado — Ramón Miranda — Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

COLISION DE COMPETENCIAS—JUICIO DE QUIEBRA.—SU CONOCIMIENTO

El Código de Comercio y el Judicial vigente atribuyen la competencia para la declaración del estado de quiebra de un comerciante al Juez del domicilio que tenía el deudor en los últimos días anteriores a la suspensión de pagos. Ambos estatutos concuerdan en considerar como de procedimiento civil el asunto de quiebras. Derogado el Título V del libro 1º del Código de Comercio que reglamentaba la materia, lo ha venido a sustituír el Decreto número 750 de 16 de abril de 1940, expedido por el Ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias. Pero la competencia, en principio atribuída al ramo civil, no la modificó el Decreto-ley nombrado. En consecuencia, el conocimiento de ese proceso no se puede sustraer al Juez Civil, por más que en medio de la secuela surja la necesidad de decretar la detención preventiva del quebrado. Ventilado el negocio ante un juez civil, el juzgador de segundo grado ha de ser el de la misma especialidad.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo veinticuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Un juicio por quiebra fraudulenta cursa contra Arcesio Correa en el Tribunal de Pereira. Para que la Corte dirima una colisión de competencia suscitada entre las Salas Civil y Penal del mismo Tribunal, ha venido en copias el mencionado proceso.

Al señor Procurador Delegado se le confirió el traslado que ordena el artículo 422 del C. Judicial. Llenada esa formalidad, entra la Sala a recapitular lo acaecido en el negocio:

El doctor Alfredo de J. Arbeláez como representante de la Casa Arbeláez Hnos. de Pereira, entabló contra don Arcesio Correa el juicio de quiebra de que trata el artículo 1088 del C. Judicial y que está reglamentado en el Decreto-ley número 750 de 16 de abril de 1940.

El señor Juez declaró en estado de quiebra al comerciante Arcesio Correa en providencia de doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y cuatro sin ordenar, por entonces, que fuera detenido. Mas, como insistiera el actor en que se librara la orden de detención preventiva del señor Correa, el señor Juez Civil del Circuito nombrado resolvió decretarla, y así lo dijo en providencia de cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, la cual termina así: "Fórmese cuaderno separado a objeto de continuar la investigación penal". En la de doce del mismo mes ordenó el adelantamiento de la investigación de acuerdo con lo que dispone el artículo 248 del C. de P. P.

Adelantábanse las diligencias pertinentes. Y, ya detenido Correa, su apoderado pidió el beneficio de excarcelación con fianza, beneficio que fue concedido por el señor Juez en auto de diez y nueve del mismo mes de febrero.

No le satisfizo al actor el otorgamiento del beneficio, y pidió reposición del auto que lo concedió, apelando en subsidio.

También apeló del auto de veintiocho de febrero que califica la suficiencia de la fianza exigida como requisito para que el señor Correa pueda gozar del beneficio de excarcelación.

El negocio fue al H. Tribunal de Pereira por alzada, y al señor Fiscal se le dio el traslado de ordenanza.

Ocurrió entonces la división en Salas del H. Tribunal de Pereira, y el asunto fue repartido como penal, lo que dio ocasión para que los Magistrados de esa Sala declararan en auto de nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco que no tienen jurisdicción y para que ordenara el envío del negocio a la Sala Civil.

Ya en ésta, los Magistrados que la integran declararon a su turno la incompetencia de la Sala Civil, y dispusieron la devolución del proceso a la Penal, por auto de siete de diciembre del anotado año.

He aquí el motivo para que la Sala de Negocios Generales tenga a su conocimiento el negocio, y para que haya de ejercitar la atribución

que le confiere el numeral 1º del artículo 38 del C. Judicial.

La Sala considera:

El Código Mercantil atribuía al Juez de Comercio la facultad de declarar el estado de quiebra, y el Judicial vigente atribuye la competencia al Juez del dominio que tenía el deudor en los últimos días anteriores a la suspensión de pagos. De modo que concuerdan los dos estatutos en considerar como de procedimiento civil esta cuestión de las quiebras.

Derogado el Título V del Libro 1º del Código de Comercio que reglamentaba esa materia, lo ha venido a sustituír el Decreto número 750 expedido por el Ejecutivo en uso de facultades extraordinarias. Pero la competencia, en principio atribuída al ramo civil, no la modificó el decreto-ley nombrado.

Léanse, en efecto, las disposiciones reglamentarias del procedimiento que se debe seguir en caso de quiebra (artículos 4 a 12 del Decreto citado), y se deducirá que la ventilación del proceso no se puede sustraer del conocimiento del Juez Civil, por más que en medio de la secuela surja la necesidad de decretar la detención preventiva del quebrado.

Ventilado el negocio ante un Juez de lo Civil, el juzgador de segundo grado ha de ser el de la misma especialidad.

Promiscuamente conocía el Tribunal de Pereira cuando la colisión apareció, y el asunto tuvo que repartirse al Magistrado de conocimiento promiscuo que estaba entonces en turno.

Llegada la posibilidad de constituír separadamente las dos Salas, los negocios de carácter civil habían de pasar al conocimiento de la Sala de ese ramo, y los de carácter penal a la del suyo. Fue, por tanto, irregular el reparto que del negocio se hizo en el Tribunal de Pereira el primero de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco. Y tuvo razón la Sala Penal al declararse inhibida del conocimiento en el auto de nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

El Decreto número 750 de abril de 1940 tiene fuerza obligatoria, como que fue expedido en ejercicio de facultades extraordinarias que la ley le otorgó al Ejecutivo. Y si tal Decreto considera la detención del quebrado como un incidente del juicio de quiebra, no hay razón para dislocar el procedimiento haciendo intervenir en la primera instancia al Juez del ramo Civil para dejarle el conocimiento de la segunda instancia al del ramo penal.

Ciertamente que la competencia se determina en las disposiciones que detallan las atribuciones de cada autoridad judicial. De suerte que lo que en primera instancia falló el Juez de lo Civil, por atribuírle la ley el conocimiento, ha de ser revisado por el Superior del mismo ramo. Es él quien natural y jurídicamente está llamado a confirmar o enmendar lo que el Juez de su especialidad le manda en apelación o consulta.

La Sala comparte, por lo demás, la opinión del señor Procurador Delegado, opinión acogida por ella en el fallo de veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, y ratificada la doctrina entonces asentada, cuyo tenor es el siguiente:

"Se pregunta si esta solución a una cuestión de orden principalmente práctico tendrá fuerza y vigor suficientes para llevar a la conclusión de que en realidad, y por su intervención en el aspecto criminal del asunto, el Juez de lo Civil, asume entonces la investidura propia de Juez en lo Penal?

"¿O será, por el contrario, más fundada la conclusión de que el Juez del ramo Civil no ha dejado, en manera alguna, de serlo, sino que, simplemente y para atender a las exigencias procesales, el legislador le ha atribuído el conocimiento, de manera accesoria, de cuestiones de índole penal?

"No vacila la Corte en llegar a esta última conclusión que, según antes hubo de expresarse, es la sostenida por la Sala Penal del Tribunal y la acogida por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

"Por el contrario, y a juicio de la Corte, la otra conclusión, esto es la sostenida por la Sala Civil del Tribunal, resultaría forzada y artificial, ya que según ella el Juez de lo Civil en casos como el que aquí se estudia ha de mirarse como si, en realidad, fuera un Juez del ramo Penal para todos los efectos jurídicos, ficción ésta, que no es posible admitir, por carecer ella de todo respaldo legal.

"Contribuye a ilustrar el tema que se viene estudiando el caso opuesto, o sea del Juez de lo Penal que conoce al propio tiempo, y por accesión o acrecimiento, si cabe decirlo así, de la acción privada o civil sobre indemnización de perjuicios, originada del delito y en la cual se refieren, entre otros, los artículos 92, 93, 94 y 95 del Código Penal, 24, 25, 26, 27, 28, 30, 29, 31, 112 y siguientes del Código de Procedimiento Penal.

"Y es que, sería también inadmisible en este caso sostener que, por razón de tal conocimiento,

el Juez de lo Penal se ha convertido en Juez del ramo Civil, y que en consecuencia, cuando se trata de un Juez de Circuito en lo Penal, su Superior para el caso en consideración y para el efecto de conocer de una apelación, por ejemplo, no es la correspondiente Sala Penal del Tribunal sino la Sala Civil del mismo.

Finalmente, como quiera que el artículo 44 del Código de Procedimiento Penal en su ordinal 3º, expresamente establece que los Tribunales Superiores de Distrito, por medio de las **Salas Penales,** conocen de las apelaciones y consultas que se surtan en los procesos criminales de que conozcan los Jueces Superiores de Distrito, los **Jueces de Circuito en lo Penal** y los Jueces de Instrucción Criminal, y como según se vio antes, un Juez de Circuito en lo Civil no puede considerarse convertido a la categoría de Juez en lo Penal por el hecho de conocer, merced a accesión o acrecimiento de funciones, del aspecto penal que pueda presentar una quiebra de la cual conoce primordialmente como Juez del ramo civil, aparece entonces de manifiesto que, de la apelación de las providencias que, en procesos sobre quiebra dicte aquél, no ha de conocer la Sala Penal del Tribunal, que no es su Superior estrictamente hablando, sino precisamente la Sala Civil del mismo Tribunal, que sí lo es".

En mérito de lo anteriormente expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— de acuerdo con el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, dirime la presente compencia a favor de la Sala Penal del Tribunal de Pereira, declarando, como en efecto declara, que la Sala competente para conocer del recurso de apelación interpuesto contra los autos fechados el diez y nueve y veintiocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco dictados en estas diligencias por el señor Juez Civil del Circuito de Pereira, es la Sala Civil del Tribunal Superior.

En consecuencia, remítanse las diligencias a esta Sala, y por medio de oficio dése cuenta de lo resuelto en la presente providencia a la Sala Penal del mismo Tribunal.

Cópiese y notifíquese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSION

La demanda propuesta versa sobre una materia de estricto derecho administrativo. Se trata del cobro de saldos insolutos de una pensión, originados en aumentos decretados de manera general por leyes posteriores a la en que se reconoció y que también benefician a los actores, según su parecer. Todas las leyes de pensiones, jubilaciones y recompensas promulgadas por el Estado en pro de sus servidores, o herederos directos de éstos, son, nadie podrá ponerlo en duda, leyes administrativas, incluyendo las que implican aumento de lo ya reconocido y en proceso de pago. Luego las demandas de pago o reconocimiento, sea originariamente de la pensión, sea de los aumentos decretados después, deben ser del conocimiento de los tribunales administrativos. Cuando el reconocimiento se refiere a aumentos de pensiones decretadas en leyes posteriores a la que originalmente las asigna, no hay razón para colocarla en jurisdicción distinta a la que compete a la jurisdicción administrativa, pues la materia es exactamente de la misma naturaleza de la obligación principal, ya reconocida, a que los aumentos acceden, y entonces tienen cumplida aplicación los artículos 167 y siguientes de la ley 167 de 1941 para obtener la revisión del reconocimiento original y el consiguiente aumento que se pretenda.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, veintiocho de mayo de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Viene en apelación a la Corte el auto de 17 de julio del año anterior, dictado en este negocio, por medio del cual el Tribunal Superior de Bogotá negó la admisión de la demanda ordinaria promovida por las señoras Rita Isabel Corrales y Carmen Corrales de Mafiol, contra la Nación, fundándose en que tal asunto es de la competencia del Consejo de Estado.

Como ya se oyó el parecer del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien sostiene la legalidad del auto apelado, procede ahora resolver lo que sea del caso.

Las peticiones primera y segunda de la demanda se encaminan a que la justicia ordinaria condene a la Nación a pagarle a las demandantes, en su condición de hijas legítimas del general Manuel Ezequiel Corrales y por concepto de la pensión decretada en la ley 15 de 1904, la cantidad total de diez mil veinticuatro pesos ($ 10.024) "o la que resulte de la correcta liquidación de la pensión indicada", descompuesta así:

"1º Por concepto del aumento decretado en la ley 102 de 1927, durante el lapso del 1º de enero de 1928 al 28 de enero de 1929, la cantidad de $ 8.00 mensuales, o sea la suma de ciento cuatro pesos, m/cte.	$ 104.00
"2º Por concepto del aumento decretado en la ley 107 de 1928, en el lapso comprendido entre el 1º de febrero de 1929 hasta el 23 de enero de 1932, la cantidad de tres mil novecientos sesenta pesos m/cte.	3.960.00
"3º Por concepto de la vigencia del Decreto número 136 de 1932 (artículo 9º), en el lapso comprendido desde el 1º de febrero de 1932 al 1º de junio del presente año, a razón de $ 40.00 mensuales, la suma de cinco mil novecientos sesenta pesos m/cte.	5.960.00
SUMA.....	$ 10.024.00

Y la petición tercera de la misma demanda tiende a obtener que se condene a la Nación a pagarles a las actoras la pensión mensual de ciento veinte pesos ($ 120.00), a partir de la sentencia que desate la controversia, para cumplir lo dispuesto en la ley 15 de 1904.

En los hechos de la demanda se relacionan otras leyes y decretos sobre pensiones, de las cuales creen deducir las demandantes que no se les ha pagado ni se les está pagando la pensión que les corresponde en derecho.

Como fundamento básico de la acción se cita, y se acompañó en copia legalizada, la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 16 de abril de 1894, en que decretó una pensión vitalicia al general de brigada Manuel Ezequiel Corrales por la suma de doscientos pesos mensuales, en aplicación del artículo 40 de la ley 84 de 1890. Fallecido el general, dispuso la ley 15 de 1904 que la pensión de que éste disfrutaba pasara a su viuda, señora Concepción Angulo de Corrales y a sus hijas legítimas señoritas Rita Isabel y Carmen Elisa Corrales, en cuantía en todo tiempo igual a medio sueldo de un general de división en servicio. En cumplimiento del mandato legal, a la viuda e hijas legítimas del general Corrales se les pagó la cantidad de doscientos pesos mensuales ($ 200.00), que era la pensión que éste devengaba, según certificado del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. De tal suma se pagaba a la señorita Rita Isabel la mitad, o sea cien pesos ($ 100.00); esto por cuanto la señora Carmen Elisa, por haber contraído matrimonio, perdió su participación. Esta pensión sufrió la rebaja señalada por el artículo 4º de la ley 87 de 1915 y quedó en la cantidad de cien pesos ($ 100.00), que como se ha dicho, se pagaba únicamente a la señorita Rita Isabel; pero que después se dividió entre ésta y su hermana Carmen Elisa, por partes iguales, por haber ésta quedado viuda y haber fallecido la señora Concepción Angulo de Corrales. En el año de 1916, por virtud de la rebaja ordenada en la ley 87 de 1915 la pensión de que se trata, quedó reducida a ochenta pesos ($ 80) mensuales, que es la suma que han venido recibiendo sus beneficiarias. Con posterioridad vinieron las disposiciones legales que se citan en la demanda, cuyo mérito invocan las actoras como fundamento de la pretensión ejercitada en el libelo.

En opinión de la Corte, la demanda propuesta por las señoritas Corrales, versa sobre una materia de estricto derecho administrativo. Se trata del cobro de saldos insolutos de una pensión, originados en aumentos decretados de manera general por leyes posteriores a la en que se reconoció, y que también benefician a las demandantes, según el parecer de ellas. Todas las leyes de pensiones, jubilaciones y recompensas promulgadas por el Estado en pro de sus servidores, o herederos directos, son, nadie podrá ponerlo en duda, leyes administrativas, incluyendo las que implican aumentos de lo ya reconocido y en proceso de pago. Luego las demandas de pago o reconocimiento, sea originariamente de la pensión, sea de los aumentos decretados con posterioridad, deben ser del conocimiento de los tribunales administrativos.

Esta competencia aparece clara de las disposiciones expresas del Capítulo XVIII del Código de lo Contencioso Administrativo.

Este precepto se refiere a toda demanda de "persona que se crea con derecho a exigir del Estado un reconocimiento pecuniario a título de recompensa, pensión, jubilación u otra de la misma naturaleza establecido en la ley", y señala los organismos competentes y el procedimiento adecuado para obtener el reconocimiento.

Cuando el reconocimiento se refiere a aumentos de pensiones decretadas en leyes posteriores a la que originalmente las asigna, no hay razón para colocarla en jurisdicción distinta a la que compete a la jurisdicción administrativa, pues la materia es exactamente de la misma naturaleza de la obligación principal, ya reconocida, a que los aumentos acceden, y entonces tienen cumplida aplicación los artículos 167 y siguientes de la misma ley 167 de 1941 para obtener la revisión del reconocimiento original y el consiguiente aumento que se pretenda. En efecto, el artículo citado dispone que la revisión, **que podrá solicitarse en cualquier tiempo,** es procedente en los siguientes casos: "6º Cuando la cuantía ha sido solicitada o disminuída por disposición posterior al reconocimiento, o cuando la que sirvió de fundamento a éste fue mal aplicada o interpretada".

En ningún caso tendría la justicia ordinaria la competencia legal para conocer de este negocio, pues ya se trate del reconocimiento inicial y consiguiente orden de pago de la pensión, o de que se decrete el reconocimiento del aumento, la ley ha radicado la competencia en otros organismos.

Ello no quiere decir que por haberse declarado inhibido el Consejo de Estado, el derecho que invocan las peticionarias esté desamparado de tutela jurídica. Simplemente ocurre que aquella entidad, por sentencia de 2 de abril de 1944, se negó a reconocer del recurso de apelación intentado contra la Resolución de 9 de noviembre del año pasado, por medio de la cual el Ministerio de Guerra decidió desfavorablemente las mismas solicitudes que ahora se formulan erróneamente ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Pero porque el recurso de alzada ante el Consejo de Estado no hubiera prosperado por improcedente —ya que lo indicado era la acción directa de nulidad de aquella Resolución— no

hay obstáculo ninguno que impida a los interesados promover la revisión de la sentencia de la Corte Suprema que decretó en abril de 1894 el reconocimiento de que se trata; si se considera que las normas legales posteriores sobre la materia pueden dar ocasión a que se liquide el monto de la pensión en cifra distinta a la cantidad que vienen percibiendo los beneficiarios.

Lo expuesto acredita, como lo sostiene también el señor Procurador, la juridicidad del auto apelado, en virtud de lo cual el Tribunal se abstuvo de admitir la demanda de las señoritas Corrales. En fuerza de lo cual se CONFIRMA dicho auto, que lleva fecha 17 de julio último.

Cópiese, notifíquese, publíquese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock–Ramón Miranda—Eleuterio Serna R. El Secretario, **Nicolás Llinás Pimienta.**

PENSIONES DE JUBILACION DE LOS FUNCIONARIOS DEL ORGANO JURISDICCIONAL

La sentencia de pensión debe dictarse por la Sala Civil del respectivo Tribunal y no por éste pleno. Si esto último se hace se incurre en nulidad por incompetencia de jurisdicción.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

En Resolución del 1º de marzo último el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona dispuso reconocer a favor del señor Gabriel Suárez E. una pensión mensual vitalicia por la cantidad de ciento ochenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 187.50) moneda corriente, pagadera por la Caja de Previsión Social del Organo Judicial "a partir de la fecha en que se retire de su puesto y siempre que previamente compruebe haber pagado las cuotas de que trata el artículo 10 de la Ley 71 del año pasado".

El negocio ha venido a esta Corte por consulta de la anterior providencia, y para resolverlo hace la Sala las siguientes consideraciones:

En primer lugar se observa que la Resolución objeto de la consulta fue dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona, en Sala de Acuerdo, integrada por los Magistrados tanto de la Sala Civil como de la Penal de aquella Corporación. Esta circunstancia impide a la Corte conocer del recurso, pues en providencia de 1º de abril del corriente año se dijo en términos expresos que este género de asuntos corresponde a la respectiva Sala Civil de los Tribunales y no a éstos en pleno. En la mencionada decisión el pensamiento de la Corte quedó expuesto así:

"Suscrito por los señores Magistrados de la Sala del Tribunal Superior de Medellín fue proferida en este asunto sentencia definitiva de fecha 19 de julio de 1945, en la cual hubo de declararse "que el señor Carlos Palacio Ll. carece de derecho a que la jubilación que solicita le sea reconocida por este Tribunal".

Habiendo interpuesto recurso de apelación el interesado señor Palacio, le fue concedido ante la Corte, en donde se ha dado al negocio la tramitación que legalmente le corresponde.

Se observa, sin embargo, a tiempo de fallar, que en el asunto se presenta un caso de incompetencia de jurisdicción del Tribunal que dictó la sentencia de primera instancia; ya que, como antes hubo de expresarse, fue ella pronunciada conjuntamente por la Sala Civil y por la Sala Penal del Tribunal **a quo**, es decir, por la Sala Plena del mismo Tribunal, y no obstante que la competencia para conocer del asunto exclusivamente le corresponde a la Sala Civil del Tribunal referido.

En efecto, en armonía con el artículo 10 de la Ley 22 de 1942, de este género de asuntos sobre pensiones de jubilación conocen los Tribunales Superiores correspondientes al domicilio del interesado y tales fallos pueden revisarse por la Corte en virtud de apelación interpuesta por el Fiscal o por el solicitante.

Y por cuanto el objeto del juicio es reconocer una pensión de carácter patrimonial y pecuniario a favor del solicitante y a cargo de la Caja de Previsión respectiva, y también, en ciertos casos, según jurisprudencia de esta Sala de la Corte, directamente a cargo del Estado, obviamente se trate entonces de un juicio de carácter civil, que cae, por tanto, bajo la competencia exclusiva de la Sala Civil del Tribunal respectivo.

Por otra parte, el artículo 79 del C. J. trae una enumeración de los asuntos que son del resorte de los Tribunales Superiores en Sala de Acuerdo (ambas Salas reunidas), y no aparece que, por sus características mismas, pueda aplicarse alguno de ellos al caso que aquí se considera.

El fallo ha debido ser dictado, en consecuencia, por todos los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal, en armonía con lo establecido por los artículos 77 y 87 del Código de Procedimiento Civil; mas no por todos los Magistrados de ambas Salas del mismo Tribunal.

Ahora bien: según lo estatuído por el artículo

455 del C. J. en el caso actual a la Corte corresponde reconocer la existencia de cualquier nulidad que se presente en el proceso y antes de fallar en definitiva.

La nulidad aquí contemplada es nulidad por incompetencia de jurisdicción, la cual resulta, además, ser de carácter improrrogable.

En presencia de esta circunstancia, y por cuanto, de otro lado, por ser parte principal en el juicio el señor Agente del Ministerio Público, no habría lugar a ratificación por su parte de tal incompetencia de jurisdicción de carácter improrrogable (véase artículo 460 del C. J.), aparece así de manifiesto que hay lugar a declarar de plano por la Corte la existencia de la nulidad referida.

La parte anulada comprenderá, de acuerdo con lo que se deja expuesto, el fallo del Tribunal y las diligencias posteriores de la primera instancia".

De acuerdo con esta jurisprudencia habrá lugar a hacer la correspondiente declaratoria de nulidad en el presente juicio. Por tales consideraciones la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara nulo el presente proceso en la primera instancia, a partir de la sentencia de 1º de marzo del presente año, y dispone que vuelva el asunto al conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior de Pamplona, a fin de que se sirva dictar el fallo sustitutivo del anulado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna—Nicolás Llinás P., Secretario.

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

Es improrrogable la nulidad por incompetencia de jurisdicción en que se incurre por el hecho de dictarse la sentencia sobre pensión de jubilación de un miembro de la Rama Jurisdiccional por ambas Salas del Tribunal, y no por la Sala Civil que es a la que le corresponde solamente el conocimiento de esas pensiones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto veinte de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

En sentencia del seis de marzo último, el Tribunal Superior de Medellín, niega las pretensiones formuladas por el doctor Mario Escobar Marulanda para que se eleve a la cantidad de ciento ochenta y dos pesos ($ 182.00) el monto de la pensión de jubilación que venía disfrutando en su carácter de funcionario de la rama judicial del poder público.

Las peticiones formuladas son del siguiente tenor:

"Como la sentencia de la Sala de Negocios Generales de la H. Corte Suprema de Justicia, de fecha seis de diciembre último, revoca la vuestra, de 15 de marzo del año pasado, condenando a la Nación a pagarme una pensión mensual, vitalicia, de noventa y un pesos m./l., a contar del 18 de agosto de 1943, hacia acá, os pido, de la manera más atenta, la reviséis y modifiquéis en el sólo sentido de elevar la cuantía de dichos noventa y un pesos, a la suma de ciento ochenta y dos pesos ($ 182.00) que fue el sueldo mayor que devengué, por varios años, como Juez primero del Circuito de Santa Rosa de Osos, lo que podéis ver y constatar en el certificado expedido por el señor Administrador de Hacienda Nacional, que figura en el expediente de fs. 15 vto. y 16. Baso esta solicitud en los artículos 73 y 75 de la ley 6ª de 1945".

El negocio ha venido a esta Corte por apelación interpuesta por el actor contra el fallo adverso de primera instancia, y para resolverlo hace la Sala las siguientes consideraciones:

En primer lugar, se observa que la resolución objeto del recurso fue dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en Sala de Acuerdo, integrada por los Magistrados tanto de la Sala Civil como de la Penal de aquella Corporación. Esta circunstancia impide a la Corte conocer del recurso, pues en providencia de 1º de abril del corriente año —reafirmada en posteriores jurisprudencias— se dijo en términos expresos que este género de asuntos corresponde a la respectiva Sala Civil de los Tribunales y no a éstos en pleno. En la mencionada decisión el pensamiento de la Corte quedó expuesto así:

"Suscrito por los señores Magistrados de la Sala del Tribunal Superior de Medellín fue proferida en este asunto sentencia definitiva de fecha 19 de julio de 1945, en la cual hubo de declararse "que el señor Carlos Palacio Ll. carece de derecho a que la jubilación que solicita le sea reconocida por este Tribunal".

Habiendo interpuesto recurso de apelación el interesado señor Palacio, le fue concedido ante la Corte, en donde se ha dado al negocio la tramitación que legalmente le corresponde.

Se observa, sin embargo, a tiempo de fallar, que en el asunto se presenta un caso de incompetencia de jurisdicción del Tribunal que dictó la sentencia de primera instancia; ya que, como antes hubo de expresarse, fue ella pronunciada conjuntamente por la Sala Civil y por la Sala Penal del Tribunal **a quo**, es decir, por la Sala Plena del mismo Tribunal, y no obstante que la competencia para conocer del asunto exclusivamente le corresponde a la Sala Civil del Tribunal referido.

En efecto, en armonía con el artículo 10 de la ley 22 de 1942, de este género de asuntos sobre pensiones de jubilación conocen los Tribunales Superiores correspondientes al domicilio del interesado y tales fallos pueden revisarse por la Corte en virtud de apelación interpuesta por el Fiscal o por el solicitante.

Y por cuanto el objeto del juicio es reconocer una pensión de carácter patrimonial y pecuniario a favor del solicitante y a cargo de la Caja

de Previsión respectiva, y también, en ciertos casos, según jurisprudencia de esta Sala de la Corte, directamente a cargo del Estado, obviamente se trata entonces de un juicio de carácter civil, que cae, por tanto, bajo la competencia exclusiva de la Sala Civil del Tribunal respectivo.

Por otra parte, el artículo 79 del C. J. trae una enumeración de los asuntos que son del resorte de los Tribunales Superiores en Sala de Acuerdo (ambas Salas reunidas), y no aparece que, por sus características mismas, pueda aplicarse alguno de ellos al caso que aquí se considera.

El fallo ha debido ser dictado, en consecuencia, por todos los Magistrados de la Sala Civil del Tribunal, en armonía con lo establecido por los artículos 77 y 87 del Código de Procedimiento Civil; mas no por todos los Magistrados de ambas Salas del mismo Tribunal.

Ahora bien: según lo estatuído por el artículo 455 del C. J. en el caso actual a la Corte corresponde reconocer la existencia de cualquier nulidad que se presente en el proceso y antes de fallar en definitiva.

La nulidad aquí contemplada es nulidad por incompetencia de jurisdicción, la cual resulta, además, ser de carácter improrrogable.

En presencia de esta circunstancia, y por cuanto, de otro lado, por ser parte principal en el juicio el señor Agente del Ministerio Público, no habría lugar a ratificación por su parte de tal incompetencia de jurisdicción de carácter improrrogable (véase artículo 460 del C. J.), aparece así de manifiesto que hay lugar a declarar de plano por la Corte la existencia de la nulidad referida.

La parte anulada comprenderá, de acuerdo con lo que se deja expuesto, el fallo del Tribunal y las diligencias posteriores de la "primera instancia".

De acuerdo con esta jurisprudencia, y en conformidad con la solicitud formulada al respecto por el señor Procurador Delegado en lo Civil, habrá lugar a hacer la correspondiente declaratoria de nulidad en el presente juicio.

Por tales consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara nulo el presente proceso en la primera instancia, a partir de la sentencia del seis de marzo del presente año, y dispone que vuelva el asunto al conocimiento de la Sala Civil del Tribunal Superior de Medellín, a fin de que se sirva dictar el fallo sustitutivo del anulado.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramón Miranda—Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PREJUZGAMIENTO

La Sala cree que cuando una de las partes propone dentro del juicio que se decida como incidental una cuestión que afecta el fondo de la litis por haberse planteado en la demanda, y el Juez halla que con esa decisión incidental adelanta conceptos que sólo pertenecen al fallo definitivo, debe abstenerse de dictar el falló incidental provocado porque, de lo contrario, llegaría a prejuzgar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, agosto treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

El señor Luis C. Montilla Z., por medio de apoderado ha demandado al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, con la intención de que a esa entidad se le condene a pagar suma de pesos en que aprecia el valor de perjuicios materiales y morales, por imputaciones falsas de que se cree víctima Montilla.

A la demanda se le dio el curso regular, y así llegó a fallarse en primer grado con absolución para la parte demandada.

Un segundo grado ha tenido el juicio por haber apelado el demandante, quien ahora formula tacha de falsedad contra un documento presentado por la parte demandada, documento que el H. Tribunal halló carente de mérito probatorio por no haberlo reconocido bajo juramento quienes lo suscriben.

El incidente originado en la tacha ha pasado por el trámite de pruebas que ordena el artículo 649 del C. Judicial.

¿Puede la Corte en trance tal adelantar concepto sobre la prestancia y verdad de tal documento?

Se considera:

Como queda dicho, la petición inicial del juicio expresa con claridad que lo que demanda el actor es una indemnización de perjuicios por **imputaciones falsas.** El hecho 9º está formulado así: "Montilla fue víctima por parte de los Ferrocarriles Nacionales, por la falsa imputación que se le hizo y la cual le ha ocasionado y le está ocasionando serios perjuicios de orden moral y material; perjuicios de los cuales es responsable la Empresa demandada como autora de las falsas imputaciones dichas".

El documento que se tacha de falso es el agregado al folio 11 del cuaderno número 3, que aparece firmado por Lácides Méndez, Marcos Sabogal y Carlos Velosa. Al rededor de la información contenida en ese documento —sobre irregularidades achacadas al señor Montilla en los aforos y documentos comprobantes de los transportes de cantinas— gira todo el proceso, ya que el demandante sostiene que la falsedad de las afirmaciones legibles en ese documento fueron la causa de su despido de la empresa, con todas las consecuencias anexas a esas imputaciones destructoras de su buena reputación.

Conclúyese que, si como lo pretende el promotor del incidente, desde ahora decidiera la Corte que no es cierto el contenido de ese documento; que no vale nada la firma estampada en él por quienes lo suscribieron, por haberse ejercido coacción sobre ellos y por mediar en todo ello una intención dolosa, se decidiría de una vez sobre las súplicas a) y b) de la demanda principal.

Si la Corte tomara desde ahora la resolución que como a Juez de instancia le compete en orden a las cuestiones de derecho que la demanda plantea, pretermitiría formalidades procesales, y no expediría un fallo congruente con la demanda y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes (art. 471 C. Judicial).

En resolución:

La Sala cree que cuando una de las partes propone dentro del juicio que se decida como incidental una cuestión que afecta el fondo de la litis por haberse planteado en la demanda; y el Juez halla que con esa decisión incidental adelanta

conceptos que sólo pertenecen al fallo definitivo, debe abstenerse de dictar el fallo incidental provocado, porque, de lo contrario, llegaría a prejuzgar.

Por lo expuesto, la Corte se reserva el pronunciamiento sobre la verdad o falsedad del contenido del documento tachado, para la sentencia final.

Notificado este auto, el juicio seguirá su curso legal.

Notifíquese.

Germán Alvarado—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACERCAMIENTO IDEAL Y DE MUTUA Y ESTRECHA COLABORACION INTELECTUAL ENTRE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DE COLOMBIA Y LA CORTE FEDERAL Y DE CASACION DE LA REPUBLICA DE VENEZUELA

República de Colombia—Corte Suprema de Justicia (Sala Plena)

Bogotá, diciembre 16 de 1946

Señor doctor Lorenzo Herrera Mendoza,
(Presidente de la Corte Federal y de Casación de Venezuela)
Caracas.

Tengo el honor de transcribir a S. E. el texto de la proposición unánimemente aprobada por la Corte que presido en su sesión del día 12 de los corrientes:

"La Corte Suprema de Justicia aprovecha la visita que hará a Venezuela su distinguido Miembro el Magistrado doctor Ramón Miranda, para enviar por su conducto a la Corte Federal y de Casación de ese país un mensaje de cordial amistad y compañerismo, y hace votos porque la presencia del Magistrado colombiano en el más alto Tribunal de Justicia de Venezuela, contribuya a la mejor información y al mayor acercamiento de las dos Cortes, unidas espiritualmente por vínculos que la Corte colombiana desea estrechar y vigorizar para el común provecho de las dos naciones hermanas".

Me honro en suscribirme como su muy atento y s. s.,

(Fdo.) ANIBAL CARDOSO GAITAN,

Presidente de la Corte Suprema de Justicia

Estados Unidos de Venezuela—Corte Federal y de Casación—Corte Plena.

Caracas, 15 de enero de 1947

Excelentísimo señor Aníbal Cardoso Gaitán,
Presidente de la Corte Suprema de Justicia.
Bogotá.

Me es honroso llevar a conocimiento de S. E. que en sesión extraordinaria y solemne, celebrada ayer, la Corte en pleno recibió la visita del ilustre Magistrado de esa Corte Suprema, señor Ramón Miranda, quien, con cálidas palabras, consignó el pliego que contiene el fraternal mensaje de amistad y compañerismo que ese Alto Tribunal tuvo a bien dirigirle.

En esta hora decisiva para la realización del Derecho y la Justicia en el mundo, particularmente en los pueblos de América, el contenido espiritual de ese mensaje viene a poner de relieve la profunda significación que en ella cabe al Poder Judicial y la importancia de una estrecha colaboración y acercamiento entre los Tribunales de estas repúblicas.

La Corte Federal y de Casación ha acogido con la más viva simpatía tan expresiva demostración de afecto, y se halla animada de iguales sentimientos y propósitos.

En esta feliz ocasión, tengo el honor de presentar a S. E. el testimonio de mi personal amistad y alto aprecio.

(Fdo.) L. HERRERA MENDOZA

Presidente.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Decreto Nº 1148 de 1943, acusado como inconstitucional. — Se declara que no es el caso ya de decidir sobre constitucionalidad o inconstitucionalidad de las disposiciones del Decreto acusado. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 647

Se abstiene la Corte de decidir sobre la demanda de inexequibilidad del artículo 10 del Decreto 2184 de 1945 por no ser de su competencia. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 650

SALA DE CASACION CIVIL

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Neiva dictada en el juicio de partición de bienes de Virginia Martínez de Guzmán y, especialmente, sobre el incidente de objeciones a esa partición. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca. 652

Arrendamiento. — Técnica de casación.—Interpretación de los contratos—Lanzamiento de arrendatario.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga proferida en el juicio ordinario sobre pago de mejoras que inició Marco A. Gómez contra Celia Uribe de Hoffman y Julio Hoffman. Magistrado ponente, doctor Manuel José Vargas..... 657

Acción de resolución de un contrato, de reivindicación, etc. — Divisibilidad de la acción resolutoria.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido por Ignacio Morales González contra Alfredo Forero Bernal sobre resolución de un contrato, reivindicación, etc. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda... 667

Acción de nulidad de un remate.—Se casa parcialmente la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por María Elena Restrepo de Gaviria y otros contra Carolina Vargas de Santamaría sobre nulidad de un remate. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 673

Acción petitoria de cumplimiento de un contrato y de pago de perjuicios.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario promovido por el doctor José Hugo Soler contra Roberto Ramos C. sobre cumplimiento de un contrato y pago de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda. 683

Reivindicación de bienes sociales vendidos por uno solo de los cónyuges bajo el imperio de la ley 28 de 1932.—No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Ibagué en el juicio promovido por Julia Lara v. de Calvo, en su propio nombre y en representación de sus hijos menores, contra Eduardo Calvo Pulecio, sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca..... 688

Acción rescisoria de un contrato. — Vicios redhibitorios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá proferida en el juicio ordinario seguido por Guillermo González Botía contra la sociedad denominada Colombia Motor, Limitada, sobre rescisión de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 695

Acción sobre pago de una suma de pesos.— Error de hecho.—No se casa la sentencia

Págs.

del Tribunal Superior de Pasto, proferida en el juicio ordinario promovido por el Banco de Colombia, sucursal de Pasto, contra Manuel T. Vela para el pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 700

Reivindicación.—Prueba de la demencia de quien ejecutó el acto o contrato.—No se casa la sentencia del Tribunal de Santa Rosa, proferida en el juicio ordinario promovido por Domingo Galvis G. contra Diógenes Oviedo, Benedicta Tarazona, Rosalvina Arias y otros, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta 706

Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio de sucesión de Eugenio Urdaneta. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 711

Acción de filiación natural.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida en el juicio ordinario seguido por Euclides Barbosa Barrios, por medio de apoderado, contra Carlotá Barrios de Barbosa, en acción de filiación natural. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 714

Acción de responsabilidad por culpa. — Indemnización de perjuicios por accidente que causó la muerte a una persona por electrocución.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario sobre responsabilidad por perjuicios seguido por el doctor Norberto Ossa, como apoderado de Laura Ricaurte y sus hijos menores, contra el Municipio de Montenegro. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda. 721

Reivindicación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Benjamín Hoyos R. contra Emilio Fandiño. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 730

Págs.

Nulidades.—Minas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín proferida en el juicio ordinario sobre minas promovido por Germán Molina Callejas contra la Compañía Minera de La Leona. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 734

Petición de herencia.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida en el juicio ordinario seguido por Espíritusanto Gómez de Arce y Sofía Gómez de Arce, por medio de apoderado, contra Alberto Julio Ch. y Rosa Julio Ch., sobre partición de herencia y reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 739

Acción reivindicatoria—Error de hecho—Posesión para la prescripción ordinaria.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Carlos S. Alder contra Rafael Vásquez. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda. 744

Abandono de minas. — Fijación de carteles. Restitución.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario sobre oposición a la adjudicación de una mina, seguido por Pedro Toffoli contra León Sánchez M. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 750

Nulidad del remate.—Remate y partición.—No se casa la sentencia del Tribunal de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido por Juan Rojas Caro contra los partícipes en el juicio mortuorio de Zoila Caro y contra Ricardo Avella y Rafael Rodríguez. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 756

Objeciones a una partición. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio especial sobre partición material de un terreno seguido por Carlos Saúl Goyeneche contra Ciro E. Goyeneche. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 764

Págs.

