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 LXI BOGOTA COLOMBIA, SEPTIEMBRE - OCTUBRE DE 1946. NUMEROS 2038 - 2039

SALA PLENA

DEMANDA DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY 100 DE 1945, "POR LA CUAL SE APRUEBA UN CONTRATO SOBRE EXPLOTACION DE MATERIALES PRECIOSOS EN EL RIO TELEMBI"

De conformidad con el artículo 214 de la Constitución, para que la Corte pueda ejercer su función de guardián del Estatuto Fundamental, debe preceder acusación concreta promovida por cualquier ciudadano, lo que vale tanto como afirmar que esta alta Corporación no está facultada para conocer oficiosamente de artículos de una ley o decreto que no hayan sido objeto de una acusación. Es ésta la razón por la cual la ley 96 de 1936, en su artículo 2º, exige la transcripción literal de la disposición acusada, la designación de la norma constitucional violada y los motivos de este quebrantamiento. Antes del imperio de la prenombrada ley había establecido la jurisprudencia que la discusión sobre inexequibilidad no podía salirse del círculo en que la hubiera encerrado la acusación. Quedaba así expedito el campo a nuevas demandas por motivos no invocados en la primera acción. Hoy rige este precepto: "Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad". Todo ello indica, en verdad, que esta clase de demandas no está sometida al rigorismo procesal que para los asuntos de derecho privado exige el artículo 205 del Código Judicial. De manera que la sola circunstancia de que en el libelo se encuentren peticiones inacordes con la atribución que le da a la Corte el artículo 214 de la Constitución, no sería causal para cerrar el paso a la demanda, pues estas cuestiones pueden y deben deslindarse en la resolución definitiva.

Además, la demanda apenas proporciona la condición precisa para que la Corte ejerza su función, lo que significa que desde el punto de vista procesal, el caso constitucional no es asimilable a los negocios que se

debaten en controversias privadas. Todo esto es así, ciertamente, pero ello no obsta para que se cumplan determinadas prescripciones formales que se estiman por el Legislador como vías indispensables para llegar a la declaración de inexequibilidad. Tales requisitos son los que establece el artículo 2º de la ley 96 de 1936.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, agosto veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis.

El señor Porfirio Díaz del Castillo demandó por inconstitucionalidad la ley 100 de 1945 "por la cual se aprueba un contrato sobre explotación de materiales preciosos en el río Telembí". Acompañó a la solicitud un ejemplar del **Diario Oficial**, donde aparece publicada la mencionada ley.

El libelo fue aclarado el 8 de mayo del presente año, y en el memorial respectivo se alude a perjuicios que puedan causarse a personas particulares por violaciones contractuales, involucrando esta cuestión de naturaleza estrictamente judicial con la acción de inexequibilidad. En el escrito aclaratorio consta la siguiente cláusula: "En cuanto a la acción popular o pública, respetuosamente solicito se tenga presente lo que, entre otros juristas, anota el Profesor doctor Carlos H. Pareja en su obra "Derecho Administrativo Teórico y Práctico"...".

Por otra parte, el señor Burton Isenor, Gerente de la Compañía Minera de Nariño, por medio de apoderado, pretende que se admita una coadyuvación orientada a sostener la constitucionalidad de la norma acusada.

El Magistrado Ponente, antes de estudiar la estructura formal de la demanda y procediendo con criterio de amplitud, dispuso, en auto de 27 de junio último, que se oyese previamente al Procurador General de la Nación para que dictaminase sobre el libelo primitivo, su aclaración y el poder conferido al doctor José Luis Trujillo Gómez, para la coadyuvación.

El señor Agente del Ministerio Público, oportunamente, pidió que tal providencia se repusiese y que la demanda se devolviese al actor para que la arreglase de acuerdo con los mandamientos legales.

Al respecto, expresó estas razones: Que el artículo 2º de la Ley 96 de 1936 en forma clara establece que en el escrito o memorial acusatorio se transcriban literalmente las disposiciones impugnadas, se indiquen los textos constitucionales infringidos y se expresen los motivos de inexequibilidad; que la demanda de que se trata, no está ceñida a estas normas, puesto que en ella se hace una relación impertinente de hechos y se exponen diversas consideraciones, que dejan la incertidumbre sobre la naturaleza de la acción instaurada, hasta el punto de que parece que se plantearan problemas netamente judiciales o administrativos y no de inconstitucionalidad, como se destaca al través de conceptos del actor, como el que sigue:

"Como se ve, en Francia, la circunstancia de que un contrato esté aprobado por una ley no lo cambia en acto legislativo y por lo tanto ese contrato queda sujeto al control de la justicia administrativa"; que en la parte quinta del libelo se anotan, como disposiciones violadas, artículos de la Constitución, del Código Fiscal, del de Minas, del Judicial, y aun de otras leyes.

Todo esto, en sentir del señor Procurador, hace difícil entender cuál es el pensamiento del demandante y cuáles los fundamentos constitucionales de la impugnación.

Respecto del poder para la coadyuvación, el mismo alto empleado estima que es una cuestión rechazable de plano, según doctrina de la Corte.

Se considera:

De conformidad con el artículo 214 de la Constitución, para que la Corte pueda ejercer su función de guardián del Estatuto Fundamental, debe preceder acusación concreta promovida por cualquier ciudadano, lo que vale tanto como afirmar que esta alta Corporación no está facultada para conocer oficiosamente de artículos de una ley o decreto que no hayan sido objeto de una acusación. Es ésta la razón por la cual la ley 96 de 1936, en su artículo 2º, exige la transcripción literal de la disposición acusada, la designación de la norma constitucional violada, y los motivos de este quebrantamiento. Antes del imperio de la prenombrada ley, la jurisprudencia había establecido que la discusión sobre inexequibilidad no podía salirse del círculo en que la hubiera encerrado la acusación. Quedaba así expedito el campo a nuevas demandas por motivos no invocados en la primera acción.

Hoy rige este precepto: "Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre

obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Todo ello indica, en verdad, que esta clase de demandas no está sometida al rigorismo procesal que para los asuntos de derecho privado exige el artículo 205 del Código Judicial.

De manera que la sola circunstancia de que en el libelo se encuentren peticiones inacordes con la atribución que le da a la Corte el artículo 214 de la Constitución, no sería causal para cerrar el paso a la demanda, pues estas cuestiones pueden y deben deslindarse en la resolución definitiva.

Además, la demanda apenas proporciona la condición precisa para que la Corte ejerza su función, lo que significa que desde el punto de vista procesal, el caso constitucional no es asimilable a los negocios que se debaten en controversias privadas.

Todo esto es así, ciertamente, pero ello no obsta para que se cumplan determinadas prescripciones formales que se estiman por el Legislador como vías indispensables para llegar a la declaratoria de inexequibilidad. Tales requisitos son los que establece el artículo 2º de la ley 96 de 1936.

En la demanda que se estudia, no se transcriben las disposiciones legales que se dicen violadas; no se expresan con claridad los motivos por los cuales se cree fueran quebrantados textos o principios constitucionales que cita el actor en confusión con disposiciones de otros códigos y otras leyes.

En cuanto al poder para coadyuvar, no se admite, porque, aparte de otros argumentos, existe el que fluye del siguiente precepto:

"En la tramitación de los asuntos a que se refiere el artículo 30 del Código Judicial, no habrá más incidentes que los de impedimentos y recusación".

En mérito de lo discutido, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, **repone** el auto de veintisiete de junio de este año, y en su lugar resuelve:

1º No se le da curso a la demanda de inexequibilidad, promovida por el señor Porfirio Díaz del Castillo, mientras no se arregle el libelo a las prescripciones de la ley 96 de 1936.

2º No se admite el poder conferido al doctor José Luis Trujillo Gómez para representar a la Compañía Minera de Nariño, en la coadyuvación de la defensa de la constitucionalidad de la Ley 100 de 1945.

3º Devuélvase al actor la demanda, y al señor Gerente de la Compañía Minera de Nariño, la documentación presentada para fundamentar sus pretensiones.

Notifíquese, cópiese.

Eleuterio Serna R.—Pedro León Rincón, Srio.

INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 4º DEL DECRETO Nº 672 DE 1942.

La simple lectura de la ley 75 de 1945 y del artículo 4º del Decreto acusado no dejan duda alguna sobre la extralimitación de las facultades conferidas por el Congreso al Gobierno. El artículo 1º de la ley 75 citada estableció exactamente la órbita de las facultades que por medio de esa disposición legislativa se confirieron al Gobierno. Esas facultades se limitaron al señalamiento del personal y asignaciones de los Juzgados Municipales y a la organización y funcionamiento de los mismos juzgados en los territorios nacionales y lazaretos. Pero aún más: el inciso último del artículo sobre facultades limitó todavía más el campo de acción del Ejecutivo al establecer ciertas condiciones en el señalamiento del número de jueces, personal subalterno y monto de las asignaciones. La ley 75 es, pues, un ejemplo de fidelidad a los preceptos constitucionales contenidos en el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Según el parecer de la Corte la ley en cuestión obedeció, para su expedición, a las condiciones de necesidad y conveniencia y supo limitar, en cuanto al tiempo y al contenido, las facultades que otorgó al Gobierno. El Ejecutivo, por muchas que fuesen sus funciones para considerar conveniente la fijación de la fecha en que debía comenzar el nuevo período de los Jueces Municipales, ha debido abstenerse de regular tal asunto, porque el Congreso no consideró del caso facultarlo para eso. Además, la reforma constitucional de 1945, al elevar el período de los Jueces Municipales a dos años y al no establecer ningún aplazamiento para la aplicación de esa disposición, está ordenando imperativamente que ella debe regir para los nombramientos de jueces en el período inmediatamente siguiente. Existe también la especial circunstancia de que el artículo 117 del C. J. fijó el día primero de agosto para la iniciación del período de los Jueces Municipales, y como la reforma constitucional entró a regir el 16 de febrero de 1945, es de todo punto evidente que el período que se inició el primero de agosto de ese año para tales funcionarios es de dos años y, en consecuencia, al disponer el Decreto 672, en su artículo 4º, que los dos años no se contarían sino desde el 1º de agosto de 1946, se adoptaron disposiciones sin facultad constitucional para ello.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

El doctor Marco Aurelio Herrera, vecino de Girardot, colombiano, en ejercicio del derecho que otorga a los ciudadanos el artículo 214 de la Constitución Nacional, por escrito presentado el nueve de mayo próximo pasado en Girardot y recibido el trece del mismo mes en la Corte, solicitó la declaración de ser inexequible, por inconstitucional, el artículo 4º del Decreto 672 de 1946, expedido por el Ejecutivo, en uso de las facultades extraordinarias que le confirió la ley 75 de 1945.

Admitida la demanda y tramitado el asunto en debida forma, es la oportunidad de resolverlo y a ello procede la Corte.

El artículo 4º del Decreto 672 de 1946, acusado como inconstitucional, dispone lo siguiente:

"Artículo 4º.—El período de dos años, que el artículo 158 de la Constitución Nacional señala para los Jueces Municipales, se iniciará el 1º de agosto de 1946".

Esta disposición fue expedida por el gobierno en uso de las facultades extraordinarias que le confirió el artículo 1º de la ley 75 de 1945, cuyo texto reza lo siguiente:

"Artículo 1º.—Revístese al Presidente de la República de facultades extraordinarias hasta el 19 de julio de 1946, para que ejerza las siguientes atribuciones: a) señalar el personal de los Juzgados Municipales y sus correspondientes asignaciones; b) Organizar el funcionamiento de los Juzgados Municipales en las Intendencias, Comisarías y Lazaretos de la República. El número de Jueces y el personal subalterno será por lo menos

el mismo que en la actualidad funciona en cada uno de los municipios del país, y sus asignaciones no podrán ser inferiores a las que devengaba el 31 de octubre del presente año."

Fundamentos de la demanda

En defensa de su tesis expresa el demandante:

El artículo 4º del Decreto 672 de 1946, es inconstitucional porque viola los artículos 76, numeral 1, 2 y 12; 119 y 160 de las disposiciones transitorias de la Constitución Nacional y los artículos 1º y 2º de la ley 75 de 1945. Apoya su afirmación en las siguientes razones principales:

a) Para que el Presidente de la República, o todavía mejor, para que el Gobierno Nacional, pueda entrar a regular cuestiones o materias cuya regulación es de la exclusiva competencia del Congreso, y que sólo puede ser llevada a cabo por éste, por medio de leyes que llenen los requisitos constitucionales en su expedición, se requiere que haya sido previamente revestido por el Congreso, por medio de una ley y por tiempo determinado, de precisas facultades extraordinarias que lo autoricen para expedir los decretos del caso, conforme lo disponen los artículos 11 y 12 de la Constitución Nacional.

b) Toda disposición que sea dictada en uso de las facultades extraordinarias concedidas por el Congreso extralimitando los precisos límites que le debe señalar la ley que las concede, viola dicha ley, y viola, en consecuencia, la Constitución Nacional.

c) No es posible, sin embargo, hablar en estos casos de verdadera ilegalidad del Decreto, y acusarlo por tal ante las autoridades de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, porque como lo tiene decidido ya la Corte y como parece desprenderse además de las disposiciones del artículo 214 de la Carta Fundamental que declaró de la competencia de esta corporación el conocimiento de las causas de inconstitucionalidad de las leyes, dichos decretos están asimilados a la categoría de leyes, o, en otros términos, son verdaderas leyes en sentido material, aunque no en sentido formal, y respecto de ellos no es posible, por tanto, hablar de ilegalidad en el sentido estricto que comúnmente se atribuye a esta palabra.

d) El artículo 4º del Decreto 672 de marzo de 1946, que se acusa por inconstitucional, sale de los precisos límites que la ley 75 de 1945 fijó a las facultades extraordinarias conferidas por la misma ley al Presidente de la República.

En ninguna de las palabras del citado artículo 1º de la ley 75 de 1945, dice el demandante, se encuentra autorización alguna conferida al Presidente de la República para determinar la fecha en que deba comenzar el período de los Jueces Municipales, período de que trata el artículo 158 de la Constitución Nacional. Menos aún podrá buscarse dicho fundamento en la última parte del citado artículo 1º de la ley 75 de 1945, o en el artículo 2º de la misma ley, que a la letra dice:

"El número de Jueces y el personal subalterno será por lo menos el mismo que en la actualidad funciona en cada uno de los municipios del país, y sus asignaciones no podrán ser inferiores a las que devengaba en 31 de octubre del presente año".

Concepto del Procurador General de la República

El concepto del señor Procurador General es favorable a la tesis del demandante y conviene citar de su vista los siguientes apartes que a continuación se copian:

"Es absolutamente innegable que al comparar la ley de facultades y el artículo acusado, se deduce que en éste se dispuso algo para lo cual no estaba el Presidente legalmente facultado.

"El artículo 1º de la ley 75 de 1945, es singularmente claro en cuanto a los límites de las facultades extraordinarias con que en él se reviste al Presidente de la República. Esas facultades no podían ser usadas sino para señalar el personal y asignaciones de los Juzgados Municipales del país. En cuanto al período de los Jueces, nada podía disponer el Gobierno, pues de una parte, su duración se halla señalada en la Constitución y de otra, la fecha de su iniciación es cuestión que compete al legislador, toda vez que el constituyente no dijo nada al respecto".

"Al dictarse, pues, el artículo 4º del Decreto y so pretexto de estar cumpliendo la ley de autorizaciones, el Organo Ejecutivo dispuso algo que competía exclusivamente al Legislador, puesto que ello no se mencionaba en la ley de facultades, y por tanto con ese artículo se invadió un campo reservado al Organo Legislativo y se violó el principio fundamental de la separación de los Organos del Poder Público".

Consideraciones de la Corte

El problema que corresponde resolver a la Corte es el de determinar si el Gobierno, apoyándose en las facultades extraordinarias de la ley 75 de 1945, podía fijar la fecha en que comenzara el período de los jueces municipales. La sim-

ple lectura del texto de la ley y del artículo 4º del Decreto acusado, no dejan duda alguna sobre la extralimitación de las facultades conferidas por el Congreso. El artículo 1º de la ley 75 de 1945 estableció exactamente la órbita de las facultades que por medio de esa disposición legislativa se confirieron al Gobierno. Esas facultades se limitaron al señalamiento del personal y asignaciones de los Juzgados Municipales y a la organización y funcionamiento de los mismos Juzgados en los Territorios Nacionales y Lazaretos. Pero aún más: el último inciso del artículo sobre facultades, limitó todavía más el campo de acción del Ejecutivo, al establecer ciertas condiciones en el señalamiento del número de Jueces, personal subalterno y monto de las asignaciones. La ley 75 de 1945 es, pues, un ejemplo de fidelidad a los preceptos constitucionales contenidos en el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Según el parecer de la Corte, la ley en cuestión obedeció, para su expedición, a las condiciones de necesidad y conveniencia y supo limitar en cuanto al tiempo y al contenido, las facultades que otorgó al Gobierno. El Ejecutivo, por muchas que fuesen sus razones para considerar conveniente la fijación de la fecha en que debía comenzar el nuevo período de los Jueces Municipales, ha debido abstenerse de regular tal asunto, porque el Congreso no consideró del caso facultarlo para esa cuestión. Además, la reforma constitucional de 1945, al elevar el período de los Jueces Municipales a dos años, y al no establecer ningún aplazamiento para la aplicación de esa disposición, está ordenando imperativamente que ella debe regir para los nombramientos de jueces en el período inmediatamente siguiente. Existe también la especial circunstancia de que el artículo 117 del C. J. fijó el día primero de agosto para la iniciación del período de los Jueces Municipales, y como la reforma constitucional entró a regir el 16 de febrero de 1945, es de todo punto evidente que el período que se inició el primero de agosto de ese año para tales funcionarios, es de dos años, y en consecuencia, al disponer el decreto 672, en su artículo 4º, que los dos años no se contarían sino desde el 1º de agosto de 1946, se adoptaron disposiciones, sin facultad constitucional para ello.

Los actuales Jueces Municipales fueron designados por los Tribunales Superiores ya vigente el memorado artículo 158 de la Constitución Nacional, que les señaló un período de dos años. Por consiguiente, el artículo cuya inexequibilidad se demanda, que fija el primero de agosto de mil novecientos cuarenta y seis para la iniciación del nuevo período, no armoniza bien con lo dispuesto en el artículo 160 de la Carta, que prohibe la suspensión de los Jueces fuera de los casos legal y taxativamente previstos como garantía de independencia y estabilidad de los funcionarios jurisdiccionales, pues a suspensión equivale en último análisis la interrupción arbitraria del período bienal de los Jueces Municipales, que, como atrás quedó dicho, comenzó el 1º de agosto de 1945, siguiente a su elección.

Por otro aspecto, la reforma constitucional no fijó la fecha de la iniciación del período de los Jueces de Circuito, Superiores, etc., y si fuera necesario una ley que lo expresara, a pesar de lo dicho sobre la materia en el C. J., resultaría que los actuales Jueces habrían de continuar indefinidamente en el ejercicio de su cargo mientras no se dicte una ley que exprese desde cuándo se entiende iniciado el período de los nuevos jueces.

Es también cierto que por medio de disposiciones transitorias, el constituyente determinó fechas para la vigencia de algunas de las medidas adoptadas y no creyó del caso disponer nada en relación con el período de los Jueces Municipales; luego es claro que en ese particular quiso que la vigencia fuese inmediata, es decir, aplicable al período que había de iniciarse el primero de agosto siguiente.

Resolución

Con fundamento en lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en uso de la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y oído el concepto del señor Procurador General de la Nación, declara inexequible, por inconstitucional, el artículo 4º del Decreto número 672 de 1946.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dese cuenta al señor Ministro de Gobierno, e insértese copia del fallo en la **Gaceta Judicial.**

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

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS HH. MAGISTRADOS ELEUTERIO SERNA Y RAMON MIRANDA

Nos mortifica tener que salvar el voto en esta vez, por cuanto la mayoría de nuestros colegas ha conceptuado que el artículo 4º del Decreto 672 de 1946 es inexequible.