Acción de dominio de una finca raíz adquirida antes de la ley 28 de 1932 y vendida por el marido después sin intervención de su esposa.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en el juicio ordinario seguido por Julia Lara v. de Calvo contra Jorge Lozano A. sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 769

Acción de filiación natural.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Cartagena en el juicio ordinario seguido por Sara Isaac Sierra, en nombre de sus menores hijos, contra la sucesión de Sofronín Barbosa Quintero sobre declaración de una filiación natural. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo..... 775

Minas.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario sobre restitución de una suma de pesos, promovida por Juan B. Mosquera, en nombre de la compañía minera denominada La Sociedad, contra la Compañía Minera del Andágueda y la Compañía Minera del Chocó Pacífico, S. A. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 785

Acción petitoria de pago de servicios, de nulidad de unos contratos, reivindicación, simulación, etc.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario propuesto por Mercedes Muñoz contra Angel María Muñoz, María Irene Aguirre Jiménez y Juan de Jesús Tejada, sobre pago de unos servicios, reivindicación, etc. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 792

Honorarios del albacea.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio sobre cuentas promovido por María Espinel contra Isaac Angarita como albacea del causante. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo..... 798

Acción de nulidad de un contrato.—Ventas hechas por uno de los cónyuges, sin la anuencia del otro, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira proferida en el juicio ordinario promovido por Susana María de Granada contra Arcesio Londoño y contra los herederos de Francisco Botero y sus hijos menores, representados por su madre Ester Julia Echeverri de Botero. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 805

Acción petitoria de declaración de dominio por prescripción extraordinaria—Unión de posesiones.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Isabel Agudelo de Castaño contra Ana Teresa Sierra v. de Soto sobre declaración de dominio por prescripción extraordinaria. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta. 808

Exceptio non adimpleti contractus. — No se aclara la sentencia proferida por la Corte en el juicio ordinario seguido por el doctor José Hugo Soler contra Roberto Ramos. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 812

SALA DE CASACION PENAL

Desistimiento del recurso de apelación.—Se admite el desistimiento del recurso de apelación en el sumario en el cual se sobreseyó temporalmente en favor del doctor Rafael E. Benedetti. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 813

Homicidio.—Causal 2ª — Máximo y mínimo de la sanción por infracciones.—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Tunja en el proceso por homicidio contra Marco Tulio Hernández. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 815

Cuándo hay legítima defensa. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales en el proceso seguido contra Andrés Avelino Aguirre B. por lesiones personales. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 819

Veredicto del jurado. — No se invalida la

Págs.

sentencia del Tribunal Superior de Popayán en el proceso seguido contra Delio Benítez Ordóñez, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez. 823

Hurto de ganado mayor—Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta en el proceso seguido contra Pedro Zárate Barrios, por hurto de ganado mayor—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez 828

Abuso de autoridad.—Se revoca el auto de sobreseimiento y se llama a juicio al doctor Nicomedes Hincapié Mejía por alguno de los hechos ilícitos de que trata el capítulo VI, título III del libro segundo del C. P. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 832

Causal 2ª de casación.—Sevicia.—Su confusión, en veces, con la mayor insensibilidad moral del delincuente.—No se invalida la sentencia del Tribunal de Pamplona en el proceso seguido contra Segundo Carrillo González, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada... 834

Competencia para el conocimiento de los delitos contra la propiedad—Indicios en materia penal.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el proceso por hurto contra Luciano Montaño López y Félix Alfredo Cano. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 838

El cumplimiento de una orden jurisdiccional no constituye delito.—Se declara que no constituye delito el hecho imputado a un Magistrado del Tribunal de Bogotá. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno... 842

La asociación y la participación delictuosas. Se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, proferida en el proceso contra Pedro Pablo García y otros por cuadrilla de malhechores. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 847

Págs.

Elementos de la apropiación de cosa ajena extraviada.— No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Popayán, proferida en el proceso contra Ignacio Melenje por hurto. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 853

Naturaleza jurídica de la función del jurado.—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Manizales, proferida en el proceso seguido contra Luis Eberto Suárez, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 857

La prueba nueva en el recurso de revisión. Se ordena la revisión del juicio seguido contra Modesta Jaimes de Blanco, por homicidio, ante el Juez 2º Superior y Tribunal de Pamplona. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 861

Homicidio ultraintencional cometido en riña. No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida en el proceso seguido contra Luis A. Mora por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 866

Fines de la revisión en materia penal.—Se niega la revisión de una sentencia ejecutoriada del Tribunal Superior de Ibagué por la cual se condenó a Pedro Pablo Tafur por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 870

Abuso de autoridad.—Actos arbitrarios o injustos de los funcionarios públicos.—Providencias que ordenan la práctica de pruebas.—Se revoca el auto de proceder contra el doctor Bernardo Ospina Duque, por abusos de autoridad y otras infracciones. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 876

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción petitoria de pago de una suma de pesos. — Se condena al Departamento de Boyacá al pago de una suma de pesos en juicio seguido por el doctor Jesús Perilla V. ante el Tribunal Superior de Tunja.

Págs.

Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 879

Pensión de un miembro del Organo Jurisdiccional.—Se confirma la decisión del Tribunal Superior de Buga sobre reconocimiento de una pensión a Mariana Urdinola v. de Marmolejo. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 891

Ejecución de sentencia.—No se repone el auto reclamado por el Procurador Delegado en lo Civil, en lo referente al cumplimiento del fallo dictado por la extinguida Sala Civil de Unica Instancia, de fecha 27 de marzo de 1943. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 893

Cosa juzgada.—Se confirma la providencia proferida en el juicio sobre oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos presentada por Frederick R. Ryan. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 894

Colisión de competencias. — Juicio de quiebra.—Su conocimiento—Se dirime la competencia suscitada entre la Sala Civil y la Penal del Tribunal Superior de Pereira, sobre conocimiento de un juicio de quiebra seguido contra Arcesio Correa. Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado 898

Pensión.—Se confirma el auto apelado del Tribunal Superior de Bogotá, por el cual se negó la admisión de la demanda ordinaria promovida por las señoras Rita Isabel Corrales y Carmen Corrales de Mafiol contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 901

Pensiones de jubilación de los funcionarios del Organo Jurisdiccional. Se declara la nulidad del proceso en la solicitud de pensión hecha por el señor Gabriel Suárez E. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda. 904

Nulidad por incompetencia de jurisdicción.—Se declara la nulidad de lo actuado en la solicitud de pensión hecha por el doctor Mario Escobar Marulanda. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 906

Prejuzgamiento.—Se reserva la Sala el pronunciamiento sobre la verdad o falsedad de un documento en el juicio seguido por Luis C. Montilla contra los Ferrocarriles Nacionales 908

Notas cruzadas entre las Supremas Cortes de Justicia de Colombia y de Venezuela 910



NOTA IMPORTANTE:

EL Nº 2037 ESTA DESTINADO A "INDICE Y JURISPRUDENCIA" DE ESTE TOMO QUE TERMINA

(La Dirección)



Talleres Gráficos
Mundo al Día

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
BOGOTA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JULIAN MOTTA SALAS

TOMO LX — BOGOTA, 1948 — NUMERO 2037

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL PRESENTE TOMO LX.

POR

JULIAN MOTTA SALAS

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

— A —

ABANDONO DE MINAS

— 1 —

Al hacer practicar las diligencias conducentes a dar curso al denuncio de una mina, conforme al artículo 4º del Código de Minas, no puede entenderse como obligación extendida sobre el denunciante hasta el punto de hacer destituír al Alcalde y Secretario por morosos, como sugieren algunas piezas del proceso. La sanción que ha de sufrir el denunciante cayendo la mina en abandono tiene que corresponder a faltas suyas y sería aberrante que surgiese de las ajenas. El debe suministrar el papel sellado necesario, pagar impuestos, hacer publicar el aviso en el periódico oficial y solicitar el cartel y llevarlo o remitirlo a la Alcaldía; pero la actuación de los funcionarios no está en su mano impulsarla ni las omisiones por retardo de ellos determinan para él responsabilidad cual si de su persona misma se tratase.

Sobre la fijación de carteles median dos actividades complementarias, pero distintas: la del denunciante que debe solicitarlo y hacerlo llegar a su destino y la del funcionario que es, y no aquél, quien ha de realizar la materialidad de la fijación. Si lo primero, es decir, aquello a que debe proveer el denunciante quedó realizado dentro del año y, por ende, en su oportunidad, no cabe sancionarlo con la declaración de abandono porque lo segundo, o sea la expresada obra del funcionario, se ejecute después. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 24 de 1946). 752, 1ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 2 —

El Código Penal considera como delito el hecho de que el funcionario o empleado público, con ocasión de sus funciones o excediéndose en el ejercicio de ellas, cometa o haga cometer acto arbitrario o injusto contra una persona o contra una propiedad. "Lo arbitrario, dijo la Corte, es lo que no depende de la ley, sino únicamente de la voluntad o capricho del funcionario; lo injusto es, además, lo que viola la equidad. Lo injusto es

siempre arbitrario porque la ley debe presumirse como la medida de lo justo y señala la norma que deben seguir en sus actividades los funcionarios o empleados públicos. Lo arbitrario puede no ser injusto, por no quebrantar el acto extralegal los derechos ajenos, mas para el abuso de autoridad las palabras ARBITRARIO o INJUSTO pueden tomarse como equivalentes, ya que el Código exige que el acto vaya "contra una persona o contra una propiedad". (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, agosto 30 de 1946). 877, 1ª

ABUSO DE AUTORIDAD

— 3 —

Si es verdad que la ley previene que cuando se dejen de cumplir las condiciones impuestas al conceder el beneficio de la libertad no podrá concedérsele nuevamente dicha gracia al procesado, eso no quiere decir que no tenga que dictar las providencias u órdenes escritas respectivas, porque la misión de los funcionarios de la rama jurisdiccional es precisamente la de aplicar los preceptos legales a los casos concretos por medio de resoluciones o actos escritos, que son su expresión natural y lógica. Los jueces, según el Código Penal, no pueden omitir, rehusar o retardar la ejecución de los actos a que legalmente están obligados, sin incurrir en delito, y es claro que entre esos actos deben entenderse, por lo expuesto, toda clase de autos, sentencias u órdenes propias de los trámites procesales. (Artículos 387, 404 C. de P. P.). (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 4 de 1946). ....833, 1ª y 2ª

ACCION DE FILIACION NATURAL

— 4 —

Conforme a la nueva doctrina de la Corte que abrogó la anterior sobre filiación natural, los artículos 401, 402 y 403 del C. C., forman un conjunto tal que desligarlos conduciría al absurdo. El primero de ellos da alcance absoluto al fallo judicial que declara verdadera o falsa la legitimidad del hijo; de suerte que " no sólo vale respecto de las personas que han intervenido en el juicio, sino RESPECTO DE TODOS"; para que se produzca tan excepcional resultado establece el segundo de aquéllos (el 402) ciertos requisitos, de ellos, que se haya pronunciado contra LEGITIMO CONTRADICTOR, y el tercero (el 403) define esta locución precisando que en la cuestión de paternidad lo es el padre contra el hijo o el hijo contra el padre. Claramente se ve que la intervención del padre con tal nombre o calidad de legítimo contradictor significa que cuando se está ante ella de manera que con esa intervención se haya seguido juicio, la sentencia tendrá alcance contra todos, en vez del alcance relativo que por principio general tiene toda sentencia, circunscrito como está por los artículos 473 y 474 del C. J. y 17 del Civil a las personas que han intervenido en el litigio o sus causahabientes. Así, pues, aquellas disposiciones no pueden interpretarse en el sentido de que precisamente el presunto padre haya de ser el demandado en un pleito como el de autos y que, por lo mismo, la acción de quien se pretende hijo de él se haya de tener por extinguida si en vida de aquél no fue invocada.

Ante los artículos 219, 220, 221, 222 y 223 del C. C. y 335 a 337 del mismo no puede sostenerse que precisa y exclusivamente sea la persona del padre, y en su caso la de la madre, la que intervenga como parte en los juicios respectivos, aunque, como regla básica, según el artículo 216, mientras viva el marido solo él mismo podrá reclamar contra la legitimidad del hijo concebido durante el matrimonio. Habiendo otras personas capacitadas por aquellas disposiciones con tal fin, no puede entenderse la expresión "so pena de

nulidad" con que termina el artículo 403 como corroboración de que la muerte del padre extingue la acción del hijo, porque bajo aquella pena se exija allí la intervención del padre "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo legítimo". Si así se entendieran esa exigencia y sanción, se incurriría en el absurdo de darlas por aplicables a los casos aludidos en que otras personas distintas del padre están provistas de aquella capacidad, a más de que esas mismas exigencia y sanción sobrarían y quedarían sin sentido si se refirieran a juicios como los aludidos en el artículo 216, es decir, en los que figura el padre. De estas consideraciones se deduce que aquel requisito y la pena de nulidad se refieren ante todo a los juicios de maternidad disputada, principalmente en los que, estando implicada igualmente la paternidad, no basta señalar a la madre como demandado o que se señale como tal al hijo, sino que es preciso traer al padre a la controversia, claro es que en cuanto no haya muerto.

El artículo 7º de la ley 45 de 1936 declara aplicables al caso de filiación natural los del C. C. que enumera, entre los cuales no figura el 402. En general, la cita de ciertas disposiciones no cabe entenderla como exclusión de las pertinentes no citadas. Y la íntima vinculación de este artículo con el que le precede y el que le sigue, a la vez que impide jurídicamente desligarlos, impide interpretar el artículo 7º y la ausencia en él de la cita del 402 del Código como prohibición de mirar hacia éste en tales juicios. De otro lado, el estado civil y las acciones conducentes a establecerlo son algo existente PER SE y por lo mismo, independientes de circunstancias extrínsecas, como lo es, por ejemplo, para aquel estado del hijo en lo tocante a su filiación, el que su padre viva aún o haya muerto, pues mientras el hijo viva tiene que considerarse vivo con él su interés relativo a ese estado. Además, éste no puede entenderse simplemente como estado desde el punto de vista netamente familiar o social o moral, sino también desde el punto de vista patrimonial. Y sería un contrasentido dar por extinta la aludida acción con la muerte del padre, la que señala el momento de la apertura de su sucesión según el artículo 1012 del C. C. y determina la vocación, el llamamiento de que habla el artículo 1013 IBIDEM.

Si todas estas reflexiones impone el concepto o reconocimiento de que tal acción no expira con el padre cuando éste fallece sin habérsele demandado, es claro que vigente ella mientras el hijo viva, de ella han de responder los herederos de ese padre, a quien, viviendo, le habría tocado responder, ya que los herederos son los continuadores de la persona del difunto y le suceden en sus obligaciones transmisibles (artículo 1155 C. C.). Querrá decir tan sólo que la sentencia que se pronuncie en juicio contra los herederos tendrá el alcance relativo de toda sentencia y que, por ende, no se extenderá en su fuerza de cosa juzgada sino sobre quienes hayan sido parte en la controversia, en contraste con la que se dictará en juicio seguido contra el padre en persona, la que tendría efecto ERGA OMNES, en virtud de la declaración excepcional del artículo 401, ya que la locución LEGITIMO CONTRADICTOR de que el artículo 402 se vale para señalar al padre, tiene ese preciso sentido y resultado, y no la sugestión que había querido vérsele A CONTRARIO SENSU de ilegitimidad en cualquiera persona distinta. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 28 de 1946).

717, 1ª y 2ª y s. s.

ACCION RESOLUTORIA

— 5 —

Cuando el objeto materia de la compraventa es susceptible de división material, inte-

lectual o de cuota, la acción resolutoria también lo es, al tenor del artículo 1581 y siguientes del Código Civil.

La acción resolutoria, consagrada por el artículo 1546 del C. C., que se extiende a todos los contratos bilaterales, está consagrada, además, de una manera especial en el Código Civil en el contrato de compraventa, tanto para el vendedor como para el comprador. (Artículos 1882, 1888 y 1930). El vendedor que no cumple con una de sus obligaciones principales, como es la de hacer la entrega o tradición de la cosa vendida (art. 1880) pone al comprador en capacidad legal para perseverar en el contrato o para desistir de él (artículo 1882). A su turno el comprador constituído en mora de pagar el precio en el lugar y tiempo convenidos, capacita al vendedor para ejercer la acción resolutoria o demandar el pago del precio. Pero estas acciones pueden enervarse cuando en el caso del artículo 1930, no ha cumplido el vendedor con las que le corresponden, porque el principio del artículo 1609 del C. C. se aplica, como es obvio, a todos los pactos bilaterales. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 5 de 1946). ..... 670, 1ª y 2ª

ACUSADOR PARTICULAR EN LOS PROCESOS PENALES

— 6 —

El principio que consagraba el artículo 1597 del antiguo Código Judicial fue modificado por la ley 104 de 1922, eliminando la calidad de parte que tenía el acusador (art. 21, ordinal 2º), y limitando su intervención "a solicitar las diligencias útiles o procedentes para comprobar el delito y descubrir los delincuentes", y a pedir el embargo de bienes para asegurar la indemnización del caso (art. 20). Después vino la ley 68 de 1928, cuyo artículo 6º dió derecho al acusador particular para que, además de intervenir en la práctica de las diligencias del proceso, pudiera alegar oralmente o por escrito en la audiencia. Aunque la disposición del artículo 6º amplió los poderes del acusador en el proceso criminal sigue subsistiendo siempre el principio esencial sentado imperativamente por el art. 21 de la ley 104 de 1922. De consiguiente, puede decirse que el acusador en causa cuyo impulso debe ser oficioso por el juez, tiene el carácter de un denunciante que cumple con la obligación que a todo ciudadano imponía el artículo 1614 del anterior Código de Procedimiento Penal, pero con la particularidad de ser un coadyuvante del Ministerio Público, a quien se permite conocer el informativo y solicitar diligencias conducentes a comprobar el delito. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 21 de 1946). 30, 1ª

AGUAS

— 7 —

El uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas nacionales que lo atraviesan o deslindan se limita, en los casos del inciso 3º del artículo 893 del C. C., en cuanto las aguas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, con la obligación por parte de la entidad pública que se aproveche de ellas, de dejar una parte para uso de los riberanos y de indemnizar al dueño de la heredad que por tal razón se vea privado del agua, todo perjuicio inmediato. Se trata, como lo dice el expositor argentino Spota en su Tratado de Derecho de Aguas, de un bien de naturaleza tal, que el derecho no puede dejar al arbitrio individual su utilización sino que se debe, por norma jurídica, utilizar el agua del más amplio modo posible. Por ello, "el aspecto de derecho civil del régimen de aguas ha per-

dido gran parte de su importancia, mientras ha ganado el aspecto de derecho público".

En el conflicto de intereses con respecto al empleo de las aguas, el público debe ser preferido al individual. Por encima de la disposición de orden general que reglamenta el aprovechamiento de las fuentes de uso común, existe la disposición especial de orden público que limita el uso que el dueño de una heredad puede hacer de las aguas que corren por ella, cuando éstas fueren necesarias para los menesteres domésticos de los habitantes de un pueblo vecino, caso en el cual prima el interés colectivo. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 26 de 1946). ... 39, 1ª

APRECIACION DE PRUEBAS

— 8 —

Como ha sostenido la Corte en uniforme y reiterada jurisprudencia, la errónea apreciación de pruebas judiciales no es por sí sola causal de casación, sino un medio por el cual puede llegarse al motivo que es la violación de ley sustantiva. Cuando esta infracción se hace provenir de equivocada apreciación probatoria es necesario que la acusación no se detenga en el señalamiento y demostración del error, sino que es preciso citar la ley sustantiva que se considera infringida y sin este complemento la acusación queda a medio camino o inútil. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 26 de 1946) 404, 2ª

ARRENDAMIENTO

— 9 —

No bastaría para demandar la reducción del precio del arrendamiento que de una manera fehaciente constara que antes del contrato de arrendamiento el propietario hubiera vendido zonas de terreno dentro del predio arrendado, porque la propiedad por parte del arrendador no es condición esencial del contrato; el arrendador se obliga a entregar al arrendatario la cosa arrendada, a conservarlo en el goce, manteniendo la cosa en estado de servir para el fin propuesto y librarlo de toda turbación o embarazo. Esta última condición y obligación tiene la correlativa por parte del arrendatario de noticiar al arrendador de los inconvenientes que se le presenten en el goce de la cosa arrendada (artículo 1989, C. C.). Así, pues, la simple prueba de la venta de zonas dentro de la finca arrendada no daría lugar a disminución del precio o a resarcimiento de perjuicios, si no se demuestra la perturbación sufrida y los daños. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 660, 2ª

ARRENDAMIENTO

— 10 —

El arrendamiento, como contrato bilateral que es, está sometido al sistema jurídico del artículo 1546 del Código Civil que establece la condición resolutoria tácita para el caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; lo que acontece es que generalmente no procede en el arrendamiento la acción resolutoria propiamente dicha, que tiende a dejar sin efecto el contrato, restableciendo las cosas al estado anterior, como si no se hubiera celebrado, sino que apenas produce efectos sobre el futuro, debido a la naturaleza especial que le corresponde como contrato de ejecución sucesiva que hace imposible los efectos resolutorios sobre los períodos de goce ya transcurridos. Dentro del arrendamiento la resolución asume la forma, el nombre y las consecuencias de la terminación, y así, en los diversos artículos en que el Código habla del incumplimiento de las obligaciones del arrendador, establece el de-

recho del arrendatario para pedir la terminación del arrendamiento (arts. 1986, 1988 y 1990 del Código Civil), del propio modo que consagra el derecho del arrendador para pedir la terminación del contrato en caso de incumplimiento de las obligaciones que corresponden al arrendatario (artículos 1996, 1997, ibídem).

La acción de terminación del arrendamiento y la de reivindicación de la cosa arrendada no son incompatibles, según doctrina de la Corte. Bien sabido es, en efecto, que cuando el arrendatario se niega a cumplir su obligación esencial de restituír la cosa que ha recibido en arrendamiento, el arrendador tiene, para demandar su cumplimiento, dos acciones: la acción personal nacida del contrato de arrendamiento, si el arrendatario se empeña en seguirla teniendo, o la terminación con su consecuencial devolución, en los casos que la ley autoriza; y la acción real de dominio, en los casos en que la negativa del arrendatario a cumplir su obligación restitutoria se funde en el desconocimiento del contrato y en la oposición de pretensiones de poseedor y dueño. Ambas acciones se enderezan al mismo fin de tutelar el derecho del arrendador y su ejercicio se condiciona con la actitud del arrendatario respecto del contrato. Es cierto que la diversidad de fundamentos en que tiene que apoyarse su ejercicio hace imposible que se propongan simultáneamente y como principales en una misma demanda; pero no siendo incompatibles entre sí y pudiendo sustanciarse bajo una misma cuerda por seguir el mismo procedimiento judicial, no hay razón legal alguna que impida que se proponga la acción de dominio como condicional o subsidiaria, esto es, para el caso de que no prospere la principal. Así está autorizada la acumulación de acciones en una misma demanda en el numeral 3º del artículo 209 del Código Judicial. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, agosto 30 de 1935). 350, 2ª

ASESINATO

— 11 —

El asesinato no es sino una especie agravada del homicidio y no contiene como entidad específica delictuosa, o tipo de delito, elementos constitutivos diversos a los del homicidio. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946). 179, 2ª

ASOCIACION Y PARTICIPACIÓN DELICTUOSAS

— 12 —

(Véase lo que sobre este punto trae la sentencia de Casación de la Sala Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036), de ocho de mayo de 1946). ..... 850 y s. s.

AUTO DE PROCEDER

— 12 A —

Entre el auto de proceder, el veredicto y la sentencia debe haber consonancia, porque el auto de proceder es el pliego de cargos que la sociedad le hace al sindicado; el veredicto es la calificación que da el Jurado a los hechos de que se sindica al culpable en el enjuiciamiento, y la sentencia es la aplicación de los preceptos de derecho a los hechos calificados por el Jurado. (Artículos 431, 480, 499 y concordantes del Código de Procedimiento Penal). Pero es necesario saber hasta dónde debe llegar aquella consonancia o armonía. En los juicios por Jurado no le corresponde al juez de derecho sino aplicar las sanciones al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que acompañen al agente y su personalidad. (Artículo 33 del C.

P.). Pero en cuanto a los hechos con las circunstancias que los especifiquen o modifiquen, tiene que atenerse rigurosamente a la calificación que el Jurado les dé. (Artículo 480, C. de P. P.), o, si encuentra que el veredicto es claramente contrario a la evidencia de los hechos, debe así declararlo y convocar un nuevo Jurado. (Artículo 537 IBIDEM). De no ser así se desvirtuaría o mejor, se desconocería la institución del Jurado. Pero ya aquí se impone decidir hasta dónde debe llegar la consonancia de la sentencia y el veredicto con el auto de proceder, punto que ofrece, talvez por novedoso, algunas dificultades.

Los cargos imputados en el auto de proceder son inmodificables EN CUANTO AL GENERO DEL DELITO, de suerte que se ha de condenar o absolver según el género, sin que el veredicto (ni la sentencia naturalmente), puedan modificarlo. Pero las circunstancias calificadoras o modificadoras del hecho sí pueden ser variadas por el Jurado y, naturalmente, por la sentencia, que ha de estar de acuerdo con el veredicto. Es más: el Jurado puede declarar otras circunstancias que no hayan sido sometidas a su consideración por no figurar en el auto de llamamiento a juicio. Si así no fuera carecería de objeto el término probatorio de la causa, y lo que la ley quiere es qué, en cuanto sea posible, aparezca la verdad en toda su plenitud, hasta el punto de que concede al Juez "amplias facultades" para que en la propia audiencia pueda ordenar que se practiquen todas las diligencias que estimare convenientes al mejor esclarecimiento de los hechos". (Artículo 472, C. de P. P.). Es por eso por lo que el artículo 431 del C. de P. P. ordena hacer el llamamiento a juicio en dos formas: EN LA PARTE MOTIVA debe hacerse "la calificación GENERICA del hecho que se imputa al procesado CON LAS CIRCUNSTANCIAS CONOCIDAS QUE LO ESPECIFIQUEN"; mientras que EN LA PARTE RESOLUTIVA debe hacerse la calificación únicamente en forma GENERICA, pero "sin determinar dentro del género del delito la especie a que pertenezca". Por otra parte da el artículo citado una pauta muy clara para distinguir el género de la especie de los delitos, diciendo que la denominación que le da el Código Penal al delito EN EL RESPECTIVO CAPITULO o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, es el GENERO. Por ejemplo, homicidio, lesiones personales, robo, estafa. De manera que las clases de hechos distintos indicados en los ARTICULOS del respectivo capítulo o título según el caso, constituyen las ESPECIES. Todo esto porque la parte resolutiva es obligatoria y circunscribe el debate y por ello ha de hacerse la calificación del hecho en una forma amplia —LA DEL GENERO— con el fin de dar cabida a la discusión del juicio, al paso que la motiva está formada por un conjunto de apreciaciones sujetas a posterior comprobación y, por tanto, a ulteriores rectificaciones.

En conclusión, han de sacarse tres consecuencias de lo dicho anteriormente: la primera, que el Jurado no puede apartarse de la calificación genérica hecha en la parte resolutiva del auto de proceder, pero sí puede hacerlo de la calificación específica o circunstancial hecha en la misma providencia en la parte motiva, según las probanzas aducidas en el respectivo término de la causa; la segunda, que la sentencia debe guardar armonía con el auto de proceder, sin que pueda extenderse a infracciones de género distinto del señalado; y la tercera, que la sentencia del juez debe tener consonancia en cuanto a los hechos con el veredicto del Jurado y no con el auto de llamamiento a juicio en su parte específica o circunstancial. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946).

173, 2ª

AUTO INTERLOCUTORIO

— 13 —

El hecho de tener fuerza de sentencia un auto interlocutorio en el caso del artículo 467 del C. J., no lo reviste de la calidad de sentencia ni con ésta lo identifica, pues aún entonces permanecen en pie las restantes diferencias legales entre una y otro. El artículo 1761 del C. C., por ejemplo, da fuerza de escritura pública al documento privado reconocido por quien lo suscribió y, sin embargo, no puede decirse por esto que quede convertido en escritura pública con la calidad, formalidades y modalidades peculiares de éstas. (Auto, Sala de Casación Civil, LX, Nos. 2032, 2033, abril 11 de 1946). 383, 2ª

AVALUO DE DAÑOS

— 14 —

Lo jurídico, cuando no se haga el avalúo de los daños civiles causados por la infracción, es hacer una condenación IN GENERE o en abstracto, para que los interesados los hagan justipreciar por separado. (Artículo 92 C. P.). (Casación, LX, Nos. 2032-2033, abril 10 de 1946). 513, 2ª

— B —

BALDIOS

— 15 —

Las adjudicaciones de baldíos se hacen sujetas a una condición resolutoria para el caso de que el adjudicatario no cumpla en cierto tiempo las obligaciones relativas a la explotación y aprovechamiento de lo adjudicado; si se demuestra que esas obligaciones se han cumplido, se declara así y por lo mismo caducada la condición resolutoria.

El artículo 11 de la ley 34 de 1936 reformó el 58 del Código Fiscal de 1912 preceptuando que sobre el exceso que resulte en una adjudicación tendrá derecho preferente el adjudicatario del baldío, siempre que haya cultivado todo el exceso o una parte no inferior a su mitad.

La Corte acoge el concepto del señor Procurador, según el cual antes de la ley 200 de 1936 eran denunciables los excesos en la adjudicación de baldíos en todo tiempo y la prescripción adquisitiva no era alegable con respecto a los baldíos. Pero hoy un terreno baldío puede salir del dominio nacional sin adjudicación, mediante títulos anteriores entre particulares durante el término señalado a la prescripción extraordinaria. Si frente a la denuncia de exceso se presenta una titulación en los términos dichos no hay lugar a declarar el exceso, es decir, a declarar que el terreno denunciado es baldío, pues se ha demostrado que es propiedad particular. La propiedad particular no puede, es claro, ser denunciada como baldío, como exceso, para que se repute de propiedad nacional y se adjudique a otros distintos de los propietarios privados. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 14 de 1946). 628, 2ª

BIGAMIA Y ESTUPRO. — CONCURSO DE ESTOS DELITOS. — SU CONOCIMIENTO

— 16 —

Tratándose de un concurso de delitos, bigamia y estupro, la competencia es del juez que puede conocer del más grave, que es el estupro. (Artículos 50 y 54 del C. de P. P.). Para esto tiene en cuenta la Corte que la bigamia se realiza por el solo hecho de CONTRAER MATRIMONIO quien sabe que está ligado por uno anterior o por contraer matrimonio con persona válidamente casada (ar-

tículo 358). Pero no requiere, para su consumación, ni el acto carnal, ni mucho menos cohabitación. El delito, comentan los autores, está integrado plenamente o con todos sus elementos, desde que se efectúa la ceremonia relativa al nuevo matrimonio. Por eso en nuestro Código está incluído entre las infracciones "contra la familia" y no entre las que lesionan "la libertad y el honor sexuales". Consumado el matrimonio, ya se configura otro delito, de estupro, porque mediante una maniobra engañosa, el matrimonio ilegal e inválido, se obtiene el acceso carnal con la mujer (artículo 319). Sería un absurdo decir que comete estupro quien logra el ayuntamiento carnal con una mujer prometiéndole formalmente casarse con ella, pero que no lo comete quien en realidad contrae matrimonio sabiendo que no tiene valor ninguno, pues si algo adquiere mayor relieve en el segundo caso es la eficacia de la "maniobra engañosa" empleada. Conclusión que se confirma al ver que la bigamia la juzga el juez del circuito y se sanciona con una pena de seis meses a dos años de prisión solamente, al paso que el estupro lo juzga el juez superior con intervención del Jurado y se sanciona con pena de uno a seis años de prisión. Es que en estas contingencias hay que tener en cuenta, sobre todo, la intención del agente, que se propone obtener, no el resultado inmediato de su primer acto ilícito, sino uno posterior: ejecuta un delito medio para conseguir un fin que la ley le veda. De que no sea frecuente que el bígamo sea descubierto antes de consumar su matrimonio no puede concluírse que no ha perpetrado un perfecto delito de bigamia desde el momento en que realizó los actos externos o las ceremonias de un nuevo enlace, pues entonces habría que decir que el vínculo nupcial se contrae por el acto carnal y no por la expresión del mutuo consentimiento de los contrayentes hecho en la forma prevista en la legislación positiva. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 27 de 1946). ..... 548, 1ª y 2ª

BUENA Y MALA FE

— 17 —

Por buena fe se entiende la opinión o creencia en que uno está de que posee legalmente una cosa, y por mala fe el procedimiento en que falta la sinceridad y reina la malicia. Cuestiones ambas del fuero interno que el juez aprecia en conciencia y basado en los datos que arrojen las pruebas. De consiguiente, cuando el sentenciador considera al demandado en situación de mala fe, se basa para ello en la impresión que recibe por el influjo de determinados hechos, donde cree encontrar la comprobación de la mala fe con que ha poseído el poseedor vencido. Por lo tanto, para destruír el concepto del Tribunal no basta atacar por interpretación equivocada de los preceptos reguladores de la buena o de la mala fe, sino que hay que ir más al fondo, demostrando error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas en que el Tribunal se ha fundado. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 57, 2ª

— C —

CALIFICACION DEL DELITO

—18 —

Resulta impropio hablar de la calificación del delito en grado medio, pues esos grados que fijaba el artículo 123 del antiguo Código Penal desaparecieron frente a los nuevos estatutos. Hoy señala la ley un máximo y un mínimo para sancionar las infracciones, y dentro de ellos puede moverse el juzgador, teniendo en cuenta las circunstancias antecedentes y concomitantes del hecho y de la

mayor o menor peligrosidad del responsable (artículo 36 C. P.). Así, pues, de que el mínimo de la sanción se haya elevado, no puede deducirse que la delincuencia se haya calificado en segundo grado o en grado medio. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 817, 1ª

CALIFICACION ESPECIFICA DEL DELITO EN EL AUTO DE PROCEDER

— 19 —

Ha explicado la Corte en fallos recientes que la calificación ESPECIFICA que del delito se hace en el auto de proceder es apenas provisional para que de acuerdo con las probanzas alegadas en el plenario de la causa pueda ser fijada en el veredicto del Jurado, y que lo único inmodificable en la sentencia es la denominación genérica que se haya hecho de la infracción en el enjuiciamiento, a menos que se trate del caso de nulidad contemplado en el ordinal 8º del art. 198 del Código de Procedimiento Penal. Así lo indican el texto del artículo 431 del citado Código y los antecedentes expuestos por la comisión revisora, según los cuales, si fuera inmodificable la especie o las circunstancias modificadoras del hecho señaladas en el auto de llamamiento a juicio carecería de objeto el término probatorio de la causa y se crearía una situación de inferioridad para la defensa de los intereses sociales.

En el caso del proceso se le preguntó al Jurado si N. N. era responsable de "haber dado muerte, con propósito de matar a N. N.", y contestó diciendo: "Sí, pero sin el propósito de matar". La Corte dice: "Según esto, la respuesta de los jueces de conciencia es clara y precisa: aceptaron la realización material del hecho por parte del acusado, pero negaron la imputabilidad moral o psíquica; y como el delito requiere la concurrencia del elemento psíquico con el físico, al no reconocer el último quedó desintegrada la figura dolosa sobre la cual se les interrogó". Verdad es que en algunas ocasiones el resultado dañoso no corresponde al propósito querido por el autor del hecho, como cuando queriendo herir solamente al enemigo lo mata, o como cuando causa la muerte de una persona mediante un hecho cuya peligrosidad ha debido prever o que confió temerariamente en poder evitar, o como si el perjuicio irreparable obedeció a un verdadero caso fortuito, y así en otras contingencias. Pero de todos modos es el Jurado la entidad que debe calificar los hechos en los juicios en que interviene, de tal suerte que en el veredicto, base inmediata de la sentencia, ha de hallarse la figura delictiva correspondiente del Código Penal. Si el veredicto es contrario a la evidencia, el Juez ha de convocar otro Jurado para que califique los hechos; pero en ningún caso puede apartarse de él buscando interpretaciones o declaraciones implícitas no contenidas claramente en la respuesta del tribunal popular, para escoger una especie dentro del género del delito. Ello equivaldría a desconocer la institución del Jurado y a fallar de una manera arbitraria, que resulta más patente en tratándose de fallo condenatorio que, como lo anota el Ministerio Público, no puede sustentarse en bases de oscuridad e incertidumbre. Varias veces se ha presentado a la Corte el mismo problema de haber negado los jueces de hecho el propósito de matar en quien ha sido llamado a juicio por homicidio intencional, y en todas ellas ha resuelto que la sentencia tiene que ser absolutoria en casación, sin que esto obste para que en las instancias se hubiera declarado el veredicto como contrario a la evidencia de los hechos, en su caso. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). 532, 2ª

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS

(Artículo 58 del C. de P. P.).

— 20 —

La facultad que la ley otorga al sindicado para solicitar el cambio de radicación de un proceso se funda en una razón de orden público y social, cual es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que garantice plenamente los derechos del sindicado.

Cuando se invoca como derecho la razón del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, es necesaria la demostración de los motivos o circunstancias que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación para que la justicia se administre rectamente. La simple enunciación de los hechos, sin comprobación alguna, no da base a la Corte para emitir concepto favorable.

El cambio de radicación de un proceso no se justifica por los simples temores que un testigo consigne en su declaración. Las hipótesis y presunciones testimoniales sobre el hecho de que la justicia no puede ser administrada rectamente, deben explicarse en el contenido de la misma declaración. Sólo así, la Corte puede formarse un criterio exacto sobre los motivos que hacen conveniente el cambio de radicación, y mientras esto no se cumpla, el concepto no puede ser favorable. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946) . . . 542, 1ª

CAPACIDAD SUBJETIVA EN CONCRETO

— 21 —

La capacidad subjetiva en concreto, o sea la competencia para conocer de un determinado proceso criminal, está limitada por motivos de incompatibilidad, motivos de abstención y motivos de recusación.

El consejo u opinión a que se refiere el numeral 4º del artículo 73 del estatuto procesal penal, comprende, además de los emitidos en virtud de ejercicio profesional, aquellos que, como el auto de proceder, presuponen y requieren el proceso analítico de la responsabilidad y del delito y por lo tanto un concepto sobre la relación jurídica que se define en la sentencia. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 22 de 1946). . . . . 258, 2ª y s. s.

CASACION

— 22 —

En decisiones anteriores ha reputado la Corte que la violación del artículo 2673 del Código Civil da lugar a casación. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 44, 1ª

CASACION

— 23 —

El cargo por violación de leyes sustantivas sólo cabe dentro de la causal primera.

Hay diferencia entre la causal primera y la causal sexta. Por su índole y fin son INCONFUNDIBLES.

Reiteradamente ha expuesto la Corte que el que se dejen de aplicar disposiciones legales pertinentes al caso; el que se hayan aplicado las que no lo son, son motivos improcedentes dentro de la causal segunda, que contempla el caso de incongruencia o desarmonía entre lo pedido y lo fallado. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 30 de 1946). 163, 2ª

CASACION

—24 —

Los reparos de orden general a una sentencia de un Tribunal no son admisibles en casación. En este recurso, que tiene cierto carácter formalista, hay que decir si se acusa de error de hecho o por error de derecho. En el primer caso puntualizar las pruebas mal apreciadas por el tribunal con error evidente, y vincular esa mala apreciación a una disposición sustantiva, pero que sea pertinente, y no invocada al acaso. Cuando la acusación es por error de derecho precisa que el acusador aclare el concepto legal violado por el Tribunal, indicando si la violación es directa o indirecta. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 11 de 1946). 86, 2ª

CASACION

— 25 —

El motivo 1º del artículo 520 del C. J. consiste en "ser la sentencia violatoria de ley sustantiva". A ese resultado puede llegarse por "apreciación errónea o falta de apreciación de determinada prueba", caso en el cual según el inciso 2º de ese numeral 1º, "es necesario que se alegue por el recurrente sobre este punto, demostrando haberse incurrido por el Tribunal en error de derecho, o en error de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos". (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 30 de 1946). 159, 2ª

CASACION

— 26 —

Como lo ha decidido la Corte en reiterada y terminante jurisprudencia, cuando se invoca la causal primera de casación de que trata el artículo 520 del C. J., para que el recurso pueda prosperar no basta que el recurrente haga en general citas de leyes, ni exponga doctrinas jurídicas, sino que es preciso que además de expresar la causal que aduzca para pedir la infirmación del fallo, indique en forma clara y precisa los fundamentos de ella, y cite concretamente los textos legales que estime infringidos y el concepto en que lo hayan sido, pues de otra manera no puede determinarse el punto legal materia de la casación.

Ni el artículo 27 ni el 1527 del Código Civil son disposiciones sustantivas: el primero de ellos consagra apenas una regla de interpretación de la ley, y el segundo define lo que debe entenderse por una obligación civil, y sabido es que la causal primera de casación requiere para su procedencia la violación de un texto de ley sustantiva. Tampoco son disposiciones sustantivas, por no consagrar derechos para las personas, los artículos 1494 del Código Civil y 470, 471 y 472 del Código Judicial. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946).

148, 1ª y 2ª

CASACION

— 27 —

Copiosa y constante jurisprudencia de la Corte ha prevenido a los litigantes la necesidad de formular los cargos de casación de manera concreta, precisando los textos legales infringidos y la razón o aspecto porque lo hayan sido. Esto en virtud de que el recurso de casación tiene de suyo un carácter formalista, por cuanto su objeto es confrontar la sentencia acusada con la ley que se dice violada. Si el recurrente no propone de manera muy definida los elementos de confrontación, la Corte no tiene cómo hacer ésta. Por otra parte, la necesidad de que al fundar el recurso de casación se formulen de manera correcta los cargos contra la sentencia acu-

sada, señalando con precisión los textos legales que se estimen infringidos por ella, no es mera exigencia jurisdiccional o científica, sino perentorio deber del recurrente, estatuído por el artículo 531 del Código Judicial. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 15 de 1946). 145, 2ª

CASACION

— 28 —

El recurso de casación no es una tercera instancia donde puedan considerarse libremente y sin limitación todos los aspectos y cuestiones de la decisión del Tribunal. La casación se concreta a una acusación contra la sentencia definitiva de segunda instancia. Si no hay sentencia no puede haber casación, por sustracción de materia jurídica. (Auto, Sala de Casación Civil, LX, Nos. 2029, 2030, y 2031 marzo 13 de 1946) 143, 1ª

CASACION

— 29 —

Los artículos 593, 597, 601, 603, 604, 605 y 606 del Código Judicial y 1769 del Código Civil no tienen el carácter de disposiciones sustantivas en el sentido que a ésta calificación da el artículo 520 del C. J. y cuya violación es el motivo de casación allí establecido y definido. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 31 de 1946). 795, 1ª

CASACION EN MATERIA PENAL

— 30 —

Ha repetido la Corte en numerosos fallos que no es procedente alegar la causal segunda de casación en los juicios en que interviene el Jurado, por ser éste libre para apreciar las pruebas procesales según su íntimo convencimiento y porque el examen probatorio conduciría a la posible declaración de injusticia notoria del veredicto, que fue excluída de las causales de casación en la ley vigente, según lo dejó claramente establecido la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. Es este, por tanto, un problema exclusivo de las instancias (la contraevidencia del veredicto).

Para que la causal 5ª de casación se admita como probada, es menester que no se diga en la sentencia cuáles son los hechos principales o accesorios que influyen en la calificación del hecho y de la responsabilidad de su autor y, consecuencialmente, en la aplicación de las penas, porque es necesario, y la ley lo exige, que el Estado le diga al delincuente qué circunstancias precisas y acreditadas le carga para fijarle las sanciones. Pero, como es obvio, la mera deficiencia formal en la exposición que no produzca siquiera duda seria sobre aquellos hechos y circunstancias, aunque criticable, no puede dar lugar a la invalidación de un fallo. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946). 171, 1ª y 2ª

CAUSA EN LOS CONTRATOS

— 31 —

De la falta de obligatoriedad en la expresión de la causa ha deducido la jurisprudencia, sobre la razón natural de que no es corriente que las personas ejecuten actos sin fin concreto y determinado, que hay una presunción legal de que todo contrato tiene causa, para evitar los difíciles problemas que se plantearían si en cada caso hubiera necesidad de probar la realidad y licitud de la causa. En esta situación el problema probatorio, en relación con la causa, se resuelve en el sentido de que quien alega que un contrato ca-

rece de causa o la tiene ilícita es quien debe suministrar la prueba correspondiente. (Casación. LX, Nos. 2029, 2030, y 2031, marzo 8 de 1946). 81, 2ª

CAUSAL DE CASACION

— 32 —

La primera causal de casación, muy de acuerdo con la índole y naturaleza de este recurso, requiere que la violación de la ley recaiga sobre preceptos sustantivos. Estos preceptos, como lo ha dicho la Corte en repetidas ocasiones, son aquellos que establecen los derechos y obligaciones de las personas y que están consagrados indistintamente en los diferentes códigos de la Nación. Las disposiciones de los artículos 1501, 1530, y 1618 no son sustantivas y, por tanto, no dan base al recurso de casación, como tampoco las disposiciones de los artículos 1618 y 1620 a 1625 del Código Civil. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 13 de 1946). ..'395, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

— 33 —

La causal primera de casación autorizada por el artículo 520 del C. J. consiste siempre en ser la sentencia violatoria de la ley sustantiva; y a esa violación ha podido llegar el sentenciador por alguno de estos dos caminos, o por ambos a la vez: por vía directa, cuando hay una equivocada interpretación de la ley en sí misma considerada, o ha dejado de aplicarse al hecho controvertido, o se le ha aplicado pero en forma defectuosa; y por vía indirecta, a través de la apreciación probatoria, y entonces el error puede ser de dos clases: error de derecho, o error de hecho evidente que aparezca de manifiesto en los autos. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 6 de 1946, ... 374, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 34 —

La causal segunda no puede prosperar en el presente caso por tratarse de un juicio en que intervino el Jurado y la Corte tiene resuelto que en esta clase de procesos no tiene cabida la citada causal, por haber sido excluída la notoria injusticia del veredicto o contraevidencia de éste con los hechos como motivo de casación en el nuevo Código de Procedimiento y ser impropio de la naturaleza de este recurso extraordinario. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 8 de 1946). 833, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

— 35 —

La causal 2ª no debe alegarse en juicios en que el Jurado ha intervenido, porque la casación se concreta a un estudio de derecho y no de los hechos, menos cuando éstos han sido calificados por el Jurado en conciencia, según su íntimo convencimiento. En tales casos el examen de los hechos conduciría a la posible declaración de ser el veredicto notoriamente injusto o contrario a la evidencia, como habría que decir hoy, que fue excluída de las causales de casación, como de manera expresa lo dijeron los redactores del nuevo Código de Procedimiento. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 816, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 36 —

En repetida jurisprudencia ha dicho la Sala que no es pertinente alegar la causal segunda de casación cuando se trata de proce-

sos ventilados ante el Tribunal de conciencia, con el objeto de hacer de este recurso extraordinario un trámite técnico de contenido meramente jurídico que no recaiga en una tercera instancia. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946). . . . 179, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 37 —

La causal 2ª no tiene aplicación en los juicios en que interviene el Jurado. Todo lo referente a pruebas, en juicios de que conocen los Jueces Superiores con intervención del Jurado, es materia de la libre apreciación de éste, sin sujeción a regla alguna de derecho. Luego aceptando un veredicto y perdida ya la oportunidad para declararlo contrario a la evidencia de los hechos, no cabe atacarlo en casación, finalizado el juicio, pues a ello equivale la crítica acerca de los elementos de convicción que le dieron base. De consiguiente, la causal 2ª, que trata precisamente de que se realice un nuevo estudio de tal aspecto de un proceso determinado, sólo es aceptable cuando primó un criterio de derecho en el análisis de las pruebas de las cuales derivó la responsabilidad. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, enero 25 de 1946). 508, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 38 —

Sobre la causal 2ª de casación ha dicho la Corte en numerosos fallos que no es procedente alegarla en los juicios en que interviene el Jurado por ser éste libre para apreciar las pruebas procesales según su íntimo convencimiento y porque el examen de esas pruebas conduciría a la posible declaración de injusticia del veredicto, que fue excluída de las causales de casación en la ley vigente, según lo dejó claramente establecido la Comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento. La contraevidencia del veredicto quedó, por tanto, como problema exclusivo de las instancias. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 10 de 1946). 511, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 39 —

La Corte ha resuelto en reciente y reiterada jurisprudencia que la causal 2ª de casación no es procedente alegarla en los negocios en que interviene el Jurado, por haber sido excluída de este recurso extraordinario en el nuevo Código de Procedimiento Penal. (Casación. LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). 535, 2ª

CESION DE CREDITOS

— 40 —

La cesión de un crédito conlleva dos etapas definidas: la que fija las relaciones entre el cedente y el cesionario, y la que las determina entre el cesionario y el deudor cedido. Por lo que toca a la primera, su realización debe acordarse a lo preceptuado en el artículo 33 de la Ley 57 de 1887. Respecto de la segunda, ella surge mediante la aceptación o notificación de la cesión. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 6 de 1946). . . . . 611, 1ª y 2ª

CESION Y MANDATO

— 41 —

La cesión procede del mandato pero no se identifica con él. De ahí que, por más que

sea de la esencia del mandato su revocabilidad, es inaceptable que la cesión quede revocada por la sola voluntad del cedente.

El mandato, una vez aceptado, "no podrá disolverse sino por mutua voluntad de las partes", según el artículo 2150 del Código Civil, lo que indica que aquella su revocabilidad esencial no puede extenderse a dejar al mandatario a merced del mandante. Cuando éste ejercita tal facultad, aquél conserva las acciones de la ley, no para que el mandato subsista, pero sí para las prestaciones procedentes, como el pago de lo que haya servido y, en su caso, indemnización.

El desistimiento del pleito hecho por el cedente no perjudica al cesionario cuando la cesión ha sido aceptada por éste y el pleito lo ha seguido el cesionario en ejercicio de su derecho. (Casación LX, Nos. 2032, 2033, abril 3 de 1946). 355, 2ª

COMPLICIDAD CORRELATIVA

— 42 —

La Corte acoge el concepto de la Procuraduría, según el cual "cuando varias personas participan en la ejecución de un homicidio o de unas lesiones personales, sin saberse cuál es el verdadero autor, el interés público exige que todos los cooperadores del hecho delictuoso respondan penalmente de él para evitar la impunidad, pero en una forma justiciera, o sea, que ni los equipare a todos como autores, ni a todos los nivele como cómplices. De ahí que se les reprima con la pena correspondiente al delito cometido, pero en un término inferior al que se asigna a la responsabilidad principal del co-autor y superior a la que le toca al cómplice no necesario". A dos pueden reducirse los elementos esenciales de esta figura de la complicidad correlativa: a) Que varias personas tomen parte en la comisión de un homicidio o lesión, y b) Que no sea posible determinar al autor. Pero este simple enunciado requiere alguna explicación: TOMAR PARTE no significa tan sólo estar presente en la ejecución del hecho, sino colaborar en la intención y en la actividad que llevan al común designio criminal. La complicidad correlativa no es, pues, una figura esencialmente distinta de la complicidad en general o del concurso en la delincuencia. Tanto en aquélla como en ésta deben existir el acuerdo de voluntades, aunque no sea anterior sino instantáneo y concomitante a los hechos, y la actividad delictuosa, en una palabra, el querer un delito y participar con actos distintos de los constitutivos de participación no necesaria para realizarlo. Se diferencia solamente en la especial modalidad de ignorarse cuál de las personas que tomaron parte en la infracción agotó el momento consumativo de la misma porque, si desaparece la duda, si se sabe quién o quiénes fueron los responsables principales o quién o quiénes contribuyeron en forma secundaria en alguno o algunos de los pasos del ITER CRIMINIS, lo correlativo de la complicidad se rompe y debe regularse la calificación de los hechos por los principios generales que gobiernan la coparticipación en sus grados respectivos. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946). ..... 173 1ª y 2ª

CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

— 43 —

Ha dicho la Corte que la acción de cumplimiento de un contrato (artículo 1546, inciso 2º del C. C.) corresponde exclusivamente al contratante que ha cumplido por su parte sus obligaciones contractuales, porque de este cumplimiento 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 de-

jado 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". Y como dice el profesor Alessandri Rodríguez, "si el comprador tiene un plazo para pagar, y el vendedor otro para entregar, y ambos dejan pasar sus plazos, ninguno de los dos está en mora, porque la mora del uno purga la mora del otro". (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 13 de 1946). 686, 2ª

COMUNERO

— 44 —

Los artículos 2331 y 2332 del Código Civil dan derecho al comunero para explotar por su cuenta parte de la cosa común. El único medio para impedir que un comunero tenga un aprovechamiento de la comunidad superior a su cuota, es provocar el nombramiento de administrador de la comunidad, o pedir la partición. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 55, 1ª

COMUNIDAD

— 45 —

Los términos en que está concebida la primera parte del artículo 35 de la ley 57 de 1887 revelan a las claras que él no contiene una prohibición, sino apenas una regla conforme a la cual los copartícipes mayores de edad pueden proceder a la división de la cosa común. Tampoco es de orden público esa regla porque está destinada a proteger los intereses particulares de índole patrimonial de los comuneros, desde luego que la partición implica una transferencia de dominio. Por otra parte, la prescindencia de un comunero en el acto de división realizado por los demás copartícipes no contraría formalidad alguna prescrita por la ley para el valor de aquel acto en consideración a la naturaleza de él, como sería, por ejemplo, la de la escritura pública en tratándose de una participación de bienes raíces. El acuerdo unánime es requerido en atención a las especiales condiciones en que se encuentran las personas de los comuneros al contratar o celebrar la partición, es decir, que se trata de un requisito subjetivo y que debe concurrir en el acto jurídico, no por ser tal o cual acto, sino por ser ejecutado por tales o cuales personas. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 28 de 1946). 505, 1ª

CONFESION

— 46 —

El valor probatorio de la confesión deriva, no tanto de ser una demostración de la verdad, como de implicar el reconocimiento voluntario por parte de quien podía renunciar a su derecho de exigir la prueba por ser adversario. La confesión es precisamente el reconocimiento voluntario del derecho ajeno por quien es capaz de obligarse. Cuando es judicial se hace siempre a la parte, ante el juez competente, y la extrajudicial a la parte o a quien la representa, o a un tercero. Cuando la confesión extrajudicial se hace a la parte misma no falta el carácter de renuncia voluntaria, a virtud de la cual alcanza toda su fuerza plena y si se encuentra limpia de vicios del consentimiento puede equipararse a

la judicial. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 7 de 1946). 422, 1ª

CONFESION

— 47 —

Hay copiosa jurisprudencia de la Corte en el sentido de que las declaraciones hechas por las partes en escritura pública deben tenerse por firmes; y que dada la seguridad de que es preciso rodear tales instrumentos, para contrarrestar o desvirtuar su fuerza es menester una prueba en contrario que sea del mismo valor o categoría. Pero también se ha reconocido que la confesión judicial posee aquel valor probatorio suficiente cuando de suyo merezca fe. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 19 de 1946). 126, 2ª

COSTAS

— 48 —

En copiosa jurisprudencia tiene establecido la Corte que la condena en costas procesales es asunto que escapa a la casación cuando se basa en la temeridad con que el litigante ha sostenido una acción o una excepción, porque la apreciación de esta circunstancia es cosa que corresponde al arbitrio de los Tribunales y porque, como materia accesoria que es, no puede dar base de estudio por sí sola sin haber prosperado el recurso sobre cuestiones esenciales de la controversia. (1). (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946). 477, 2ª

COTEJO DE LETRAS

— 48 A —

La prueba de cotejo de letras y examen grafológico es incompleta y constituye un mero indicio de mayor o menor fuerza, según sean los razonamientos de los peritos y sus conocimientos sobre la materia. Tal medio de prueba en presencia del documento otorgado y de la prueba oral, no puede tener eficacia. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 11 de 1946). 382, 1ª

CREDITOS NO RECLAMADOS A UN BANCO EN LIQUIDACION

— 49 —

Las acreencias no reclamadas a un Banco en liquidación están sujetas a las disposiciones especialísimas de la Ley 45 de 1923 y demás leyes y decretos que la modifican o la reglamentan, y las disposiciones generales de los códigos civil y judicial sobre bienes mostrencos no tienen aplicación en tal caso. En efecto, las disposiciones mencionadas de la ley 45, las pertinentes de la 57 de 1931 y del Decreto Nº 329 de 1938 determinan en forma clara la situación jurídica y el destino de aquellos saldos.

El que el artículo 44 de la Ley 45 de 1923 emplee la expresión FIDEICOMISARIO para conferir al superintendente la guarda temporal de las sumas sin cobrar, procedentes de instituciones bancarias liquidadas, en manera alguna está refiriéndose al fideicomiso de derecho civil. Lo que la ley pretende significar es que el superintendente, en calidad de tal, es decir, de empleado oficial, debe ser el guardián o custodio a nombre de los dueños, de los respectivos saldos bancarios sin cobrar mientras no venza el término que aquellos tienen para reclamarlos; ese término es de un año, de acuerdo con el artículo 7º de la ley 57 de 1931, "vencido el cual entregará el saldo que quede al Tesoro Nacional". El art. 3º del Decreto-Ley 329 de 1938 reitera la misma destinación. En último término será, pues, el Estado quien se hace dueño de los saldos no reclamados.

(1) Concordancia: Jurisprudencia de la Corte, Tomo 5º, vol. 1º, Nº 390.

Y en tiempo anterior los acreedores no pierden su calidad de tales, quienes pueden presentarse al superintendente a reclamar sus saldos, o a la Nación cuando el dinero haya pasado al tesoro nacional, si es que no haya de considerarse el plazo que la ley confiere para formular los reclamos ante el superintendente como un término de caducidad o extinción de todo derecho contra la Nación por parte de los acreedores. De todas maneras, pues, los saldos sin reclamar tienen dueño; mientras están en manos del superintendente son los acreedores, a cuyo nombre aquel empleado los conserva; después será la Nación, que los adquiere por vencimiento del término de caducidad, o por prescripción. Pero esos saldos nunca pueden poseer la condición de mostrencos al tenor del artículo 706 del Código Civil, pues son créditos personales, que como todo derecho de esta naturaleza pertenecen a la categoría de los bienes incorporales, y se distinguen de los bienes muebles en que a diferencia de éstos son intangibles porque su existencia se reconoce por una relación o vínculo jurídico entre deudor y acreedor emanado de una obligación a cargo del primero, de entregar, hacer o no hacer alguna cosa. En el derecho de crédito el abandono por parte del acreedor de la obligación produce el efecto de la extinción del derecho en favor del deudor, quien es el único beneficiado con ese abandono. Todo crédito sin cobrar continúa en cabeza del acreedor hasta su extinción, debido a la prescripción o la caducidad de la acción de cobro. En el crédito o derecho personal nunca desaparece el titular, porque operada la prescripción o la caducidad desaparece la obligación existente, en beneficio del deudor, quien en adelante queda librado de la carga patrimonial que sobre él pesaba. De ahí que ningún crédito sin cobrar quepa en el concepto de BIEN MOSTRENCO, que según la regla del artículo 706 del C. C., corresponde solamente a los bienes MUEBLES que se encuentran dentro del territorio sin dueño aparente conocido. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 30 de 1946). 166, 1ª

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

—50 —

Ha dicho la Corte que fijada la cuantía del pleito por el actor y no objetada por el demandado, se considera irrevocablemente determinada para todos los efectos legales, entre ellos para deducir sobre la procedencia del recurso extraordinario de casación. (Auto, Sala de Casación Civil, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, enero 31 de 1946). 121 2ª

CUESTIONARIO PROPUESTO AL JURADO

— 51 —

La Ley 4ª de 1943, cuyo imperio se inició el día 27 de febrero del mismo año, dispuso que, en lo sucesivo en los procesos penales (artículo 28) el cuestionario sometido al Jurado por el Juez será distinto al cuestionario múltiple que hasta la vigencia de esa ley tenía estatuído el C. de P. P. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946). 178, 2ª

CULPA

— 52 —

No solamente la comisión de hechos positivos hace incurrir en culpa, sino que el simple descuido, la negligencia la producen, de acuerdo con el Código Civil. En el derecho moderno, como enseña Josserand, se abre un campo cada día más amplio a la doctrina de que no sólo por los hechos activos —como

cuando derribamos a un peatón o difamamos al prójimo —se compromete nuestra responsabilidad, sino también por abstención, por la inercia. A la falta positiva viene a oponerse y agregarse la falta negativa, que consiste en abstenerse, de un acto, de una intervención, de una iniciativa que se estiman obligatorios. Podemos pecar por abstención, tanto como por acción; por inactividad, como por agitación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2933, abril 12 de 1946). 576, 2ª

CULPA

— 53 —

La presunción de culpa que la Sala reconoce, establecida en el artículo 2356 del C. C. no se extiende a los casos que quedan, por decirlo así, dentro de la empresa misma, sino que se refiere a terceros o extraños a ella. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 30 de 1946). 407, 2ª

— D —

DECLARACIONES

— 54 —

El artículo 226 del Código de Procedimiento Penal prohibe recibir declaración contra el consorte, ascendiente, descendiente o hermano del declarante, pero no el hacerlo en forma que aparentemente favorezca a alguno de ellos. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, enero 25 de 1946). 508, 2ª

DECRETO Nº 2184 DE 1945

— 55 —

De la demanda de inconstitucionalidad de decretos dictados por el Gobierno no pertenecieron dentro del conocimiento de la Corte sino los proferidos en ejercicio de las atribuciones a que alude el artículo 214 de la Constitución Nacional. El conocimiento de demandas de inconstitucionalidad de los demás corresponde a la jurisdición de lo Contencioso Administrativo, de conformidad con el artículo 216 de la misma Constitución. (Sala Plena, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 10 de 1946). 650, 2ª

DECRETO Nº 1148 de 1943, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL.

— 56 —

La obligación impuesta a los importadores de adquirir certificados de oro o de dollars en la cuantía establecida por los decretos 1148 y 1304 de 1943 fue derogada y todos sus efectos suprimidos. Posteriormente, por medio del Decreto número 1005 de 1945 se suprimió también el aumento en el encaje que debían mantener los bancos sobre las distintas clases de exigibilidades, y el Decreto número 1426 de 1946 suprimió la obligación impuesta a las sociedades y a las personas naturales por el artículo 2º del Decreto número 1148 y demás concordantes, y dispuso que las respectivas personas obligadas podían disponer libremente de las reservas para inversión de certificados de oro. No están vigentes, pues, las disposiciones acusadas.

Ha sido doctrina invariable de la Corte la de que desaparecido lo que formaba la sujeta materia de una demanda de inconstitucionalidad debe declararlo así y abstenerse, en consecuencia, de sentenciar sobre disposiciones abolidas. (Sala Plena, junio 10 de 1946, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036) .. 649, 1ª y 2ª).

DECRETO Nº 136 DE 26 DE ENERO DE 1932 "SOBRE ASIGNACIONES CIVILES Y SOBRE REDUCCIONES EN EL PRESUPUESTO DE GASTOS DE 1932", ACUSADO DE INCONSTITUCIONALIDAD, ESPECIALMENTE EN CUANTO A SU ART. 9º

— 57 —

Habiendo sido dictado el Decreto acusado de conformidad con el artículo 4º de la Ley 99 de 1931, entonces es claro que el Decreto se expidió en ejercicio de las facultades constitucionales de que habla el ordinal 10º del artículo 76 de la Constitución y sustituye, dentro de las reglas constitucionales, la acción del Congreso y tiene el carácter de Decreto-Ley.

La pensión de retiro es una retribución pecuniaria pagada periódicamente, en principio hasta la muerte, a un agente público que ha llenado todas las condiciones legales y que se halla desinvestido de su función en razón de una decisión regular que lo ha declarado en retiro del servicio. La pensión no tiene carácter contractual y su régimen jurídico es fijado por la ley y por los reglamentos. La pensión de retiro se distingue del sueldo, aunque se ha dicho que ella no es sino un sueldo especial. El sueldo supone el ejercicio activo de la función. La pensión, que el agente público ha dejado de ejercer la función y de recibir el sueldo. El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión. En tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la pensión eventual una situación jurídica objetiva, legal, puede ser modificada para el porvenir, en cualquier instante, por la ley, sea en su cuantía, sea en sus modalidades. Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha, por hallarse colocado en una situación jurídica individual.

Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el STATUS que corresponde a una pensión ADQUIRIDA. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento no podrían ser modificadas en detrimento suyo. Pero, no obstante lo dicho, las pensiones ya decretadas pueden ser afectadas por suspensión en el goce de ellas o por pérdida o caducidad definitiva del derecho a las mismas, en ciertos casos señalados limitativamente, como sanción establecida en las leyes. La residencia fuera del territorio nacional de un pensionado militar sin autorización de su gobierno, suspende de ordinario el goce de la pensión. Y la pérdida definitiva de la pensión ocurre en los casos de pena de degradación de los militares.

El sueldo EVENTUAL y la pensión EVENTUAL se asemejan; pero la pensión ADQUIRIDA no puede confundirse con un sueldo eventual. Si, como lo dice Bonnard, la pensión es una prolongación del sueldo, importa no aplicar a esa prolongación de sueldo el concepto de revocabilidad a voluntad del Estado, confundiendo situaciones jurídicas diferentes y aplicando al régimen de las pensiones adquiridas el régimen de sueldos eventuales; pues la lógica impone que la aplicación de esos principios se haga en forma distinta: el régimen del sueldo eventual a la pensión eventual, y el régimen de sueldo devengado a la pensión adquirida. No es igual la espectativa que tiene el empleado público

a los sueldos no devengados, que la que tiene un pensionado a las mensualidades de su pensión legalmente decretada. El sueldo no se debe sino cuando el agente público ha prestado el servicio propio de su función, es decir, que el sueldo implica la prestación del servicio después del nombramiento y posesión del empleado; las pensiones se deben desde cuando se decretan porque ellas no están subordinadas a la prestación de ulteriores servicios por parte del pensionado, pues éste los prestó ya antes del acto de reconocimiento de su derecho. Una pensión decretada constituye una situación jurídica concreta que no se halla sometida a la ejecución de acto alguno posterior por el pensionado para que ella se mantenga. La pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse. Es, pues, evidente, por aplicación de los principios generales del derecho público que dominan la materia, que el Estado está en el deber de satisfacer la prestación pecuniaria preestablecida, cuando el agente público ha llenado las condiciones legales para merecer la pensión y ésta se ha decretado por la autoridad competente. Tal ventaja personal del funcionario constituye un STATUS, una situación jurídica individual, intangible, respecto de las pensiones ADQUIRIDAS.

A esta deducción se llega, según se ha visto, atendiendo a la naturaleza de la pensión cuando se trata de funcionarios o empleados públicos por su carácter compensatorio o retribución diferida de servicios prestados. Se advierte que esta conclusión no comprende otras pensiones que no tienen este carácter, por no asignarse en razón de servicios sino por motivos distintos.

Decretada la pensión en virtud de sentencia de la autoridad competente constituye un derecho "adquirido", garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes o actos administrativos o jurisdiccionales posteriores. Esto sin perjuicio, naturalmente, de las acciones de revisión en los casos en que jurisdiccionalmente hay lugar a ellas (Arts. 164 y ss. de la Ley 167 de 1941), sólo que al hacerse la revisión, cuando sea procedente, se tendrá como base obligatoria la de que la cuantía de la pensión reconocida no puede disminuírse, porque ello quebrantaría el derecho adquirido. Siendo de advertir que la intangibilidad del derecho adquirido no se opone a la revisión en que se reconozca un aumento de la cuantía fijada en el acto que decretó la pensión; porque la elevación de las cuantías dispuesta en una ley o en otro medio general que no excluya expresamente del aumento a los ya pensionados, ha de aplicarse a todos, en atención a su generalidad, a la voluntad con que lleva la ley un beneficio adicional o complementario de los ya reconocidos y por el espíritu social que informa la nueva disposición legislativa, el que impone la igualdad ante ella de todos los servidores del Estado que hayan llenado los presupuestos preestablecidos para merecer la pensión.

El Estado actúa en sus relaciones con los particulares, bien por los procedimientos de derecho público, bien por los de derecho privado. Pero en uno y otro caso, de los actos del Gobierno resultan relaciones de derecho con terceros y de ellas surgen derechos y obligaciones recíprocas en favor y a cargo de la Nación y de las personas con las cuales se relacionan los distintos actos del Estado. Estas obligaciones son igualmente respetables y comprometen de idéntica manera a la Nación, así provengan de actos suyos administrativos puramente, o contractuales. Y los particulares que entran en relaciones con el Estado adquieren derechos tan dignos de respeto cuando emanan de actos del Estado como entidad de derecho público, como cuando

provienen de actos del Estado en su condición de persona jurídica.

El artículo 1º del Código Civil permite estimar que las pensiones son bienes civiles de sus beneficiarios.

Las pensiones se deben desde la demanda.

Por todo lo expuesto el artículo 9º del Decreto número 136 de 1932 quebranta o puede quebrantar el derecho acreditado en fallos de la autoridad competente que reconocen o reconozcan pensiones a cargo de la Nación por una cuantía mayor de la suma indicada, y porque ello es inconstitucional. (Sentencia, Sala Plena, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 28 de 1946). ..... 3 y s. s.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD. ELEMENTOS DE APROPIACION DE LA COSA AJENA EXTRAVIADA

— 58 —

(Véase lo que sobre este punto trae la sentencia de 8 de mayo de 1946, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036).

854, 2ª

DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — INTERVENCION EN POLITICA POR PARTE DE JUECES Y MAGISTRADOS. — QUE DEBE ENTENDERSE POR INTERVENCION EN DEBATES POLITICOS

— 59 —

La Corte es competente, de manera privativa, para conocer de los juicios que se sigan contra los Magistrados de Tribunales Superiores de Distrito por motivos de responsabilidad, no sólo por mal desempeño de sus funciones, sino por infracción de la Constitución y de las leyes, según lo estatuyen los artículos 151, ordinal 2º de la Constitución y 42, ordinal 5º del Código de Procedimiento Penal. Para ello ha de tenerse en cuenta únicamente la naturaleza del hecho ilícito, de suerte que de los delitos de responsabilidad juzga la Corte a los Magistrados de los Tribunales, ya estén en ejercicio de su cargo o bien hayan dejado de ejercerlo; y si se trata de delitos comunes, el juzgamiento no corresponde a la Corte sino a los Jueces ordinarios, aun cuando el sindicado haya ejecutado el hecho en ejercicio de una función que le diera competencia a la Corte. Además, si se va a juzgar un delito común y un delito de responsabilidad, la regla de que conocerá de la causa el juez o tribunal que tenga jurisdicción para fallar el delito más grave (artículo 50, C. de P. P.), está subordinada a las disposiciones constitucionales que, como es obvio, deben aplicarse preferentemente. No pueden, pues, los jueces ordinarios arrebatar a los jueces especiales el conocimiento de un juicio de responsabilidad con el pretexto de que el delito común tiene pena más severa y es, por tanto, más grave, porque la regla del conocimiento único subordinado a la infracción de mayor entidad sólo tiene cabida en tratándose de delitos comunes. Cada una de las respectivas jurisdicciones, la ordinaria y la especial, tiene su órbita de acción, como lo dijo la Sala. Si se trata de concurso real de delitos y los hechos son separables, ni la Corte juzga a un Magistrado por delito común, ni el juez ordinario puede juzgarlo por delito de responsabilidad; si se trata de concurso ideal o formal de infracciones, la jurisdicción especial (en este caso la de la Corte), debe conocer de todos los cargos a no ser que no haya motivo para proceder por el de responsabilidad, caso en que debe enviarse el proceso a la justicia ordinaria, "porque desechada la conexidad entre el cargo de responsabilidad y el delito común, corresponde exclusivamente a los jueces ordinarios o comunes juzgar acerca de esta última".

En materia probatoria en lo relativo al testimonio, la nueva ley de procedimiento penal varió totalmente el sistema, pues del método tarifario de interpretación originado en la ley se pasó al denominado legal-moral, conforme al cual el juez no está sometido al absurdo sistema de considerar que dos testimonios concordes en las circunstancias de tiempo, lugar y modo hacen plena prueba. Muy al contrario, un solo testimonio confrontado con otros y muchas veces contrario a ellos puede tener un valor moral y legal mucho mayor que en el caso opuesto. Hé ahí la razón de los artículos 203, 204, 205, 206 y 224 del nuevo Código de Procedimiento Penal.

La intervención de los funcionarios del Organo Jurisdiccional, de lo Contencioso Administrativo y del Ministerio Público en asuntos políticos está expresamente vedada por la ley 60 de 1930, el artículo 18 de la ley 105 de 1931 y el 180 del Código Penal.

Ya había dicho la Corte, tratando de desentrañar la expresión "debate político", lo siguiente: "Dos acepciones trae de la palabra DEBATE el Diccionario de la Lengua Española: 'Controversia sobre una cosa entre dos o más personas' y también 'contienda', 'lucha', 'combate'. Por consiguiente la expresión "debate de carácter político", empleada por el Código Penal puede significar la controversia sobre política, el combate, la contienda o la lucha política, y aun suele hablarse de política militante. Ahora: como el régimen electivo es base del sistema democrático que, desde luego, es un sistema político, la controversia y la lucha o contienda motivadas por la organización de los comicios constituye un verdadero DEBATE POLITICO. En el lenguaje ordinario es de uso corriente la expresión DEBATE ELECTORAL para significar, ora en conjunto, ora por separado, las diferentes etapas de la lucha comicial en que los partidos o los bandos políticos se disputan el predominio de las corporaciones públicas o la designación del Jefe del Estado. Esta expresión, DEBATE ELECTORAL, ha adquirido carta de naturaleza y suele emplearse para indicar en general las actividades de los partidos o bandos, relativas a elecciones, en especial, las ocasionadas por la pugna de aquellos en el acto de las votaciones; de manera que el DEBATE ELECTORAL es, por definición, un debate de carácter político. Tomando aun de manera completamente literal el artículo 180 del Código, resulta que los funcionarios públicos que intervengan en el proceso electoral quedan comprendidos, sin lugar a duda, en aquella disposición de la ley...".

Y aunque la intervención de "debates políticos" sea una expresión un tanto amplia y de límites en cierto modo imprecisos, ella encuentra en el objeto jurídico de la prohibición su propia frontera y definición. Por intervención en política debe tenerse también todo acto en virtud del cual quiera el ciudadano expresar su deseo e interés para que prevalezca en las actuaciones del gobierno una determinada tendencia que sea reflejo de sus ambiciones, ya sean éstas mezquinas o nobles en el más alto significado de la expresión. Es un anhelo incontenible de que se realicen esas ideas que tienen su fuente en principios de orden filosófico, o una aspiración de solidaridad humana que quiere ver consagrada en los hechos la satisfacción de necesidades colectivas como expresión última de los actos oficiales, o por otro aspecto, interés personal de predominio de una tendencia o de un partido para alcanzar a la sombra de él ruines ventajas. La intervención en política, o en debates políticos que es lo mismo, abarca desde el acto más elemental como es el ejercicio del sufragio, hasta las más altas y amplias manifestaciones de la misma actividad política que se singulariza por la expresión pública de las opinio-

nes escritas u orales y todas las maniobras enderezadas a obtener la victoria sobre el grupo o grupos opuestos a la tendencia que se ama o profesa...

Si el artículo 178 de la Constitución de 1945 prohibe a los funcionarios de la rama jurisdiccional SER MIEMBROS ACTIVOS DE PARTIDOS POLITICOS, debe entenderse que la mera aceptación de una candidatura para pertenecer a un Concejo Municipal siempre estará patrocinada por un partido político y este hecho implica que se es miembro activo del partido en mención. (Sentencia, Sala de Casación Penal, LX, Nos 2029, 2030 y 2031, febrero 12 de 1946). 193, 1ª y ss.

DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD

— 60 —

El Código de Procedimiento Penal fija dos criterios para determinar la competencia en los delitos contra la propiedad: la cuantía y la calidad y cantidad de la pena. Hasta veinte pesos, conoce la policía; de veinte a doscientos pesos, los jueces municipales; de doscientos a mil, los jueces de circuito; y de mil en adelante, los jueces superiores. Sin embargo, ni la policía ni los jueces municipales pueden imponer presidio, y éstos últimos apenas pueden sancionar los delitos contra la propiedad que estén reprimidos con arresto o prisión que no exceda de cuatro años. Por tanto, de estos delitos sancionados con pena de presidio, conocen: de mil pesos en adelante, los jueces superiores, y hasta mil pesos los jueces de circuito, puesto que, como ya se dijo, ni los jueces municipales ni la policía pueden imponer pena de presidio; si la pena es de PRISION, conocen los jueces municipales si la cuantía no pasa de doscientos pesos y la pena no excede de cuatro años, y conocen los jueces de circuito si la cuantía pasa de doscientos pesos, o cuando la pena excede de cuatro años, aunque la cuantía no alcance a esa suma; finalmente, si la pena es de ARRESTO, la jurisdicción se determina, sin excepciones, por mera cuantía. (Artículos 45, 47 y 48 del C. de P. P. y 35 de la ley 4ª de 1943).

La Ley 4ª de 1943 introdujo una modificación al artículo 49 del Código de Procedimiento, atribuyendo a la policía el conocimiento de los delitos contra la propiedad reprimidos con arresto o PRISION, cuando el código apenas le permitía sancionar con arresto. En el caso de autos la competencia para conocer del negocio era del juez del circuito y no del municipal, porque aunque la cuantía de lo hurtado no excede de doscientos pesos, la pena para el hurto excede de cuatro años. (Artículo 1º Ley 4ª de 1943). Es inadmisible el argumento de que porque la sanción aplicable al procesado era la del artículo 400 del Código Penal, ha debido conocer del proceso el juez municipal, ya que no se puede disminuír la pena sino en el fallo definitivo y, como es obvio, la competencia no se determina por la cantidad de la pena que la sentencia señale, sino por la fijada en el respectivo precepto del código. Como dice la Procuraduría, para determinar la competencia basta tomar el hecho ilícito en su noción abstracta y en su penalidad genérica, pues la calificación del hecho es materia del auto de proceder y la aplicación concreta de la pena lo es de la sentencia. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 23 de 1946). 838, 1ª

DESISTIMIENTO DEL RECURSO DE APELACION

— 61 —

El desistimiento de un recurso implica abandono, renunciamiento o abdicación de un derecho, para que el superior no revise de-

terminada actuación judicial. La facultad de desistir consagrada en la ley de procedimiento civil (artículos 461 y siguientes del Capítulo VIII del C. J.), es aplicable a los procesos criminales, en virtud del artículo 7º del Código de Procedimiento Penal.

En materia criminal, el desistimiento no tiene la misma amplitud o radio de acción que en el ramo civil, porque en el campo penal, si bien es cierto que el desistimiento se halla comprendido entre los actos de libre disposición de las partes, está limitado por el ejercicio de la acción, que es de orden público y no privado. En lo civil, se puede desistir de toda acción o recurso, pero en lo penal sólo se puede desistir de aquellas acciones que expresamente se determinan en la Parte Especial del Código Penal.

En lo penal, el desistimiento está consagrado como un derecho, en el artículo 102 de la ley sustantiva, y extingue la acción y la condena penales en las infracciones que no pudieren investigarse sino en virtud de querella o petición de parte, como serían los casos contemplados en los artículos 280, 321, 347, 456, 381 y 418 del Código Penal, desistimiento que se halla regulado, para su efectividad y ejercicio, por el artículo 17 del Código de Procedimiento Penal.

El desistimiento de un recurso para que el superior se abstenga de revisar la providencia apelada, implica —como antes se dijo— abandono o renunciamiento del derecho consagrado por la ley, en beneficio de las partes. Si el procesado es la única persona a quien afecta el resultado favorable o desfavorable del recurso, es lógico que, dentro de la libre disposición de sus derechos, esté la facultad para desistir de la apelación y aceptar en su integridad las conclusiones de la providencia contra la cual interpuso el recurso.

Si el desistimiento llena las formalidades legales, el funcionario o entidad que tiene jurisdicción para revisar la providencia contra la cual se ha interpuesto el recurso, es el competente para resolver sobre la solicitud de desistimiento. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, mayo 7 de 1946). ..... 814, 1ª y 2ª

DETENCION ARBITRARIA. — ELEMENTOS OBJETIVOS DEL DELITO DE DETENCION ARBITRARIA. — DOLO GENERICO Y DOLO ESPECIFICO. — CUANDO DEBE ENTENDERSE QUE EXISTE BUENA FE EN LA APLICACION JUDICIAL DE LA LEY

— 62 —

Son tres LOS ELEMENTOS OBJETIVOS del delito de detención arbitraria: 1º QUE EL AGENTE O AUTOR DEL HECHO SEA UN FUNCIONARIO O EMPLEADO PUBLICO, pues si lo ejecuta un particular entonces cometerá un secuestro o un delito contra la autonomía personal, pero no una detención arbitraria. En realidad, la detención arbitraria no es sino un abuso de la autoridad de que están investidos los funcionarios o empleados públicos; pero el código colombiano lo ha clasificado aparte sancionándolo con penas más severas, dada la gravedad de esta infracción. — 2º QUE SE PRIVE A ALGUNO DE SU LIBERTAD. Con lo cual se indica el objeto específico de la tutela jurídica, que es el de garantizar la libertad personal que está consagrada en la Constitución en el artículo 23, como uno de los derechos o garantías sociales. Las palabras de la ley indican que no es necesario para la perpetración del hecho ilícito que la privación de la libertad se lleve a cabo en lugares destinados especialmente al efecto, sino por medio de determinadas formas de procedimiento, ni durante un tiempo también determinado, porque

sea cual fuere el lugar, la forma o el tiempo el hecho esencial prohibido, o sea, la privación ilegítima de la libertad de los ciudadanos, se realiza. 3º QUE EL HECHO SE EJECUTE CON ABUSO DE LAS FUNCIONES O INDEBIDAMENTE, vale decir, cuando la ley no autoriza u ordena aquella privación de la libertad individual, sino que depende únicamente del capricho del funcionario.