No ha sido el ánimo, en las discusiones de inconstitucionalidad en que la Corte, con elevado e ilustre criterio, cumple la función que le otorga el artículo 214 de la Ley Fundamental, constituírnos en apóstoles impertinentes de sutiles y alambicados ergotismos. Si con frecuencia repulsiva intervenimos en los debates y discrepamos de algunas opiniones emitidas, es por fuerza de arraigadas convicciones, sin pretensión de dogmatizar. La duda nos acicatea intermitentemente y nos abre en el espíritu una honda fuente de inquietudes y zozobra.

La decisión de la Corte respecto del decreto antecitado, tiene como uno de sus soportes básicos la vigencia del artículo 117 del Código Judicial, en relación con la fecha inicial del período de los Jueces Municipales. Dicha norma dice textualmente: "El período de duración de los Jueces Municipales es de un año, contado desde el 1º de agosto siguiente a su elección". Así las cosas, la Sala razonó de este modo:

"Es también cierto que por medio de disposiciones transitorias, el constituyente determinó fechas para la vigencia de algunas de las medidas adoptadas y no creyó del caso disponer nada en relación con el período de los jueces municipales; luego es claro que en ese particular quiso que la vigencia fuese inmediata, es decir, aplicable al período que había de iniciarse el primero de agosto siguiente".

El acto Legislativo número 1º de 1945 entró a regir el 16 de febrero, cuando fue sancionado. Por consiguiente, si el nuevo período, como lo piensa la mayoría de la Corporación, debía comenzar el primero de agosto siguiente a la sanción de la enmienda constitucional, no era por obra de ésta propiamente, sino por la aplicación de una ley (artículo 117 del C. J.). que expresaba la fecha inicial.

Si ello fuera así, sería valedero, quizá, el argumento que se invoca, cuando la Corporación afirma que el artículo demandado "no armoniza bien con lo dispuesto en el artículo 160 de la Carta, que prohibe la suspensión de los Jueces fuera de los casos legal y taxativamente previstos como garantía de independencia y estabilidad de los funcionarios jurisdiccionales, pues a suspensión equivale en último análisis la interrupción arbitraria del período bienal de los Jueces Municipales, que, como atrás quedó dicho, comenzó el 1º de agosto de 1945, siguiente a su elección".

El reparo no podría hacerse si se considera que el Constituyente de 1945 previó implícitamente o explícitamente una ley que llenase el vacío no contemplado ni en el artículo 158 de la Carta, ni en las disposiciones transitorias, porque una enmienda constitucional no está supeditada a lo que otra disposición anterior de la misma categoría hubiese establecido.

Es realmente una verdad inconcusa que la Constitución de 1945 no fijó fecha para el comienzo del período de los Jueces de Circuito y Superiores, y que en tales circunstancias, si no se tuviera en cuenta lo prescrito en los artículos 95 y 108 del Código Judicial, la iniciación del período de estos funcionarios no estaría determinada a ciencia cierta.

El artículo 157 de la Constitución señaló dos años para aquellos empleados y guardó silencio sobre la fecha en que tal período había de iniciarse. Y si son de aplicación los artículos 95 y 108 del Código Judicial es porque entre éstos y la enmienda constitucional no hay contradicción alguna.

Muy distinto es el caso del ya transcrito artículo 117 de la misma obra, como más adelante lo explicaremos.

Conforme al artículo 9º de la Ley 153 de 1887, "la Constitución es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu se desechará como insubsistente".

Ante esta regla de hermenéutica, no vamos a aseverar que siempre que un nuevo artículo constitucional requiere el complemento de una dispo-

sición legal para su regular funcionamiento, quedan insubsistentes todas las leyes anteriores sobre esta materia. No. Es indispensable que ellas se encuentren en las condiciones descritas en el aludido artículo de la ley 153 de 1887.

El artículo 117 del Código Judicial es en el fondo el mismo que regía en el Código abolido, como lo expresó la comisión redactora del Proyecto que vino a cristalizarse en la ley 105 de 1931: "Los artículos 113 a 118 en que se distribuye este capítulo dicen lo mismo que los actuales vigentes sobre el personal de los Juzgados Municipales y no necesitan glosa alguna".

Los jueces municipales nombrados bajo el imperio del Acto Legislativo Nº 1º de 1945 no son tales sino en cuanto el Constituyente les conservó el nombre; pero ya no los eligen los Concejos, ni les asignan su remuneración, ni separan sus funciones, cuando en los municipios haya dos o más. La reforma al respecto fue trascendental. Así, el artículo 58 de la Constitución actual (artículo 47 del Acto Legislativo Nº 1º de 1945), dice: "La justicia es un servicio público de cargo de la Nación". Y el 158 ibidem, dispone que el período de los Jueces Municipales será de dos años y que su elección la harán los Tribunales.

La Comisión Octava del Senado, en el informe relativo a la reforma del estatuto constitucional, presentada por el Gobierno al Congreso de 1944, estampó estos conceptos: "Pero, más que la serie de disposiciones encaminadas a transformar los instrumentos superiores de la justicia colombiana y a tecnificar sus labores, queremos destacar la transformación que se realiza en la judicatura municipal, al establecerla como un servicio de carácter nacional, costeada con fondos del Estado, así como la exigencia de que estos jueces —últimos en la jerarquía— van a ser en adelante abogados titulados, todo lo cual implica un hecho social de trascendencia inconmensurable, como es el que ya la conciencia colectiva empieza a comprender la necesidad imperativa de tutelar debidamente los intereses de las clases pobres, sometidas hoy a la decisión de un personal inadecuado por su preparación y por el escaso estipendio que recibe de los exhaustos Tesoros Municipales".

El artículo 117, tántas veces mencionado, se expidió cuando regía el siguiente artículo 156 de la Constitución de 1886: "La ley organizará los Juzgados inferiores y determinará sus atribuciones y la duración de los jueces". En consecuencia, el período que indica el citado artículo es un período legal. Al entrar a regir el Acto Legislativo de 1945, ese período se cambia en dos años y es de naturaleza constitucional, lo que significa que entre la disposición legal y la Constitución no puede haber conciliación. Insubsistente lo relativo a la duración de un año, virtualmente queda también insubsistente la frase en que se dice "contado desde el 1º de agosto siguiente a su elección". No deja de ser forzado y artificioso aplicar la frase, referente a un período legal abolido, al período de dos años de que trata la Constitución actual.

En síntesis, para nosotros existe un vacío que incumbía llenar al legislador.

El examen del Decreto en cuestión se reduce, entonces, a averiguar si está ceñido a la ley de facultades, sin extralimitarlas ni en su literalidad ni en su contenido espiritual. En tal confrontación radica el problema de la constitucionalidad.

Ciertamente, como lo expresó la mayoría de la Sala, en la ley 75 de 1945 se estableció exactamente la órbita de las facultades, detallándolas, limitándolas; pero de que en los términos literales de la norma no se encuentren expresas facultades para señalar la fecha inicial del período cuestionado, no se sigue forzosamente que éstas no existan en la intención, en las finalidades de la ley. La precisión, la limitación, la enumeración detallada, no exigen, imperativamente un criterio restringido de interpretación. Cabe, en tales eventos, una exégesis extensiva, porque no se trata de normas de excepción a reglas generales, ni de un conjunto de disposiciones prohibitivas.

Si el Ejecutivo estaba facultado para indicar el personal y sus asignaciones, ¿implícitamente debía tener poder para expresar la época en que aquéllos funcionarios empezaban a devengar la remuneración señalada? ¿Y por qué no para decir también cuándo se iniciaba el período de los Juzgados, cuyo personal y asignaciones se establecían por decreto? ¿Acaso en la misma ley 75 no se habla de organizar el funcionamiento de los Juzgados, de las Intendencias, lazaretos y comisarías? ¿Y ese poder de organizar no estaría implicando que la voluntad legislativa era dotar al Gobierno de medios aptos y suficientes para regular el funcionamiento de todos los Juzgados Municipales?

Ante tales interrogantes, salta a la mente la sentencia apodicticia que enseña cómo la letra mata y el espíritu vivifica. Si lo anterior no fuere suficiente, la simple duda que fluye de las consideraciones precedentes, nos determinaría a este salvamento, que con prolijidad sostenemos, para que no se diga que nuestras discrepancias eran un puritanismo constitucionalista, un ilusorio viento batido, y no una convicción profunda.

Eleuterio Serna R.—Ramón Miranda — Pedro León Rincón, Srio.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 66 DE 1944 Y DEL DECRETO 2184 DE 1945.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Nicolás Guerrero, diciendo ejercitar la acción consagrada en el artículo 214 de la Constitución, pide estas declaraciones:

1ª.—La Ley 66 de 1944, en su artículo 4º, que creó el Circuito Civil de Convención, y en el 5º, que estableció allí un juez para lo civil, está viciada de nulidad "por violación expresa del artículo 7º de la Ley 73 de 1917";

2ª.—El artículo 10º del Decreto Ejecutivo Nº 2184 de 4 de septiembre de 1945, reglamentario de dicha Ley 66, es nulo, tanto por versar sobre una ley viciada de nulidad, cuanto por extralimitar la facultad constitucional de reglamentar las leyes, pues el Circuito Civil de Convención creado por la 66, aunque ésta fuera válida, no está revestido de la categoría de Circuito Judicial, ya que en lo penal la cabecera es Ocaña, como circuito a que corresponde Convención según el Decreto Nº 1714 de 1936; de suerte que no se obedeció lo dispuesto en los artículos 1º y 2º de la Ley 40 de 1932, y

3ª.—Es nulo el Decreto Nº 512 Bis de 1945 por el cual la Gobernación del Departamento Norte de Santander nombró Registrador para Convención.

El señor Procurador General de la Nación solicita se declare improcedente esa demanda, razonando, en suma, así: las acusaciones autorizadas por la Constitución en su artículo 214 han de ser por inconstitucionalidad, no por quebranto de una ley; el Decreto 2184, aunque se le acusara por inconstitucionalidad, no podría ser llevado ante esta Corporación, sino ante el Consejo de Estado, porque no se dictó en uso de las atribuciones de que tratan los ordinales 11 y 12 del artículo 76 de la Carta, ni de las contempladas por ella en su artículo 121. Por otra parte, los decretos de los Gobernadores no son materia de esa acción o recurso. Trae a cuento el artículo 216 de la Carta.