La ley autoriza u ordena la privación de la libertad en forma de CAPTURA o en forma de DETENCION: la primera es el acto material de aprehender a una persona para llevarla ante las autoridades en los casos previstos por la ley; la segunda es la orden de reducir a prisión a un sindicado, dictada por el funcionario respectivo y cumplida materialmente. La CAPTURA de un sindicado puede y debe cumplirse: a) Como consecuencia de un fallo condenatorio a pena privativa de la libertad (artículo 637, C. de P. P.); b) Como consecuencia del auto de detención, en los casos de los artículos 379 y 387 del Código de Procedimiento Penal; c) Cuando se sorprende IN FLAGRANTI al autor de un delito (artículos 379 y 384, C. de P. P.); d) Cuando la autoridad ha solicitado públicamente la aprehensión de un malhechor (artículo 384 IBIDEM); y e) Si el sindicado, requerido por el funcionario, no comparece a rendir indagatoria, cuando por virtud de antecedentes y circunstancias consignados en el proceso se le considera como autor o partícipe de una infracción (artículo 364 IBIDEM). La DETENCION se dicta y se realiza como pena o como medida preventiva: como pena, cuando se ha dictado sentencia que conlleve como sanción el ser privado de la libertad en cualquiera de las formas contempladas en el Código Penal, y como MEDIDA PREVENTIVA en los casos y con los requisitos señalados por el artículo 379 del citado código de procedimiento.

EL ELEMENTO SUBJETIVO de la detención arbitraria consiste en la intención o propósito de privar de su libertad a una persona sabiendo el funcionario o empleado público que su acto es contrario a las normas reguladoras de la propia actividad oficial y, por consiguiente, que viola los derechos ajenos. Se ha dicho que nuestro código no exige para la existencia de esta infracción el DOLO ESPECIFICO. Pero como dicha expresión se presta a confusiones, se hace necesario explicarla. Para que se cometa delito es menester que haya conocimiento DE TODAS LAS CIRCUNSTANCIAS DE HECHO que acompañan a la acción prevista como ilícita y que con ese conocimiento se realicen. Eso es lo que se denomina por los comentadores DOLO GENERICO, con poca propiedad, puesto que al llenarse aquellas circunstancias el acto queda ESPECIFICADO dentro de las clasificaciones que trae el Código Penal. Más clara y precisa es la idea que traen algunos tratadistas acerca del DOLO ESPECIFICO diciendo que es la concurrencia de determinada circunstancia o elemento especial, agregado al fin doloso general del acto para que cierto delito se configure. Tal es el "a sabiendas" que se requiere en el uso de documentos falsos y en la circulación de moneda falsa; el actuar los funcionarios contra derecho "por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros", que es indispensable en el prevaricato y, en el rapto, el arrebatar, sustraer o retener a una mujer "con el propósito de satisfacer algún deseo erótico-sexual o de casarse con ella". El propósito últimamente indicado hace que se distinga el rapto del secuestro; la simpatía o animadversión a las partes permite diferenciar el prevaricato del abuso de autoridad o de otros hechos no ilícitos; lo mismo que el conocimiento especial (a sabiendas) de la falsedad, se necesita para que existan las infracciones primeramente aludidas. En defi-

nitiva, como lo advierte Manzini, el dolo específico sirve solamente de criterio diferenciador para distinguir un título de reato de otro parecido o de un hecho diferente.

El Código Penal no exige para que la detención arbitraria exista, un dolo específico, v. gr., que proceda el funcionario o empleado público contra la ley a sabiendas de ello o por simpatía o animadversión a las partes. La libertad individual es una de las más preciosas garantías de los ciudadanos (artículo 23 de la Constitución) y por eso la ley ha señalado de manera taxativa los casos precisos y determinados en que pueden ser privados de ella y los funcionarios no pueden alegar desconocimiento de esos preceptos o aplicarlos extensivamente, sin incurrir en arbitrariedad. En otras contingencias en que la ley se presta a interpretaciones diversas sí es necesaria la existencia de la condición o condiciones que constituyen el llamado dolo específico; pero no sucede igual cosa en la detención arbitraria, por las razones apuntadas; por tanto, basta que el funcionario o empleado público prive de su libertad a una persona, fuera de las ocasiones en que la ley lo manda o permite, para que haya de presumirse que tuvo la intención criminosa de cometerlo.

Por el mero hecho de ser llamado un ciudadano a rendir declaración indagatoria no se le puede detener, ni rindiéndola está detenido propiamente, a no ser que haya motivo distinto para ello.

En el desarrollo inicial del proceso hay tres momentos o etapas: la comparecencia o captura del sindicado, su indagatoria, y su detención si fuere el caso. Capturado un individuo por haber sido hallado en flagrante delito, o porque en virtud de antecedentes y circunstancias procesales debe ser considerado como autor o partícipe de una infracción penal y no ha comparecido voluntariamente ante las autoridades, debe recibírsele indagatoria "dentro de las veinticuatro horas siguientes a aquella en que se hubiere verificado la captura" (artículo 346, C. de P. P). Pero eso no quiere decir que el funcionario pueda mantener al culpable todo ese tiempo sin practicar la diligencia, sino solamente cuando dificultades o conveniencias poderosas de la investigación lo obliguen a no llevarla a término inmediatamente. De otra suerte, se incurrirá en delito.

No es exacto que la incomunicación pueda durar un tiempo indefinido, ni tampoco el máximo de setenta y dos horas, salvo casos excepcionales en que sean varios los sindicados que han comparecido a la práctica de la diligencia de indagatoria o que lo complicado del negocio exija emplear ese tiempo máximo. Los términos fijados por los artículos 346, 361 y 386 del C. de P. P. son muy claros y precisos y, lo que es más, el último artículo establece pena de multa o de destitución del empleo para el funcionario que se exceda de ellos (inciso segundo). Habiendo acudido el inculpado a rendir declaración indagatoria o capturado en su caso, y terminada la diligencia, entonces sí y siempre que se encuentren reunidos los requisitos del artículo 379 del Código Procesal, ya es el caso de detenerlo. Y tan cuidadosa es la ley de que se respete la libertad de los ciudadanos, que fija un nuevo término de doce horas siguientes a la captura para que se dé la orden de detención al alcaide o jefe del respectivo establecimiento carcelario. (Artículo 387).

La presunción de buena fe en el modo de proceder los jueces al aplicar las disposiciones legales no puede aceptarse sino en presencia de disposiciones o de hechos que den lugar a interpretaciones contradictorias o contrarias, mas no cuando existen normas claras, expresas y terminantes de la ley, pues

entonces debe exigirse todo el cuidado y diligencia posibles para no violar los derechos ajenos al aplicarlos.

En el caso del proceso no hubo abuso de autoridad porque el hecho que se ha considerado está previsto en el código respectivo como detención arbitraria y no puede aceptarse que esté configurado también como abuso de autoridad, porque el uno excluye el otro. (Artículo 171, C. P.): (Sentencia, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 205, 1ª y 2ª y s. s.

DETENCION PROVISIONAL DEL SINDICADO

— 63 —

Establecido el primer requisito para la detención del sindicado, que es el de la penalidad de la infracción investigada —presidio o prisión— puede decretarse la detención en relación con cualquiera de las condiciones del segundo elemento, a saber: con una declaración de testigo, o con un indicio grave, o si el funcionario que decretare la detención hubiere visto el acto constitutivo de la participación en la infracción. En cuanto a la forma del auto de detención, que establece el art. 383, sus elementos 1º y 2º se explican teniendo en cuenta que no sería posible detener por un hecho que no ha cometido porque, evidentemente, caería por sustracción de materia la imputación del proceso. Mas estas condiciones no implican que estén probados los elementos constitutivos de la infracción que dan base a la estructura del cuerpo del delito, circunstancia ésta que sí es indispensable para dictar el auto de proceder; y es prudente esta medida del legislador ya que de necesitarse la prueba del cuerpo del delito para detener, la demora en la demostración de tal elemento haría ineficaz el objeto de asegurar en detención provisional al sindicado para garantizar la ejecución de las sanciones penales.

Siendo la detención provisional del sindicado una garantía de seguridad social, es natural que el legislador no hubiera querido hacer definitivamente grave la situación de un detenido, máxime cuando es incierto el desenlace del proceso. Por tanto, creyó prudente establecer las siguientes causales de terminación y suspensión: 1º Termina sustancial y definitivamente la detención provisional: a) por la revocación del auto de detención cuando no se han llenado los elementos indispensables que den fundamento para dictarlo, o cuando esos elementos se han modificado; b) por un sobreseimiento definitivo ejecutoriado; y c) por sentencia absolutoria. Entonces se produce la libertad absoluta. 2º Termina formalmente la detención provisional: a) para los delitos excarcelables y cuando el detenido quiera solicitarlo, según lo dispone el artículo 393; b) para los delitos no excarcelables, cuando se operen los fenómenos: 1º, del artículo 394 (artículo 23 de la Ley 4ª de 1943); 2º del artículo 410; 3º del artículo 411; y 4º, del artículo 418. Entonces se produce la libertad provisional, condicionada, sometida a una caución.

A la luz de los artículos 394 (Ley 4ª de 1943, artículo 23), 410, 411 y 418 se puede decir: terminará la detención provisional y quedará libre el sindicado sin sometimiento a ninguna condición, esto es, como si no hubiese estado detenido, cuando no se hubieren llenado los requisitos exigidos para dictar auto de detención o cuando posteriormente desaparezcan tales elementos, o cuando se sobresee o absuelve al sindicado. Esta termi-

nación de la detención provisional es la que se ha llamado terminación sustancial o definitiva, que produce igualmente una libertad absoluta. Terminará formalmente la detención provisional —salvo las excepciones legales establecidas para los delitos no excarcelables— cuando el sindicado lo solicite y siempre que asegure con caución suficiente su comparecencia al juicio y a la ejecución de la sentencia. Hay otras causales de excarcelación, las cuales sólo pueden operar cuando se produzcan los fenómenos taxativamente enumerados en los artículos 394, 410, 411 y 418 del Código de Procedimiento Penal. En estos casos la libertad es provisional, formal, sometida a una condición que se pudiera llamar resolutoria, y garantizada por medio de una caución. Esa terminación de la libertad provisional es la que se ha llamado terminación formal.

Son dos los objetivos del auto de detención: uno inmediato, el de la aprehensión física del sindicado, y otro mediato, el de que éste garantice, sufriendo la encarcelación o por medio de caución, su comparecencia al juicio y su sometimiento a la pena.

Es lógico que primero se produzca el auto de detención y luego el de proceder. Para evitar la dificultad que surgiría de la acumulación de un acto de detención y de proceder en una misma providencia, puesto que la apelación de aquel se concede en el efecto devolutivo y la de éste en el suspensivo, es conveniente, interpretando la intención técnica del Código, dictar por separado el auto de detención y el auto de proceder. Generalmente, al dictarse el auto de proceder —para realizar la comparecencia efectiva del sindicado al juicio— los jueces revocan la libertad provisional cuando se ha concedido. Pero es necesario no confundir el efecto jurídico de esta revocación con el del auto de detención. El revocar la libertad provisional no es dictar auto de detención, aunque esa medida implique volver a tener físicamente aprehendido al inculpado. La condición SUB JUDICE del mismo no ha cambiado, pues tan detenido estaba antes como después de la revocación. Lo que allí pasa es que el Juez estima cumplida una condición suspensiva que ocasiona la transformación formal de la detención en una detención sustancial, sin que se altere la situación jurídica del encausado ni se rompa la estructura del auto de detención.

Los autos del proceso causan ejecutoria en cuanto precluye la posibilidad de impugnarlos.

El auto de detención conserva su naturaleza de interlocutorio —como la tiene, v. gr., un sobreseimiento definitivo— pero sus efectos sustanciales no se asemejan. Ese auto genera una situación jurídica que ata coactivamente al sindicado para toda la litis penal hasta que ésta desenlace en su favor o sea transformada, por medio de una sentencia condenatoria, en una sanción. Esa detención subsiste a través del proceso y tiene un carácter SUI GENERIS que al nacer le imprime al auto interlocutorio que la crea una índole procedimental diferente a las otras providencias de su género. Tal auto causa —a diferencia de los otros autos del proceso— una ejecutoria formal, con el objeto de que por su calidad de provisional, al interponerse contra él los recursos, éstos no se soliciten caprichosamente y ocasionen una anarquía procedimental.

En cualquier estado del proceso puede solicitarse la libertad absoluta y definitiva, lo cual implica la revocación y extinción del auto de detención.

Para los delitos excarcelables se puede solicitar la libertad provisional al tenor del artículo 383 del C. de P. P. Para los delitos no excarcelables se puede solicitar sólo en los

casos de los artículos 394, 410, 411 y 418. En ambas circunstancias la libertad será caucionada y no altera por ningún aspecto el auto de detención. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 11 de 1946). ..... 232, 1ª y 2ª y s. s.

DICTAMEN PERICIAL

— 64 —

La Corte acoge, entre otros conceptos, los siguientes del señor Procurador: "Una cosa es el error grave y otra la falta de fundamentación en un dictamen pericial. Se incurre en error grave cuando los peritos toman en consideración elementos necesarios. Igualmente se incurre en error grave cuando los peritos avalúan cosa distinta de la que se ha sometido a su consideración, o cuando de bases ciertas llega por operaciones erradas a resultados falsos. En cambio, la falta de fundamentación tiene lugar cuando las bases del dictamen no son suficientes para sacar de ellas las conclusiones formuladas por los peritos. Es posible que la falta de fundamentos de un dictamen conduzca a un error en las apreciaciones y conclusiones de los peritos, pero no por ello los dos fenómenos jurídicos indicados dejan de ser distintos en esencia". (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 18 de 1946). 640, 1ª

DICTAMEN PERICIAL

— 65 —

Lo fundado del dictamen es condición que aprecia libremente el juzgador y que la Corte no puede variar sino en tanto que se demuestre que en esa apreciación se incurrió en verdadero error de hecho que aparezca de bulto o manifiesto en los autos. En casación resulta impertinente atacar la fundamentación del dictamen pericial si no es para demostrar un manifiesto error de hecho con incidencia en violación de la ley sustantiva. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946). 474, 2ª

DICTAMEN PERICIAL

— 66 —

El dictamen pericial es actuación que no emana del Juez, sino de particulares llamados como auxiliares de la justicia. Por lo tanto, la firma del secretario es requisito extraño a todo experticio, en atención al origen de éste. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 11 de 1946). 85, 2ª

DOCUMENTO PRIVADO

— 67 —

El documento privado es una prueba preconstituída que, como lo indica la expresión, ha sido preparado antes del caso en que se le ha de hacer valer. Si el documento no está autorizado por un funcionario público competente, sino por el obligado o por dos o más contratantes, quienes lo firman, es documento privado. La firma puede ser personal, o a ruego, cuando no sabe o no puede firmar el otorgante.

Se denomina firma el nombre y apellido escrito de puño y letra por la persona a quien ese nombre corresponde, y en la forma empleada para escribir sus actos públicos o privados. Nuestra legislación no acepta, como acontecía en algunos países extranjeros, firmar con un signo o marca o cualquiera otra señal distintiva. El artículo 1760 del C. C. le da valor de instrumento privado al instrumento público defectuoso, que no se exige AD SOLEMNITATEM "si estuviere firmado

por las partes". Según sentencia de la Corte de fecha 25 de marzo de 1908, firma es el nombre y apellido que se pone de mano propia al fin de un documento público o privado, sin que se exija que tal persona sepa leer, o escribir algo más de las palabras que componen su nombre y apellido. Se entiende que nadie autentica con su firma un escrito si no se ha informado plenamente de su contenido; si sostiene lo contrario, tendría que dar la prueba. De ahí que, según el artículo 642 del C. J., si el documento privado que ha de ser objeto de reconocimiento ante el Juez está firmado personalmente, basta con que quien hace el reconocimiento confiese ser suya la firma para que implícitamente se tenga por reconocida la verdad de las declaraciones que contiene; es decir, que reconocida la firma, implícitamente se reconoce el contenido del documento. Es lo natural y explicable, porque se supone que nadie firma sin saber lo que firma si puede leer, y si no puede, haciendo que una persona de su confianza le lea lo que va a autenticar. Al contrario, si se niega la firma, se entiende negado el contenido del documento.

Si el documento está firmado a ruego, porque su autor no podía o no sabía firmar, es necesario que diga si el documento se extendió de su orden, si rogó a otro que lo firmase en su nombre y, además, debe responder si también es cierto su contenido. (Artículo 642 C. J.). Esto se explica porque es muy posible que se haya abusado de quien no sabía escribir haciéndole creer que el contenido es el que oyó leer y no lo era. Le queda al obligado el derecho de negar el contenido del documento y declarar que rogó se firmase en su nombre, si así lo hizo.

No establece ninguna diferencia la ley con respecto a la persona que sólo sabe escribir o dibujar su firma, pero no sabe leer. La ley entiende que nadie firma o autentica con los rasgos que caracterizan su firma sino aquello de que tiene conocimiento, y si no sabe leer bien pudo haberse servido de persona de su confianza que lo hiciera por ella.

Como en la redacción de los documentos privados no interviene ningún funcionario público, es claro que se prestan a ser escritos en cualquier momento y con cualquier fecha; de ahí que no puedan tener valor sino cuando son auténticos, es decir, de autor cierto y con fecha cierta; tal sucede cuando son reconocidos como auténticos entre las partes o cuando se toma nota pública de ellos por un funcionario para los terceros.

Cuando la parte que se supone obligada niega la firma que aparece al pie del documento, o niega su contenido, corresponde al interesado demostrar con los testigos que concurrieron al otorgamiento del documento, o por otros medios probatorios, la autenticidad de la firma y la veracidad del contenido. Con los testimonios no se trata de establecer la deuda, lo que sería contrario a los artículos 1767 del C. C. y 91 de la ley 153 de 1887, sino de demostrar la existencia de la prueba de la obligación como proveniente de la persona comprometida, originaria de ella, extendida por su autorización y autenticada con su firma. Con esos testimonios aducidos en el juicio se establece la prueba de la obligación, pero no la obligación misma.

La presunción de autenticidad que establece el artículo 4º de la ley 46 de 1923 es una excepción de los principios generales sobre prueba de los documentos privados y, como tal, de aplicación restringida. Así, pues, el concepto del Tribunal sentenciador sobre que tal disposición es un avance de nuestra legislación en cuanto entiende extender tal regla a toda clase de documentos privados, es errado y debe rectificarse. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 11 de 1946) . . . 380, 2º

— E —

EJECUCION DE SENTENCIA

— 68 —

Aunque el procedimiento de que trata el artículo 553 del C. J. no constituye un juicio distinto, no es menos cierto que la ejecución del fallo bajo este sistema adquiere individualidad propia y es, además, posterior a la cuestión de fondo ya decidida. Dentro del incidente las partes pueden solicitar la apertura a pruebas y adoptar los medios que consideren convenientes para la mejor defensa de sus derechos. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, agosto 28 de 1945). 893, 2ª

EMBARGO

— 69 —

De conformidad con el artículo 1003 del Código Judicial, son inembargables las dos terceras partes de las rentas de los Departamentos y Municipios, y embargable sólo la tercera parte. Dicho artículo no precisó si se trata de la renta bruta o líquida, es decir, si hay necesidad o no de deducir previamente todos los gastos indicados por la ley. Si esta última fuera la interpretación, se podría hacer nugatorio el derecho de los acreedores, puesto que el embargo, en esas condiciones, muchas veces no produciría resultado práctico alguno.

La norma legal acogió un término medio: la embargabilidad de la tercera parte y la inembargabilidad de las dos terceras. Para la Sala es ésta la interpretación más racional y lógica. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 8 de 1946). 620, 1ª

EMBARGO

— 70 —

Tanto el auto de embargo como la nota en que éste se comunica al Registrador, así como también la constancia de la inscripción del embargo, son documentos públicos o auténticos. Las copias de tales documentos tienen igualmente la calidad de documentos auténticos, al tenor del artículo 632 del C. J. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 5 de 1946). 361, 2ª

EPOCA EN QUE SE COMETIO EL DELITO

— 71 —

El numeral 7º del artículo 264 de la ley 57 de 1887 habla de equivocación en cuanto a la "época" y no en cuanto a la fecha en que se cometió un delito. Epoca no es lo mismo que fecha, ni en su acepción histórica, ni en su acepción filosófica, ni en su acepción geológica; solamente, por extensión, en su acepción gramatical, puede significar o significa CUALQUIER ESPACIO DE TIEMPO. Pero hablando propiamente —y en el legislador hay que suponer que busca la propiedad y la emplea en los vocablos para expresar sus determinaciones— traduce la palabra época PUNTO HISTORICO DESDE EL CUAL SE EMPIEZA A CONTAR LOS AÑOS, O PERIODO DE TIEMPO NOTABLE PARA LOS HECHOS HISTORICOS DURANTE EL ACAECIDOS. Mientras que fecha, en su significación corriente, equivale a la palabra latina DATA y es entonces la expresión del día, mes y año en que se ha escrito una carta o en que se ha verificado un suceso. Por eso, porque no siempre es posible averiguar con exactitud la fecha en que se consumó un delito, la ley no menciona ese término sino que se vale de otro más extenso, más genérico,

pues hay casos en que no se logra fijar con puntualidad cronológica el tiempo de la comisión de un delito. En cambio, en un espacio grande del mismo, sí es posible hacerlo; y si el error abarca no ya una fecha sino una época, entonces sí es declarable la nulidad porque de tal manera quedaría demasiado vaga la indicación del hecho. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 10 de 1946). . .528, 2ª

ERROR

— 72 —

El error de apreciación que puede originar casación en cuanto de él se haya derivado violación de ley sustantiva, tiene que ser de derecho o de hecho. En el caso de autos, habiéndose dado a las escrituras públicas todo el valor legal, sin superestimarlas ni subestimarlas, no hay lugar a acusar de error de derecho; y no lo hay de hecho porque no puede tratarse de él cuando lo que acontece es que en la duda entre dos interpretaciones se ha escogido una de ellas. Además, el error de hecho para llegar a aquel resultado debe aparecer de modo manifiesto en el expediente. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 12 de 1946). 97, 1ª

ERROR DE DERECHO

— 73 —

El error de derecho en la apreciación de la prueba, a fin de que prospere, requiere ante todo que los artículos legales invocados impongan determinada fuerza a la prueba desestimada en la sentencia, o bien priven de eficacia a la que sirvió de fundamento esencial al fallo. Y hay error evidente en la apreciación probatoria, ha dicho la Corte, "cuando la sentencia da por establecidos hechos que claramente no aparecen en las pruebas, invocadas en apoyo de ellos, o cuando éstas se hallan contradichas de modo evidente en otros documentos del proceso. "En suma, el error de derecho en la apreciación de una prueba implica la falsa noción de la ley a la luz de la cual se examina la prueba. Y el error de hecho sólo se concibe como la falsa noción del hecho de que la prueba da cuenta" (1). (Casación, LX, Nos 2032, 2033, abril 6 de 1946) 374, 2ª

ERROR DE DERECHO

— 74 —

Conforme lo ha decidido la Corte en reiterada jurisprudencia el error de derecho no puede existir sino cuando se da a una prueba un valor que legalmente no tiene, o al contrario, se desconoce el que tiene conforme a la ley. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 18 de 1946). 482, 2ª

ERROR DE HECHO

— 75 —

El error en que pueda incurrir el comprador de un inmueble creyendo que existe el derecho de propiedad en la persona del que transfiere la cosa, cuando en realidad no es tal dueño, no es de derecho, sino error de hecho, que no se opone a la buena fe. Art. 768, inciso 3º, C. C.). (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 11 de 1946). 747, 2ª

ERROR DE HECHO

— 76 —

Es bien sabido que sólo el error de hecho manifiesto en los autos da entrada en casa-

(1) Concordancia: Jurisprudencia de la Corte, tomo 3º Nº 1531.

ción para quebrar el fallo. Un error del sentenciador, pero que no se presente con caracteres de acentuada evidencia, no alcanza a constituír causal de casación. Así, el hecho de que el Tribunal sostenga determinada interpretación de una cláusula escrituraria, en oposición a otra interpretación distinta y aun contraria, que también sea defensable, no es error de hecho evidente. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 24 de 1946). 704, 1ª

ERROR DE HECHO

— 77 —

El error de hecho, dentro del mecanismo jurídico del recurso de casación, es la evidencia contraria a la del juzgador, puesta de manifiesto en la prueba mal apreciada o en la que dejó de estimarse; de tal modo que no puede tenerse por tal error la que no es más que una solución o conclusión distinta fundada en razonamientos analíticos de otras pruebas. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946). 473, 2ª

ERROR DE HECHO

— 78 —

La acusación por error de hecho evidente tiene que contraerse a concretos y determinados elementos probatorios y en forma alguna fundarse en una crítica general de todos los elementos que condujeron al juez a definir en determinado sentido la controversia entre las partes. Claro es que el Juez, cuando deduce su conclusión del conjunto de las pruebas, lo hace sacando de cada una de ellas los factores favorables que en su concepto vigorizan con más o menos fuerza la solución adoptada. De ahí que en esta situación sea inadmisible pretender que se halle demostrado el error de hecho cometido por el Tribunal, con semejante análisis probatorio, en tal grado de evidencia que inclina el ánimo a verlo patente. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 56, 1ª y 2ª

EXCEPCIONES

—79 —

La excepción de contrato no cumplido es temporal y sólo entraña una negativa simplemente provisional y en manera alguna equivale a una absolución exhaustiva de la acción que legalmente se origina en un contrato bilateral al incumplirse por alguna de las partes lo pactado. Dicha excepción paraliza transitoriamente la acción mientras alguno de los contratantes, cumpliendo sus obligaciones pendientes, se habilita para ejercitarla. (Auto, Sala de Casación Civil, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, agosto 23 de 1946). 812, 2ª

EXCEPCION DE ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

— 80 —

La excepción de ilegitimidad de la personería, aducida como perentoria, sólo puede tener existencia cuando en el actor no concurre el derecho que invoca o no es titular de él, o cuando el demandado no es el sujeto pasivo de la relación jurídica que se pretende deducir en el juicio. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 15 de 1946). 23, 2ª

EXTRAVIO DE PROCESOS

— 81 —

La simple disculpa de un Juez no puede exonerarlo de la grave imputación que implica la desaparición de un expediente, pues

la discriminación de funciones públicas y deberes, establecidos por la ley para sus agentes, se basa en una consecuente responsabilidad de éstos para contestar y sobrellevar los resultados de los actos y tareas puestos a su cuidado. Se aflojaría el resorte de la organización judicial y se desintegraría el ordenamiento de las jerarquías si un funcionario se limitara a dar cuenta de las irregularidades acaecidas en su despacho y en el desarrollo de sus funciones, sin que sobre el mismo recayera una responsabilidad por parte de sus actos realizados, o explicara suficientemente la conducta de sus subalternos. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 9 de 1946). ..... 521 y s. s.

— F —

FACULTAD DE LOS CONCEJOS MUNICIPALES

— 82 —

El numeral 19 del artículo 169 del C. P. y M. atribuye a los Concejos la facultad de crear juntas para la administración de determinados ramos del servicio público y reglamentan sus atribuciones, y se la confiere con tal amplitud que para usarla basta que el Concejo "lo juzgue conveniente".

La Ley 72 de 1926 "sobre facultades al Municipio de Bogotá", que en su artículo 19 las extendió a todas las capitales de Departamento, confiere a los Concejos la de "organizar libremente sus rentas, percepción y cobro, ya por administración directa o delegada o por arrendamiento...". (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 15 de 1946). 117, 2ª

FILIACION NATURAL

— 83 —

Es doctrina actual de la Corte, que abrogó totalmente la anterior, la de que muerto el presunto padre natural es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél.

Cuando la ley 45 de 1936 dice que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural "en el caso de que entre el presunto padre y la madre hayan existido, de manera notoria, relaciones sexuales estables, aunque no hayan tenido comunidad de habitación", establece una presunción para que obre la cual es necesario que aparezcan probados hechos que la producen: las relaciones sexuales estables y mantenidas de manera notoria. No es verosímil que la ley haya querido exigir para la demostración de ellas que los testigos hayan presenciado la intimidad o realización de hecho de las relaciones sexuales. Sobre éstas no se puede dar testimonio sino por referencias resultantes de actos o demostraciones que los testigos hayan visto u oído a la pareja a quien se atribuye aquella clase de relaciones. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 29 de 1946). 777 y s.s.

— H —

HECHOS DE LA DEMANDA

— 84 —

Puede suceder que con posterioridad a la demanda hayan ocurrido hechos que cambien la situación de las partes; pero los fallos de la instancia tienen que ser examinados respecto de los hechos ocurridos antes de la demanda y su respuesta. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 14 de 1946). 101, 2ª

HECHO NOTORIO. — HECHO HISTORICO

— 85 —

No es lo mismo el hecho histórico que el notorio, aunque aquél puede a veces adquirir en la vida social el carácter de notoriedad.

Saber cuáles son los hechos notorios es la dificultad. Para algunos autores son hechos notorios los generalmente aceptados o los conocidos en una determinada localidad por personas de mediana cultura, o los que conoce el juzgador por sus funciones.

En cuanto a estos últimos, salvo condiciones especiales, no podría considerárseles como notorios por la sola circunstancia de aparecer demostrados en otro juicio fallado por el mismo juzgador. Para la Sala no puede estimarse como notorio el hecho de haberse declarado en otro juicio la responsabilidad del Estado por la muerte de Aranza. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 11 de 1946). 623, 2ª

HERENCIA. — HEREDERO

— 86 —

Los artículos 1289 y 1290 del Código Civil hacen ver que la representación pasiva de la herencia, es decir, la personería de ella como demandada, no se tiene por la mera delación de aquélla; para asumir esa personería es necesaria la aceptación, y los interesados en demandar la sucesión tienen medios que les suministra la ley para obligar al asignatario a que manifieste su decisión de aceptar o repudiar, cabalmente con la mira de que se precise si tal asignatario representa o no a la herencia. A CONTRARIO SENSU, solamente aceptando el asignatario representa al causante en sus derechos transmisibles, sin que importe si la aceptación ha sido expresa o tácita; basta con que exista. (Artículos 1298 a 1303 C. C.). Si la delación confiere el derecho a la herencia, la efectividad de ese derecho requiere la aceptación, los efectos de la cual, por otra parte, se retrotraen al momento en que la herencia haya sido deferida. (Artículo 1296 IBIDEM).

El reconocimiento judicial de heredero, así como la aceptación de la herencia con beneficio de inventario son hechos que implican trámites judiciales que deben, por consiguiente, aparecer de una actuación judicial también, sin que sea dable suplirla por otras pruebas. El hecho judicial del reconocimiento de heredero no puede probarse por confesión. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 6 de 1946). 369, 2ª

HOMICIDIO INTENCIONAL. — EL PROPOSITO CRIMINAL COMO ELEMENTO DE ESTA CLASE DE HOMICIDIO

— 87 —

Dice el artículo 362 del Código Penal:

"El que con el propósito de matar ocasione la muerte a otro, estará sujeto a la pena de ocho a catorce años de presidio".

El elemento propósito de que habla esta disposición, en orden a la supresión de una vida, es lo que constituye en nuestro estatuto penal el factor intencional o doloso, que lleva a catalogar el hecho cometido como un homicidio simplemente intencional, propósito que debe estar plenamente demostrado en la investigación, ya que él genera el dolo específico del delito, que lo diferencia de un ho-

micidio preterintencional o de un homicidio culposo.

El propósito criminal que informa el contenido del artículo 362, no es el que queda en el dominio de la conciencia psíquica de su autor, sino aquel que se traduce en la realización de actos externos. El factor intencional, salvo casos excepcionales, no puede ser conocido mientras no se traduce en actos externos, pues sólo mediante estas manifestaciones se puede desentrañar la intención que anima al actor, ya que la obra del hombre en sus diversos aspectos, tiene una relación directa con su modo de pensar y querer en la ejecución de un hecho determinado.

La intención o propósito es el camino que la voluntad puede seguir hacia un fin determinado, que dentro del campo penal entraña un daño para la sociedad. En estos casos, existe una correspondencia absoluta entre el propósito —factor intencional— y los actos de la voluntad, que traducida en hechos punibles que atentan contra la seguridad, la vida y la integridad personal, genera un delito de homicidio. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 25 de 1946). 225, 1ª y 2ª.

HONORARIOS DEL ALBACEA

— 88 —

El albacea tiene derecho al pago de honorarios si ha desempeñado eficazmente su cargo; y la sucesión o los herederos no pueden eximirse de reconocérselos y pagárselos, salvo el caso de dolo en el desempeño de su albaceazgo. La remuneración del albacea puede señalarla el testador, convenirla amigablemente los herederos con el mismo albacea, o señalarla el juez a falta de los otros dos medios indicados (artículo 1139 C. C.). La inclusión de la partida correspondiente al pago de honorarios del albacea, en las cuentas rendidas por él no significa que pretenda pagarse por su propia mano. Tal inclusión es de uso corriente en las cuentas privadas o judiciales, de una administración de bienes o negocios. Y en cuanto a la regulación o justiprecio de los honorarios, si bien es cierto que puede hacerse dentro del juicio mortuorio, no por haber pasado esa oportunidad caducará el derecho del albacea a que se le paguen y, si los interesados no se avienen, ningún precepto legal impide que se efectúe tal regulación en juicio distinto. En el caso del proceso el sentenciador debió señalar o regular los honorarios del albacea, con la correspondiente repercusión a liquidar el saldo del acreedor o deudor de las cuentas rendidas por él, y como en vez de hacerlo así rechazó de manera absoluta la partida de las cuentas referente a dichos honorarios, quebrantó directamente el artículo 1359 del Código Civil. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 31 de 1946). 809, 2ª

HURTO DE GANADO MAYOR

— 89 —

El ordinal 7º del artículo 398 del Código Penal no se refiere al hurto de varios semovientes, sino a que el delito recaiga SOBRE determinada especie de los mismos.

En el artículo 17 de la Ley 4ª de 1913 se contempla el caso de simple alteración, desfiguración o suplantación de las marcas de los ganados, con el propósito de apropiárselos, pero sin que se haya realizado la apropiación. Se describe aquí algo parecido a una tentativa de delito. Pero si el hecho está consumado ya y para entorpecer la acción de la justicia o para fines de conveniencia del infractor éste ejecuta actos encaminados a alterar la marca que el animal tenía, entonces este último hecho tendrá el valor de prueba

del delito, pero no lo configurará en su esencia. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 26 de 1946). 830, 1ª

— I —

INCONGRUENCIA

— 90 —

Estando el imperio de los fallos en su parte resolutiva se ha entendido, por tesis general, que la absolución implica la ausencia de falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Por ésta no puede reputarse el hecho de no llenar la sentencia las aspiraciones de actor o reo. Muchas veces quedan insatisfechos ambos. Como tantas veces lo ha dicho la Corte, esa falta consiste en dejar de decidir puntos puestos SUB JUDICE o en decidir EXTRA o ULTRA PETITA. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 30 de 1946). 160, 2ª

INCONGRUENCIA

— 91 —

La falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado ha sido determinada claramente por la Corte en múltiples decisiones, aceptándose cuatro formas en que puede presentarse: o cuando se ha resuelto sobre puntos ajenos a la controversia; o cuando se ha dejado de resolver sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condenare a más de lo pedido, o porque no fallare sobre algunas de las excepciones oportunamente alegadas como medio defensivo. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 13 de 1946). 698, 1ª

INCONGRUENCIA

— 92 —

La falta de consonancia se refiere necesariamente a la parte resolutiva del fallo que es donde se encuentra el imperio de las decisiones judiciales. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 666, 2ª

INCONGRUENCIA

— 93 —

La incongruencia entre lo pedido y lo fallado no se produce de ordinario cuando la sentencia es absolutoria. En ese sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte. Además, técnicamente considerada, la causal segunda de casación sólo es operante cuando el sentenciador deduce en su fallo conclusiones y resoluciones que no están en consonancia con la acción o acciones ejercitadas en el libelo de demanda, ora porque no decida sobre alguna de ellas, ya porque resuelva sobre algo que no le ha sido pedido o porque condene en más de lo demandado, y cuando deja de fallar sobre excepciones perentorias oportunamente propuestas en el juicio. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946). 147, 2ª

INDICIOS EN MATERIA PENAL

— 94 —

El artículo 404 del Código Penal, en sus numerales 1º a 4º, contempla circunstancias especiales de agravación, distintas a las comunes o generales de que habla el artículo 403. Así, pues, cuando el delito se comete en concurrencia de una o varias de las circunstancias previstas en la primera disposición, la sanción penal se rige por ésta, con prescin-

dencia absoluta de los casos de agravación o atenuación contemplados para los delitos de hurto en los artículos 398, 399 y 400.

Según el texto del numeral 3º del artículo 404, el delito se agrava cuando se comete en un lugar habitado, mediante violencia ejercida sobre defensas o resistencias destinadas a proteger la propiedad de las cosas, violencia que puede efectuarse con perforación o fractura de pared, techo, pavimento, puerta o ventana, o también con el empleo de llaves sustraídas o falsas, ganzúas, o cualquier otro instrumento similar. La frase INSTRUMENTO SIMILAR empleada por el legislador, puede comprender cualquier objeto que se utilice para ejercer sobre la cerradura un efecto mecánico semejante o análogo al que realiza la llave.

Dentro del nuevo Código de Procedimiento Penal, la prueba indiciaria desempeña un papel preponderante en la demostración de los factores materiales y subjetivos del delito. Establecida la existencia del cuerpo del delito en su aspecto material, y en presencia de uno o varios indicios comprobados, por vía de inferencia derivada de la naturaleza de las cosas, se llega al conocimiento de otro factor desconocido, cual es el de la responsabilidad del autor.

En la valoración de la prueba indiciaria, el Tribunal goza de libertad y amplitud necesarias para fijar su criterio frente a la prueba recogida, y la Corte no podría variar tal apreciación, sino mediante la comprobación de errores manifiestamente notorios, que estén en desacuerdo con la evidencia de los hechos demostrados.

Si se acusa una sentencia del Tribunal, con base en el numeral 2º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, el demandante debe puntualizar los hechos a los cuales el fallador les atribuye un valor que no tienen o les niega el que en realidad tenían; o demostrar aquellos que no se los valoró en la sentencia, a pesar de estar acreditados en el proceso, o determinar la contradicción deducida de los mismos, siempre y cuando esos hechos sean pruebas de convicción para determinar los elementos constitutivos del delito o sirvan para probar circunstancias eximentes o modificadoras de las responsabilidad.

La simple enumeración de las circunstancias —que se dice— perjudiciales del fallo, producidas por mala interpretación o errónea apreciación de los hechos en relación con el problema debatido, no es motivo suficiente para que prospere la causal, cuando por otra parte no se han cumplido, respecto de la demanda, las condiciones impuestas por el artículo 531 del Código Judicial. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 7 de 1946).

256, 1ª y 2ª

INDICIOS EN MATERIA PENAL.

— 95 —

En la prueba indiciaria puede y deben basarse los juicios humanos; es más, suple ventajosamente otra clase de pruebas porque no está sujeta, como la de testigos, por ejemplo, que es la más frecuente en los juicios criminales, al influjo de pasiones o intereses que pueden tergiversar la realidad. Las palabras traducen el pensamiento con mayor o menor verosimilitud, según sea el estado psíquico del deponente; los hechos, en cambio, tienen una existencia material que no está sometida a esos estímulos y que encierra un valor más aproximado de certeza, sólo relativo en cuanto a la exactitud de la deducción lógica, o más claro, en cuanto a la relación que se establezca con el hecho que se quiere demostrar. Por eso, para que un hecho se tenga como indicio se requieren dos condiciones esenciales: que esté probado plenamente y que

se relacione con el hecho que se pretende acreditar. Si falta una de esas condiciones, el hecho no es indicio, ya porque no consta su existencia, ya porque no señala el fenómeno que de él se pretende deducir. Por tanto, cuando las pruebas consisten en indicios, el trabajo del juez se reduce a buscar en el proceso la existencia de ciertos hechos para deducir de ellos otro u otros.

No se pueden separar los indicios para atacarlos aisladamente. Pero eso no se puede aceptar, porque los indicios hay que relacionarlos unos con otros para del conjunto llegar a la conclusión de si existe o no el hecho que se quiere averiguar. Lo que importa es que un indicio no dependa de otro, sea por el contenido, sea por la prueba. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 23 de 1946). 839, 2ª

INDIGNIDAD PARA SUCEDER

— 96 —

Para que sea aplicable el artículo 1025 del Código Civil se necesitan dos sentencias: la que en lo criminal invista, por decirlo así, de la calidad de atentado grave a ciertos hechos de tal entidad o categoría, y la que, ya con ese fundamento, en el juicio civil correspondiente, declare al autor de ese atentado indigno de suceder. Los términos en que está redactado el numeral 2° de ese artículo no permiten duda al respecto. En algo tan trascendental, a la vez que excepcional como es esa sanción, el juzgador no puede ir más allá que el legislador, como iría si prescindiera de las exigencias que éste hace para que se pueda llegar a ese resultado. La ley no acepta como base el mero concepto o apreciación directa que de los aludidos hechos o conducta hagan los interesados o el mismo Juez civil, sino que precisamente requiere para la declaración de indignidad, que es lo del resorte de éste, la prueba del atentado en sentencia ejecutoriada, en forma que sin el lleno previo de este requisito, no obrando en el proceso civil sobre indignidad ese preciso comprobante, ella no se puede declarar porque, legalmente hablando, la causal no se ha producido. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946). 460, 1ª

INFRACCIONES CONTRA FUNCIONARIOS PUBLICOS

— 97 —

El Código establece penas más severas para las infracciones de que sean víctimas los funcionarios públicos, no sólo como una protección especial a sus personas por la dignidad de que están investidos, sino principalmente como una garantía de que el natural ejercicio de sus funciones será cumplido a cabalidad. No es, pues, la simple investidura oficial lo que se tiene en cuenta para agravar la sanción. (Artículo 186 C. P.). Esta opinión se confirma al considerar que los particulares no responden sino por infracción de la Constitución o de las leyes, al paso que los funcionarios deben responder, además, por extralimitación de funciones o por omisión en su ejercicio. (Artículo 20 de la Constitución). De esta suerte, no basta que la víctima de una infracción sea funcionario o empleado público para que por esa calidad sea sancionado más severamente el infractor, sino que es indispensable que el hecho ilícito se haya realizado por razón o causa de las funciones oficiales del ofendido.

El empleado que obra "por provocaciones imprudentes" y da motivo para que se le irrespete y se le ataque, actúa fuera del ámbito de sus atribuciones y no representa a la autoridad. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 10 de 1946). 512, 1ª

INSPECCION OCULAR

— 98 —

Del acta de reconocimiento o inspección ocular hecha por el Juez no se da traslado a las partes. Del dictamen pericial que entraña esa diligencia de inspección sí hay que dar traslado en la forma prescrita por la ley, por auto posterior. Es preciso que ese dictamen sufra todos los debates propios de la naturaleza de tal prueba. Si bien hace parte de la inspección es como prueba concurrente, pero independiente. La ley ordena que el dictamen se ha de poner en conocimiento de las partes, pero no exige que tal cosa tenga una ritualidad especial como sí lo establece para los traslados de la demanda, de autos del expediente o parte de él para que las partes expongan lo que tengan a bien. Es esencial en el traslado notificar el auto en que se ordena correrlo y expresar que se pone el expediente a disposición de las partes en la secretaría para sacar los autos o para estudiarlos, según el caso, circunstancia esta última que debe anotarse por el secretario en el expediente. No sucede lo mismo con la formalidad de poner en conocimiento de las partes elementos del proceso; en este caso basta con notificar la providencia en que tal cosa se disponga. Por lo demás una cosa es la inspección ocular en que el Juez, asesorado de testigos hace la identificación de los inmuebles, diligencia suficiente para los efectos de tener como cosa singular y determinada el bien que se rectifica, y otra el dictamen pericial. El acta de inspección ocular constituye plena prueba respecto de los hechos y circunstancias observados por el Juez como resultado de sus apreciaciones personales por las exterioridades de la cosa inspeccionada. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946). 153, 2ª

INSTRUMENTO PRIVADO

— 99 —

El instrumento privado no hace fe en sí mismo y puede ser objeto de impugnación por la parte contra quien se aduce; para que tenga mérito demostrativo en juicio es necesario que se haya demostrado su autenticidad por cualquiera de los medios autorizados por la ley.

Tratándose de un caso en que aparece que el obligado en el instrumento rogó a otro que lo firmara por él, por no saber firmar, es necesario, para establecer su legitimidad, que se pruebe que el documento se extendió por su orden, que rogó al firmante que lo hiciera en su nombre y que el contenido del instrumento es cierto. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 11 de 1946. ..... 88, 2ª

"INTERES EN EL PROCESO" COMO CAUSAL DE RECUSACION, SEGUN EL NUMERAL 1º DEL ARTICULO 73 DEL C. DE P. P.

— 100 —

EL INTERES de que habla el artículo 73, numeral 1º del Código de Procedimiento Penal, no es aquel INTERES abstracto o de orden simplemente legal, que busca la recta, eficaz e imparcial administración de justicia, sino el INTERES personal deducido de las consecuencias del juicio, cuyos resultados, directos o indirectos, pueden favorecer o perjudicar al Juez o Magistrado en su patrimonio económico individual, o en el de alguna de las personas ligadas a ellos por vínculos de consanguinidad o afinidad de que habla la ley. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 4 de 1946). 253, 2ª

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

— 101 —

Sólo cuando no es posible determinar con claridad la intención de los contratantes es cuando el fallador debe acudir a aplicar, con vista de las circunstancias de cada caso, las normas que estime conducentes de entre las establecidas en los artículos 1619 a 1624 del Código Civil. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 14 de 1946). 112, 1ª

INTERPRETACION DE LOS CONTRATOS

— 102 —

La intención de las partes al celebrar los contratos puede desentrañarse tomando en consideración la naturaleza del contrato y las cláusulas claras y admitidas del mismo que sirvan para explicar las dudosas; las circunstancias que influyeron en su celebración determinando la voluntad de las partes para consentir en él; los hechos posteriores de las mismas, que tienen relación con lo que se disputa; las costumbres de los contratantes y los usos del lugar en que han pactado; la aplicación práctica que del contrato hayan hecho ambas partes o una de ellas con aprobación de la otra, y otras convenciones o escritos emanados de los contratantes. En una palabra, el Juez tiene amplia libertad para buscar la intención de las partes y no está obligado a encerrarse en el examen exclusivo del texto del contrato para apreciar su sentido.

La Corte, en repetidos fallos, ha sostenido la doctrina de que el Tribunal es soberano en la interpretación de los contratos; que esa interpretación sólo puede variarse en casación cuando es manifiestamente errónea de acuerdo con los términos del contrato y las pruebas del proceso. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). . .661, 2ª

INTERRUPCION DE LA PRESCRIPCION

— 103 —

Hay interrupción civil de la prescripción por la demanda judicial sobre la acción de cuya prescriptibilidad se trate, fuera de las excepciones contempladas en el artículo 2524 del C. C. No basta la demanda, que es una renovación persistente del reclamo de la deuda, sino que es indispensable la notificación legal de ella, como lo prescribe el ordinal 1º de ese artículo. Hay interrupción natural cuando expresa o tácitamente se reconoce la deuda. Un simple requerimiento, la notificación de una cesión de crédito o el reconocimiento de un documento no constituirían una interrupción natural, porque en ese evento el papel del deudor es completamente pasivo. Se interrumpiría naturalmente la prescripción si el deudor pagara, por ejemplo, intereses de la deuda, porque entonces podría decirse que él, por un hecho inequívoco, había manifestado reconocer la obligación. Y no se concibe cómo pueda consumarse una prescripción, que es algo así como la ley del olvido, cuando la deuda se ha reconocido verbalmente, por carta o por medio de hechos que de manera inequívoca declaren la existencia de ella.

La Sala de Casación ha establecido que la prescripción de un crédito no corre cuando está garantizado con una prenda, en tanto que la prenda permanezca en manos del acreedor. En esas circunstancias, la tenencia de la cosa, en virtud de una convención entre las partes, puede interpretarse como un reconocimiento constante de la existencia de la obligación. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). 634, 1ª

INVENTARIO ADICIONAL

— 104 —

La ley concede acciones sobre ocultación o inclusión indebida de bienes en el inventario; pero en manera alguna es hábil para tal fin el recurso del inventario adicional que solamente autoriza el artículo 949 del C. J. cuando por cualquier causa haya dejado de relacionarse en el inventario algún elemento del patrimonio, antes o después de hecha la partición de los bienes primitivamente inventariados. Cuando sobreviene a la partición el inventario adicional, recurso destinado a completar el enlistamiento de los bienes relictos, da lugar y base a una nueva distribución herencial. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, mayo 31 de 1946). 654, 1ª

IRA Y RESENTIMIENTO. — SUS CONSECUENCIAS

— 105 —

Como ya lo dijo la Corte, la apreciación de la gravedad e injusticia de una provocación no se pueden medir solamente de manera subjetiva, porque lo que aminora el delito "no es la cólera o el dolor, sino la justa causa de la ira o el dolor, pues de lo contrario todo estado emocional o pasional serviría para atenuar fundamentalmente la gravedad del hecho, aun cuando tuviera el origen más innoble o antisocial que pudiera imaginarse, y una tesis tan peligrosa para la sociedad es inadmisible".

El "estado de ira o de intenso dolor" de que habla el artículo 28 del C. P. no puede equipararse al mero RESENTIMIENTO, que es el "pesar o enojo por una cosa" pero no de gran intensidad. Eso lo explica el otro significado de la palabra que trae el Diccionario del idioma: "EMPEZAR a flaquear o SENTIRSE una cosa". Tan trivial es esta cuestión, que nadie dirá de quien ha realizado un delito al impulso de un violento estado afectivo de ira o de dolor, como lo requiere el precepto del Código, que estaba RESENTIDO, sino que obró iracundo, indignado, herido, ultrajado, adolorido, o empleará cualquiera otra expresión distinta de aquélla. (Casación LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). .....538, 1ª y 2ª

— J —

JURADO. — CUESTIONARIO PROPUESTO AL JURADO

— 106 —

La parte inmodificable del auto de proceder, ya se trate de juicios en los cuales interviene el Jurado o de aquellos en los que no interviene, es la que determina el género del delito, con la denominación jurídica que le da el Código Penal dentro del respectivo Título o Capítulo, según el caso. Si la parte motiva del auto de llamamiento a juicio fuera inmodificable, se crearía una doble situación: de inferioridad para la defensa de los intereses sociales, y de prevalencia para los del procesado. Si las pruebas que el Ministerio Público aduce en la causa, no tuvieran la virtud de modificar las circunstancias que influyen directamente en la imposición de la sanción, su intervención en el juicio carecería de objeto y el derecho sería una cosa abstracta y sin aplicación real.

La ley 4ª de 1943, en su artículo 29, consagra expresamente el derecho que tienen los jueces de conciencia, no sólo para negar las circunstancias expresadas en el respectivo cuestionario, sino también para hacer el re-

conocimiento de otra u otras que no fueron planteadas en él. Así, pues, el Jurado es soberano para afirmar o negar las circunstancias modificadoras de la responsabilidad, ora se hallen contenidas en el auto de proceder, o bien se deduzcan de las pruebas allegadas al juicio. En todo caso, el veredicto debe ser el reflejo exacto de los hechos comprobados y evidenciados en el proceso.

Otro tanto sucede respecto de los cuestionarios que el Juzgado puede formular, de conformidad con el artículo 28 de la citada ley. Si los cuestionarios se redactan ciñéndose estrictamente a los cargos contenidos en el auto de proceder, se interpreta legalmente la disposición legal, y en este caso, el juzgador de derecho no podría formular cuestionarios, incluyendo circunstancias modificadoras de la responsabilidad que no se hubieren probado dentro del juicio. Si ellos se redactan a base de simples probabilidades, se interpreta la disposición con un criterio extensivo, creando en esta forma a los miembros del Jurado problemas de difícil solución, y en la mayoría de los casos, sus veredictos pecarían contra la evidencia de los hechos acreditados en el proceso.

La interpretación lógico-jurídica de la norma citada es la de que los cuestionarios deben formularse, no sólo de acuerdo con los cargos imputados en el auto de proceder, sino también, de conformidad con aquellas circunstancias modificadoras de la responsabilidad que se demuestren en el curso del juicio. En esta forma, se establece un equilibrio perfecto entre dos derechos: el de la defensa social, por una parte y el del procesado, por la otra; y la posible arbitrariedad judicial en la redacción de los cuestionarios, se evita o limita por el auto de proceder y por las pruebas del juicio, (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 27 de 1946). 263, 1ª y 2ª

JURADOS. — NATURALEZA JURIDICA SUS FUNCIONES

—107 —

(Véase lo que sobre este punto trae la sentencia de Casación de la Sala Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, mayo 15 de 1946). 859, 1ª y 2ª.

— L —

LANZAMIENTO DE ARRENDATARIO

— 108 —

Las reglas del juicio de lanzamiento están determinadas en los artículos 1103 y 1107 del C. J. El Juez, mediante la solicitud del arrendador, a la cual debe acompañar la prueba del caso sobre el contrato y su terminación, decide si es la oportunidad de lanzar al inquilino o no. A estos particulares se reduce la sentencia. Si el arrendatario tiene derecho a ser indemnizado por el arrendador del costo de mejoras y reparaciones, conforme a lo dispuesto en el artículo 1993 del C. C., y alega este derecho en el juicio de lanzamiento que se le haya propuesto, antes de verificarse la entrega o al tiempo de hacerse ésta, se le debe dejar la cosa en su poder mientras el arrendador no le pague o le asegure su importe. Si éste no está determinado, se fija por el mismo Juez mediante una articulación. Como se ve, este señalamiento del precio de una mejora es una cuestión incidental en el juicio de lanzamiento que no forma parte de su naturaleza y que puede dar lugar a revisión en juicio ordinario, en que el arrendador demuestre no estar obligado a pagar tales mejoras, o para discutir el avalúo que de una manera provisional se hizo para el solo y único efecto de cumplir la orden de lanzamiento. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 662, 2ª

LEGITIMA DEFENSA

— 109 —

La legítima defensa es el derecho de tutelar personalmente un bien puesto en peligro por la agresión actual e injusta de otro, cuando la urgencia de defender el patrimonio material o moral, obliga a recurrir a los propios medios o fuerzas de reacción. Según la doctrina y la ley penal, la legítima defensa requiere, pues, estos elementos constitutivos: 1º que haya una violencia actual; 2º que la violencia sea injusta; 3º que ponga en peligro la persona, el honor o los bienes, y 4º que haya proporción entre el ataque y la defensa. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 11 de 1946). 820, 1ª

LIBERTAD O EXCARCELACION DEL PROCESADO

(Artículo 411 del C. de P. P.).

— 110 —

La ley permite que al procesado que hubiere sufrido en detención preventiva un tiempo igual al que mereciere como pena, se le ponga en libertad mediante caución. Este derecho está consagrado en el artículo 411 del Código de Procedimiento Penal, y se concede el beneficio de excarcelación, no propiamente como una gracia, sino como el cumplimiento parcial de la condena. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 27 de 1946). 550, 2ª

— M —

MANDATARIO

— 111 —

La facultad que el artículo 2188 del Código Civil le atribuye al mandatario de retener los efectos que se le hayan entregado por cuenta del mandante para la seguridad de las obligaciones a que éste fuere obligado por su parte, está limitada por la misma naturaleza del contrato de mandato a los efectos que el mandatario reciba antes que se le revoque el poder, pues revocado carece del título legal contemplado en la disposición, convirtiéndose simplemente en administrador de negocio ajeno contra expresa prohibición del dueño. En esta condición no tiene otro derecho contra el dueño distinto de la utilidad que a éste le reportare la operación, por ejemplo, si de la gestión ha resultado el pago de una deuda que, sin ella, hubiera perdido el interesado (Art. 2389 C. C.). (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 21 de 1946). 33, 2ª

MANEJO DE RENTAS

— 112 —

El empleado o funcionario público está colocado siempre en una situación legal o reglamentaria; su estatuto no se conforma mediante un acuerdo de voluntades entre la Administración y quien sirve un cargo público, sino que es solamente el resultado de un acto unilateral de la Administración y nunca una relación de carácter contractual. Es la ley o el reglamento la norma que crea el empleo o cargo público, señala las funciones, determina los agentes públicos, elementos todos que son por esencia modificables unilateralmente por la Administración. De esta manera la doctrina administrativa rechaza la hipotética existencia de un contrato de servicio público, ya que él entrañaría para su formación un concurso bilateral de voluntades que la realidad niega en absoluto por inexistente. En el derecho positivo colombiano el principio es el mismo (artículos 62, 63 y 76, ordinal 9º de la Constitución Nacional, 5º y 6º del C. de Régimen Político y Municipal).

Siendo legal o reglamentaria la situación del empleado, es a través de estas reglas jurídicas como deberá examinarse todo caso en el cual se controvierta si determinada actuación está o no dentro de las facultades que le corresponden, o sea, si se han excedido los límites de la competencia señalada, siendo éste el único medio jurídicamente idóneo para establecer si con la actividad ejecutada se compromete a la administración o simplemente la responsabilidad personal del funcionario que la realiza.

En el caso de autos es indudable que no obstante las reservas contenidas en las circulares y en los recibos o talonarios, la Administración consideraba como bienes suyos las especies vendidas a comisión o crédito y, lo que es más importante, que tales operaciones se realizaban por cuenta del Departamento, ya que de otra manera no podría concebirse el ejercicio de la jurisdicción coactiva que, como es sabido, sólo tiene lugar cuando se trata de créditos constituídos a favor de entidades de derecho público. El Colector o Estanquero que por su cuenta o bajo su responsabilidad hiciera una operación de la naturaleza de las indicadas, carecía por el mismo hecho de la competencia necesaria para perseguir a sus deudores por medio de la jurisdicción coactiva, puesto que entonces habría falta de personería para la acción. Si esto no fuera así, o lo que es lo mismo, si pudiera darse a las operaciones cumplidas de acuerdo con las instrucciones de la circular el carácter de simplemente privadas, se tendría a los deudores sujetos a un doble cobro: el personal, por parte del empleado, conforme con las reglas del derecho común, y el especial, de la Administración, por vía forzosa de la jurisdicción coactiva. Semejante estado de cosas sería absurdo y colocaría a quienes negociaran licores de los estancos departamentales en una situación difícil y contradictoria. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946). 330, 2ª

MATRICULA DE ABOGADO

— 113 —

La ley 62 de 1928, reglamentaria del ejercicio de la abogacía, es de orden público y su aplicación está garantizada con penas pecuniarias a los funcionarios que las desobedezcan. De acuerdo con disposiciones perentorias y claras de esta ley, la matrícula profesional de abogado y la correspondiente inscripción ante la oficina judicial en que se litiga son requisitos indispensables para autorizar la intervención de un apoderado y sin que exista constancia de ello en la respectiva oficina está prohibido aceptar tal intervención. La ley sanciona el quebranto de estas disposiciones con multas a los funcionarios públicos. (Arts. 1º, 9º, 11 y 12 de la ley 62 de 1928). (Auto, Sala de Casación Civil, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 14 de 1946), 103, 2ª.

MEDIOS NUEVOS DE CASACION

— 114 —

Los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones presentadas ante la Corte como fundamento de la demanda de casación han de haber sido ya propuestos ante los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de controversia en el juicio, se llaman medios nuevos que no pueden ser admitidos en el recurso de casación. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946). 156, 1ª

MINAS

— 115 —

La Corte acoje la doctrina del Tribunal sentenciador, según la cual los contratos sobre ventas de acciones de minas son eviden-

temente aleatorios, toda vez que están sometidos a la contingencia incierta de ganancia o pérdida, y encajan por lo mismo en la definición que de tales contratos suministra el artículo 1498 del Código Civil. Y siendo aleatorios esos contratos son irrescindibles por lesión enorme, pues es cosa ya unánimemente aceptada que la naturaleza de los pactos aleatorios, repudia el concepto de lesión. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 6 de 1946). ..... 376 1ª y 2ª

MINAS

— 116 —

Los artículos 165 a 172 del Código de Minas reglamentan lo relativo a la constancia de los pagos del impuesto de minas y establecen su fuerza probatoria, sin erigirlos en prueba única posible a manera de solemnidad; si esto estableciera tal exclusividad probatoria tendría que reconocerse como abrogada por la posterior del artículo 173. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 30 de 1946).

MINAS

— 117 —

No comparte la Corte la opinión de que las normas que rijan la competencia para conocer de las acciones intentadas sobre las minas deban primar sobre las generales del Código Judicial. Los artículos 384 y siguientes del Código de Minas en manera alguna pueden oponerse a lo dispuesto por el Código Judicial en relación con el foro ante el cual ha de actuar el Estado como parte en los negocios judiciales atinentes a la reivindicación de una mina puesto que en aquellos textos nada se dice sobre la competencia cuando esa entidad tenga interés en juicios sobre minas. Para éstos rige el artículo 151 del Código Judicial actual (147 del anterior). Lo cual quiere decir que las reglas sobre competencia que atienden a los factores objetivo y subjetivo son de aplicación restrictiva y sólo en virtud de expresa declaración legal pueden dejarse de lado. De manera que, existiendo en el Código de Minas expresa excepción a lo estatuído tanto por el Código Judicial anterior (artículo 7º, numeral 2º) como por el actual (artículos 76, numeral 1º y 155), debe entenderse que los Tribunales Superiores son los competentes para conocer de los asuntos contenciosos sobre minas en que sea parte el Estado.

El alcance del artículo 155 del C. J. en cuanto se refiere al caso de que el Estado sea demandado, es fijar a dicha entidad un foro o domicilio AD HOC y en este sentido viene a complementar el 152, numeral 2º; por lo tanto, de los juicios sobre bienes inmuebles en que sea parte la Nación están facultados para conocer dos Tribunales, a prevención: el del domicilio del demandante (artículos 155 y 152, numeral 2º), y el del lugar donde se hallan los bienes (152, numeral 12).

De conformidad con el artículo 4º del Código de Minas si una persona no ha obtenido título emanado del Estado sobre una mina, si se la ha adquirido de una persona que lo tenga, no puede alegarse derecho de propiedad en la mina.

El aviso y el denuncio de una mina adjudicable no dan a quien los hace un derecho a la adjudicación y titulación de ella que pueda subsistir no obstante el imperio posterior de una disposición que haga inadjudicables las minas de metales preciosos situadas en las márgenes de los ríos navegables. Ya dijo la Corte que "el derecho adquirido que genera el aviso y el denuncio de una mina no puede ser otro que el que en armonía con las disposiciones legales respectivas se permite obtener, o sea el de que con el avi-

sante y el denunciante se prosigan las diligencias conducentes a la adjudicación y titulación de ella. Según el artículo 117 del Código de Minas el que da el aviso adquiere un derecho a dicha mina, que no se pierde sino en cualquiera de los seis casos contemplados en el artículo 118... Los derechos aquí contemplados son, pues, los que surgen entre distintas personas y no entre éstas y el Estado, dueño de las minas...". También dijo la Corte que "el aviso confiere un derecho preferente respecto de los demás particulares a obtener la adjudicación de la mina, pero es apenas una diligencia administrativa previa que si otorga algunos derechos determinados en orden a las diligencias subsiguientes para la obtención del título, no confiere por sí mismo ningún derecho en la mina y constituye en cuanto al dominio del inmueble una mera expectativa de derecho que en manera alguna puede oponerse a las variaciones que consagre la legislación pública del Estado, titular del dominio minero. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, abril 26 de 1946). ..... 584, 1ª y s. s.

MINAS

— 118 —

Según el Código de Minas desde el momento del aviso se adquiere la posesión ordinaria (artículo 304) y la regular, con la expedición del título. (Artículo 303). (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 10 de 1946). 738, 2ª

MINAS

— 119 —

El artículo 4º del Código de Minas da lugar a restitución de términos. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 24 de 1946). 754, 2ª

MINISTERIO PUBLICO

— 120 —

El Ministerio Público debe intervenir como parte en los recursos de casación referentes a los perjuicios civiles causados por delitos. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 27 de 1946). 544, 1ª

— N —

NOTIFICACIONES

— 121 —

Si bien es cierto que todas las providencias que ordenan la práctica de pruebas deben notificarse previamente a los interesados, esa obligación no es tan estricta en tratándose del sumario, dada su misma naturaleza dinámica y permanente. Por eso el Código de Procedimiento ordena realizarlos sin demora alguna y al estatuir que las partes deben ser citadas previamente, aclara que la cita debe hacerse "si ello fuere posible". (Artículo 209 C. de P. P.). Ese precepto no es, pues, de imperioso cumplimiento en la investigación, porque en ella debe primar la eficacia sobre las ritualidades de la notificación y ejecutoria. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, agosto 30 de 1946). 877, 1ª

NULIDAD

— 122 —

No es aceptable que se demande la declaración de nulidad de un acto que, si acaso, podrá ocurrir cuando se esté ventilando en segunda instancia el mismo juicio en el cual se pide la declaración de nulidad. (Casación,

LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 14 de 1946). 100, 2ª

NULIDAD ABSOLUTA

— 123 —

El poder excepcional que al Juez le otorga el artículo 2º de la ley 50 de 1936 para declarar de oficio la nulidad absoluta no es irrestricto o ilimitado, sino que, por el contrario, está condicionado por la concurrencia de tres circunstancias: 1ª Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato, muestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derechos u obligaciones para las partes; y 3ª Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron. (1). (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 5 de 1946).

NULIDADES

— 124 —

La condición de enumerativa que tiene la disposición del artículo 448 del Código Judicial impone la interpretación restrictiva. De modo que las irregularidades no contempladas allí, no producen nulidad. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, abril 12 de 1946). 572, 1ª

NULIDADES

— 125 —

El numeral 2º del Artículo 451 del Código Judicial estatuye que es causal de nulidad del juicio de apremio, la falta de formalidades para hacer el remate de bienes. Y el 457 autoriza que se alegue esta nulidad en juicio ordinario. Las formalidades del remate están señaladas en los artículos 1038 a 1046 del C. J., y ellas están destinadas a que el acto tenga suficiente publicidad a fin de provocar la mayor concurrencia de postores, facilitándoles que hagan libremente sus propuestas y garantizar que la enajenación se realice en las mejores condiciones de precio y en ambiente impropicio al éxito de maniobras o combinaciones dirigidas a perturbar el acto. La firma del acta de remate por el secretario, si es verdad que está exigida de modo general por el artículo 121 del C. J., que impone a los secretarios autorizar todos los actos procesales que suscribe el Juez, formalidad que indudablemente está dirigida a darle mayor autenticidad a la firma del juez, sin embargo no es de aquellas formalidades a que se refiere el artículo 451, cuya ausencia autoriza el ejercicio de la acción de nulidad del remate en juicio separado. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 11 de 1946). 85, 1ª

NULIDADES

— 126 —

Hay que distinguir entre la nulidad de una actuación y la ventilación en juicio ordina-

(1) Concordancias: Sentencia de 9 de junio de 1892, Tomo VII, Nº 344, f. 261; 30 de junio de 1893, Tomo VIII, Nº 406, páginas 340 y 341; 12 de junio de 1923, Tomo XXX, Nº 1548, págs. 59 y 60; 19 de agosto de 1935, Tomo XLII, Nº 1900, págs. 372 y 373, y 26 de agosto de 1938, Tomo XLVII, Nº 1940, p. 66.

rio de lo fallado en uno especial. Para esto último no es necesario que haya habido irregularidades procedimentales en ese juicio especial, ni esa posibilidad la abre la ley por motivo de irregularidad de ese orden. La establece con la mira de estudiar en determinados casos nuevamente y con la amplitud que un juicio ordinario ofrece, lo contenido en el especial. De ellos es ejemplo la sentencia de excepciones en el ejecutivo. Muy diferente de eso es la nulidad nacida de irregularidades procedimentales, sobre las cuales debe recordarse que no todas tienen esa calidad o categoría. Así, el Código Judicial establece que son causas de nulidad en todos los juicios las de su artículo 448, con las salvedades de los dos artículos subsiguientes (449 y 450), y agrega para el juicio ejecutivo las del artículo 451, de las cuales la segunda se extiende por el artículo 452 a todos los juicios especiales en que haya remate de bienes. Para el de concurso de acreedores hay, sobre ilegitimidad de la personería, la limitación del artículo 453.

La potestad que el artículo 456 confiere a las partes para pedir la declaración de una nulidad está condicionada allí mismo en tiempo y lugar en esta forma: ha de ejercitarse precisamente dentro del juicio mismo en que ella haya ocurrido y antes de dictarse sentencia. Por excepción puede ejercitarse en juicio distinto en el caso especial contemplado por el artículo 457. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 10 de 1946). 738, 1ª

NULIDADES EN EL PROCESO PENAL

— 127 —

Lo que el artículo 345 de la ley 105 de 1890 exige es que en la parte resolutiva del auto de proceder se indique el cargo mencionando el delito con la denominación que le da el Código Penal en el respectivo capítulo, o en el correspondiente título cuando éste no se divida en capítulos, como homicidio, heridas, robo, hurto, estafa, etc.

Una irregularidad, un error no sustancial, no constituye nulidad. Esta sí es tesis muy fundada de la Corte, repetida en muchos fallos. Un error que no afecta la integridad del proceso, que no siembra confusión alguna en el ánimo del procesado ni en quien lo defiende, ni en los Jurados, ni en el Agente del Ministerio Público, que no va contra las garantías constitucionales de la persona sometida al juicio como el hecho de no citar en el auto de proceder el Capítulo y Título en que figura el delito materia de la imputación, no puede producir nulidad del proceso en que el delincuente sabe por qué se le juzga, de qué cargo debe defenderse y de él se ha defendido con precisión y abundancia. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 10 de 1946). 530, 1ª

NULIDAD POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

— 128 —

La Sala de Negocios Generales tiene establecida la siguiente doctrina, aplicable especialmente al caso de competencia por la calidad de las partes:

"Las disposiciones sobre jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales por razón de la naturaleza del asunto y de la calidad de las partes, son de orden público, como ya lo ha reconocido esta Sala en anteriores casos fundada en las disposiciones de carácter especial de los artículos 150 y 151 del Código de Procedimiento Civil (véase Gaceta Judicial número 1890, pág. 743, marzo de 1942), y su falta de observancia da lugar a nulidad insubsanable por la ratificación de las partes, por lo cual, cuando este caso ocurre, se hace innecesario llevar al conocimien-

to de aquélla la existencia de tal causal de nulidad, debiéndose entonces decretar ésta de plano.

"Cierto que el numeral 3º del mismo artículo 449 del Código Judicial, dice que no puede alegarse nulidad por incompetencia de jurisdicción 'si la jurisdicción es improrrogable, y se ratifica expresamente lo actuado', pero considera la Sala que este caso no puede comprender el de prórroga de jurisdicción cuando la competencia se refiere a la naturaleza del asunto y a la calidad de las partes, porque en tal caso, para que deje de ser improrrogable se necesita disposición expresa. (Código Judicial, artículo 151)". (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). 638, 1ª

ORDENANZAS DE LAS ASAMBLEAS

— 129 —

Las Ordenanzas de las Asambleas departamentales que votan un auxilio a favor de determinada persona no prestan por sí mismas mérito ejecutivo, pues no contienen una obligación de naturaleza expresa, clara y actualmente exigible de pagar una suma de dinero. Son creadoras apenas de una situación individual jurídicamente apta para una operación administrativa posterior que se concreta en el deber jurídico de incluír en el presupuesto de cada año las partidas acordadas, mientras las Ordenanzas respectivas estuvieren en vigencia y el beneficiario conserve su aptitud para percibirlas. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 6 de 1946). 611, 2ª

— P —

PACTO COMISORIO

— 130 —

El pacto comisorio consiste, de acuerdo con el artículo 1935 del Código Civil, en la estipulación expresamente convenida e inserta en el contrato de venta de que no pagándose el precio al tiempo convenido, se resolverá el contrato, y en la declaración de voluntad a que alude el caso de autos no se hizo depender la vigencia del contrato de una condición de esa naturaleza y contenido, pues allí solamente se estipuló la facultad del tradente para pedir la resolución del contrato en caso de que la adquirente no cumpliera, entre otras, con la obligación que había contraído a su cargo de pagar la renta periódica fijada en la suma de $ 20.00 pesos mensuales, y esa estipulación constituye una clásica condición resolutoria, al tenor del artículo 1536 del C. C., ya que por el cumplimiento del hecho previamente convenido entre las partes se extinguía el derecho que a la señora N. N. le otorgaba el contrato.

Por medio de la estipulación para otro el estipulante y el promitente no contraen obligaciones recíprocas de ninguna clase, al paso que en el contrato de renta vitalicia ambos contratantes se obligan recíprocamente. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 44, 2ª

PARTICION

— 131 —

Ha sido norma sostenida en reiterada jurisprudencia la de que en el recurso de casación contra sentencias dictadas en juicios divisorios son inadmisibles alegaciones que tiendan a plantear discusión sobre aspectos de la partición no propuestos en el incidente de objeciones, ya que éste es el que fija los puntos de controversia en tales juicios.

Según el artículo 965 del C. J. reformada una partición en los términos ordenados por el Juez, éste la aprueba. No exige, por tanto, la ley nuevo traslado. Y la razón es clara: el traslado de la partición tiene por objeto dar

cabida al incidente de objeciones, que no se presenta sino una sola vez, respecto de la primera partición. De otra manera podían ser indefinidas las objeciones a una partición, por cuanto a cada nuevo trabajo podría proponérsele nueva objeción. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 q 2036, julio 24 de 1946). 766, 2ª y s. s.

PENSIONES

— 132 —

Cuando entró a regir la ley 71 de 1945, el hecho o sea la apelación que dio lugar a la segunda instancia, ya estaba completo, lo que significa que debe ser la ley antigua (la 22 de 1942), la aplicable. Si se tuviera en cuenta la ley 71 , se modificaría una situación procesal consumada, a cuyo amparo el demandante podría reclamar la intangibilidad del fallo, habida consideración a que el señor Procurador estimó que no era desfavorable al Estado aquel proveído como antes se vio. Oficiosamente no podría el juzgador desconocer la situación procesal creada por esta circunstancia a favor del actor, porque ello equivaldría a quebrantar el artículo 40 de la ley 153 de 1887.

De todo lo anterior se infiere que investida la Corte de la jurisdicción en esta segunda instancia, en virtud de un acto procesal ya realizado, es decir, en fuerza de la apelación del señor Fiscal del Tribunal, debe ser la ley antigua la que ha de tenerse en cuenta y no la nueva, para dar cabida a una consulta entonces inexistente. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 25 de 1946). ..... 325, 1ª y 2ª

PENSIONES DE JUBILACION

— 133 —

La pensión de retiro es una retribución pecuniaria pagada periódicamente, en principio hasta la muerte, a un agente público que ha llenado todas las condiciones legales y que se halla desinvestido de su función en razón de una decisión regular que lo ha declarado en retiro del servicio. La pensión no tiene carácter contractual y su régimen jurídico es fijado por la ley y por los reglamentos. La pensión de retiro se distingue del sueldo, aunque se ha dicho que ella no es sino un sueldo especial. El sueldo supone el ejercicio activo de la función. La pensión, que el agente público ha dejado de ejercer la función y de recibir el sueldo. El régimen jurídico de la pensión de retiro, como el del sueldo, depende de la naturaleza jurídica de la pensión. En tanto que las condiciones legales no se han llenado (pensión eventual) el agente público se halla en una situación legal y reglamentaria; cuando las condiciones legales se han llenado, aquél se encuentra en una situación jurídica individual. Siendo la pensión eventual una situación jurídica objetiva, legal, puede ser modificada para el porvenir, en cualquier instante, por la ley, sea en su cuantía, sea en sus modalidades. Cuando las condiciones legales se han llenado, el funcionario tiene una acreencia propiamente dicha, por hallarse colocado en una situación jurídica individual.

Desde que un agente público ha llenado las condiciones preestablecidas y se ha producido por los medios legales el reconocimiento de una pensión en su favor, tiene el STATUS que corresponde a una pensión ADQUIRIDA. El derecho del agente público es entonces irrevocable en el sentido de que las condiciones, las bases de la liquidación, las tarifas que resultan de los textos legislativos en vigor en tal momento no podrían ser modificadas en detrimento suyo. Pero, no obstante lo dicho, las pensiones ya decretadas pueden ser afectadas por suspensión en el goce de ellas o por pérdida o caducidad definitiva del derecho a las mismas, en ciertos casos señalados limitativamente, como sanción esta-

blecida en las leyes. La residencia fuera del territorio nacional de un pensionado militar sin autorización de su gobierno, suspende de ordinario el goce de la pensión. Y la pérdida definitiva de la pensión ocurre en los casos de pena de degradación de los militares.

El sueldo EVENTUAL y la pensión EVENTUAL se asemejan; pero la pensión ADQUIRIDA no puede confundirse con un sueldo eventual. Si, como lo dice Bonnard, la pensión es una prolongación del sueldo, importa no aplicar a esa prolongación de sueldo el concepto de su revocabilidad a voluntad del Estado, confundiendo situaciones jurídicas diferentes y aplicando al régimen de las pensiones adquiridas el régimen de los sueldos eventuales; pues la lógica impone que la aplicación de esos principios se haga en forma distinta: el régimen del sueldo eventual a la pensión eventual, y el régimen del sueldo devengado a la pensión adquirida. No es igual la espectativa que tiene el empleado público a los sueldos no devengados, que la que tiene un pensionado a las mensualidades de su pensión legalmente decretada. El sueldo no se debe sino cuando el agente público ha prestado el servicio propio de su función, es decir, que el sueldo implica la prestación del servicio después del nombramiento y posesión del empleado; las pensiones se deben desde cuando se decretan porque ellas no están subordinadas a la prestación de ulteriores servicios por parte del pensionado, pues éste los prestó ya antes del acto de reconocimiento de su derecho. Una pensión decretada constituye una situación jurídica concreta que no se halla sometida a la ejecución de acto alguno posterior por el pensionado para que ella se mantenga. La pensión equivale a un sueldo ya causado, es la retribución de servicios prestados, no por prestarse. Es, pues, evidente, por aplicación de los principios generales del derecho público que dominan la materia, que el Estado está en el deber de satisfacer la prestación pecuniaria preestablecida, cuando el agente público ha llenado las condiciones legales para merecer la pensión y ésta se ha decretado por la autoridad competente. Tal ventaja personal del funcionario constituye un STATUS, una situación jurídica individual, intangible, respecto de las pensiones ADQUIRIDAS.

A esta deducción se llega, según se ha visto, atendiendo a la naturaleza de la pensión cuando se trata de funcionarios o empleados públicos por su carácter compensatorio o retribución diferida de servicios prestados. Se advierte que esta conclusión no comprende otras pensiones que no tienen carácter, por no asignarse en razón de servicios sino por motivos distintos.

Decretada la pensión en virtud de sentencia de la autoridad competente constituye un derecho "adquirido", garantizado en la Constitución e invulnerable por leyes o actos administrativos o jurisdiccionales posteriores. Esto sin perjuicio, naturalmente, de las acciones de revisión en los casos en que jurisdiccionalmente hay lugar a ellas (Arts. 164 y ss. de la ley 167 de 1941); sólo que al hacerse la revisión, cuando sea procedente, se tendrá como base obligatoria la de que la cuantía de la pensión reconocida no puede disminuírse, porque ello quebrantaría el derecho adquirido. Siendo de advertir que la intangibilidad del derecho adquirido no se opone a la revisión en que se reconozca un aumento de la cuantía fijada en el acto que decretó la pensión; porque la elevación de las cuantías dispuesta en una ley o en otro medio general que no excluya expresamente del aumento a los ya pensionados, ha de aplicarse a todos, en atención a su generalidad, a la voluntad con que lleva la ley un beneficio adicional o complementario de los ya reconocidos y por el espíritu social que informa la nueva disposición legislativa, el que impone la igualdad ante

ella de todos los servidores del Estado que hayan llenado los presupuestos preestablecidos para merecer la pensión.