Efectivamente: a esta Corporación no está atribuído en manera alguna el conocimiento de acusaciones contra decretos de Gobernador; los del Ejecutivo Nacional de la clase del que de aquí se trata son acusables ante lo Contencioso Administrativo. Según el citado artículo 216, y por lo que hace a leyes, la presente acusación consiste en que la de que se trata no llena, al decir del demandante, ciertos requisitos exigidos en otra ley, esto es, que aquélla no está acusada por inconstitucionalidad, que es lo pertinente para el ejercicio por la Corte Suprema de Justicia de la atribución que le confiere el citado artículo 214.

En forma distinta y en el fondo con pretensión igual y, por tanto, obligadamente con resultado adverso, el mismo demandante de hoy repite su acusación decidida por esta Sala en sentencia de diez de junio del año en curso sobre el artículo 10 del citado Decreto 2184 de 1945, la cual puso de presente, ante la diferencia establecida por los mencionados artículos 214 y 216 de la Carta, cuál es el grupo a que pertenece aquel Decreto, y agregó: "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".

Se añade ahora, por las razones ya expuestas someramente, que la Ley 66 de 1944 está atacada en sus artículos 4º y 5º por no ajustarse a otra ley (la 73 de 1917) y no por quebrantar preceptos de la Constitución, que es lo que, en su caso, coloca las demandas en referencia dentro de las atribuciones de esta Corporación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, oído el señor Procurador General de la Nación, se abstiene de decidir la demanda inicial de esta actuación, tanto por no ser de su competencia en lo relativo al Decreto Ejecutivo Nº 2184 de 1945 y al Decreto Nº 512 Bis del mismo año de la Gobernación del Departamento Norte de Santander, cuanto porque, en lo rela-

tivo a una ley (la 66 de 1944), esa demanda no formula acusación por inconstitucionalidad.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Comuníquese al Ministerio de Gobierno.

Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Pedro Castillo Pineda—Tulio Gómez Estrada—Agustín Gómez Prada—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta—El Conjuez, **Junio E. Cancino.**—El Conjuez, **Guillermo Peñaranda Arenas—Pedro León Rincón**, Srio pdd.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—FUSION DE SOCIEDADES

El fenómeno jurídico de la fusión de sociedades no está reglamentado especialmente en nuestra legislación, pero no es opuesto a ella, y se rige por las reglas generales que gobiernan los contratos y que tienen relación principalmente con la formación y extinción de sociedades. Según la doctrina generalmente aceptada por los expositores, y seguida por la Corte, la fusión se cumple mediante la celebración de una convención y asume dos formas: la creación de una sociedad nueva que reune y engloba las entidades fusionadas que desaparecen completamente, o la anexión o absorción, en que se refunden una o más sociedades, que también desaparecen, en otra preexistente que continúa su vida legalmente, modificada apenas en sus estatutos con el aumento de capital necesario para la adquisición del activo y pago del pasivo de la sociedad o sociedades absorbidas. De consiguiente, son características esenciales de ese fenómeno jurídico, las siguientes: la existencia de una convención que lo haga constar; una operación hecha a título universal, que por tanto englobe la integridad del activo y del pasivo de la sociedad o sociedades absorbidas; que éstas se disuelvan, desaparezcan, pierdan su personalidad jurídica, su nombre, su patrimonio, ocupando su puesto la nueva o preexistente sociedad, como un sucesor a título universal. Tal es la doctrina de los expositores.

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

Antecedentes:

Consta en las Escrituras Públicas números 398, de 19 de agosto de 1926 y 469 de 30 de septiembre de 1927, corridas ambas en la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta, que The United Fruit Company dio en arrendamiento a Carlos Urbano Díaz Granados los lotes números 1, 2 y 3 de la finca San Antonio y La Granja, y los lotes 8, 9, 10, 11, 12 y 13 de la finca Lucía, antes Alicia, ubicadas ambas en el corregimiento de Riofrío, del Municipio de Ciénaga, alinderados como se expresa en dichos instrumentos. Se convino expresamente que para el riego de los lotes arrendados que estaban cultivados con bananos, el arrendatario se serviría de las aguas del canal de la acequia Lucía con turno de cinco días en cada mes en cada una de las fincas, conforme a lo que al respecto rezan dichos contratos.

Por Escritura Pública número 609 de 17 de octubre de 1927, Carlos Urbano traspasó a Rodrigo Díaz Granados, mediante permuta, los derechos y obligaciones anexos a los precitados contratos de arrendamiento, y ese traspaso fue aprobado por la United Fruit Company por Escritura número 590 de 30 de diciembre de 1927.

Con fundamento en esos hechos y afirmando, entre otros pormenores, que desde el mes de enero de 1929 la United dejó de suministrarle las aguas convenidas, que cuando dicha empresa contrató el arrendamiento de las tierras aludidas y se comprometió a darle las aguas, por turno determinado, ya éstas habían sido cedidas a otros arrendatarios de la misma; que posteriormente tomó manos militari la finca Alicia que le tenía arrendada, y que "los derechos y obligaciones de la United Fruit Company fueron transferidos a la Magdalena Fruit Company", Rodrigo Díaz Granados propuso ante el Juez Unico en lo Civil del Circuito de Santa Marta demanda ordinaria contra la Magdalena Fruit Company, sociedad anónima, domiciliada en Wilmington, Estado de Delaware, Estados Unidos de Norte América, con establecimiento legal y negocios permanentes en el país y oficina principal en Santa Marta, para que se le condenara a lo siguiente:

"Primero: A pagarme la suma de noventa y cinco mil pesos oro americano ($ 95.000,00) por perjuicios causados en la finca "Alicia", situada en el Corregimiento de Riofrío, Municipio de Ciénaga o San Juan de Córdoba, que me fue arrendada por dicha Compañía, o mejor dicho, por The United Fruit Company cuyos derechos y obligaciones pasaron a la Magdalena, Fruit Company, arrendamiento que se me hizo con la obligación de darme agua suficiente para el cultivo del banano allí fomentado y que fomentara, y después no cumplió su compromiso;

"Segundo: En subsidio, que se le condene a pagarme el valor de los perjuicios que resulten comprobados en juicio, por la violación del contrato de arrendamiento citado; y

"Tercero: A pagarme las costas del juicio y los intereses de la suma a que se le condene si se opusiere a esta demanda".

La sociedad demandada contestó aceptando alguno de los hechos en que se fundamenta la demanda, en cuanto concuerdan con lo que se expresa en los respectivos instrumentos; negando otros; afirmando que "la United Fruit Company no ha hecho transferencia universal de sus derechos y obligaciones a la Magdalena Fruit Company"; negando el derecho invocado por el demandante, y proponiendo las excepciones "de inexistencia de la obligación demandada y de condenación".

Al término de la tramitación propia de la primera instancia, el Juzgado del conocimiento profirió la sentencia de cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y dos, en la que condenó a la Sociedad demandada a pagar al demandante la indemnización de los perjuicios a que el fallo se refiere, causados por incumplimiento del contrato de arrendamiento de la finca Lucía o Alicia y a las costas del juicio.

La sentencia acusada:

Por apelación concedida al apoderado de la parte demandada subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, el que cerró la segunda instancia con la sentencia de diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, por medio de la cual revocó la apelada, declaró probada la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería de la empresa demandada, y en consecuencia absolvió a ésta de los cargos de la demanda.

El fundamento central, cardinal de esa decisión, radica en las siguientes consideraciones:

"Las culpas, ya sean contractuales o delictuales, no se trasmiten; y las obligaciones a indemnizar los perjuicios provenientes de esas culpas, no son tampoco trasmisibles, por ministerio de la ley, a los sucesores a título singular. La Magdalena Fruit Company es una compradora de fincas raíces a la United Fruit Company y cesionaria, a la vez, de unos contratos de arrendamiento vinculados a esas fincas; por lo mismo, es una adquirente de bienes y arriendos, a título singular: el adquirente a título universal es el heredero.

"Más claro: la Magdalena Fruit Company está obligada por los arrendamientos dichos, a suministrar aguas al arrendatario y a todo lo demás que contiene el pacto en materia de obligaciones, pero de ningún modo está obligada, porque a eso no se comprometió expresamente, a pagar perjuicios por actos culposos o dolosos, de la empresa cedente. Para que ello pudiera ocurrir, habría sido menester que en el mismo contrato de cesión de los arrendamientos, se hubiera estipulado que la Magdalena Fruit Company quedaba obligada, además de las obligaciones propias del contrato, a pagar los perjuicios posibles que pudieran surgir por actos u omisiones de la empresa cedente, en relación con tales contratos.

"Una cláusula como la que se echa de menos sería un caso semejante al que prevé el artículo 1691 del Código Civil, o sea, el llamado de diputación para el pago de una obligación, porque, en puridad de verdad, no sería un caso clásico de novación, desde luego que haría falta la aceptación del acreedor hasta entonces desconocido. En la novación cuando se trata de sustituír un deudor al antiguo, debe esa sustitución ser aceptada por el acreedor. Y esa voluntad o aquiescencia del acreedor, o sea la persona que hubiera de reclamar los perjuicios previstos, no podía saberse en la época en que se hiciera la diputación, para el pago.

"La diputación para el pago es un mandato, y, como tal, no es otra cosa que un acuerdo de voluntades entre el que hace la diputación y el que la acepta. Ese acuerdo de voluntades brilla por su ausencia en el contrato en que se trasmitieron los arriendos de Díaz Granados; por lo tanto, resulta un manifiesto error jurídico el sólo pensar que con la sola trasmisión de los arriendos, quedara trasmitida la obligación de indemnizar perjuicios por las violaciones de los mismos.

"Ahora bien; por los hechos de la demanda (Nos. 22, 23, 24, 25, 26, 29 y 30) se confiesa que fue la United Fruit Company y no la Magdalena, la que efectuó los hechos que sirven de base a la acción intestada. Quiere ello decir que la demanda debió promoverse contra la primera de tales empresas, porque según lo demostrado, la obligación de indemnizar perjuicios por actos suyos de ella, no le fue transmitida a la segunda, sucesora, en verdad, de los arrendamientos, pero no de obligaciones diversas de las previstas en tales contratos.