El Estado actúa en sus relaciones con los particulares, bien por los procedimientos de derecho público, bien por los de derecho privado. Pero en uno y otro caso, de los actos del Gobierno resultan relaciones de derecho con terceros y de ellas surgen derechos y obligaciones recíprocas en favor y a cargo de la Nación y de las personas con las cuales se relacionan los distintos actos del Estado. Estas obligaciones son igualmente respetables y comprometen de idéntica manera a la Nación, así provengan de actos suyos administrativos puramente, o contractuales. Y los particulares que entran en relaciones con el Estado adquieren derechos tan dignos de respeto cuando emanan de actos del Estado como entidad de derecho público, como cuando provienen de actos del Estado en su condición de persona jurídica (Sentencia, Sala Plena, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 18 de 1946). 7ª y s. s.

PENSIONES DE LOS MIEMBROS DEL ORGANO JURISDICCIONAL

— 134 —

La sentencia referente a un asunto de pensión de jubilación de un miembro del órgano jurisdiccional debe proferirse por la Sala Civil del Tribunal y no por la Sala Plena. Si así no se hiciere se incurre en nulidad por incompetencia de jurisdicción improrrogable (Artículos 77, 79, 87, C. J., 460, ibid). (1). (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, abril 1º de 1946). 559, 2ª

(1) Por ministerio de la Ley 95 de 1946, conoce hoy de las pensiones de jubilación de los miembros del Organo Jurisdiccional, la Caja de Previsión Social Judicial, de manera privativa.

PERDIDA DE LA NACIONALIDAD COLOMBIANA

— 135 —

En armonía con el artículo 9º de la Constitución, para que una persona de nacionalidad colombiana adquirida por nacimiento, pierda esta nacionalidad, es preciso desde luego que obtenga carta de naturalización en país extranjero. Esta disposición es un genuino reflejo de la sana doctrina internacional sobre esta materia, ya que se trata precisamente de evitar la situación internacionalmente inconveniente del posible resurgimiento de los APATRIDAS, merced a la pérdida de la nacionalidad cuando al propio tiempo no se ha adquirido una nueva patria. Y sea el momento de observar que en los antecedentes de nuestra disposición constitucional aparece señalado este mismo fin como propio de su institución. Por lo demás, del contenido de dicho artículo 9º se sigue que no basta el requisito de la fijación de domicilio en el exterior por parte de quien se indica como nacional por nacimiento para la pérdida de la nacionalidad colombiana, ya que se requiere, además, para el caso, que se haya obtenido la correspondiente carta de naturalización en otro país. Esa carta de naturalización, según la noción que traen los internacionalistas, armoniza con el artículo 8º (véase ordinal 2º) de nuestra Constitución y con la ley 22-bis de 1936 sobre naturalización de extranjeros; es el documento solemne por el cual un Estado constata conferir su nacionalidad a una persona natural, no en atención a su nacimiento sino a la ADOPCION voluntaria de tal persona. Se comprende así que no existe acción sobre pérdida de la nacionalidad de una persona, basada sólo en el cambio o abandono del domicilio colombiano. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030, 2031, marzo 9 de 1946). ..... 320, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

— 136 —

En un contrato bilateral en que una de las partes está libre de incumplimiento de lo de su cargo y la otra ha faltado en todo o parte a lo del suyo, incurriendo así en culpa, aquella tiene opción para insistir o desistir y, en uno y otro caso, para que el culpado le indemnice el perjuicio; pero, como es de lógica elemental, para que haya lugar a indemnización se requiere que haya perjuicios, los que deben demostrarse porque la culpa, por censurable que sea, no los produce de suyo. Vale esto como decir que quien demanda que se le indemnice debe comprobar que los ha sufrido. Más todavía: bien puede haber culpa y haberse demostrado perjuicios y, sin embargo, no prosperar la acción indemnizatoria, porque no se haya acreditado que éstos sean efecto de aquella; en otros términos, es preciso establecer el vínculo de causalidad entre una y otros. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). T. 61, 1ª

PERJUICIOS

— 137 —

En toda sentencia condenatoria por infracciones de que resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, debe condenarse solidariamente a los responsables a la indemnización de todos los perjuicios que se hayan causado (Artículo 92 C. P.). Dos cosas comporta esa condena: el señalamiento de los daños o perjuicios y la estimación de la cuantía. Según ya se dijo, el Juez está obligado a hacer la condena al pago de los daños causados por el hecho ilícito, porque eso forma parte de su misión represiva del delito y así lo ordena expresamente la ley penal. Lo cual implica que en la sentencia tiene que señalar en forma clara y precisa cuáles son los perjuicios que la infracción ha causado, si éstos se pudieron materializar u objetivizar a la vez que los hechos que los produjeron. Pero otra cosa es la fijación de la cuantía del resarcimiento. De acuerdo con el sistema del código, el juez debía, MOTU PROPRIO, o de oficio, designar el perito o peritos que avaluaran los daños (artículos 453 a 455 del C. de P. P.). Estaba ese proceder de acuerdo con la doctrina de que la indemnización forma parte de las sanciones y muy en armonía con la lógica, pues si en el juicio penal se averigua el hecho o la culpa que es causa de los perjuicios, es obvio que la sentencia debe fijar su monto, al menos como norma general. Pero la ley de 1943 quebrantó esa armonía al sujetar el avalúo de los perjuicios a la petición de los interesados, como si la condena al resarcimiento fuera asunto de interés meramente privado. En los artículos 24 y 25 de dicha ley se dice que en el auto en que el juicio se abra a pruebas, o antes de señalar día y hora para la audiencia, debe el juez nombrar perito o peritos que hagan el avalúo de los daños y perjuicios civiles "si así se pidiere" o si fuere "solicitado por alguna de las partes". Esto significa que si las partes no piden el justiprecio de los daños causados por una infracción penal, el juez tiene que hacer una condena **in genere**, para que en juicio separado se cobren y avalúen debidamente.

Si el juez en lo penal, en su sentencia, ha hecho una condenación **in genere**, dejando debidamente señalados los hechos y circunstancias que ocasionaron los daños, no se puede concluír en forma alguna que se violó la ley penal sustantiva, o con más pertinencia, que el fallo no está en consonancia con las pretensiones de las partes oportunamente alegadas, si éstas en tiempo no pidieron que se hiciera el avalúo de los perjuicios

de que tánto se ha hablado. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 27 de 1946). 545, 1ª y 2ª.

PERJUICIOS

— 138 —

La conveniencia de que obre en un proceso una prueba tan completa cómo la que indica el Tribunal en el caso de autos, para probar la muerte de una persona por electrocución, es indiscutible, entre otras razones, como primaria, por la certeza que suministra; pero de ahí no puede deducirse que el sentenciador, a pretexto de no disponer de ese preciso elemento probatorio, esté autorizado para desoír los restantes que se hallen en un expediente. Por el contrario, está obligado a estudiarlos, a apreciarlos como manda el artículo 601 del C. J. y a recordar cuál es el objeto de los procedimientos y cuál el fundamento de las decisiones judiciales según los artículos 472 y 593 IBIDEM. Cuando la ley impone la solemnidad de un instrumento público, la falta de él no puede suplirse, y así lo previene el C. C. en su artículo 1760. De ello es ejemplo la venta de bienes raíces, servidumbres y sucesión hereditaria, según el artículo 1857 de ese Código. Del propio modo, no hace fe el título sujeto a inscripción o registro cuando carece de esta formalidad (artículo 2673 de allí), por lo cual el artículo 630 del C. J. exige para la escritura pública esa nota como requisito para que se la acepte o estime como prueba.

Para justipreciar los perjuicios morales la Sala, acorde con la de Negocios Generales ha recurrido, en defecto de guía más precisa y segura, al artículo 95 del Código Penal.

Cuando se dispone de la base firme de una certidumbre, se abre el campo a los perjuicios futuros, como en el caso de muerte del padre de familia que con el fruto de su trabajo sostiene y habría de seguir sosteniendo mientras viviese a su mujer y a sus hijos, o a su madre. En este último caso, v. gr., tomando en consideración la duración probable de la vida de uno y otro, lo que éste producía, el costo de la vida, etc., se llega a la fijación del monto de una indemnización a cuya condena da base cierta el conjunto de estas circunstancias y las concomitantes; de suerte que, en estableciéndose la culpa y consecuencial responsabilidad, se decreta la indemnización. Pero cuando no se han producido tales circunstancias, la mera conjetura, presunción o esperanza de que habrían de producirse con el andar de los años, no da asidero al concepto de perjuicios efectivos ni, por ende, materia para condenar. Y como es obvio, si ésta falta, no hay lugar a decreto de indemnización, pues sería ilógico pensar en ésta no habiendo aquéllos. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 2 de 1946). ..... 498, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

— 139 —

En relación con los arreglos que pueden hacer con los particulares las empresas ferroviarias para el pago de perjuicios, hay que advertir que el artículo 27 de la ley 76 de 1920 aconseja esa medida como preliminar cuando quiera que los ferrocarriles hayan causado daños. Establecida la carencia del daño, mediante la correspondiente investigación por la empresa, debe ésta procurar, dice la ley, el arreglo amistoso. Pero la misma disposición agrega: "quedan a salvo los derechos de las partes para ocurrir al Poder Judicial". Tal salvedad da margen para creer que los arreglos intentados en conformidad con ella no alcanzan a tener la consistencia

de cosa juzgada que el artículo 2483 del Código Civil les asigna a las transacciones, ni contrarrestan la pretensión de quienes, como en el caso de autos, demandan a la empresa del ferrocarril. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, abril 12 de 1946). 573, 2ª

PERJUICIOS MORALES

— 140 —

La satisfacción pecuniaria que se concede por concepto del perjuicio moral subjetivo causado a la víctima del delito o de la culpa carece, indudablemente, de la debida precisión por la dificultad de determinar y avaluar aquél en las mismas condiciones empreadas respecto al perjuicio simplemente material. De ahí que en la práctica judicial se haya hecho uso de diversos sistemas con el objeto de que la estimación se aproxime lo más posible a las consecuencias del daño sufrido, pero es lo cierto que un método susceptible de garantizar en cada caso este ideal de justicia reparatoria está aún lejos de ser alcanzado. Como todos los fenómenos del alma humana el dolor, la pena, la sensación de desamparo y desconcierto que experimenta quien es víctima de un acontecimiento delictuoso o culposo comporta diversos grados, y es variable y cambiante como lo es la individualidad psíquica del hombre. El suceso desgraciado que a un sujeto dado ocasiona un dolor muy intenso que repercute profundamente en el terreno de sus sentimientos hasta el extremo de producirle alteraciones emocionales de consecuencias graves, en otra persona de diferentes condiciones no produciría los mismos trastornos ni en igual grado de intensidad.

Aparte de estos factores de índole interna, que pertenecen por completo al dominio de la psicología y cuya comprobación exacta escapa a las reglas procesales, existen otros elementos de carácter externo como son los que integran el hecho antijurídico que provoca la obligación de indemnizar, las circunstancias y el medio en que el acontecimiento se manifiesta, las condiciones sociales y económicas de los protagonistas y, en fin, todos los demás que se conjugan para darle una individualidad propia a la relación procesal y hacer más compleja y difícil la tarea de estimar con la exactitud que fuera de desearse la equivalencia entre el daño sufrido y la indemnización reclamada. La ley ha dejado al prudente arbitrio del juez la fijación de la cifra que en cada caso debe reconocerse. La jurisprudencia de la Corte ha adoptado para esto la aplicación del artículo 95 del Código Penal.

Se ha dicho que el perjuicio moral objetivado se concreta en las repercusiones de carácter económico que experimenta la víctima del daño y que la disminución patrimonial sufrida debe aparecer demostrada suficientemente en el juicio para poder ser reconocida. No es por eso aceptable la tesis de que siempre que existe el daño moral éste se presenta en su doble aspecto —subjetivo y objetivado— y que a ambos debe extenderse el amparo indemnizatorio. Por el contrario —y es esto lo que acusa la realidad social en la cual se desenvuelve la actividad de los jueces— ocurre que si una persona recibe un agravio en sí misma o en su honra el perjuicio moral subjetivo aparece inexorablemente y tiene el carácter de indemnizable; pero si la lesión o la ofensa recibida apenas produce el dolor o la aflicción, sensación de menoscabo en la reputación social, pero no una disminución de la capacidad productiva habitual, entonces no cabe hablar del daño moral objetivado. Por lo cual lo primero que es indis-

pensable comprobar en los casos judiciales en que tales problemas se ventilan es que ha sobrevenido una merma patrimonial, expresada concretamente, y que esa merma tiene su origen en la pena o el dolor que, por su intensidad sea capaz de inhibir la voluntad para el trabajo o reducir los rendimientos que el damnificado derivaba de él. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 20 de 1946). 289, 2ª

PERJUICIOS POR ELECTROCUCION

— 141 —

Está ya suficientemente definido por la doctrina que el Estado, al igual que las personas naturales y las demás personas morales con personería jurídica, tales como los Departamentos y los Municipios, responden tanto de sus propias culpas, como de las cometidas por sus agentes o empleados con ocasión de la prestación de los servicios públicos. El actor, en las acciones por culpa delictual y cuasi-delictual, está generalmente obligado a dar la prueba de la culpa. Pero tal regla tiene a veces sus excepciones cuando las circunstancias en que se ha realizado el hecho de donde se deduce la responsabilidad revelan la existencia de una culpa, cuya prueba predilecta y específica no se le exige en casos tales al demandante. Así ocurre cuando la víctima ha sido ajena a la ejecución del hecho consumado en virtud de actividades de manifiesta índole peligrosa en relación con terceros, pues a aquélla le basta probar que el daño lo sufrió por razón o con motivo de semejantes actividades para que el autor del daño se presuma culpable, con lo cual el damnificado ha cumplido su papel probatorio. Estos principios están expresamente consagrados, entre otras disposiciones legales, en el artículo 2536 del Código Civil en el cual la Corte ha encontrado constantemente, a partir de la sentencia del 14 de marzo de 1938 (G. J. Nº 1934), que se establece una presunción de culpabilidad a cargo del autor del daño originado en el manejo, empleo o uso de elementos peligrosos, que releva a la víctima de suministrar la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, bastándole sólo demostrar el hecho dañoso y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio sufrido, para echar sobre el autor del daño la obligación de acreditar una causa destructora de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad, lo cual sólo puede lograr mediante la demostración de uno de estos tres factores: fuerza mayor, caso fortuito o intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya determinado la consumación del accidente, y el cual puede consistir en un error de conducta de la propia víctima, pues para exonerarse de toda responsabilidad en el caso de que se viene hablando no es suficiente la simple prueba de la diligencia y cuidado por parte de quien ha debido emplearlos. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 3 de 1946). 725, 2ª

PETICION DE HERENCIA

— 142 —

Por la transmisión sucesoral, o sea por la vocación hereditaria, el heredero se encuentra desde la apertura de la causa mortuoria en sustitución del difunto. Adquiere el heredero todos sus derechos de administración y goce, el ejercicio de todas las acciones transmisibles que pertenecían al difunto, reales o personales, posesorias o petitorias.

En presencia de un contradictor calificado o pretendido heredero, el heredero verdadero debe dar la prueba de su título. Para establecer una calidad que le es personal, las acciones del difunto no le serán de utilidad; es necesario una acción especial, nacida de su

persona y que sea la consecuencia de su vocación hereditaria. Esta acción es la petición de herencia. Podría definirse ésta como la acción real dada al heredero contra aquellos que, pretendiendo tener derecho en la sucesión, la retienen en el hecho, en su totalidad, o en una parte. Se funda, pues, en el derecho que tenga el demandante a la herencia ocupada por otro en calidad de heredero, derecho que dimana del carácter de tal que compruebe como prevaleciente sobre la misma calidad que pretende tener el ocupante de los bienes hereditarios. Se discute, pues, la determinación de tal carácter. Es acción real porque nace del derecho real de herencia (art. 665 C. C.). En un amplio significado el heredero es propietario de la sucesión y poseedor legal de ella, desde el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata.

El heredero triunfante en petición de herencia obtiene la adjudicación de ésta, y la restitución consiguiente de los bienes relictos, aún de los que el difunto tenía a título precario, de los aumentos y frutos; es decir, de la cosa demandada y sus accesorios (Art. 1321 C. C.). Al fallecer una persona, su heredero puede encontrarse con respecto a la universalidad herencial o a determinados bienes de ésta, en cualquiera de los casos siguientes: a) En presencia de terceros que posean bienes singulares de la mortuoria a título de dueños; b) Ante terceros que ocupan la herencia a título de herederos; c) Ante terceros que están en posesión de determinados bienes herenciales por haberlos adquirido de manos de herederos putativos. En tal evento el heredero puede ejercitar las acciones que le competen, así: por medio de acciones petitorias o posesorias, reales o personales, que corresponderían al causante si él estuviera vivo. Obra como representante jurídico del difunto y no habiéndose liquidado la herencia debe demandar para ésta, para la universalidad herencial. En el segundo caso le corresponde entablar contra el heredero putativo, contra quien ocupa la herencia como tal, la acción de petición de herencia, la cual tiene como objeto la adjudicación de los bienes a favor del actor y la restitución de los mismos. El demandante debe demostrar su condición de heredero de mejor derecho. Este es el título de su acción. Se discute ante todo la calidad de heredero. Y por último, cuando los bienes están en poder de un tercero que los adquirió del heredero putativo, de quien pretendiéndose heredero liquidó a su favor la causa mortuoria y se constituyó en titular de los bienes herenciales por cancelación del registro hecho en cabeza del causante; entonces el heredero verdadero, el legítimo titular de la herencia debe, por una parte, discutir con el putativo el título de tal, demandar de éste la entrega de la herencia y dirigir a su vez la acción de reivindicación, aún dentro del mismo juicio, contra el poseedor de bienes determinados de la mortuoria, para que éste sea condenado a restituírlos. En este último caso cabe, a su vez, una distinción: si el heredero verdadero es único y el putativo liquidó la herencia mediante los trámites correspondientes, hasta el registro de la partición y sentencia aprobatoria, entonces bastaría entablar la acción de petición de herencia y reivindicar para sí, de manos del tercero, los bienes poseídos por éste. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 49, 2ª

PETICION DE HERENCIA

— 143 —

En la acción de petición de herencia el demandante, invocando título preferente o concurrente de heredero contra el que alega el demandado, intenta excluír a éste, total o parcialmente, de la partición de los bienes hereditarios. Por eso esa acción, como su sentido lo indica, se propone por el heredero que

se cree con mejor derecho respecto del que está ocupando la herencia, en todo o parte, para que éste se la restituya. De ahí que sea esencial que la acción se dirija contra el ocupante de los bienes a título de heredero, pues de otra manera no podría ordenarse la restitución. La acción de petición de herencia tiene analogía con la de reivindicación, pues una y otra persiguen la restitución de bienes al verdadero titular del derecho de propiedad. Arts. 132 y 946 C. C.). (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 10 de 1946). 741, 2ª

PETROLEOS

— 144 —

Si la comunidad es un estado de copropiedad y son de otro lado los propietarios del yacimiento respectivo las personas llamadas a hacer la oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleos, es manifiesto que los referidos propietarios en la comunidad están jurídicamente obligados a comprobar en el juicio el condominio aludido. Esa comprobación de la copropiedad en tratándose de bienes raíces, operada a partir de la fecha de vigencia del actual Código Civil, ha de consistir en la prueba de adquisición por escritura pública, o por documento auténtico de adjudicación de la cuota parte correspondiente en el bien respectivo. Habría de resultar de tales documentos si la propiedad del bien existe hoy en común, así como la cuota que cada comunero tenga en la comunidad. Por otra parte, sólo en caso de existir la comunidad o copropiedad entre las personas que se hacen figurar como actuales comuneros podría ser tal comunidad organizada desde luego mediante el nombramiento de un administrador y según lo preceptuado en los artículos 16 y siguientes de la ley 95 de 1890.

Si no se halla legalmente comprobada la existencia de un administrador de la comunidad, conduce la lógica a admitir que la gestión de cualquiera de los comuneros aprovecha a la comunidad cuando se trata precisamente de la conservación de la propiedad y posesión del bien respectivo. El comunero tiene, en efecto, interés legítimo en tal representación, ya que el reconocimiento de su derecho como comunero presupone el necesario reconocimiento de la propiedad privada sobre el bien respectivo en forma de condominio. Si no hay administrador de la comunidad es natural admitir desde luego que el interés propio del comunero mismo le da legítima personería para la defensa del bien común. (Artículo 22, L. 95 de 1890). Especialmente en casos de la naturaleza del actual si se comprueba que efectivamente el llamado comunero es en realidad un copropietario privado del yacimiento, es ello suficiente para que deba darse por eficaz en su integridad la oposición presentada, ya que no se explica, por regla general, el que una persona particular pueda tener una cuota parte en el dominio del bien respectivo y el que al propio tiempo pueda rechazarse la oposición presentada como si se tratara de un bien del Estado, ordenando la celebración en tal virtud del correspondiente contrato de concesión con el Gobierno Nacional. Con razón el artículo 285 del Código de Minas, en materia que si acaso no fuere directamente aplicable es al menos afín a la estudiada en el caso de autos, estatuye lo que ese artículo reza. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 13 de 1946). 281, 1ª y 2ª y s. s.

— 145 —

POSESION

La unión o incorporación de posesiones de que hablan los artículos 778 y 2521 del C. C. tiene que realizarse a través del vínculo jurídico de causante o sucesor, que es el puen-

te por donde el primero transmite al segundo, a título universal, por herencia, o singular, por contrato, las ventajas derivadas del hecho de una posesión que se ha tenido. No puede concebirse el fenómeno de la incorporación de posesiones en las que están aisladas unas de otras, en que no haya mediado transmisión de una persona a otra, bien por herencia, o legado, o bien por contrato o convención. De ahí el artículo 778 del C. C. De consiguiente, terminada por cualquier causa, aun voluntaria, la posesión de una persona sobre la cosa, si otra la toma, sin transmisión de dominio o propiedad, no hay lugar a unión de posesiones. Será el caso del artículo 778. Tampoco se efectúa la incorporación, entre dos poseedores convenidos y simultáneos, en el supuesto de que uno de ellos, por muerte o por otra causa, se desapodere de la cosa. Los dos poseerían así en indivisión. Desaparecido uno de los sujetos de ésta, sin dejar sucesor universal o singular, el otro necesitaría empezar nueva posesión unitaria sobre la cosa, abandonando el ánimo de comunidad y sólo desde este momento podría correr el lapso de tiempo de la prescripción sobre toda cosa. En el caso de autos ha debido pedirse la declaración de prescripción en beneficio de la sociedad conyugal. (Casación, LX, Nros. 2034, 2035 y 2036, agosto 14 de 1946) ..... 810, 1ª y 2ª

POSESION PARA LA PRESCRIPCION ORDINARIA.

— 146 —

Ya ha dicho la Corte que "tratándose de inmuebles, la posesión requerida para la prescripción ordinaria la constituye la tenencia de la cosa con ánimo de señor y dueño, acompañada de justo título registrado, aunque el título no provenga del verdadero dueño y el registro a favor de éste no se haya anulado por su propia voluntad o por mandato judicial", y que "la existencia de un título del prescribiente no destruye la presunción de buena fe de que trata el artículo 769 del Código Civil, pues si así fuera no tendría lugar nunca la prescripción adquisitiva ordinaria de bienes raíces contra un título inscrito, prescripción reconocida por el artículo 2526 del Código Civil". (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 11 de 1946). 748, 1ª

PRESCRIPCION

— 147 —

Para que tenga lugar la prescripción especial de que habla el artículo 12 de la ley 200 de 1936 es necesario, entre otras cosas, que exista en el poseedor la creencia fundada de que no hay más dueño que el Estado, del lote que posee, y que el lote de terreno del cual forma parte el poseído no esté o haya estado demarcado con cerramientos artificiales, ni existan señales inequívocas de propiedad particular. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, agosto 30 de 1935). 353, 2ª

PRESCRIPCION DE TIERRAS REALENGAS. — DECLARACION DE PRESCRIPCION ACTUAL, PREVIO EL REQUISITO DE LA POSESIÓN REAL Y EFECTIVA O DE LA EXPLOTACION ECONOMICA

— 148 —

En el reconocimiento del dominio de tierras por particulares las leyes de la época colonial y las de la República han exigido la comprobación de haberse desprendido el Estado de ellas por los medios legales, de haberse adjudicado los realengos o las tierras baldías y de haberse recibido el título comprobatorio de ese acto administrativo. La autoridad judicial, que es a la que compete

el reconocimiento de los estados jurídicos sobre tierras, no puede desatender el imperio de estas reglas de derecho público, a las cuales es preciso sujetarse para que se dé nacimiento, dentro del derecho privado, a la propiedad particular de las tierras, la que una vez producida legalmente puede transmitirse de conformidad con el derecho común. En el caso del proceso el hecho de hallarse las tierras de que trata el aviso en poder de particulares en el año de 1791 y después cuando las autoridades intervinieron en relación con ellas, y el hecho de tal intervención, no son bastantes para producir jurídicamente un reconocimiento a favor de particulares frente al Estado, del dominio sobre esas tierras. Los medios previstos por las leyes son otros.

En la sentencia de la Corte de fecha 5 de agosto de 1942 se estudió ampliamente el asunto referente a la prescripción de tierras, el que de conformidad con el estudio hecho en esa sentencia se separa o divide en dos partes, concerniente la una a la prescripción regulada por el derecho civil, para las relaciones privadas entre particulares, y la prescripción de derecho público, así llamada en la legislación indiana y que se configuraba de modo especial y distinto a la prevista en las leyes civiles. De ese estudio se deduce la imprescriptibilidad con apoyo en el derecho público indiano, de modo SUI GENERIS, por su explotación económica, y siempre que el interesado obtuviese el título correspondiente. En esa sentencia dijo la Corte:

"Las normas sobre prescripción que los señores Restrepo y Caro y también —como se verá adelante, el doctor Urdaneta Arbeláez— aplican a la adquisición de realengos en el Virreinato de la Nueva Granada, se hallan contenidas en las leyes de Castilla (Nueva y Novísima Recopilación) y en las Siete Partidas. Y el orden legal establecido en 1826, coloca primero, para su aplicación, las Pragmáticas, Cédulas... que estaban vigentes en el territorio de la República (numeral 2º) y la Recopilación de Indias (el Código) y las Cédulas de El Pardo, San Lorenzo y San Ildefonso tienen, pues, preferente aplicación a las leyes peninsulares, además de ser especiales y de haber regulado completamente la materia sobre el régimen de tierras realengas en el período colonial. Pudiera acaso decirse que por haber mencionado la prescripción del Código de Indias y la Cédula de San Lorenzo, es acertado jurídicamente entender el alcance y sentido de la prescripción a que aluden, a la luz de la legislación peninsular. Mas no es admisible, como pasa a verse. Tal Código y tal Cédula se refieren evidentemente a la prescripción de las tierras realengas. La prescripción respecto de éstas fue reconocida en esas leyes; ello no puede negarse. Pero dicha prescripción debió ser armónica con lo que sobre enajenación y conservación de tierras realengas rigió en el período colonial, según las propias reglas u ordenamientos y de acuerdo con lo que ellos expresan en punto a prescripción. No puede ignorarse la naturaleza peculiar y especialísima de toda la legislación para las Indias y lo que en ellas se dice de la materia de que se trata. Más jurídico es coordinar los extremos opuestos no negando la prescripción de las tierras realengas por los particulares, pero entendiéndola subordinada al derecho público colonial sobre tierras y a lo que él estatuye sobre prescripción. El texto de la Cédula de San Lorenzo demuestra que la **llamada prescripción** estaba configurada por un régimen especial que no era el del derecho común: no se extendía sobre cualquiera extensión que se poseyese con ánimo de señor y dueño, sino respecto de lo cultivado y explotado económicamente, y con la sanción de perder lo poseído si no se cultivaba y labraba en determinado tiempo. **Se respetó la posesión antigua como título de justa prescripción,**

pero quedó sometido el poseedor a la confirmación y a la sanción de que habla la Cédula. Como se ve, es ésta una prescripción muy distinta de la establecida en el derecho común".

Hoy puede y debe hacerse por el Organo Judicial el reconocimiento de la propiedad privada con base en la posesión real y efectiva del terreno cultivado o explotado económicamente antes de 1873. Aunque habló la Corte en la memorada sentencia de un criterio de benevolencia y tolerancia que fue el que inspiró las leyes de la Colonia y de la República en materia de tierras realengas y baldías al permitir que aun vencidos los términos que esas leyes iban señalando sucesivamente para la composición de las tierras mediante la comprobación de los estados de explotación económica y la obtención de los títulos correspondientes sin embargo se repitió siempre, a través de toda esa legislación, el pensamiento, el deseo y la permisión de que las autoridades respectivas reconocieran el dominio de los particulares que hubiesen explotado las tierras y siempre que lo demostrasen en forma satisfactoria. La posesión inmemorial de las tierras, si estuvo acompañada de la incorporación del trabajo en ellas, mereció respeto a los legisladores, el cual se tradujo en las normas qué permitieron ese reconocimiento. No es que la Corte, situándose en un plano exclusivo de amplitud y de benevolencia, falle con la equidad y sin la justicia legal y jurídica. Hay razones que estructuran sólidamente el proceso adoptado por la Corporación al dar entrada a la calificación del dominio privado y al reconocimiento de él en sus fallos, mediante la comprobación actual de la explotación económica que contemplaron las leyes hasta el Código de 1873.

Los estados de posesión inmemorial, si se realizaron mediante una explotación económica, pueden servir como fundamento para que hoy se reconozca el dominio privado, sin embargo de no haberse obtenido el título antes del año de 1873. Porque la razón para ese reconocimiento actual de la propiedad no es solamente la de haberse explotado las tierras, sino la de que una legislación posterior permitió y permite que se haga ahora tal declaración de dominio en favor de los particulares y respecto de aquellas sobre las cuales se demuestre haberse cumplido el hecho de su posesión real y efectiva. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 22 de 1946) . . .307, 2ª y ss.

PREVARICATO

— 149 —

El delito de prevaricato cometido por un funcionario o empleado público se reputa existente, cuando las pruebas del proceso traen la demostración de los elementos objetivos y subjetivos del mismo. La intención dolosa, caracterizada por el elemento **a sabiendas,** y los móviles determinantes de simpatía o animadversión de que trata el artículo 168 del Código Penal, deben demostrarse plenamente, pues estos requisitos los exige la ley como indispensables para configurar el delito expresado. La sola presentación de la sentencia, resolución o dictamen, no es suficiente para hacer la afirmación de que se ha cometido un delito de esta naturaleza. Lo esencial, es la demostración del factor intencional, o sea el dolo específico, integrado por el elemento **a sabiendas,** y los móviles determinantes de simpatía o animadversión hacia las partes litigantes. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nros. 2029, 2030 y 2031, marzo 11 de 1946) 251, 2ª

PRUEBA

— 150 —

En concepto de la Corte el artículo 2673 del Código Civil es disposición sustantiva porque otorga al contratante o a la parte que aduzca un título en las condiciones previstas en dicho texto legal, el derecho para que sea admitido como prueba y haga fe en juicio y ante las autoridades públicas, y es notorio que la prueba de los actos y contratos está íntimamente relacionada con su existencia misma, ya que el acto o contrato que no puede probarse es lo mismo que si no existiera. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946).....44, 1ª

PRUEBAS

— 151 —

La errónea apreciación de pruebas no es por sí motivo de casación sino un medio por el cual puede llegarse al motivo, que es la violación de la ley sustantiva. Es necesario indicar la prueba y el concepto en que fue mal apreciada y demostrar cómo esta errada interpretación condujo al Tribunal al quebrantamiento de normas sustantivas que deben citarse concretamente, acompañadas del concepto sobre su violación. (Casación, LX Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 659, 1ª

PRUEBA INDICIAL

— 152 —

En la prueba indicial la ley defiere al convencimiento del juzgador. De ahí que la posibilidad de casar una sentencia por quebranto de leyes sustantivas surgido por error o falta de apreciación de pruebas consistentes en indicios, no ocurra sino cuando el Tribunal ha dado por probados los respectivos hechos básicos sin estarlo, o absteniéndose de tomar en cuenta los comprobados cuya estimación impondría solución contraria a la de su sentencia, lo dejado de relacionar los indicios entre sí cuando de esta labor precisamente habría de deducirse esa solución contraria, o establecido una relación reñida con la lógica en la vinculación entre causa y efecto. Por eso en varios fallos uniformemente ha expresado la Corte cómo no podría infirmar uno de Tribunal fundándose en que ella crea que, a haber sido Tribunal, habría llegado al convencimiento a que éste no llegó o no habría llegado al que sí llegó éste en su sentencia recurrida en tal o cual pleito, por obra de apreciación de indicios. Para lo que ha solido llamarse soberanía de los Tribunales en la apreciación de las pruebas pone a la ley una cortapisa el citado artículo 520, inciso 2º de su numeral 1º; y dentro de esta cortapisa, a su turno, existe la limitación de que se viene hablando cuando se trata de indicios, consistente en las reglas que para la estimación de esta prueba da el C. J. en sus artículos 660 y siguientes, principalmente en cuanto, como ya se anotó, defieren al convencimiento del juzgador, esto es, a algo que mira a su conciencia y a su fuero mental. (Casación, LX, Nros. 2032, 2033, marzo 17 de 1946).....464, 1ª y 2ª

PRUEBAS — SU APRECIACION

— 153 —

Los Tribunales son soberanos en la apreciación de las pruebas y la Corte tiene que respetar tal apreciación, porque el recurso no se dirige a la revisión del pleito o de la controversia planteada en las dos instancias, ni a provocar un nuevo análisis de las pruebas. El recurso de casación no es una tercera instancia, sino que se limita al exa-

men de la sentencia recurrida en sus relaciones con la ley. Sólo cuando aparezca un error manifiesto en los autos que envuelva una violación de la ley, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento, el recurso de casación prospera. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 12 de 1946). 92, 1ª

PRUEBA Y SU ESTIMACION

— 154 —

La intervención de la Corte en casos de estimación de la prueba se limita a aquellos en que es protuberante el error porque no se ajusta en nada esa estimación a lo que el proceso narra, pues de otro modo a un criterio se podría oponer sin mayor fundamento otro distinto y así se acabaría con la libertad de apreciación de la prueba que parte de los Tribunales. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 28 de 1946). 267, 1ª y 2ª

— Q —

QUIEBRA

— 155 —

El Código de Comercio y el Judicial vigente atribuyen la competencia para la declaración del estado de quiebra de un comerciante al Juez del domicilio que tenía el deudor en los últimos días anteriores a la suspensión de pagos. Ambos estatutos concuerdan en considerar como de procedimiento civil el asunto de quiebra. Derogado el Título V del libro 1º del Código de Comercio que reglamentaba la materia lo ha venido a sustituír el Decreto número 750 de 16 de abril de 1940, expedido por el Ejecutivo en uso de sus facultades extraordinarias. Pero la competencia, en principio atribuída al ramo civil, no la modificó el Decreto-ley nombrado. En consecuencia, el conocimiento de ese proceso no se puede sustraer al Juez Civil, por más que en medio de la secuela surja la necesidad de decretar la detención preventiva del quebrado. Ventilado el negocio ante un juez civil, el juzgador de segundo grado ha de ser el de la misma especialidad. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, mayo 24 de 1946). 899, 1ª y 2ª.

— R —

RECURSO DE CASACION

— 156 —

Por la forma perentoria en que está concebido el artículo 520 del Código Judicial es por lo que la Corte siempre ha declarado inadmisibles los cargos en casación limitados al solo enunciado de que se ha violado una disposición sustantiva, omitiéndose el concepto de esa violación que, cuando tiene por origen la mala apreciación probatoria, obliga todavía más a puntualizar la clase de error en que se cree incurrió el sentenciador, bien de derecho o ya de hecho. Y es tal la importancia de esa claridad y precisión en la demanda de casación, que la Corte no puede cambiar los términos de la acusación declarando, por ejemplo, error de hecho cuando el alegado es de derecho, o viceversa. Sobre ese punto es copiosa la jurisprudencia. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 24 de 1946). 710, 1ª y 2ª.

RECURSO DE CASACION

— 157 —

En casación no es suficiente expresar que tal o cual disposición ha sido violada y extenderse en razonamientos probatorios de carác-

ter general alrededor del alcance de las disposiciones analizadas. Con ello se habrá hecho un alegato de instancia, mas no una demanda de casación. La técnica de este recurso exige que, además de citar las disposiciones violadas, se puntualice claramente el concepto en que lo hayan sido y la clase de error en que hubiere incurrido el tribunal, de derecho o de hecho, y en este último caso al través de qué apreciación y con relación a cuál elemento procesal se cometiera. (1). (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 26 de 1946). 401, 1ª.

RECURSO DE CASACION

— 158 —

El recurso de casación, buscando el fin principal de unificar la jurisprudencia, se encamina a estudiar si la ley sustantiva ha sido o no violada por la decisión del juzgador. La sentencia y la ley sustantiva aparecen enfrentadas en el recurso y sólo el quebrantamiento de las normas legales puede conducir a la rectificación del fallo. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 3 de 1946). 658, 2ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 159 —

(Artículos 40 de la C. N., 1º y 2º de la ley 69 de 1945 y 563 del C. de P. P.).

De conformidad con el artículo 40 de la Constitución Nacional y con los artículos 1º y 2º de la ley 69 de 1945, que lo desarrollan, la demanda de casación en materia penal debe formularse por abogado titulado e inscrito en la Corte. El cumplimiento de este requisito es esencial, pues ninguna otra persona, a excepción del abogado titulado o del procesado que tenga esta calidad, puede formular la respectiva demanda. Si no se hiciere así, el recurso debe declararse desierto.

El procesado, en desarrollo de la acción penal, sin necesidad de apoderado, puede interponer recursos, solicitar la libertad provisional y la condicional, o actuar en todas aquellas diligencias que la ley expresamente le señala, pero el derecho a interponer el recurso de casación no se extiende hasta el acto de formular o hacer la correspondiente demanda, porque ello se lo prohibe el artículo 1º de la citada ley, y por este aspecto, todo escrito presentado por el procesado con carácter de demanda, no puede ser estudiado por la Corte, puesto que viola el precepto del artículo 40 de nuestra Carta.

La demanda de casación debe presentarse en el término fijado por la ley de procedimiento penal (inciso 2º del artículo 563), o sea, dentro del término de quince (15) días a partir de la fecha en la cual se corre traslado al recurrente para que formule la demanda. Si ésta no se presenta dentro del término legal, la Sala, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 565 del Código de Procedimiento Penal, debe declarar desierto el recurso, teniendo en cuenta una presunción de abandono de ese derecho, por no haberse formulado en tiempo la respectiva demanda. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 10 de 1946). 524, 2ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL

— 160 —

La apelación contra la sentencia de segundo grado, que interpone un procesado debe entenderse casación ya que —por ignorancia— no está obligado a emplear las palabras

(1) Concordancia: Jurisprudencia de la Corte, tomo 3º, Nº 612.

técnicas de la ley. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 25 de 1946). 228, 2ª

RECURSO DE CASACION EN MATERIA PENAL, INTERPUESTO POR LA PARTE CIVIL

— 161 —

La parte civil puede interponer el recurso de casación contra las sentencias condenatorias en las causas a que se refieren los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal, en lo atañedero a la indemnización de perjuicios, cuando la cuantía sea o exceda de tres mil pesos. (Artículo 559 de P. P.). (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 27 de 1946). 544, 1ª

RECURSO DE CASACION CONTRA LA SENTENCIA APROBATORIA DE LA PARTICION

— 162 —

Como lo ha dicho la Corte en reiterada jurisprudencia el recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de una partición no es medio hábil para que un interesado proponga objeciones contra el trabajo, porque éstas tienen su oportunidad legal que no es otra distinta del término del traslado que de la cuenta del partidor da a las partes el juez. No objetada la partición en tiempo oportuno el juez tiene el deber de aprobarla y el Tribunal el de confirmar esa aprobación. (Artículo 964, incisos 1º y 3º, C. J.). (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 27 de 1946). 711, 2ª

RECURSO DE HECHO EN MATERIA PENAL

— 163 —

El recurso de hecho en materia penal está regulado por las normas del recurso en materia civil. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 25 de 1946). 228, 2ª

RECURSO DE HECHO EN MATERIA PENAL

— 164 —

El artículo 516 del Código Judicial determina los requisitos esenciales que deben tenerse en cuenta para la admisión de un recurso de hecho y los enuncia así:

a) Que la apelación sea procedente, conforme a la ley; en este caso, que contra ella pueda interponerse recurso de casación, al tenor de lo dispuesto por los artículos 556 y 557 del Código de Procedimiento Penal;

b) Que la apelación o recurso se haya interpuesto en tiempo, es decir, para las sentencias de que hablan los artículos anteriormente citados, dentro de los quince días siguientes al de su notificación;

c) Que en tiempo se haya pedido reposición del auto por el cual se niega la concesión de la apelación o del recurso de casación; y

d) Que la petición sobre admisión del recurso de hecho se lleve a efecto en los términos del artículo 514.

La omisión de cualquiera de estas formalidades hace inadmisible el recurso.

La Corte, al interpretar el artículo 40 de la Constitución Nacional, correspondiente al 71 del Acto Legislativo número 1º de 1945, se anticipó al concepto del legislador, consigna-

do en la disposición del artículo 2º de la ley 69 de 1945. Antes de expedirse la mencionada ley, la Sala sostuvo en varias providencias que el recurso de casación podía interponerse por el procesado o procesados a quienes la ley concede este derecho, pensamiento que informa en la actualidad el contenido del artículo 2º de la citada ley, al disponer que en desarrollo de la acción penal pueden los procesados, sin necesidad de apoderado, interponer recursos, y entre éstos se halla, naturalmente, el de casación.

Una cosa es interponer el recurso de casación ante el tribunal de instancia (artículos 556 y 560 del Código de Procedimiento Penal), y otra muy distinta la facultad que tienen las partes para alegar sobre la admisibilidad del mismo (artículo 563, ibidem). Lo primero puede ejecutarse por el procesado; lo segundo debe hacerse por medio de abogado inscrito, cuando el recurrente no reúne esta condición. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 20 de 1946). ..... 223, 1ª y 2ª

RECURSO DE REVISION. — LA PRUEBA NUEVA EN ESTE RECURSO

— 165 —

(Véase lo que sobre este punto trae la sentencia de la Sala Penal de la Corte, mayo 20 de 1946, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036). 836, 1ª

RECUSACIONES

— 166 —

El solo fastidio, apatía o desgano que pueda sentir un apoderado contra un funcionario judicial porque este último esté constantemente en desacuerdo con las opiniones del abogado no constituye prueba alguna de que exista enemistad entre el Magistrado y el apoderado. Inclusive, ya lo ha dicho la Corte, la enemistad debe ser recíproca y fundarse en hechos y antecedentes objetivos que permitan llegar a esa conclusión; pero la sola manifestación que una persona haga de enemistad contra otra, no prueba la existencia de ella porque la actitud primera es una singular manifestación de antipatía y nada más. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2032, 2033, abril 10 de 1946). 515, 2ª

REFORMATIO IN PEJUS

—167 —

La aplicación del principio de la REFORMATIO IN PEJUS en materia penal se funda en dos principios básicos: el de la autonomía del proceso penal y el de la extensión del poder dispositivo del Juez Penal.

Según estos principios las normas del proceso civil no son aplicables al proceso penal por causa del carácter y fines de los dos procesos: carácter privado y fin estrictamente jurídico en el civil, y carácter público y fin ético-jurídico en el penal.

La limitación del artículo 494 del estatuto procesal civil, según la cual la apelación se entiende interpuesta sólo en lo desfavorable al apelante, es inaplicable al proceso penal. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 1º de 1946). .....218, 1ª y 2ª

REGISTRO

— 168 —

Dentro de los tres objetos que el artículo 2637 del Código Civil asigna al registro o inscripción de los instrumentos públicos el último por su fin predominante de dar seguridad a los títulos, permite su utilización como prueba supletoria en las condiciones que determina el artículo 2675 del C. C., esto es, cuando ocurra el caso de pérdida del protocolo o expediente en que estaba consignado

el título original registrado y no existiere en poder del interesado la copia legalizada del título, ni de éste hubiere constancia plena en expedientes guardados en oficinas públicas, pero con la obligación que corresponde a la calidad de supletoria de la prueba, de que se demuestre por quien quiera usarla que el protocolo ha desaparecido, y que la certificación del Registrador, con el objeto preindicado, sea expedida por orden del juez. Suplir una prueba principal y solemnemente exigida por la ley, sin el cumplimiento de las condiciones exigidas para la suplencia, es quebrantar una norma legal probatoria, o sea, incurrir en error de derecho en la apreciación de su mérito demostrativo. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 5 de 1946). 732, 1ª

REGISTRO

— 169 —

El caso en que la inscripción en el registro público, inexistente o mal hecha, es la raíz primordial de la cuestión debatida y sujeta a decisión judicial, por ejemplo, cuando se vincula a nulidad por estar fuera del comercio una finca vendida, o cuando se trata de decidir sobre la prevalencia en caso de doble venta del mismo inmueble u otros análogos en que se litigue precisamente por irregularidades en el registro, se explica y justifica plenamente, por el significado y papel que corresponde a la LITIS CONTESTATIO como base inmodificable del pleito que jurídicamente no pueda alterarse o modificarse su base esencial, el hecho originado del litigio y su razón de ser. Pero cuando la circunstancia vinculada al registro no asume esta importancia y trascendencia, sino que aparece como detalle secundario que legalmente no produce otro efecto que el de suspender la fe que corresponde a la escritura pública, no hay razón que impida, como acontece con todos los elementos probatorios, que se perfeccione su capacidad de prueba en el desarrollo normal de las instancias, añadiendo o corrigiendo la inscripción omitida o defectuosa. En este caso con la legalización que se hizo del registro durante la segunda instancia no se ha variado el contenido de la acción ni de la defensa, en las bases sobre las cuales se obligaron las partes a aceptar el resultado de la litis. Y desde el punto de vista del efecto retroactivo del registro de los títulos, los demandados carecen de interés jurídico para oponerse como partes que fueron en los contratos recogidos en tales instrumentos. El principio de la retroactividad del registro sólo es inoponible a terceros, respecto de los cuales ningún título sujeto a registro surte efecto legal sino desde la fecha de su inscripción. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 23 de 1946). 488, 2ª

REGISTRO

— 170 —

Un instrumento público en el cual se hace constar un contrato de venta de bienes raíces y a la vez otro de renta vitalicia no necesita, respecto de éste, la inscripción en el libro de registro número 2; basta inscribirlo en el libro número 1, pues el contrato de renta, en atención a su naturaleza y por disposición expresa de la ley, no requiere registrarlo en determinado libro, ya que esa formalidad se cumple, no en atención a la índole de dicho contrato, sino a la FORMA solemne como debe otorgarse, o sea, porque esto se hace por escritura pública. Es decir, que la inscripción se verifica porque se trata de un documento otorgado ante Notario y no por razón de la naturaleza del contrato celebrado. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 43, 2ª

REIVINDICACION

— 171 —

Sobre el demandante reivindicador pesa la carga de la prueba: debe justificar el derecho de propiedad que pretende; no le bastaría demostrar simplemente que el demandado carece de él. La prueba de este derecho ofrece en la práctica serias dificultades. La propiedad de los bienes se transmite frecuentemente de una persona a otra. Para que el poseedor actual sea propietario es necesario que su autor lo haya sido igualmente y así indefinidamente remontándose de poseedor en poseedor. Esta prueba absoluta ha sido designada por los tratadistas como la prueba diabólica, desechada por motivos prácticos. Hoy día exige la jurisprudencia la prueba que en presencia de la del demandado la haga preferible a la de su adversario.

Es doctrina constante de la Corte la de que vendida por uno de los cónyuges, sin anuencia del otro, una finca raíz de la sociedad conyugal, éste pueda reivindicarla para la sociedad, pues la venta debió verificarse por ambos cónyuges y no por uno solo de ellos, toda vez que no habiéndose verificado la liquidación provisional de la sociedad conyugal los bienes que constituyen ese patrimonio son bienes sociales y forman un condominio SUI GENERIS del cual no pueden disponer sino marido y mujer obrando de consuno. Si se enajena por uno solo de los cónyuges una finca de tal patrimonio se vende cosa ajena, sujeta a las consecuencias legales que tal acto entraña. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946). 452, 2ª 453, 2ª

REIVINDICACION

— 172 —

Es ya doctrina admitida e invariable de la Corte la de que para disponer de los bienes sociales durante el imperio de la ley 28 de 1932 deben obrar los dos cónyuges conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por haberse hecho la distribución provisional de ella. En consecuencia, vendida una finca raíz de la sociedad sin anuencia de uno de los cónyuges puede éste reclamarla en acción real de dominio.

Como lo tiene establecido la Corte en repetidas decisiones interpretativas de la ley 28 de 1932, que cambió el régimen de la sociedad conyugal, este estatuto es aplicable a toda clase de sociedades conyugales, no liquidadas, bien sean establecidas antes de su vigencia o después de ella, y en esta situación el marido ha dejado de ser el único administrador de los bienes sociales. (1). (Casación, LX, Nos. 2032, 2033). .....426, 1ª y 2ª

REIVINDICACION

— 173 —

La reivindicación es la acción ejercida por una persona que reclama la restitución de una cosa de que pretende ser propietario. Se funda sobre la existencia del derecho de propiedad y tiene por fin la obtención de la posesión. En virtud de la presunción legal establecida por el artículo 762 del Código Civil, mediante la cual el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo, el que pretenda derecho que ampare tal posesión debe dar la prueba en que funda sus pretensiones. No le bastaría probar simplemente que carece de derecho el demandado. La existencia del derecho que compete al reivindicador, origen de la acción real de dominio, no se refiere sino al poseedor demandado y se prueba sólo frente a éste. Al dueño que quiere demostrar su propiedad le toca

(1) Concordancias: sentencias de 20 de actubre de 1937 (G. J. tomo 46), de 20 de abril de 1942, de 2 de febrero de 1944 (G. J. tomo 27, p. 44). y de 27 de julio de 1945.

acreditar su derecho en presencia del demandado y si ha presentado su título de propiedad y el de su causante, que es anterior al del demandado, no hay por qué exigirle una serie de títulos anteriores al de éste, lo que conduciría a la PROBATIO DIABOLICA, que el buen sentido rechaza como innecesaria para decidir conflictos sobre propiedad. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 26 de 1946). 155, 1ª

REIVINDICACION

— 174 —

La acusación limitada al concepto de aplicación indebida del artículo 946 del Código Civil, por falta de determinación de la cosa demandada no puede prosperar cuando el juez ha creído encontrar tal determinación en las pruebas del proceso puestas en relación con la demanda; habría que destruír esa apreciación probatoria del sentenciador demostrando error de hecho y señalando las pruebas mal apreciadas, como condición para llegar a la conclusión de que se ha violado por ese camino el citado artículo. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 55, 2ª

REIVINDICACION

— 175 —

Para la prosperidad de la acción de dominio ha menester que se cumplan los siguientes requisitos: 1º Que el dominio de la cosa reivindicada corresponda al reivindicante; 2º Que el demandado esté en posesión de la misma; 3º Que se trate de una cosa singular o de cuota determinada en una cosa singular; y 4º Que haya identidad entre lo reivindicado y lo poseído por el demandado.

El poseedor de buena fe, vencido en juicio reivindicatorio, tiene un claro derecho, que le otorgan los artículos 965 y 966 del Código Civil, a que se le abonen tanto las expensas necesarias invertidas en la conservación de la cosa, como las mejoras útiles hechas antes de contestarse la demanda, correspondiéndole al reivindicador la facultad de elegir entre el pago de lo que valgan, al tiempo de la restitución, las obras en que consistan las mejoras o el pago de lo que en virtud de dichas mejoras valiera más la cosa en dicho tiempo. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 15 de 1946). 22, 1ª, 24, 1ª

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

— 176 —

Precisamente porque la sociedad conyugal es realmente un tercero con respecto a los actos de disposición de bienes celebrados por uno solo de los cónyuges tiene sentido y operancia la doctrina jurisprudencial de la Corte, promulgada y sostenida invariablemente desde 1937, según la cual se requiere el consentimiento conjunto de los cónyuges para disponer de bienes pertenecientes a sociedades conyugales que la ley 28 encontró formadas y que no se han acomodado al nuevo régimen por la vía de la liquidación provisional que les ofrece su artículo 7º

El estatuto de la ley 28 de 1932 favorece no solamente a las mujeres casadas después del día inicial de su imperio, sino también a las que se casaron antes. (1). (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 13 de 1946). ..... 690 y s. s.

(1) Esta doctrina ha sido totalmente abrogada por la Corte en varias decisiones de casación, en virtud de lo preceptuado por la ley 68 de 1946. **(El Relator de la Corte).**

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932

—177 —

Ya ha dicho la Corte en jurisprudencia constante que al tratar de vender una finca perteneciente a la sociedad conyugal deben concurrir los dos cónyuges conjuntamente, de acuerdo con los preceptos de la ley 28 de 1932, pues el marido no puede, con prescindencia de la mujer en tales casos, enajenar bienes raíces que entraron a formar parte del haber social. En caso de que uno de los cónyuges verifique la enajenación, asiste al otro la personería sustantiva suficiente para reivindicar para la sociedad conyugal. El vendedor, en tal evento, vende cosa ajena. No obra en nombre de la entidad propietaria que es la sociedad conyugal, entidad jurídica distinta de los cónyuges, y si esto es así, si carece de representación, mal puede exigírsele a la entidad que estuvo ausente del contrato la obligación de sanear. No habiendo sido vendedora la sociedad conyugal, no le corresponde el cumplimiento de las obligaciones de que habla el artículo 1880 del Código Civil. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 26 de 1946). 771, 2ª

RELACIONES DE VECINDAD

— 178 —

El caso del pleito halla un verdadero fundamento en el campo de la ilicitud civil, de la culpa dañosa, enfocada a la luz de las llamadas relaciones de vecindad que imponen ciertos deberes cuya inejecución acarrea una culpa. La omisión en que incurrió el demandado al no reforzar ni elevar los camellones del río Bojacá en el trayecto correspondiente a las fincas usufructuadas por él, no puede estimarse como una omisión lícita, porque ese proceder constituye indudablemente un error de conducta a la luz de la moderna noción consagrada ya en la Constitución Nacional, que le da a la propiedad un sentido social y una acción positiva de solidaridad que la hace servir para atenuar los resultados del egoísmo y los azares de la naturaleza. Es equivocado hablar del derecho de los riberanos a dejar inundar sus predios, pudiendo evitarlo, si al propio tiempo se causan inundaciones ruinosas en predios inferiores. Estas tesis, basadas inconsideradamente en el principio de que no incurre en culpa quien usa de la cosa propia, están rectificadas por antisociales en el campo del derecho en el que cada día tiene el JUS ABUTENDI menos significado del que le correspondía en el concepto escuetamente jurídico de la propiedad. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946). 471, 2ª

REMATE

— 179 —

A la declaración de nulidad del remate verificado en juicio distinto del en que se ha realizado puede llegarse por dos caminos fundamentalmente diversos: o el trazado dentro de las disposiciones del Código Judicial que sancionan la pretermisión de formalidades relativas al procedimiento a que debe someterse la subasta, de lo cual habla el artículo 457 del mismo estatuto, o el originado en la ausencia de aquellos requisitos sustantivos que miran a la validez del remate en calidad de acto jurídico encaminado a transmitir a otro el derecho de propiedad por conducto o mediación del juez. El primer camino tiende a remediar faltas adjetivas de procedimiento, como las señaladas en el ordinal 2º del artículo 451 del Código Judicial. Su extensión

es muy limitada, ya que se concede en forma excepcional. En tanto que el segundo, por referirse a circunstancias del consentimiento, de la capacidad, del objeto y de la causa lícitos, elementos básicos de sustentación de todo acto jurídico, tiene la amplitud que cada uno de estos conceptos implica dentro de las normas del Código Civil.

La partición es negocio entre particulares. Tiene su objeto y causa especial cual es el de ponerle fin a la indivisión de la comunidad, adjudicándole a cada copartícipe la cuota de bienes proporcional a su derecho. El consentimiento en la partición se dirige a obtener aquel fin; de manera que dentro de ese plano puede ser anulada entre nosotros una partición cuando el consentimiento de alguno de los copartícipes haya quedado viciado por alguna de las formas, categorías o modalidades de error que, al tenor de los artículos 1510 y 1511 del Código Civil, vician el consentimiento de los que contratan. El remate es negocio entre el dueño de la cosa, representado o no por el juez, según sea forzado (artículo 741, inciso 3º), o voluntario, y el rematador o adquirente. La causa está representada en la adquisición de la cosa de un lado y el precio del otro, en los mismos términos de la compraventa, pues es un contrato de esta naturaleza, sólo que celebrado siguiendo determinados trámites y por conducto del juez que preside la licitación. El consentimiento y la capacidad tienen como puntos extremos de la relación, de un lado, el ejecutado o la comunidad que vende, y de otro, el rematador que compra. Tan diferente es el acto jurídico del remate del de la partición con ocasión de la cual aquél se efectúa, que éste puede tener lugar antes de efectuar la partición, con el propósito de facilitarla, pagando previamente las deudas hereditarias o testamentarias, y mientras se realiza se suspende la partición. (Artículo 967 C. J.). También puede autorizarse el remate después de aprobada la partición. Todo lo cual está demostrando que la nulidad de la partición por vicios concernientes a la capacidad, consentimiento, objeto y causa, elementos esenciales a la formación de todo acto jurídico válido, no trascienden al remate efectuado antes, en el curso o después de la partición. Siendo el remate compraventa de bienes en pública almoneda, los vicios que producen su nulidad como contrato tienen que emanar directamente de este acto. No existe así incompatibilidad en que anulada la partición, el remate efectuado con ocasión de ella de bienes pertenecientes a la masa, mantenga su valor y firmeza. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 24 de 1946). ...760, 2ª

REMATE

— 180 —

Reglamentado el remate de bienes para los juicios ejecutivos en forma de consultar a la vez los derechos del acreedor ejecutante y los del deudor ejecutado procurando, entre otras cosas, la concurrencia de postores a fin de compensar cierta habitual sugestión hacia el deprecio que los remates llevan consigo, era natural que el legislador aprovechara esa reglamentación para todos los que ocurran en diligencias o juicios distintos, como el de sucesión o el divisorio, por ejemplo. Pero esa circunstancia extrínseca, relativa tan sólo a la materialidad del procedimiento, no puede inducir a identificación de los juicios mismos o diligencias aludidos. Así, v. gr., no cabe pensar en un juicio divisorio de un inmueble común, en deudor difunto y en título ejecutivo por notificar a sus herederos, como sí es el caso tratándose de ejecución por incoarse o ya en curso en que muere el deudor. Si, para bien del acreedor, la ley, como es de justicia, da mérito ejecutivo contra los herederos a los títulos que lo tienen con-

tra el DE CUJUS al propio tiempo, EX EQUO ET BONO, exige esa notificación y concede un breve plazo, lo que permite a los herederos pagar, entrar en arreglos con el acreedor y, en todo caso, defenderse, y los asegura contra adversidades sorpresivas.

En un juicio divisorio, dejando de lado la posibilidad de oposición, sobre la cual establece cierto procedimiento, esto es, uno en que todos los comuneros han manifestado su voluntad de enajenar, se tiene que uno o más de ellos asumen el papel de demandantes y los demás el de demandados, sin que estas determinaciones pasen de lo meramente formal, puesto que no pueden reputarse como contendores, no habiendo contienda. El contraste entre un remate de esta clase y el del juicio ejecutivo cobra mayor relieve desde el punto de vista de la voluntad del dueño de lo rematado, la que es requisito esencial para la validez de la tradición y con la que excepcionalmente, si acaso, es de contarse en las ventas que la ley misma llama FORZADAS, en las cuales, con ese cabal fin principalmente, se asigna al juez la calidad de representante legal de la persona cuyo dominio se transfiere. Hay coacción, hay apropiación de bienes materia de la traba ejecutiva cuando se rematan para pagar lo que su dueño está debiendo al ejecutante, y esto es muy distinto de la espontaneidad con que acuden al remate voluntario los dueños, por ejemplo, de un bien común, ya solicitando unánimemente desde luego su venta en esa forma, ya asumiendo unos con la iniciativa el papel de demandantes y otros el de demandados que responden la demanda coadyuvando esa petición. Cuando eso sucede y, como si no fuese suficiente, todos los comuneros afirman de nuevo su voluntad de enajenar consintiendo expresamente la orden de remate y ésta se ejecutoría, se ha creado con ello una situación procesal que no pueden modificar aquéllos y que, por ende, no les es dado modificarla a quienes ulteriormente vengan a ser sucesores procesales, como herederos o cesionarios o a cualquiera otro título. Y ello es así, por lo visto, no sólo en lo atañedero a la actuación, en relación con la fuerza de esa ejecutoria, sino también en lo atinente a la voluntad del tradente como elemento necesario para la validez de la tradición.

Las nulidades procesales del remate enumeradas en el artículo 451 del C. J. son procedentes todas, en sus casos, tratándose de juicio ejecutivo; pero lógicamente no lo son aquéllas que miran a situaciones legales que no se producen sino en ese preciso juicio. De ahí que en uno divisorio no quepa la relativa al citado artículo 1434, ni la consistente en falta de citación para sentencia de remate, que son la 1ª y 3ª de ese artículo 451.

En principio es de exigirse de una persona prudente y diligente que estudie los títulos de un inmueble que se va a rematar, así como el expediente respectivo, a fin de cerciorarse de la propiedad y libertad de aquél y, además, de que obran los avisos de ley con la anticipación debida para el señalamiento y de que en su día dan los pregones y, sobre todo, que el remate se decretó en debida forma y la respectiva providencia está en firme: así contará con base firme para hacerse postor y, en su caso, adjudicatario. Pero en manera alguna podría exigírsele como requisito para éstos y para la validez de tal adjudicación, que se prevenga sobre algo que no está en sus manos sospechar y verificar, como, por ejemplo, que en el curso de la actuación judicial no haya fallecido ninguno de quienes en ella han figurado y gestionado o que en el momento del remate ninguno de ellos esté en lugar distinto de la cabecera del juzgado. (Casación, LX, Nos. 2034, 2935 y 2036, junio 12 de 1946). 678, 2ª

RENTA VITALICIA

— 181 —

El artículo 2292 del Código Civil es disposición sustantiva desde luego que puntualiza algunas condiciones esenciales requeridas para el perfeccionamiento del contrato de renta vitalicia, y sabido es que el contrato es una de las fuentes de donde emanan los derechos y obligaciones para los contratantes. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 44, 1ª

RESCISION POR LESION ENORME

— 182 —

La devolución del precio, la purificación del inmueble y la cancelación de la escritura y su registro son consecuencias legales de la rescisión del contrato por lesión enorme, ya que es la manera de volver a las partes al estado que tenían antes de haber contratado, y por ello tales pronunciamientos debe hacerlos el juez aun sin petición de parte, es decir, oficiosamente.

Si el Tribunal sentenciador habla incidentalmente de nulidad o rescisión o de contrato que se anula o se rescinde, lo hace siempre teniendo en cuenta o tomando por base la lesión enorme como hecho generador de la rescisión o nulidad y probablemente considerando que si bien el Código Civil no incluye la lesión entre los vicios generales del consentimiento sí la considera como un vicio excepcional del mismo que da lugar a la rescisión en la compraventa de inmuebles y en otros contratos especialmente señalados por la ley. Las consecuencias jurídicas de la rescisión por lesión o por nulidad son las mismas con las excepciones o diferencias anotadas y de allí que general o indistintamente se hable de nulidad relativa o de rescisión de los contratos afectados por el vicio de lesión enorme. (1). (Casación. LX, Nos. 2032, 2033, mayo 18 de 1946). ..... 480, 1ª y 2ª y 483, 2ª

RESGUARDOS DE INDIGENAS

— 183 —

Las comunidades de indígenas reducidos a la vida civil se gobiernan por las disposiciones de la Ley 89 de 1890, y el Código Civil actúa solamente como ley supletoria cuando aquella ley nada estatuye en caso determinado. Los resguardos de indígenas contemplados en esa ley se integran por dos elementos: el indígena, llamado por la misma ley "parcialidad de indígenas", o sea un conjunto de indígenas sometido a la organización que contemplan los artículos 3º y siguientes, y el geográfico, o sea, el territorio en el cual vive la parcialidad de indígenas. Tal organismo, si así puede llamarse, está gobernado directamente por un pequeño cabildo nombrado por los indígenas conforme a sus costumbres (artículo 3º). Corresponde al cabildo, entre otras funciones, protocolizar en la Notaría respectiva todos los títulos y documentos pertenecientes a la comunidad que gobierna y custodiar las copias que le expidan, previo el correspondiente registro; distribuír equitativa y prudencialmente, con aprobación del alcalde del distrito, para el efecto de elaborar entre los miembros de la comunidad las porciones de resguardos que se mantengan en común, procurando sobre todo que ninguno de los partícipes, casados o mayores de 10 años, quede excluído del goce de alguna porción del mismo resguardo; y formar un cuadro, custodiándolo religiosamente, de las asignaciones de solares que el mismo cabildo haga entre los indígenas de la

(1) Concordancia: Casación, Tomo XXXIX, junio de 1931, Nº 1880, pág. 142; y Casación del 11 de marzo de 1942, Tomo LIII, Nº 1893, pág. 115.

parcialidad. (Artículo 7°). Las funciones del cabildo terminan con la división de los terrenos del resguardo. (Artículo 39).

Por lo dispuesto en el artículo 13 se consagra a favor de los cabildos una posición privilegiada dentro del proceso judicial, tendiente a facilitarles la recuperación de la posesión de los terrenos del resguardo de que hayan sido desposeídos por terceros que emplearon medios de fraude o de violencia. Cuando tal cosa ocurre, el cabildo tiene derecho a ejercitar la acción posesoria pertinente, y comprobado el fraude o la violencia el demandado no puede excepcionar. El precepto consagra una sanción cuya aplicación sólo cabe en los casos comprobados de fraude o violencia.

La ley 89 de 1890 estatuye una legislación excepcional en favor de las parcialidades de indígenas. Sus disposiciones por lo mismo tienen alcance restringido a los casos previstos. En los no previstos se aplican las disposiciones de derecho común, a la cual están sometidos todos los colombianos.

Ningún precepto de la ley establece que en las controversias de propiedad o posesión de tierras de resguardo, el cabildo o el indígena demandante tenga a su favor en el juicio la presunción de que ha sido desposeído a la fuerza o con artes de mala fe. De consiguiente, el fraude o la violencia tienen que acreditarse para que sobre el demandado poseedor recaiga la sanción prevista en el artículo 13, de no poder invocar en el proceso ninguna excepción perentoria, con lo cual su derecho de defensa queda recortado como consecuencia de las malas artes que usó para desposeer a la comunidad.

Los Cabildos de Indígenas poseen la facultad de promover la nulidad o rescisión de las ventas o hipotecas de las tierras de sus resguardos que se hayan hecho contra las disposiciones legales que los amparan, según el artículo 23 de la Ley 89 de 1890. Los indígenas son asimilados por la misma ley a los menores de edad para el manejo de sus porciones en los resguardos, los cuales podrán vender pero con sujeción a las reglas prescritas por el derecho común para la venta de bienes raíces de menores, es decir, licencia judicial y pública subasta, con la sanción que establece el artículo 40. La nulidad que establece esta disposición está erigida principalmente en beneficio de la comunidad de indígenas, (artículo 23), y para que se declare debe ser propuesta como acción o alegada como defensa, basadas en esta demostración: que la venta o la hipoteca ha recaído sobre terrenos de la parcialidad, asignada para su laboreo a uno de sus miembros; y que el autor de la venta o la hipoteca es indígena empadronado entre los componentes de la respectiva parcialidad. Lo anterior debe ser así, ya que la incapacidad se refiere no a cualquier indígena, sino a aquellos que son miembros de un resguardo y en cuanto a tierras del resguardo que el Cabildo las haya asignado al indígena para su laboreo.

Un indígena, por el solo hecho de serlo, no está incluído entre los incapaces a que se refiere la ley 89. La legislación de amparo que contiene esta ley contempla como objetivo la defensa y protección de las entidades jurídicas llamadas "resguardos de indígenas", consideradas en sus dos elementos esenciales de que ya se habló: la colectividad de indígenas organizados en los términos de la Ley 89, y el elemento geográfico, o sea el territorio en el cual mora la parcialidad. Fuera de estos dos elementos reunidos, no se concibe ninguna incapacidad. Así, pues, el indígena de una parcialidad será plenamente capaz de poseer y disponer de bienes, aun raíces, colocados fuera de la comunidad; e igualmente el indígena no afiliado a una comunidad es plenamente capaz en el manejo de sus

intereses, y frente a ella ocupa la posición de tercero, contra la cual puede tener pretensiones opuestas sobre tierras e inclusive el derecho de poseerlas y prescribirlas según las leyes civiles.

En la acción de nulidad originada en la venta de tierras de resguardo por el indígena que la ha recibido en usufructo, la incapacidad tendrá que fundarse en la doble prueba de que el indígena está empadronado en el censo de la comunidad y que la porción enajenada le fue ciertamente asignada. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 30 de 1946). ..... 413, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD POR CULPA

— 184 —

Son numerosos los casos en que se plantea el problema de saber hasta dónde y en qué circunstancias los hechos ejecutados por las personas vinculadas a un servicio público obligan la responsabilidad del Estado según que el daño se hubiere producido dentro del ejercicio normal de las funciones del agente o fuera de ellas, o en el caso en que sobrevenga con el pretexto de ejercerlas. En una palabra, se trata de saber cuándo existe un hecho del servicio y debe declararse a la Nación obligada a la reparación pecuniaria correspondiente en favor del damnificado, y cuándo hay un hecho personal del agente o funcionario público que compromete su propia responsabilidad y puede hacer cesar la del Estado. Las reglas para precisar el alcance de esta distinción son muy variables, según que la responsabilidad de las personas públicas se funde, de acuerdo con la concepción civilista, en el acto culposo o delictuoso de sus agentes (responsabilidad subjetiva), o que se estructure dentro del dominio propio del derecho público en el hecho objetivamente considerado de que el funcionamiento del servicio público ha ocasionado un perjuicio particular a una persona, es decir, en el principio del riesgo administrativo.

Cualquiera que sea el criterio que se adopte con respecto a los fundamentos de la responsabilidad de las entidades de derecho público, habrá siempre coincidencia entre ambas concepciones respecto a la regla de que el fin perseguido por el agente público es uno de los criterios que sirven para distinguir el acto del servicio del hecho personal del agente que lo ejecuta. Ya ha dicho la Corte que la responsabilidad del Estado existe por sus agentes y que, según algunos expositores, el acto debe estar dentro de las funciones, o sea, dentro de las tareas encomendadas al dependiente. Para otros basta que dicho acto haya sido ejecutado con ocasión del aparente ejercicio de tales funciones, es decir, cuando la función haya sido la causa ocasional del daño, y entre la función y el perjuicio exista una relación lógica. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, abril 27 de 1946). ..... 593 y s. s.

RESPONSABILIDAD DELICTUAL Y CONTRACTUAL

— 185 —

Las acciones, principal de petición de pago de perjuicios extracontractuales, y la subsidiaria que pide se declare no cumplido un contrato, son incompatibles entre sí. No pueden, pues, involucrarse en una misma relación jurídica la responsabilidad delictual y la contractual. Y es que autorizar al acreedor para que, prescindiendo del contrato, acuda a la responsabilidad delictual, es tanto como negarle fuerza obligatoria a la convención, colocando al deudor en situación de manifiesta desigualdad frente a la contraparte. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). ..... 437, 1ª y 2ª

RESPONSABILIDAD POR DENUNCIOS CRIMINALES

— 186 —

Para que exista responsabilidad por denuncios criminales conforme a los artículos 1611 y 1612 del anterior Código de Procedimiento Penal, ya sea que el denunciante se constituya o no en acusador particular, o que la investigación proceda únicamente en virtud de la acusación o por estar sometida a procedimiento de oficio, es indispensable que en el denuncio militen los factores de falsedad o temeridad a que se refería el artículo 1611 para imponer las costas. Esta conclusión es clara toda vez que la sanción emana del abuso en el ejercicio de un derecho, en la forma incorrecta e inconsiderada de ejercitar la respectiva facultad legal. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 21 de 1946). 30, 1ª

RESTITUCION DE TERMINOS

— 187 —

Para que la restitución de términos proceda es indispensable desde luego, que el asunto no se haya resuelto en definitiva, es decir, que se esté ventilando y que, por causas imprevistas y no contrarrestables, alguna de las partes se haya visto privada del uso de los plazos que la ley o el juez conceden para reclamar derechos o ejecutar actos atinentes al progreso del juicio. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 27 de 1946) 336 1ª

RESTITUCION DE TERMINOS

— 188 —

La Corte ha dicho que únicamente circunstancias de gravedad extraordinaria autorizan de modo excepcional bien la suspensión inmediata o la retroacción integral. El haber estado enfermo, pero sin que se haya demostrado una gravedad extraodinaria, no es circunstancia que autorice, de acuerdo con los artículos 372 del C. J. y 1º de la Ley 95 de 1890, la restitución de términos. (Auto, Sala de Casación Civil, LX, Nos. 2029 2030 y 2031, marzo 26 de 1946) 150, 2ª

REVISION DE PENSIONES

— 189 —

Interpretando la Corte el artículo 75 de la Ley 6ª de 1945 ha dicho que las sentencias sobre jubilación de los funcionarios del órgano jurisdiccional son revisables para el efecto de aumentar la cuantía de la pensión. (1) (Sentencia Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2032, 2033, marzo 2 de 1946).

608, 2ª

— S —

SEGURO

— 190 —

La obligación del asegurado de dar aviso del siniestro al asegurador la consagra el artículo 680, numeral 5º del C. C. Esta obligación del asegurado, una de las que le competen después de ocurrido el siniestro, tendientes éstas a atenuar sus efectos y a conservar los recursos del asegurador contra los responsables de la pérdida, se refiere al aviso de accidentes que puedan afectar su responsabilidad, esto es, a acaecimientos consecutivos de riesgos asegurados, que son los que pueden afectar la responsabilidad

(1) De conformidad con la Ley 95 de 1946 el conocimiento de estas pensiones corresponde, en primera instancia, a la Caja de Previsión Social Judicial.

contractual del asegurador, o usando los términos más precisos, del hecho constitutivo del siniestro o pérdida de la cosa asegurada.

Si el asegurado ha cuidado por los medios que estuvieron a su alcance de la conservación o recuperación de la cosa asegurada y se convence de que su diligencia y esfuerzo para salvar el interés asegurado son infructuosos o inútiles, y así lo escribe discriminadamente al asegurador, ha cumplido en este particular su obligación de demostrar su derecho a la indemnización. Si el asegurador rechaza su demanda alegando incumplimiento de esa obligación de atenuarle los cargos del riesgo, ha de demostrar entonces negligencia o descuido de su asegurado. No puede entenderse que esta obligación del asegurado se extienda hasta hacer desaparecer las consecuencias del siniestro, o que su cumplimiento esté subordinado al arbitrio del asegurador en la forma de autorización para que se puedan suspender las diligencias de recuperación, porque así se desnaturalizaría hasta destruírlo el carácter aleatorio, que es uno de los elementos esenciales del contrato de seguro. La obligación a que se está aludiendo no es fundamental o de esencia contractual. Dentro del mecanismo jurídico del seguro, consumado el riesgo asegurado se producen los efectos del contrato y consiguientemente la obligación indemnizatoria a cargo del asegurador. En esta situación jurídica el incumplimiento del deber que corresponde al asegurado de atenuar dentro de sus posibilidades el resultado del siniestro, no puede tener por sanción, como lo anotan los tratadistas del seguro, sino la obligación de indemnizar al asegurador los perjuicios que éste demuestre haber sufrido, por la culpa de omisión del asegurado. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 1º de 1946) 67, 2ª

SENTENCIA

— 191 —

La Corte ha sostenido que si en la parte motiva del fallo ha analizado el juzgador los puntos materia de las excepciones y rebatido los fundamentos en que se apoyan, debe entenderse que la resolución es negativa, aun cuando en la parte resolutiva del fallo nada se exprese sobre el particular. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, marzo 7 de 1946). 423, 2ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 192 —

Sobre el motivo 2º del artículo 520 del C. J. ha dicho repetidamente la Corte que la falta de consonancia de la sentencia con las pretensiones de los litigantes, que es lo que constituye ese motivo, relacionado con la parte final del artículo 471 del mismo Código, está en que se haya dejado de decidir algo de lo puesto **sub judice** o en que se haya decidido **extra** o **ultra petita**; pero no en que el fallo no colme las aspiraciones de tal o cual de las partes; y ha dicho insistentemente también que, en lo general, una sentencia absolutoria, abarcando así todo lo contenido, está libre de aquellas faltas. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 17 de 1946. ..... 462, 2ª

SENTENCIA DEFINITIVA

— 193 —

El artículo 467 del C. J. habla de sentencia sin agregar el calificativo de **definitiva.** El legislador quiso, indudablemente, ser consecuente con lo que había dicho en el artículo 466 sobre lo que él entiende por sentencia,

es a saber: la resolución judicial que "decide definitivamente sobre la controversia que constituye la materia del juicio o sobre lo principal de éste". Concuerda esa noción con la etimología de la palabra y con lo que tradicionalmente se ha entendido por **sentencia definitiva**. Definitiva viene de **definire** que significa terminar. Una sentencia es definitiva, según ello, cuando le da término al juicio. Un pleito se ha considerado fenecido cuando sobre él ha recaído ya el fallo que define la situación del demandado, ya sea absolviéndolo u obligándolo a aquello que de él pide el demandante. El expositor de procedimiento civil Demetrio Porras recuerda al respecto que las Leyes de Partidas llaman sentencia definitiva al "juicio acabado que da el juez sobre la demanda". (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 27 de 1946).....336, 1ª

SERVICIO PUBLICO

— 194 —

Sin desconocer lo que en favor del procomunal distingue un servicio público y los contratos a él atañederos de los meramente privados en que está en juego tan sólo el interés personal de las partes, y sin desconocer tampoco las peculiaridades de los contratos llamados de adhesión, es de recordarse también el valor de las estipulaciones de todos ellos y del vínculo que ata a quienes las suscriben. Así, por ejemplo, el individuo que obtiene servicio de luz para su oficina o su casa contrae la obligación de pagarlo en las oportunidades respectivas y afronta las consecuencias de su impuntualidad, sobre lo cual es de considerarse, además, que las estipulaciones a que se está aludiendo buscan la conservación y marcha ordenada del servicio para bien general, por más que, de otro lado, miren al lucro del empresario. Así, bajo apariencias que llevan a veces a atribuír a éste ánimo de dañar y hasta de vejar, no puede menos de pensarse en la defensa del interés público cuando, al estudiar el caso de aplicación de alguna de dichas estipulaciones, se encuentra comprobado el hecho determinante. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946)....60, 2ª

SEVICIA

— 195 —

En cuanto a la sevicia ha dicho la Corte que en ocasiones se confunde con la mayor insensibilidad moral del delincuente demostrada por el modo de ejecución del hecho cuando, por ejemplo, el victimario se complace en prolongar con la repetición de las lesiones el sufrimiento de la víctima. Pero esto no sucede siempre y el código distingue entre la sevicia y el hecho de poner en condiciones de indefensión o inferioridad personal al ofendido o el de aprovecharse de las mismas. (Artículos 363, ordinales 5º y 6º, y 37, ordinales 6ª y 7º). (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 8 de 1946). 835, 2ª

SIMULACION

— 196 —

La tesis propugnada por el sentenciador, según la cual para el ejercicio de la acción de simulación debe justificar el acreedor la existencia plena de ese carácter, "aunque el crédito no sea de plazo vencido", se acomoda a la doctrina sostenida por la Corte en numerosos fallos. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, julio 31 de 1946).....796, 2ª

SIMULACION

— 197 —

La simulación relativa, llamada también parcial o disimulación, que consiste en encu-

brir los efectos jurídicos de un acto real que las partes han querido celebrar con otro solamente realizado en apariencia, tiene su mayor campo de ejecución en los contratos de donación en que las partes, donante y donatario, desean ocultar el verdadero carácter jurídico del acto que celebran, para evitar una prohibición de la ley, o para impedir la acción de los herederos forzosos para demandar la reducción, o para escapar a imposiciones fiscales, y para ese fin realizan un acto jurídico de distinta índole, generalmente un contrato de compraventa. El acto oculto (la donación) cambia la naturaleza jurídica del aparente y público (la compraventa), pero no destruye sus efectos, pues la transferencia del dominio, que es el fin realmente buscado, queda en pie. La validez de estos contratos secretos no se afecta por el solo hecho de la disimulación; se rige por las normas generales que gobiernan la eficacia de las declaraciones de voluntad.