"Así pues, está probada en el juicio la excepción perentoria de **ilegitimidad sustantiva de la personería,** pues el actor demandó a persona distinta de la obligada a comparecer en juicio por las causas anotadas en la demanda".

El recurso:

El demandante recurrió en casación y fundándose en la causal primera de que trata el artículo 520 del Código Judicial formula varios cargos contra la sentencia, los que en seguida se estudian en el orden en que han sido propuestos por haber llegado la oportunidad de hacerlo.

En el Capítulo I, titulado "Fusión de Sociedades" principia el recurrente por transcribir la jurisprudencia sentada por la Corte y algunas opiniones de tratadistas relacionadas con ese tema, para sostener luego que en el caso de autos está demostrado con la cláusula segunda que transcribe de la Escritura Pública Número 191, de 18 de junio de 1934, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Santa Marta, que la Compañía demandada adquirió todos los negocios y propiedades en Colombia de la United Fruit Company, lo cual, de acuerdo con aquellas opiniones que ha invocado, "coloca a la primera en la situación de sucesora universal de la segunda y le acarrea inexorablemente la obligación de responder por el pasivo que pesaba sobre tales bienes y derechos". En apoyo de esta conclusión y como hechos que contribuyen a demostrarla, además de la cláusula de la citada Escritura, invoca como indicios las siguientes circunstancias: que en las ventas que a la Magdalena Fruit Company hizo la United Fruit Company, ésta manifestó que no asumía la obligación de sanear, según consta en la Escritura Número 138 de 13 de junio de 1934, de la Notaría citada; que la sociedad demandada no presentó la excepción perentoria de ilegitimidad sustantiva de la personería, y que los formularios de verificación de cuentas pendientes (cuaderno 8 del expediente) usados por la entidad demandada son los mismos que usaba la United y tanto los de la una como los de la otra están firmados por la misma persona.

Como consecuencia de todo lo que en el citado Capítulo expone el recurrente concluye que "la sentencia acusada adolece de los siguientes vicios, que imponen su casación:

"a) La sentencia violó por infracción directa, no aplicándolo cuando ha debido aplicarlo, el artículo 8º de la Ley 153 de 1887. Debió haber aplicado los principios generales de derecho, que son los que expuse, al fenómeno de fusión o absorción de sociedades, que no está especialmente reglamentado en nuestra legislación.

"b) Violó en la misma forma el artículo 1008 del Código Civil, que ha debido aplicar por analogía, de acuerdo con lo que ordena el mismo artículo 8º citado, para dar el carácter de sucesora a título universal a la sociedad absorbente.

"c) Como consecuencia de las violaciones anteriores, quedaron también violados por infracción directa, falta de aplicación, los artículos 2341 y 2343 del Código Civil, que obligan a la indemnización al que ha cometido una culpa y a sus herederos.

"ch) Si el Tribunal, como parece, no estimó la prueba que resulta de la transcrita cláusula segunda de la escritura número 191, cometió un error evidente de hecho que dio por resultado la violación por infracción directa —falta de aplicación— del citado artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

"d) Si por el contrario el Tribunal sí apreció dicha prueba, pero no le dio el valor que legalmente le correspondía, violó los artículos 1758 y 1759 del Código Civil y 630, 632 y 636 del Código Judicial, textos que dan a las escrituras públicas valor de plena prueba, cometiendo así un error de derecho que también tuvo como consecuencia la infracción del citado artículo 8º de la Ley 153 por las razones ya expuestas.

"e) Como consecuencia de las anteriores violaciones, también quedaron violadas por infracción indirecta—falta de aplicación—las disposiciones aplicables a la controversia, que son los arts. 1602, 1603, 1608, 1610, 1618, 1982, 1986, 1987, 1995, 1522, 1740 y 1741 del Código Civil y 2º de la Ley 50 de 1936, por las razones que expondré adelante.

"f) Finalmente, la sentencia, al declarar probada una excepción que no había sido propuesta y cuyos hechos constitutivos, de acuerdo con lo que he dicho, no estaban justificados, violó por aplicación indebida el artículo 343 del Código Ju-

dicial, lo que dio por resultado las violaciones de la ley sustantiva a que se refieren los puntos anteriores.

"g) Violación por infracción directa del artículo 8º de la Ley 153 de 1887, como consecuencia de la comisión de un error evidente de hecho al no apreciar los indicios enumerados, que concurrían todos a demostrar la absorción de la United Fruit Company por la entidad demandada. Esta violación también pudo producirse como resultado de un error de derecho consistente en que el Tribunal violó el artículo 665 del Código Judicial al no darle a los indicios citados el valor legal que les correspondía".

La Corte considera:

Consta en autos lo siguiente: que por medio de Escritura Número 183, de 13 de junio de 1934, corrida ante el Notario Primero del Circuito de Santa Marta, la United Fruit Company transfirió a título de venta a la Magdalena Fruit Company algunos predios, ubicados todos en el distrito de Ciénaga, Corregimiento de Riofrío, entre los cuales está incluído, según la copia parcial que de aquel instrumento se ha traído al proceso, la finca rural denominada "La Alicia", con cabida de 330 hectáreas, más o menos, cuyos linderos se precisan en ese instrumento; que la Compañía vendedora quedó libre de la obligación de sanear, y que el precio de la venta fue convenido en la suma de $ 120.853,76 moneda legal colombiana.

Por medio de Escritura Pública Número 191, de 18 de junio de 1934, pasada en la misma Notaría, se ha comprobado igualmente que la United Fruit Company y la Magdalena Fruit Company, por conducto de sus respectivos apoderados generales, hicieron las siguientes declaraciones: "Primera: La Magdalena Fruit Company en virtud de ventas hechas a ella por la United Fruit Company según las Escrituras Números 182, 183, 184, 185 y 186 de 13 del mes en curso de esta Notaría, reemplaza a dicha United Fruit Company con efecto desde el día 30 de junio de 1944 en sus derechos y obligaciones resultantes de los contratos de arrendamiento referentes a los bienes comprados por la Magdalena Fruit Company, siendo entendido que los derechos y obligaciones que pasan a la Magdalena Fruit Company serán exactamente los mismos a que está sujeta la United Fruit Company según los instrumentos en donde constan los arrendamientos en mención, cuales son los que pasan a expresarse, todos de esta misma Notaría: ...398 de 19 de agosto de 1926... 469 de 30 de septiembre de 1927; 590 de 30 de diciembre de 1927... Segunda: Obedece el traspaso que se hace constar por este instrumento a la transferencia que ha hecho la United Fruit Company a la Magdalena Fruit Company de las propiedades y negocios de la primera en esta República".

De los hechos que los citados elementos de convicción acreditan resultará, como lo pretende el recurrente, que la United Fruit Co. se fusionó con la Magdalena Fruit Co., o que aquélla fue absorbida por ésta? No lo considera de tal manera la Sala, y para deducirlo así se funda en las siguientes consideraciones:

Como ya lo anotó la Corte en su sentencia de casación de 14 de julio de 1938 (G. J., Tomo XLVI, págs. 722 y 723), el fenómeno jurídico de la fusión de sociedades no está reglamentado especialmente en nuestra legislación, pero no es opuesto a ella, y se rige por las reglas generales que gobiernan los contratos y que tienen relación principalmente con la formación y extinción de sociedades. Según la doctrina generalmente aceptada por los expositores, y seguida por la Corte, la fusión se cumple mediante la celebración de una convención y asume dos formas: la creación de una sociedad nueva que reune y engloba las entidades fusionadas que desaparecen completamente, o la anexión o absorción, en que se refunden una o más sociedades, que también desaparecen, en otra preexistente que continúa su vida legalmente, modificada apenas en sus estatutos con el aumento de capital necesario para la adquisición del activo y pago del pasivo de la sociedad o sociedades absorbidas. De consiguiente, son características esenciales a ese fenómeno jurídico, las siguientes: la existencia de una convención que lo haga constar; una operación hecha a título universal, que por tanto englobe la integridad del activo y del pasivo de la sociedad o sociedades absorbidas; que éstas se disuelvan, desaparezcan, pierdan su personalidad jurídica, su nombre, su patrimonio, ocupando su puesto la nueva o preexistente sociedad, como un sucesor a título universal.

Que esos son los rasgos esenciales a la fusión de sociedades, lo dicen con casi idéntica exactitud los expositores que se han ocupado de la materia. Así, el profesor Karl Heinscheimer, en su obra "Derecho Mercantil", redactada a manera de un comentario al Código Alemán, expresa lo siguiente:

"También mediante la fusión puede tener lugar la **transmisión** del patrimonio de **una sociedad**

anónima **a otra** que lo recibe igualmente como una **universalidad;** y en este caso, la contraprestación a satisfacer por ésta no consiste en dinero, sino en acciones que se entregan a los miembros de la **antigua** sociedad. Mediante la transmisión de estas acciones o la entrega de las mismas, en la proporción determinada por el **contrato de fusión,** los accionistas de una de las compañías quedan convertidos en socios de la otra. El aumento de capital que ello requiere por parte de **la entidad adquirente** del patrimonio, se realiza con mayor simplicidad que de ordinario. La fusión puede tener lugar, como se desprende del artículo 303, entrando en liquidación la **sociedad que se extingue;** en este caso no puede efectuarse hasta un año después de la convocatoria de los acreedores. Pero la ley admite también la posibilidad de una fusión sin liquidación, fusión propiamente dicha; en este supuesto la hacienda de la **sociedad disuelta** pasa con todas sus obligaciones a **la adquirente** en el mismo momento en que se inscribe en el registro el **acuerdo de fusión,** y esta última tiene la consideración de un **sucesor a título universal;** solamente la ley prescribe para este caso que la administración del patrimonio que mediante la fusión adquiere la sociedad que subsiste se lleve con separación del anteriormente poseído por ésta, hasta tanto que hayan sido cumplidas las prescripciones de rigor para proteger a los acreedores de la **sociedad ya disuelta".** (Pág. 173, El subrayado es de la Corte para destacar así los rasgos que se han considerado como generalmente característicos de la fusión).

Puede verse lo que dicen en el mismo sentido los expositores César Vivante, en los Nos. 763 a 770 del volumen 2º de su "Tratado de Derecho Mercantil", y Jean Copper Royer, a las págs. 6 y siguientes de su obra "La Fusión de Sociedades", en que ambos tratadistas, siguiendo el uno de cerca los principios de la legislación italiana y el otro, los del derecho francés, destacan los rasgos generales de la fusión de sociedades.

En el caso de autos se echan de menos todas o casi todas las características o requisitos anteriormente apuntados: no existe, o, por lo menos no se ha traído al proceso, el contrato que demuestre la fusión convenida entre la United Fruit Co. y la Magdalena Fruit Co., y ni siquiera que la primera haya aportado a la segunda la integridad de su activo; ni tampoco se ha constatado la existencia de una operación realizada a título universal, en virtud de la cual se hubiera transferido por la United Fruit a la Magdalena Fruit la integridad de su activo y su pasivo, porque lo que se ha acreditado en el expediente, según lo que antes quedó anotado, es un negocio a título singular, o sea la venta de la finca "Alicia", y posiblemente la de otras, por un precio determinado, y el traspaso de los contratos de arrendamiento que en relación con dichos inmuebles estaban vigentes; ni mucho menos se encuentra que legalmente se haya operado la disolución de la United por carecer de patrimonio, porque apenas se ha producido un cambio en la naturaleza de los bienes de que era propietaria: dejó de ser dueña de los inmuebles vendidos y demás derechos cedidos, pero ingresó a su haber el dinero recibido como precio de la operación realizada; y si adquirió o tiene ese patrimonio, es claro que a pesar de la negociación efectuada, conservó su personalidad jurídica y su nombre.

Sobre este punto ha dicho el Profesor César Vivante: "Hay fusión cuando una Sociedad se disuelve desapareciendo en otra: sin disolución no hay fusión. Por consiguiente, no es fusión la cesión que de su hacienda industrial hace una Sociedad a otra, cuando, aun cediendo todos los negocios, conserva intacto su propio ordenamiento jurídico y queda responsable de los compromisos ya adquiridos para con los propios acreedores. Y no hay tampoco fusión cuando una Sociedad compra todas las acciones de otra que continúa existiendo, porque ello no obstante, los dos cuerpos morales conservan un organismo jurídico distinto, capaz de recuperar la vida normal cuando las acciones hayan sido puestas en circulación". (Tratado de Derecho Mercantil, Vol. II, págs. 513 y 514, Nº 765).

Cree el recurrente encontrar apoyo para la tesis que propugna en la cláusula segunda de la escritura número 191 de 18 de junio de 1934, y en los apartes que transcribe, de la sentencia de esta Sala de 19 de abril de 1939, insertos a la pág. 51 del Tomo XLVIII de la **Gaceta Judicial.**

Pero lejos de encontrarse allí un refuerzo para la tesis del recurrente, esa sentencia entraña su mejor réplica, porque allí se exige como condición indispensable para que la Magdalena tuviera la obligación de responder por los hechos que a la United se le imputaban en la demanda, que estuviera demostrado en el juicio que aquélla fuera "sucesora universal" de la segunda, por haber adquirido por fusión, por compra o por cualquier otro título todos los bienes y derechos que

a la United le correspondían, "asumiendo también el pasivo", o que la Magdalena "es sucesora particular de la United en lo concerniente a las indemnizaciones que se le cobran", y ya está visto que en el caso ahora contemplado no se ha realizado la pretendida fusión, ni mucho menos se ha demostrado con las piezas traídas al proceso que la Magdalena haya asumido el pasivo de la United; ni que la primera sea sucesora particular de la segunda "en lo concerniente a las indemnizaciones que se le cobran", por haber "especialmente contraído esa obligación", cosa ésta última que se esclarecerá al hacerse el estudio del cargo segundo, que versa sobre ese particular.

En fuerza de todo lo expuesto surge la necesidad de concluír que en el proceso no está acreditado que se haya verificado el fenómeno jurídico de la fusión o absorción a que se ha hecho referencia, y que de consiguiente al declarar el sentenciador, por el aspecto considerado, que la sociedad demandada no estaba obligada a responder por los hechos que en la demanda se le imputaban a la United, no quebrantó el artículo 343 del Código Judicial ni las demás disposiciones que el recurrente cita como violadas.

No prospera el cargo.

En el Capítulo II de la demanda de casación titulado "Cesionarios a título singular" sostiene, en síntesis, el recurrente: que la Magdalena contrajo expresamente la carga de las obligaciones resultantes de los contratos celebrados entre la United y el recurrente, a más de que por haberse beneficiado de dichos contratos, debe soportar el pasivo ocasionado por ellos; que lo anterior está probado con la declaración inserta en la cláusula primera de la escritura número 191 de 18 de junio de 1934 (cuaderno número 10, folio 35), la cual, en su sentir, limitó en su contenido la sentencia acusada, al deducir que la entidad cesionaria solamente se obligó a responder por las obligaciones contractuales resultantes de los contratos cedidos y no de las culpas o dolos que cometió la United Fruit; que aunque los hechos que constituyeron el incumplimiento por parte de la United de sus obligaciones contractuales fueron anteriores a la cesión hecha a la Magdalena, la obligación de indemnizar perjuicios que surgió de tales culpas quedó entre las obligaciones "resultantes de los contratos" a que se refiere la cláusula citada, cuyo cumplimiento de acuerdo con la misma asumió la Magdalena; que el Tribunal al no aceptar esas conclusiones y al dar por probada la excepción de falta de personería sustantiva, incurrió en "error de derecho en la apreciación e interpretación de la escritura número 191" en relación con lo estipulado en la Escritura número 183, de 3 de junio de 1934; que por lo tanto el Tribunal "desconoció el significado y la fuerza probatoria de dichos documentos, violando en esa forma los artículos 1758 y 1759 del C. C. y 630, 632 y 636 del Código Judicial, textos que determinan la fuerza probatoria de los instrumentos públicos", y que igualmente violó los artículos 1618, 1619 y 1620 del Código Civil; que como consecuencia de esos errores de derecho el Tribunal quebrantó por infracción directa los artículos 1602, 1603, 1604, 1608, 1610, 1613 y 1616 del Código Civil; que si por el contrario el Tribunal no apreció el contenido de las referidas escrituras incurrió en error evidente de hecho que dio por resultado la violación de las disposiciones citadas; que como consecuencia de las anteriores violaciones quedaron también violados, por falta de aplicación debiendo dársele, los artículos 1602, 1603, 1608, 1610, 1618, 1922, 1986, 1987, 1995, 1592, 1740 y 1741 del C. C. y 2º de la Ley 50 de 1936, y que la violación del artículo 1602 también pudo darse por interpretación errónea.

La Corte considera:

Sostiene en primer lugar el recurrente, como se ha visto, que el Tribunal incurrió en error de derecho al desconocerle el significado y la fuerza probatoria que por ley les asisten a las escrituras públicas números 191 y 183 de 18 y 3 de junio de 1934, respectivamente, y que como consecuencia de ese error incurrió en el quebranto de las disposiciones que se dejaron citadas al hacer la síntesis del cargo; pero si se considera que aquel error sólo ocurre cuando el sentenciador le da a una prueba un valor que la ley no le otorga o le desconoce el que la misma le asigna, se ve claro que en él no pudo incurrir el Tribunal, porque en parte alguna de su fallo ha dicho ni sostenido que aquellos instrumentos no constituyan una prueba que por sí sola sea plena. El sentenciador lo que en resumen ha afirmado es que en esos documentos no consta que la entidad demandada haya contraído expresamente la obligación de indemnizar perjuicios provenientes de hechos o culpas imputables a la United y consumados con anterioridad al traspaso o cesión que de los contratos de arrendamiento hizo ésta a aquélla. Y esto, como es obvio, está muy distante de constituír un error de derecho en la apreciación de la prueba.

La alegación del recurrente de que el Tribunal "cometió error evidente de hecho" al no apreciar el contenido de las escrituras referidas, también carece de fundamento, desde luego que está visto que en la sentencia cuyos párrafos más salientes quedaron arriba transcritos, el Tribunal sí las apreció y tomó en cuenta detenidamente.

Lo que acaba de decirse prestaría suficiente apoyo para que la Corte desechara el cargo en estudio; pero para abundar en razones se detiene a considerarlo por su aspecto de fondo.

Los hechos fuente de las indemnizaciones que en este pleito se reclaman fueron consumados, según voces inequívocas de la demanda y según lo declara el mismo recurrente, por la United Fruit Company en época anterior en varios años a la fecha del traspaso de los contratos de arrendamiento; pero se sostiene que en virtud de la cláusula primera de la escritura número 191 (cuaderno 10, págs. 34 v. y 35), la Magdalena Fruit Company contrajo expresamente y sin distinción alguna la carga de responder por todas las obligaciones resultantes de esos contratos celebrados entre su antecesora y el recurrente. En esa cláusula se lee lo siguiente:

"La Magdalena Fruit Company en virtud de ventas hechas a ella por la United Fruit Company según las escrituras números ciento ochenta y dos (182), ciento ochenta y tres (183), ciento ochenta y cuatro (184), ciento ochenta y cinco (185) y ciento ochenta y seis (186) de trece (13) del mes en curso de esta Notaría, reemplaza a dicha United Fruit Company con efecto desde el día treinta (30) de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934) en sus derechos y obligaciones resultantes de los contratos de arrendamiento referentes a los bienes comprados por la Magdalena Fruit Company, siendo entendido que los derechos y obligaciones que pasan a la Magdalena Fruit Company serán exactamente los mismos que tiene o a que está sujeta la United Fruit Company según los instrumentos donde constan los arrendamientos en mención".

A/juicio de la Corte, la cláusula transcrita, rectamente interpretada, no da lugar a deducir que la Magdalena haya asumido la obligación de responder por culpas o incumplimientos pretéritos de la United en la ejecución de los contratos de arrendamiento aludidos.

De ella se desprende precisamente lo contrario, o sea que los traspasos surtirían efectos para el futuro, pues allí expresamente se dijo que la primera reemplaza a la segunda de las sociedades mencionadas **"con efecto desde el día treinta (30) de junio de mil novecientos treinta y cuatro (1934)"** en sus derechos y obligaciones resultantes de los contratos de arrendamiento. Sin quebrantar la intención clara y explícita de los contratantes no podría sostenerse que esa estipulación mira al pasado y no únicamente al futuro; que la responsabilidad de la Magdalena abarca los hechos de inejecución imputables a la United anteriores al 30 de junio y no solamente los consumados con posterioridad a esa fecha.