Tratándose de simulación relativa, dentro de la doctrina que considera lícito el fenómeno de la simulación, la acción legal correspondiente no tiene el fin de obtener la declaración de nulidad del acto aparente, sino la prevalencia del oculto, para que una vez descubierto se declare su validez o su ineficacia con aplicación de las reglas legales pertinentes. El acto aparente carece de valor no porque se halle viciado de nulidad, sino porque así lo han acordado las partes secretamente. De acuerdo con la técnica jurídica la acción de simulación persigue el cumplimiento de lo convenido, para lo cual no es necesario demandar la nulidad o ineficacia de lo no convenido; de ahí que sea esencialmente una acción de prevalencia de un contrato ciertamente celebrado (que puede adolecer de cualquiera de los vicios que afectan los contratos), mantenido en secreto, sobre otro ostensiblemente celebrado al mismo tiempo, pero mentirosamente convenido. De la naturaleza de este fenómeno simulatorio se deduce que la demanda en que se ejercite para descubrir y establecer el verdadero vínculo jurídico que liga y obliga a los contratantes, debe contener las súplicas y fundamentos que correspondan a la especie y grado de simulación, ofreciendo los elementos de juicio y su prueba para desentrañar la verdad de lo pactado, y pedir en relación con esto su cumplimiento o su invalidación.

En el campo de la simulación no es lo mismo, en su estructura jurídica ni en sus consecuencias, una venta absolutamente simulada que una donación disfrazada de venta. Quien pida, pues, declaración de simulación en el primer caso, señalando como contraestipulación la voluntad supresora o destructora entre los contratantes de su venta aparente, vinculando sus intereses de demandante a la prevalencia de esta real voluntad oculta, debe acreditarlo plenamente. Y si no prueba la contraestipulación que destruye totalmente el contrato, o si de las pruebas aducidas por el demandado en el curso del juicio resulta una contraestipulación diferente de la que debía probar conforme a su demanda, v. gr., una donación que aunque cambia la naturaleza del contrato aparente no destruye sus efectos, la técnica del fallo impone la absolución del demandado, como ocurre siempre que el demandante no cumple satisfactoriamente su obligación de probar los hechos que ha señalado como fuente de sus pretensiones.

Siendo el fin de la acción de simulación relativa la prevalencia contractual de lo secretamente convenido, resulta claro que la simple petición sobre nulidad o inexistencia del acto ostensible es por sí sola improcedente, dentro de los principios que gobiernan la técnica procesal. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 8 de 1946). 79, 2ª

SIMULACION Y RESOLUCION

— 198 —

No son incompatibles las dos acciones de simulación y de resolución de un contrato, ejercitadas la primera como principal y la segunda como eventual y subordinada o subsidiaria. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 7 de 1946). 419, 2ª

SOBRESEIMIENTO

— 199 —

Es sabido que las providencias de sobreseimiento apenas estatuyen sobre la inexistencia del delito que se investiga o sobre la ausencia de pruebas de la responsabilidad del acusado y que en consecuencia las cuestiones sobre propiedad les son ajenas. Pueden, claro, éstas tratar y razonar respecto de ellas en cierta clase de investigaciones, como antecedentes y fundamento para la definición de lo que es propio y exclusivo del juez penal, pero el concepto que éste emita no prejuzga ni compromete la cuestión civil porque la decisión concreta y definitiva respecto a quién pertenece un bien es del resorte del juez civil. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 26 de 1946). 401, 2ª

SOBRESEIMIENTOS DEFINITIVOS

— 200 —

Los sobreseimientos definitivos deben ser consultados porque así lo indican los artículos 189, 410, 430 y 153 del Código de Procedimiento Penal. Ha dicho también la Corte que "en todos los casos en que la consulta es forzosa, se subentiende ella, no obstante que omitan disponerla los falladores de instancia". (Sentencia, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 27 de 1946). 204 1ª

SOBRESEIMIENTO TEMPORAL

— 201 —

El sobreseimiento temporal se funda en razones de orden legal. En los casos de falta de comprobación plena del cuerpo del delito y ausencia o falta de pruebas suficientes para llamar a juicio, es pertinente, legal y jurídico el sobreseimiento de que trata el artículo 436 del Código de Procedimiento Penal.

Una cosa es la certeza moral, o sea el conocimiento claro y seguro, la creencia en su grado máximo de perfección, aquel estado de espíritu que se caracteriza por la adhesión firme y sin dudas hacia un objeto o hecho determinado, que produce la convicción judicial para afirmar que un sujeto es el autor de un delito, y otra cosa muy distinta es el recelo o sospecha originada por el temor y la desconfianza de conjeturas formadas y deducidas por la discrepancia de la prueba, por conceptos encontrados y opuestos, sacados de lo afirmado por unos y de lo sostenido por otros. En estos casos, y cuando ello ocurre dentro de la investigación judicial, es pertinente el auto de sobreseimiento temporal. (Auto, Sala de Casación Penal, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 20 de 1946). 220, 2ª

SENTENCIA ABSOLUTORIA

— 202 —

Cuando la sentencia del Tribunal es absolutoria no es, generalmente, procedente la causal de casación consistente en no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones deducidas por los litigantes, pues el fallo absolutorio que resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y su contestación, guarda congruencia entre lo pe-

dido y lo sentenciado. Sobre este punto es constante y uniforme la doctrina de la Corte. Además, como la parte resolutiva de una sentencia es la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de ella entre los litigantes y como la parte motiva es la base de la resolutiva y sirve para su interpretación, quiere ello decir que si en la motivación del fallo ha habido errónea apreciación de los hechos por falta de estimación de las pruebas, con lo cual se ha producido la violación de la ley sustantiva, la causal de casación por este motivo no es la consagrada en el numeral 2º del artículo 520 del C. J., sino otra muy distinta (1). (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, abril 13 de 1946) 394, 2ª

— T —

TRASLADO

— 204 —

De acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial queda bien efectuado un traslado notificándole personalmente a quien ha de darse la providencia respectiva y poniendo los autos a su disposición en la Secretaría por el término legal. El sacar o no los autos de la Secretaría es asunto que depende de la iniciativa particular de los litigantes. Este principio general se aplica también a los agentes del Ministerio Público. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 28 de 1946). ..... 339, 1ª y 2ª

TRASLADO A LOS AGENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

— 204 —

De conformidad con el artículo 169 del Código Judicial las reglas comunes de tramitación se aplican a los Agentes del Ministerio Público, salvo normas especiales, v. gr., las de notificación, que debe hacérseles personalmente, sin que ello quiera decir que se les haya de avisar cuándo ha de vencerse un término o entregarles los expedientes en sus oficinas para que se cumplan los traslados. El traslado, como ya se dijo, queda bien surtido, de acuerdo con el artículo 553 del C. J. poniendo los autos a disposición del interesado, en la Secretaría. Lo que se entiende dicho también respecto de los Agentes del Ministerio Público. (Auto, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 30 de 1946). ..... 339, 1ª y 2ª

TRANSMISION

— 205 —

La voz "transmisión" tiene sentidos varios en lo atañedero a su amplitud: ya indica ceñídamente el derecho condicionado en el artículo 1014 del Código Civil, ya abarca la sucesión como modo de adquirir, ya se extiende a todo traspaso, al punto de decirse frecuentemente de un bien, por ejemplo, que se ha transmitido en venta o permuta. Y hay diferencia entre transmisión por sucesión genéricamente considerada, y transmisión en el evento circunscrito por el artículo 1014 citado. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 12 de 1946). 96, 2ª

TRANSPORTE AEREO

— 206 —

Las únicas disposiciones referentes a los transportes aéreos susceptibles de ser tomadas en consideración, son el Decreto gubernamental Nº 66 del 12 de enero de 1934 y la ley 89 de 1938, sobre aeronáutica civil. El artículo 48 de aquel Decreto es una disposición por sí inútil e inoperante en lo atinente a resolver las cuestiones de responsabili-

(1) Es doctrina constante de la Corte.

dad civil del transportador aéreo en relación con los pasajeros de transporte, como quiera que sin ella ocurriría lo mismo, es decir, que los jueces, encontrando en las disposiciones sobre transportes terrestres y fluviales algunas que sean compatibles con el carácter especial de la aviación, tendrían que aplicarlas por razones de analogía. Y en cuanto al artículo 68 de la ley 89 debe tenerse en cuenta que tal precepto contempla la responsabilidad del empresario o dueño de un aeródromo por razón de los daños y perjuicios sobrevenidos por consecuencia de hechos del servicio aéreo ocurridos dentro del mismo aeródromo. El precepto está redactado en términos confusos y contradictorios, pero el sentido es el que se deja anotado, si se ha de relacionar con los preceptos anteriores, con los subsiguientes y con el epígrafe del capítulo correspondiente de la misma ley.

Dicen los tratadistas que el Derecho aéreo tiene más afinidades con el marítimo que con el derecho comercial terrestre. Tal es también el criterio del legislador colombiano, conforme al artículo 31 de la ley 89 de 1938.

El pasajero que celebra un contrato de transporte aéreo asume, como sabedor de ellos, los riesgos del vuelo, porque de lo contrario era libre de movilizarse por otra vía más tranquila y segura, como el ferrocarril o el automóvil, o el barco. La obligación de seguridad a cargo del transportador aéreo, en un régimen de derecho común, no puede ser sino de simple prudencia y diligencia, las cuales no pueden imponerle al transportador un grado tal de perfección que, agotando la previsión de la mente humana, releve al pasajero de todo peligro. El pasajero acepta los peligros inherentes a todo viaje aéreo; si es víctima de accidente por la caída del avión o por aterrizaje forzado, lo equitativo es que exija la prueba de que el empresario obró con prudencia y diligencia, mas no imponerle de todas maneras y en todos los casos la prueba del hecho preciso o la causa determinante del accidente, pues en la mayoría de las veces será imposible esa prueba para el transportador, ya que, como lo anotan los autores, es en el transporte aéreo donde más frecuentemente ocurre que la causa precisa del accidente permanece oculta. Exigir, pues, al empresario público de transporte aéreo la prueba del caso fortuito o de la fuerza mayor para exonerarlo de la responsabilidad contractual originada en accidente aéreo, equivaldría a echar sobre sus hombros una obligación más gravosa de la que razonablemente asume. El transportador garantiza que tomará todas las precauciones en relación con las condicioness satisfactorias de la máquina, la pericia del piloto, el cumplimiento de los itinerarios y rutas señaladas, etc., pero no puede dar garantía ilimitada contra los llamados riesgos del aire.

El régimen legal a que están sometidos los empresarios públicos de conducciones en lo concerniente a la extensión de la responsabilidad originada en el contrato de transportes es aplicable a las compañías de navegación en cuanto sea compatible con la navegación aérea. El compromiso del transportador aéreo es sólo el de emplear prudencia y diligencia en el vuelo; le basta demostrar el cumplimiento de todas aquellas previsiones posibles tendientes a evitar el daño, pues si éste ocurre por causas que permanecen desconocidas, debe ser absuelto; su compromiso probatorio no va al extremo de tener que acreditar la fuerza mayor, el caso fortuito, o la intervención de elemento extraño, que comportan una prueba específica más rigurosa y que en el transportador aéreo es imposible cuando el accidente se ha originado en el aire.

La prueba de la ausencia de culpa en el acaecimiento del accidente aéreo, originado en el riesgo del aire, exonera al transporta-

dor aéreo de responsabilidad por inejecución del respectivo contrato de transporte. No hay obligación de acreditar la concurrencia de caso fortuito o fuerza mayor. La cláusula sobre limitación de la responsabilidad del transportador aéreo, según la cual "todo viaje es a entero riesgo del pasajero", como en el caso del tiquete de transporte expedido y a que alude el pleito, no implica limitación ninguna de responsabilidad contractual que la empresa contrajo, conforme al derecho colombiano. Esa cláusula no significa que la empresa pueda cometer culpas sin consecuencia; significa, en sentir de la Corte, que si a pesar de todas las previsiones de la Compañía y de la observancia de las medidas aconsejadas normalmente para garantizar el vuelo, el avión es víctima en el aire de un accidente cuya causa cierta y concreta no puede atribuírse a culpa, la Compañía no puede ser responsable. Por consiguiente, con cláusula o sin cláusula exonerativa de los riesgos del aire, a la empresa le bastará demostrar que el accidente no fue generado por su culpa; es suficiente así la prueba de la mera ausencia de culpa que, como la Corte ha explicado en varias veces, es diferente de la prueba de la ocurrencia del caso fortuito, de la fuerza mayor o intervención de agente extraño, como únicos medios hábiles en el camino de alcanzar la demostración de inculpabilidad. (Casación, LX, Nos. 2032, 2033, mayo 15 de 1946). ..... 439, 1ª y 2ª y s.s.

TRANSPORTE BENEVOLO. — RESPONSABILIDAD AQUILIANA.

— 207 —

La complejidad de la época moderna ha abierto campo paralelamente, a inquietantes problemas en el terreno jurídico.

La vida de relación coloca frente a situaciones sugestivamente llamativas en el campo del derecho. Tales son las generadas por la prestación de un servicio gracioso, por la dispensa de una atención, o un acto de deferencia o mera cortesía, en el transporte. Tal vínculo social, esa "relación mundana", no se ha perfilado con toda nitidez en la doctrina y en la jurisprudencia. En semejantes condiciones el transporte sale de la categoría de los actos a título oneroso para entrar en la de los actos benévolos, y "es solamente entonces —dice Josserand— cuando se presenta con toda su dificultad y en toda su incertidumbre, el problema de la fuente, de la naturaleza y de la extensión de la responsabilidad del transportador".

Resulta inoperante invocar una responsabilidad contractual en el caso de un transporte benévolo, que sólo crea una situación potestativa, ya que el conductor complaciente no pretende contraer vínculo jurídico alguno, sino realizar una atención o una mera cortesía.

Por el contrario, la acción de responsabilidad por el ilícito que causa a otro un daño, sí tiene cabida en este orden de relaciones gratuitas. Por tanto su estudio debe subordinarse a la concurrencia de las tres exigencias que han de cumplirse para que prospere la acción. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, febrero 11 de 1946). ..... 269, 1ª y 2ª

— V —

VENTA

— 208 —

Ya ha corregido varias veces la Corte el concepto erróneo de que las ventas hechas por uno de los cónyuges, sin anuencia del

otro, de bienes raíces pertenecientes a la sociedad conyugal bajo el imperio de la Ley 28 de 1932, son nulas y de que, por tanto, ha de demandarse, en primer lugar, su nulidad para, en seguida y con ella por fundamento, reivindicar los bienes respectivos. Esta acción, en su caso, asiste directamente a la sociedad conyugal, como en todo caso de venta de cosa ajena, pues ésta es válida al tenor del artículo 1871 del Código Civil, el cual, si con esta declaración de validez hace ver que lo procedente y adecuado y necesario no puede ser la nulidad, al propio tiempo deja a salvo los derechos del verdadero dueño. En los eventos a que se alude, el dueño es la sociedad conyugal y la venta hecha por el marido sólo es venta de cosa ajena. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, agosto 14 de 1946). 807, 1ª

VENTA DE COSA AJENA

— 209 —

Cuando en una compraventa se halla que el vendedor vendió lo ajeno no es posible conjurar al comprador este mal alegando que su contrato no puede quedarse sin efecto. Lo tiene; pero no el de conferir al tradente el dominio de que carecía. (Casación, LX, Nos. 2029, 2030 y 2031, marzo 12 de 1946). 98, 1ª

VEREDICTO DEL JURADO

— 210 —

Cuando se trata de examinar un veredicto no se emprende la tarea de sustituír al Jurado, ni de corregir el defecto que contenga o pueda contener la respuesta de éste, ni de criticarlo —si ha sido aceptado— ni de aplaudirlo, sino sencillamente de interpretarlo para acomodarlo justamente a la ley.

Ha sido doctrina invariable de la Corte la de las condiciones que se exigen para que sea admisible la modalidad del artículo 28 del Código Penal: 1º ofensa; 2º, que ella sea grave; 3º, que sea injusta; 4º, que el agravio o insulto produzca en quien lo recibe una conmoción, un estado de ira o de dolor; y 5º, que el delito se ejecute precisamente como resultado de la acción de la víctima y del estado anímico del delincuente. Lo que quiere decir, que haya una relación de causalidad que vincule la obra del responsable a la injusticia y gravedad de la provocación. Estos requisitos surgen no sólo de la idea jurídica predominante del artículo 28, sino aún del sentido literal de su redacción. En un caso análogo al de autos se resolvió que la falta en el veredicto de las expresiones "por grave e injusta provocación" obligaba a no conceder al delincuente la situación privilegiada descrita en aquella disposición penal.

Tanto la adición al cuestionario como la deliberación del Jurado están autorizadas por el artículo 29 de la ley 4ª de 1943.

Si contradictoria es la proposición que afirma y niega a un mismo tiempo, es claro que esa pugna o esa contradicción debe hallarse en los términos de ella, es decir, del veredicto en este caso, y no entre su texto y el sentido que le dieron los juzgadores, lo que apenas se llamaría disparidad del criterio, del parecer, del concepto de diversas personas. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 17 de 1946). ..... 824, 2ª y s. s.

VICIOS REDHIBITORIOS

— 211 —

La calidad de vicio redhibitorio está definida por el artículo 1915 del Código Civil. Cuando la cosa está afectada por un vicio redhibitorio da lugar a la rescisión o a la rebaja del precio a juicio del comprador. Pero cuandoquiera que se pueda establecer que el vendedor conocía los vicios y no los declaró, o si ellos eran de tal naturaleza que el vendedor hubiera debido conocerlos por razón de su profesión u oficio, será obligado no sólo a la restitución o la rebaja del precio, sino a la indemnización de perjuicios. (Casación, LX, Nos. 2034, 2035 y 2036, junio 13 de 1946). 697, 2ª

TABLA

DE LAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES Y LEGALES CITADAS, INTERPRETADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LX DE LA "GACETA JUDICIAL".

Artículos	números
CONSTITUCION NACIONAL DE 1936	
8	135
9	135
20	97
23	62
40	159
62	112
63	112
76	57, 112
151	59
178	59
214	55
216	55
CODIGO CIVIL	
17	4
27	26
216	4
219	4
220	4
221	4
222	4
223	4
132	143
335	4
337	4
401	4
402	4
403	4
630	138
665	142
680	190
706	49
762	173
768	75
769	146
778	145
893	7
945	143, 174
965	175
966	175
1012	4
1013	4
1014	205
1025	96
1115	4
1139	88
1289	86
1290	86
1296	86
1298	86
1303	86
1321	142
1359	88
1494	26
1498	115
1501	32
1510	179
1511	179
1527	26
1530	32
1536	130
1546	5, 9, 10, 43
1581	5
1609	5, 43
1618	32
1619	101
1620	32
1621	32
1622	32
1623	32
1624	32, 101
1625	32
1760	138, 67

Artículos	números
1761	13
1767	67
1769	29
1857	138
1871	208
1880	177
1882	5
1888	5
1915	211
1930	5
1935	130
1986	10
1988	10
1989	9
1990	10
1993	108
1996	10
1997	10
2150	41
2188	111
2292	181
2331	44
2332	44
2356	53
2389	111
2483	139
2521	145
2524	103
2526	146
2536	141
2637	168
2673	138, 150
2675	168

CODIGO DE MINAS

4	1, 117, 119
117	117
118	117
165	116
166	116
167	116
168	116
169	116
170	116
171	116
172	116
173	117
285	144
303	118
304	118
384	117

Artículos	números

CODIGO FISCAL DE 1912

58	15

CODIGO PENAL DE 1936

28	105, 210
33	12A
36	18
73	100
92	137
95	138, 140
123	18
168	149
171	62
180	59
186	97
280	61
321	61
347	61
362	87
381	61
398	89, 94
399	94
400	94, 60
404	94
418	61
456	61
494	167

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

5	112
6	112
169	82

CODIGO JUDICIAL

76	117
77	134
79	134
87	134
121	125
151	125
151	117, 128
152	117
155	117
169	204A

Artículos	números
209	10
373	188
448	124, 126
449	126, 128
450	126
451	125, 126, 179, 180
452	126
453	126
454	126
455	126
456	126
457	125, 126, 179
460	134
461	61
467	193, 13
470	26
471	26, 192
472	26, 138
473	4
474	4
514	164
516	164
520	25, 26, 29, 33, 156, 192, 203
531	27, 94
553	68, 204, 204A
593	29, 138
597	29
601	29, 138
603	29
604	29
605	29
606	29
642	67
660	152
949	104
964	162
965	131
967	179
1003	69
1038	125
1039	125
1040	125
1041	125
1042	125
1043	125
1044	125
1046	125
1103	108
1107	108
1597	5

Artículos	números
CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL	
17	61
42	59
45	60
47	60
48	60
50	16, 59
54	16
58	20
73	21
153	200
189	200
198	19
209	121
224	59
226	54
319	16
346	62
358	16
361	62
379	62
383	63
384	62
386	62
387	62
393	63
410	63, 200
411	63, 110
418	63
430	200
431	12A, 19
436	201
453	137
454	137
455	137
472	12A
480	12A
499	12A
537	12A
556	161, 164
557	161, 164
563	159, 164
565	159
567	94
637	62
LEYES ESPECIALES	
LEY 57 DE 1887	
33	40
35	45
264	71

Artículos	números
LEY 153 DE 1887	
40	132
91	67
LEY 89 DE 1890	
—	183
LEY 95 DE 1890	
1	188
16	144
22	144
LEY 105 DE 1890	
345	127
LEY 4ª DE 1913	
17	89
LEY 76 DE 1920	
27	139
LEY 104 DE 1922	
21	6
LEY 45 DE 1923	
—	49
LEY 46 DE 1923	
4	67
LEY 72 DE 1926	
19	82
LEY 62 DE 1928	
1	113
9	113
11	113
12	113

Artículos	números
LEY 68 DE 1928	
6	6
LEY 60 DE 1930	
—	59
LEY 57 DE 1931	
7	49
LEY 99 DE 1931	
4	57
LEY 105 DE 1931	
—	59
LEY 28 DE 1932	
—	172
LEY 22-Bis DE 1936	
—	135
LEY 34 DE 1936	
11	15
LEY 45 DE 1936	
7	4
—	83
LEY 50 DE 1936	
2	123
LEY 200 DE 1936	
12	147
LEY 89 DE 1938	
—	206
LEY 167 DE 1941	
164	57, 133

Artículos	números
LEY 22 DE 1942	
—	132
LEY 4ª DE 1943	
1	60
23	63
24	137
25	137
28	51, 106
29	106, 210
35	60
LEY 6ª DE 1945	
75	89
LEY 69 DE 1945	
1	159
2	159
—	164
LEY 71 DE 1945	
—	132
DECRETOS ESPECIALES	
DECRETO NUMERO 136 DE 1932	
9	57
DECRETO NUMERO 66 DE 1934	
—	206
DECRETO NUMERO 329 DE 1938	
—	49
DECRETO NUMERO 750 DE 1940	
—	155
DECRETO NUMERO 1148 DE 1943	
—	56
DECRETO NUMERO 1304 DE 1943	
—	56
DECRETO NUMERO 1005 DE 1945	
—	56
DECRETO NUMERO 2184 DE 1945	
—	55
DECRETO NUMERO 1426 DE 1946	
—	56
NUEVA Y NOVISIMA RECOPILACION	
—	148
LAS SIETE PARTIDAS	
—	148

INDICE ALFABETICO

páginas

A

Acosta Ciro o Luis Enrique Jaimes. Causa por homicidio 224

Acosta González Silvestre, como heredero **ab intestato** de José de Jesús Acosta González, contra la sociedad colectiva de comercio denominada Hijos de Patrocinio Barragán. Ordinario por perjuicios 406

Agudelo Sebastián contra Vidal Salamanca. Ordinario de reivindicación 90

Agudelo de Castaño Isabel contra Ana Teresa v. de Soto. Ordinario petitorio de declaración de dominio por prescripción extraordinaria..... 808

Aguirrre B. Andrés Abelino. Causa por lesiones personales 819

Albrecht Pierre. Acción de lanzamiento contra éste por los Ferrocarriles Nacionales 617

Alder Carlos S. contra Rafael Vásquez. Ordinario de reivindicación 744

Alvarado Pedro María contra Leovigilda Díaz de Garzón. Ordinario de nulidad de un remate 99

Arango Gutiérrez Daniel. Pensión 322

Aranza Ernesto, Ana María y Sofía contra la Nación. Ordinario por perjuicios 621

Arenas Avila Julio Roberto, María Irene y otros contra Florencio Arenas C., Hermelinda Avila de Arenas y otros. Ordinario de nulidad de un contrato, reivindicación, etc. 15

Arévalo Correal Edilberto. Causa por abuso de autoridad 181

Arévalo Correal Edilberto. Delito de responsabilidad 517

Aristizábal Gómez Gerardo. Causa por asesinato 524

Arroyave Atehortúa Ana Teodora o Teodoro. Causa por lesiones personales 550

Ayala Hernández Antonio. Causa por robo.. 254

páginas

B

Banco de Colombia, sucursal de Pasto, contra Manuel T. Vela. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 700

Barbosa Barrios Euclides contra Carlota Barrios de Barbosa. Ordinario de filiación natural 714

Barrera Barrera Raúl. Causa por homicidio 510

Benavides Octavio J. y Ana María C. de Benavides. Ordinario por perjuicios 287

Benedetti Rafael E. Sobreseimiento temporal 813

Benítez Ordóñez Delio. Causa por homicidio 823

Breuer Möller & Compañía contra Roberto Echeverri V. Ordinario por perjuicios... 130

C

Cabildo de Indígenas de Ipiales contra Carmen Güepud, Isaac Viteri y Clara Elisa Valencia de Coral. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa y reivindicación 409

Caicedo Lozano Jesús Alberto. Proceso por detención arbitraria 200

Cano Félix Alfredo y Luciano Montaño López. Causa por hurto 838

Carrillo González Segundo. Causa por homicidio 834

Carrizosa Adolfo contra la Superintendencia Bancaria. Ordinario sobre declaración de bienes mostrencos 162

Casallas Isidoro. Causa por lesiones personales 266

Castillo de Aranza María Ester contra la Nación. Ordinario por perjuicios 268

Cifuentes y Gutiérrez Alfonso. Demanda para que se declarase que Heriberto Schwartau perdió la nacionalidad colombiana 319

Compañía Nacional de Autos, S. A. contra Vicente López Gómez. Ordinario sobre restitución de bienes 146

Compañía Eléctrica de Ibagué, S. A. contra Eufrasio Pulido 637

páginas

Conde Ribón Manuel y Rafael. contra la Nación. Ordinario por perjuicios 336
Corrales Rita Isabel y Carmen Corrales de Mafiol contra la Nación. Ordinario sobre reconocimiento de una pensión 901
Correa Arcesio. Se dirime una competencia en el juicio de quiebra contra éste..... 898
Cruz R. Eliseo contra José Gregorio Baquero y otros. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 398

CH

Charry Juan de Dios contra Ascensión Rojas Niño. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 379

D

Dávila & Fuentes contra la Nación. Ordinario sobre pago de una suma de pesos... 560
Decreto Nº 136 de 26 de enero de 1932 "sobre asignaciones y reducciones en el presupuesto de gastos de 1932", acusado de inconstitucionalidad en su artículo 9º especialmente 1
Decreto Nº 1148 de 1943 acusado como inconstitucional 647
Decreto Nº 2184 de 1945 acusado como inconstitucional 650
De la Espriella Rafael Prudencio. Lanzamiento 607
Del Mónaco Clemente contra el Departamento de Nariño. Ejecutivo 619
Díaz v. de Varela Ana y otros contra Agueda Hurtado de Luján y Rafael Luján. Ordinario sobre mejor derecho a los bienes de una sucesión 53
Díaz Castillo Noemí contra Luis Alejandro Ariza y sus menores hijos. Ordinario sobre simulación de un contrato 417
Duque José. Causa por homicidio..... 531
Durán G. José María. Causa por hurto 253

E

Escallón Liborio. Pensión de jubilación 605
Escobar Marulanda Mario. Solicitud de pensión 906

páginas

España Francisco de Borja contra la Nación. Ordinario por perjuicios 592
Espinel María contra Isaac Angarita. Ordinario de cuentas 798

F

Flórez R. Leopoldo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 639
Flye D. William contra la Cooperativa del Magdalena Limitada. Recurso de hecho 103

G

Gaitán Hurtado Luis contra José y María Gaitán Hurtado y su marido Timoleón Pedraza y sus menores hijos. Ordinario de nulidad de unos contratos 456
Galvis G. Domingo contra Diógenes Oviedo, Benedicta Tarazona y otros. Ordinario de reivindicación 706
García González Alfonso. Causa por homicidio 261
García Rogelio contra el Departamento de Cundinamarca. Ordinario petitorio de declaración de irresponsabilidad en el manejo de unas rentas y de devolución de unas sumas de dinero 327
García Lotero Manuel José, como heredero de Estefanía Muñoz v. de García, contra Fernando Gómez P. y Francisco Arango. Ordinario de reivindicación 358
García Pedro Pablo y otros. Causa por cuadrilla de malhechores 847
Gómez Juan Gregorio contra Jorge Julio Gómez S. Ordinario sobre simulación de un contrato 138
Gómez Ismael contra Roberto Gómez. Ordinario de nulidad de un contrato y otras acciones 372
Gómez Marco A. contra Celia Uribe de Hoffman y Julio Hoffman. Ordinario sobre pago de unas mejoras 657
Gómez de Arce Espíritusanto y Sofía Gómez de Arce contra Alberto Julio Ch y Rosa Julio Ch. Ordinario de petición de una herencia 739
González Ricardo A. (Hijos) contra la Compañía Colombiana de Electricidad. Ordinario por perjuicios 59

páginas

González Pedro Pablo contra Julio E. Pardo S. Ordinario de rescisión de un contrato 478
González Manuel Alberto. Ordinario por perjuicios 565
González Botía Guillermo contra la sociedad denominada Colombia Motor Limitada. Ordinario de rescisión de un contrato 695
Goyeneche Carlos Saúl contra Ciro E. Goyeneche. Objeciones a la partición hecha en el juicio respectivo 764
Granada de Susana María contra Arcesio Londoño y los herederos de Francisco Botero y sus hijos menores, representados por su madre Ester Julia Echeverri de Botero. Ordinario de nulidad de un contrato 805
Grau Rogelio contra el Departamento de Bolívar. Ejecutivo 610
Graubard Adolfo contra The Hantford Fire Insurance Company. Ordinario sobre pago del valor de un seguro..... 63
Gutiérrez Eustaquio contra la sucesión de Célico Cuéllar y otros. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 87

H

Hernández Amelia contra Luis Felipe Hernández. Ordinario de reivindicación.... 76
Hernández Arévalo Misael. Causa por asesinato 222
Hernández Marcucci Jorge contra la Nación. Ordinario por perjuicios 551
Hernández Marco Tulio. Causa por homicidio 815
Hincapié Mejía Nicomedes. Causa por alguno de los hechos ilícitos de que trata el Capítulo VI, Título III del Libro II del Código Penal 832
Hoyos R. Benjamín contra Emilio Fandiño. Ordinario de reivindicación 730

I

Instituto Homeopático Luis G. Páez contra Raúl Varela Martínez. Ordinario de reivindicación 366

J

Jaimes de Blanco Modesta. Causa por homicidio 861
Jiménez Pedro. Causa por homicidio 216
Jiménez Daniel María. Pensión de jubilación 324

páginas

K

Klainbaum Abraham y otros contra Rafael A. Muñoz. Ordinario por perjuicios..... 157
Kopp Guillermo con citación de la Nación. Incidente sumario de inspección ocular 615

L

Laguna Hernández Simón, Jacinto Zabala Nieto y otros. Causa por asesinato 535
La Nación contra Hernando Guzmán Vernaza, Ernesto, Luis Guillermo, Inés y Francisco Tafur Morales y otros. Ordinario sobre restitución de exceso de adjudicación de unos baldíos 624
Lara v. de Calvo Julia contra José Joaquín Calvo. Ordinario de reivindicación ... 424
Lara v. de Calvo Julia, en su propio nombre y en representación de sus menores hijos, contra Eduardo Calvo Pulecio. Ordinario de reivindicación 668
Lara v. de Calvo Julia contra Jorge Lozano A. Ordinario de reivindicación 769

M

Malaber Rosa Elena contra Hernando Ruiz Cuevas. Desistimiento 354
Manrique Lara Rafael. Se declara que no estuvo impedido para conocer del proceso en que fue recusado 515
Marín Martín, Miguel Santiago y Gilberto Luis. Causa por homicidio 507
Mariño Joaquín Pablo contra Ruperto Aya. Ordinario por perjuicios 27
Márquez de Borrás Celia contra Manuel Antonio Pérez y "Pannier & Prevosteau". Ordinario de nulidad de un contrato.... 123
Marshall Newton C. contra la sociedad Colombo Alemana de Transportes Aéreos (Scadta). Ordinario por perjuicios 431
Martínez Landínez Jorge contra Francisco y Sergio Pombo. Ordinario de nulidad de una cesión y pago de perjuicios 390
Martínez de Guzmán Virginia. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición en ese juicio de sucesión... 652
Mazabel Jorge contra el Departamento de Caldas. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato 563

páginas

Mejía Jaramillo Alberto contra el Municipio de Manizales. Ordinario por perjuicios 115
Melenje Ignacio. Causa por hurto 853
Méndez Nieves y Erasmo del Valle contra la Compañía Colombiana de Electricidad. Ordinario por perjuicios 494
Molina Callejas Germán contra la compañía minera de La Leona. Ordinario sobre minas 734
Montilla Luis C. contra los Ferrocarriles Nacionales. Ordinario por perjuicios 908
Mora Luis. Causa por homicidio 866
Morales Pedro contra Dionisia Rodríguez v. de Pinilla y Luis J. Pinilla R. Ordinario de reivindicación 486
Morales González Ignacio contra Alfredo Forero Bernal. Ordinario sobre resolución de un contrato, reivindicación, etc. 667
Morán Luis, Manuel Mesías Obando y otro. Causa por homicidio y lesiones personales 258
Moreno Restrepo Otto contra David Restrepo Uribe y otros. Ordinario de nulidad de un juicio 83
Mosquera Manuel María contra la Nación. Ordinario de reivindicación de una mina 581
Mosquera Juan B., en nombre de la Compañía Minera La Sociedad, contra la compañía minera del Andágueda y la Chocó Pacífico, S. A. Ordinario sobre restitución de una suma de pesos 785
Muñoz José María contra Mariana de Jesús Muñoz. Admisión del recurso de casación 13
Muñoz José María contra Mariana de Jesús Muñoz. Fijación de la cuantía para el recurso de casación 121
Muñoz Luis Eduardo. Causa por homicidio..... 526
Muñoz Mercedes contra Angel María Muñoz, María Irene Aguirre Jiménez y Juan de Jesús Tejada. Ordinario sobre pago de servicios, reivindicación, etc. 792

N

Noriega Rueda Teófilo. Diligencias por prevaricato 251

O

Ortíz José contra Pedro Luis Villa. Ordinario de reivindicación 135

páginas

Ospina José Tomás. Causa por homicidio.... 228
Ospina Devia Mauricio contra la Nación. Ordinario por perjuicios 569
Ospina Duque Bernardo. Causa por abuso de autoridad y otras infracciones 876
Ovalle Juan Esteban. Causa por violencia... 541

P

Pabón Pinzón Carlos José y Jorge contra Rafael Pedraza. Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento y reivindicación 348
Palma Angel M. y Guillermo Acosta contra la Nación. Oposición a una propuesta de exploración y explotación de petróleo 273
Pardo S. Julio E. Solicitud de una aclaración de una sentencia en el juicio seguido contra éste por Pedro Pablo González..... 506
Paternostro v. de Faillace Josefina contra Angel Medaglia e Isaías Jiménez. Ordinario sobre petición de una herencia ... 47
Pedraza Gertrudis contra Andrés O. Ramussen. Recurso de hecho 383
Pérez de González Ana Julia contra Santos Miguel Higuera. Ordinario de nulidad de una escritura y reivindicación 500
Perilla V. Jesús contra el Departamento de Boyacá. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 879
Picón Euclides contra Waldina Flórez de Medina. Ordinario sobre simulación de un contrato 142
Pinilla María Luisa y sus menores hijos Alvaro Jaime, Juan Evelio y Luis María contra la Nación. Ordinario por perjuicios 598
Plaza T. Frutos contra la Nación. Aviso de exploración y explotación de petróleo....300

R

Restrepo de Gaviria María Elena y otros contra Carolina Vargas de Santamaría. Ordinario de nulidad de un remate 673
Ricaurte Laura y sus menores hijos contra el Municipio de Montenegro. Ordinario por perjuicios 721
Rivera Fidel contra Luis E. Williamson. Ordinario petitorio de pago de servicios 136
Riveros S. Benicio contra Nicolás Parrado

páginas

M. y Víctor M. Gutiérrez. Ordinario sobre derechos a una sucesión 95
Rodríguez Roberto y Agustín Cifuentes contra la "Sociedad Interdepartamental Mercantil S. A.", Administradora de la Lotería de la Beneficencia del Huila. Ordinario por perjuicios 403
Rodríguez Jesús María. Pensión de jubilación 613
Rojas Caro Juan contra los partícipes en el juicio mortuorio de Zoila Caro y contra Ricardo Abella y Rafael Rodríguez. Ordinario sobre nulidad de un remate 756
Romero B. Adolfo. Sobreseimiento temporal por intervención en la política en su carácter de Magistrado 219
Rueda Reyes Joaquín contra María Reyes de Rueda. Ordinario sobre resolución de un contrato y reivindicación..... 40
Ryan Frederick R. Propuesta de exploración y explotación de petróleo 894

S

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Pedro Castillo Pineda, Hernán Salamanca y Arturo Tapias Pilonieta al auto que decidió la admisión del desistimiento del pleito intentado por Rosa Elena Malaber contra Hernando Ruíz Cuevas sobre indemnización de perjuicios 357
Sánchez Vicente Taumaturgo contra Ester López v. de Rojas y Stella Rojas de Wilches. Ordinario sobre resolución de un contrato y reivindicación 104
Sánchez Leovigildo contra la Nación. Ordinario por perjuicios 555
Santana Villamil Otoniel y José Gregorio Posada. Causa por homicidio 168
Santander Francisco de P. Pensión de jubilación 608
Sepúlveda Abigaíl contra Pedro García Sepúlveda. Ordinario de reivindicación ... 151
Sierra Nicolás contra el Municipio de Bello. Ordinario sobre uso de las aguas de un río 36
Sierra Sara Isaac, en nombre de sus menores hijos, contra la sucesión de Sofronín Barbosa Quintero. Ordinario de filiación natural 775

páginas

Soler José Hugo contra Roberto Ramos C. Ordinario sobre cumplimiento de un contrato y pago de perjuicios 683
Suárez Luis Eberto. Causa por homicilio ... 857
Suárez E. Gabriel. Pensión de jubilación.... 904

T

Tafur Pedro Pablo. Causa por homicidio... 870
Tedesco S. A. contra Guillermo Caicedo Albán y Raquel Henao de Caicedo Albán. Ordinario sobre disminución proporcional del precio de venta por falta de la cabida declarada en el contrato 384
Tejada Santiago. Causa por violencia carnal y homicidio 178
The Western Andes Mining contra la Nación. Ordinario sobre pago de unas mejoras.. 630
Toffoli Pedro contra León Sánchez M. Ordinario de oposición a la posesión de una mina 750

U

Urdaneta Eugenio. Recurso de casación contra la sentencia aprobatoria de la partición en ese juicio de sucesión 711
Urdinola v. de Marmolejo Mariana. Reconocimiento de una pensión 891

V

Vanegas Carlos Silvestre. Causa por homicidio 543
Vanegas Gregorio contra Teresa Llanos, Benjamín Garzón y otro. Ordinario de reivindicación 144
Villamil Mayorga Alejandro contra la Nación. Ordinario por perjuicios 339

Z

Zapata de Villa Julia contra Eleázar Gaviria. Ordinario de nulidad de un juicio ejecutivo 150
Zapata de Rojas Rosa contra Octavio Rojas, Samuel Pino y Rafael García Z. Ordinario de reivindicación 449
Zárate Barrios Pedro. Causa por hurto de ganado mayor 828
Zea Víctor Julio contra Luis Londoño y Soledad Soto H. Ordinario por perjuicios .. 467

Talleres Gráficos
Mundo al Día