En esas circunstancias, faltando una estipulación expresa sobre el particular, no es posible admitir que la Magdalena sea sucesora a título singular de la United para el efecto de responder por ésta de las culpas o incumplimientos que se le atribuyen en la demanda, porque es conocido y conserva su imperio el principio tradicional de derecho de que nadie responde sino de su propio hecho o culpa, salvo los casos excepcionalmente previstos en la ley, en ninguno de los cuales se encuentra el aquí contemplado.

El pasaje traído por el recurrente y tomado del No 1998 del Tomo II del Tratado de la responsabilidad Civil de M. y L. Mazcaud, son adversos a la tesis del recurrente y confirman lo que acaba de decir la Corte, pues al respecto esos autores dicen lo siguiente:

"La acción de responsabilidad civil no pesa, por el contrario, contra los causahabientes a título singular del autor de la culpa. Estos no suceden en las deudas. Así, un Notario no es responsable de las culpas de su predecesor, ni el adquirente de una cantera debe reparar los perjuicios causados a los propietarios del suelo por el anterior explotador.

"La solución sería, sin embargo, diferente si, al ceder un bien, **el autor de la culpa hubiera hecho estipular al adquirente que la deuda pasaría a su cabeza,** como en el caso de un comerciante que, al ceder su negocio, transmitiera a la vez el activo y el pasivo. El adquirente quedaría entonces obligado a reparar los perjuicios causados por los delitos de su predecesor, actos de competencia desleal por ejemplo".

Por lo expuesto, no prospera el cargo.

En los Capítulos III y IV de la demanda de casación, intitulados "Diputación para el pago" y "Estipulación para otro", propone el recurrente dos cargos más contra la sentencia, los cuales, en

razón de la analogía que tienen, los considera la Sala conjuntamente.

En los mencionados capítulos de la demanda en definitiva vuelve a sostener el recurrente que por medio de la cláusula primera de la Escritura Número 191 de 18 junio de 1934, la Magdalena Fruit Company se comprometió a responder, sin distingos de ninguna naturaleza, de las obligaciones resultantes de los contratos de arrendamientos referentes a los bienes comprados a la United Fruit Company y que esas obligaciones están comprendidas en las que son materia del presente negocio; que en consecuencia, dicha cláusula entraña una diputación para el pago, o en subsidio, una estipulación para otro, y que como el Tribunal no lo estimó así, incurrió en error de hecho y de derecho tanto en la apreciación de esa prueba como en la de la demanda, que envuelve una aceptación tácita de la diputación, y en quebranto por infracción directa, o por interpretación errónea, o por falta de aplicación o por aplicación indebida, en su caso, de los artículos 1690, 1694, 1506 del Código Civil y de otras disposiciones legales congruentes con los cargos que en dichos Capítulos vienen citadas.

La Sala considera:

Al estudiarse el segundo de los cargos formulados por el recurrente, la Corte llegó a la misma conclusión del Tribunal de que por la cláusula primera de la Escritura Pública Número 191, la Magdalena no contrajo la obligación de responder de sus culpas que se imputan a la United en razón de incumplimientos de los contratos de arrendamiento de la finca "Alicia", anteriores al 30 de junio de 1934 y que el traspaso de las obligaciones que de dichos contratos surgen sólo surte efectos para el futuro, a partir de la fecha indicada, y como los cargos que ahora se consideran se formulan sobre la base o el entendimiento de que la Sociedad demandada sí contrajo aquella obligación, sin agregar una razón nueva por este aspecto, es claro que, manteniéndose vigente la prealudida conclusión, falta la premisa indispensable para esclarecer si en el caso de autos se configura una diputación para el pago o una estipulación para otro, porque para que se produzca la una o la otra figura jurídica, habría sido necesario que la Magdalena hubiera contraído la obligación de responder de los incumplimientos contractuales atribuídos a la United. No existiendo, como no existe, esa obligación, consecuencialmente no hay delegación para el pago ni estipulación para otro, ni ha podido producirse, por sustracción de materia, el quebranto de las disposiciones legales que regulan ambas cuestiones ni el de las demás que el recurrente ha invocado como violadas.

No prosperan los cargos.

FALLO:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta en el presente juicio.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la **Gaceta** y devuélvase el expediente en su oportunidad a la oficina de su procedencia —entre líneas— de la acequia Lucía con turno de cinco días—. Vale,

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 RESOLUCION DE UN CONTRATO DE COMPRAVENTA

1.—Por medio de la compraventa una de las partes transfiere una cosa determinada a la otra y ésta ha de dar una suma de dinero, que es su precio. Esto configura el contrato de compraventa tal como lo define el artículo 1849 del C. C., sin que la estipulación de que esa suma se aplique a pagar una deuda del vendedor a favor de un tercero altere la esencia ni la naturaleza del contrato.

2.—La negativa de una persona respecto de que ciertas obligaciones existen a su cargo, no desmiente la afirmación que al propio tiempo haga de que se le ha requerido para cumplirlas. El requerimiento en sí es un hecho independiente y este hecho es lo único necesario ante el artículo 1608 del Código Civil.

3.—El artículo 1934 del Código Civil se refiere a los terceros y no a los contratantes.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia de segunda instancia del Tribunal Superior de Medellín que, revocando la negativa de la primera pronunciada por el Juzgado Primero del Circuito de Marinilla, decretó lo pedido en la demanda inicial del presente juicio ordinario de la Sociedad Constructora del Tranvía Intermunicipal por la Carretera de Oriente contra el señor Julio Ramírez Urrea con el fin que pasa a verse:

El es el de que se resuelva el contrato celebrado por los actuales litigantes mediante la escritura pública que otorgaron ante el Notario 4º de Medellín el 7 de marzo de 1930 con el Nº 411, en que aquella sociedad transfiere a Ramírez la finca llamada Belén, jurisdicción de Rionegro, alindada como el libelo indica, y el de que consecuencialmente Ramírez sea condenado a restituírsela con sus frutos y, además, a pagarle perjuicios y costas.

La sociedad tenía a su cargo varias deudas, entre las cuales quiso atender preferencialmente la procedente de servicios importantes y de largo tiempo prestados por acreedor que no la asediaba, y tenía como activo créditos varios a cargo de entidades públicas y la finca antedicha, descuento hecho de las zonas destinadas a la carretera, y decidió reconocer aquella deuda en su monto de $ 24.800 y destinar a su pago esa finca, así: la vendería a Ramírez en ese precio y éste pagaría a aquél acreedor de la sociedad.

De este plan, que se dice ideado por Ramírez, Secretario y Tesorero de la Sociedad, obra constancia fehaciente en el proceso. De él hablan el acta de la Junta Directiva de 2 de agosto de 1929 y el documento del día siguiente, entre otras pruebas.

Con estos antecedentes se otorgó la escritura ya citada, la que en lo pertinente se transcribe. Comparece en representación de la sociedad como presidente de su junta directiva quien a la sazón ejercía este cargo y dice transferir en venta a Ramírez la mencionada finca, descuento hecho de las aludidas zonas de carretera, y después de expresar ubicación y linderos, dice: "El precio de la venta es el de veinticuatro mil ochocientos pesos ($ 24.800), oro legal, cantidad que la empresa declara tener recibida a su satisfacción para pagar los servicios enumerados en el acta atrás citada y que constan en documento privado de fecha tres (3) de agosto de mil novecientos veintinueve (1929)". Adelante añade: "Que el comprador ya está en posesión material del inmueble vendido, cuyo dominio le transmite la empresa, con todos los derechos y acciones consiguientes que tenga legalmente constituídos o que consten en títulos anteriores". En seguida el señor Ramírez Urrea expuso: "Que acepta esta escritura y el contrato que informa con todas las obligaciones aquí consignadas".

El acta a que el vendedor se refiere es la ya citada aquí de 2 de dicho agosto, suscrita por Ramírez como Secretario.

Dada la finalidad con que la sociedad se desprendía de su finca, era natural que siguiera in-

teresándose por su estado, administración y marcha. Así lo indican las actas de su Junta Directiva en el tiempo siguiente a la escritura hasta las de abril de 1933 inclusive. Pero, a pesar de haber transcurrido varios años no cumplía Ramírez lo de su cargo. Al reclamo correspondiente contestó Ramírez en carta de 24 de ese abril que "el motivo para no haber cumplido las obligaciones... ha sido la depresión económica que se viene confrontando desde el año de 1930, que no ha permitido hacer la venta por el dinero suficiente para satisfacer tales obligaciones".

Y como las cosas siguieron en la misma situación, con fecha 26 de octubre de 1934 el presidente de la Junta Directiva, en representación de la sociedad, presentó la demanda inicial del presente juicio en solicitud de la resolución de dicho contrato y de las condenas a cargo de Ramírez de que ya se habló.

Como también se dijo ya, la sentencia del Tribunal fue en todo favorable a la parte demandante. Su fundamento cardinal está en que Ramírez faltó a sus obligaciones de comprador y esto determina la acción resolutoria ejercitada por el vendedor.

El abogado de Ramírez ante la Corte aduce el motivo 1º de los del artículo 520 del C. J. y dentro de él acusa por violación de disposiciones sustantivas, directa respecto de unas e indirecta respecto de otras como resultado de error en la apreciación de las pruebas que indica al efecto, entre ellas la escritura misma del contrato materia del litigio.

Sabido es que, según el texto de aquella disposición, el error de hecho que ella se refiere ha de aparecer de modo manifiesto en los autos. El cargo lo formula el recurrente así: "Error de hecho evidente en la apreciación jurídica del contrato contenido en la escritura número cuatrocientos once... por el cual el Presidente de la Sociedad ...dijo vender una finca... La parte resolutiva de la sentencia citada consideró como compraventa tal contrato y en tal sentido lo declaró resuelto".

Otro tanto dice, en seguida, del acta de 2 de agosto de 1929 y del documento de 3 de los mismos, así como de otras actas que cita para recalcar sobre que en las respectivas sesiones de la Junta Directiva se afirmó por alguno de sus miembros, sin contradicción de los demás, que lo que la sociedad había hecho en la citada escritura era conferir a Ramírez un cargo de confianza.

Del cargo de error de hecho en la apreciación de tales actas, en la prescindencia de estas últimas y en la calificación jurídica del contrato, deduce el quebranto de los artículos 1849, 1857, 1930 y 1546 del C. C. por indebidamente aplicados, 2142, 2146, 2149 y 2151 del mismo, porque el litigio ha debido decidirse a la luz de estas disposiciones, porque el contrato es de mandato, en vez de decidirlo a la luz de aquéllas cual si fuese de compraventa, concepto con el cual se violaron también los artículos 1618 y 1622 del mismo Código, porque dichas actas demuestran la intención clara de los contratantes y su aplicación práctica del contrato en forma demostrativa de que fue mandato y no compraventa.

Se considera:

La escritura solemniza en términos inequívocos una compraventa. Por medio de ella una de las partes transfiere una cosa determinada a la otra y ésta ha de dar una suma de dinero, que es su precio. Esto configura el contrato de compraventa tal como lo define el artículo 1849 del C. C. La estipulación de que esa suma se aplicaría a pagar una deuda del vendedor a favor de un tercero, no altera en manera alguna la esencia ni la naturaleza del contrato.

Más todavía: aunque esa calificación jurídica dada por el Tribunal contuviese un desacierto, no por eso podría encontrarse en éste el error de hecho de que acusa el recurrente y que señala como fuente de la violación de dichas disposiciones legales.

Esta reflexión bastaría para rechazar el cargo, puesto que si la causa del quebranto de estas leyes es ese preciso error, faltando la causa no puede producirse el efecto.

Pero es de agregarse a lo antedicho sobre el texto neto e indudable de la escritura, que la demanda se formuló sobre el pie de que se trata de una compraventa y que sobre este preciso pie la contestó el demandado y así se surtieron las instancias del juicio; de modo que a la hora de la casación no cabría alterar la sujeta materia del pleito, como no pudo alterarla el Tribunal, obligado a ajustar su sentencia a lo que le prescribe el artículo 471 del C. J., tan exigente al respecto que cuando falta la consonancia que prescribe entre el fallo y las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, se produce en corroboración un motivo de casación, cual es el 2º de los del citado artículo 520.

De otro lado, el que haya efectivamente o se vea un mandato conferido por la sociedad a Ramírez en lo atañedero a la aplicación del precio al pago de una deuda de aquélla, eso no significa en manera alguna que no hubiera compraventa, sino que se estipulaba una inversión determinada para la referida suma de dinero, la que no dejaba de ser precio en la compraventa porque el vendedor le diese ese destino como podría haberle dado cualquiera otro.

Una reflexión decisiva ocurre al estudiar la acción ejercitada para hallarla procedente, y és esta: la denominación del contrato, a la que el recurrente atribuye tánta importancia, no lo despoja, cualquiera que ella sea, de su calidad de bilateral y conmutativo. La sociedad transfirió su finca a Ramírez, se la entregó materialmente, le otorgó escritura pública de venta, la que se inscribió en el competente libro de registro, y Ramírez en ese mismo instrumento asumió obligaciones de modo expreso. Salta a la vista que, declarando ese instrumento lo que ya se dijo sobre pago del precio en ese acto, esas obligaciones asumidas por el comprador no podían consistir en esto, sino en algo más, sin lo cual ese compromiso no tendría sentido ni razón de ser. Ese algo más era, como hasta sobra ya decirlo, el pago de esa precisa suma del precio al aludido acreedor de la sociedad vendedora.

Es verdad que en varias ocasiones y trámites del juicio y diversos pasajes de sus memoriales Ramírez dice no tener obligación alguna pendiente a su cargo y que al efecto se escuda en la declaración de la sociedad en el instrumento de compraventa sobre recibo del precio. Pero en otras ocasiones y pasajes la verdad lo ha traicionado o se le ha impuesto, al punto de que, v. gr., reconoció al contestar la demanda la carta de 24 de abril de 1933, transcrita aquí en lo pertinente. Allí, no sólo confiesa haber asumido y estar pendientes aquellas obligaciones, sino que pone enfáticamente de presente su voluntad de cumplirlas y las dificultades extrañas y contrarias a esa voluntad que lamentablemente se lo han impedido.

Así las cosas, ante el cumplimiento de una de las partes y el incumplimiento de la otra, la resolución de ese contrato bilateral se impone, así fuese tan sólo ante el artículo 1546 del C. C. De lo contrario se rompería contra toda noción de equidad la simetría contractual y se autorizaría un enriquecimiento torticero por quedar en pie la transferencia a despecho de faltar la prestación equivalente.

Se acusa de violación de los artículos 1608 y 1609 del C. C. por haber procedido el Tribunal cual si Ramírez estuviese en mora, a pesar de no haberse señalado plazo para el cumplimiento de las dichas obligaciones y no obrar en el expediente la prueba del requerimiento judicial necesario a aquel fin por la falta de plazo. Efectivamente no figuran las diligencias sobre tal reconvención; pero Ramírez, al ser interrogado al respecto, respondió: "Es cierto en cuanto al requerimiento, y no he dado cumplimiento a las obligaciones de que trata este numeral, porque en mi concepto no tengo ninguna para con la empresa del Tranvía de Oriente y menos con la junta ilegal y usurpadora que dice presidir el doctor García".

El recurrente tacha de errónea la apreciación de esta confesión y conceptúa que el artículo 1609 del C. J., obligando a tomarla en su totalidad, impide aislar la primera parte, o sea la afirmación de que Ramírez fue reconvenido. Inaceptable ese concepto: esa afirmación está hecha incuestionablemente, y la opinión de Ramírez expresada allí mismo contra la junta es algo independiente y distinto de aquel hecho, como lo es también su alegación sobre si las obligaciones existen. Bien se ve que la negativa de una persona respecto de que ciertas obligaciones existan a su cargo, no desmiente la afirmación que al propio tiempo haga de que se le ha requerido para cumplirlas. Repítese que el requerimiento en sí es un hecho independiente. Y este hecho es lo único necesario ante el artículo 1608.

Además, como sostenidamente se ha conceptuado, la demanda misma, a más tardar, viene a ser un requerimiento de modo que cuando la sentencia encuentra comprobada la obligación respectiva aducida como base del pleito, no echa menos un requerimiento anterior para fallar en concepto de mora.

Se acusa de quebranto del artículo 1934 del C. C. por decretarse la resolución del contrato a pesar de contener declaración de recibo del precio la escritura en disputa. El cargo es improcedente, porque esa disposición se refiere a los terceros y este pleito es entre los contratantes.

Se acusa también de violación de los artículos 1546 y 1930 del C. C. por efecto del error de hecho de dejar de tomar en cuenta la escritura en cuanto contiene declaración del vendedor de tener recibido el precio. Se advierte en este cargo

un mero juego de palabras. Si el precio se destinaba a pagar al aludido acreedor de la sociedad y Ramírez asumió esta obligación y no la ha cumplido, aquella declaración no puede impedir el reconocimiento de la situación nacida de este pacto y de su incumplimiento. Que esa fuera obligación asumida por Ramírez, lo prueban plenamente los antecedentes de la escritura, cuyos móviles y finalidad constan en actas suscritas por Ramírez, y se confirman con actos y palabras suyas, de que es ejemplo su citada carta de 24 de abril.

Más todavía: tanto se entiende él o se reconoce obligado a ese pago al aludido acreedor de la sociedad, que afirma haberle cubierto sumas parciales, lo que no se explicaría si esa obligación no existiese. De paso se observa a este respecto que el Tribunal al echar menos algún comprobante de estos pagos no lo hace olvidando que aquel acreedor no es parte en el pleito, sino simplemente exigiendo para esa afirmación de Ramírez algo más que su solo dicho.

Acusa el recurrente de violación de las diversas disposiciones legales que cita relativas a las estampillas que deben adherirse a un documento para que se le pueda tener como prueba, refiriéndose a que el Tribunal razona tomando en cuenta el citado documento de tres de agosto de 1929, no obstante carecer de aquel requisito. El cargo es inoperante, no sólo porque no se trata de hacer efectiva a un acreedor la obligación asumida por su deudor en un documento privado, sino principalmente, y con esto basta, porque a aquel documento se alude como uno de los varios elementos de juicio sobre los antecedentes del contrato, y aunque tal documento se suprimiera del proceso y de esas reflexiones mismas, sobrado soporte quedaría en las demás probanzas para el concepto de haber Ramírez asumido como comprador obligaciones a que ha faltado.

Sostiene el recurrente que hubo una simulación y que, por tanto, era la acción que a ella corresponde, y no la resolutoria, la que debió ejercitarse. Trae a cuento sentencias de esta Sala que insistentemente hablan de que aquélla supone dos pactos simultáneos, público y aparente el uno y oculto el otro que es el que contiene la verdadera voluntad de las partes disimulada bajo aquella apariencia; pero él mismo se apresura a advertir que aquí no hubo convenio oculto. Siendo esto así, habiéndose expresado ostensiblemente en la escritura todo cuanto estipularon sus otorgantes, no es aceptable el concepto de simulación. Como ya se dijo, mal puede entenderse contradicha o infirmada o desfigurada la compraventa porque, a más de lo que la caracteriza y constituye, contuviera aquel instrumento la expresión del destino especial que se daba a lo que como precio se dice en ella que paga el comprador. Esa destinación y lo pactado sobre ella, en manera alguna destruye o reemplaza el contrato de compraventa. Así pues, el fenómeno simulación no puede hallarse ahí. Y aunque lo que acaba de decirse no tuviera la claridad y certeza que tiene, bastaría para rechazar el cargo por improcedente, tener en cuenta cómo se planteó el pleito en la demanda, cómo se contestó ésta y cómo se desarrolló el litigio en las instancias, para reconocer cuán fuera de lugar quedan aquellas alegaciones en casación.

Se acusa también de quebranto del artículo 1506 del C. C., porque —dice el recurrente— lo que en realidad hubo fue una estipulación hecha por la sociedad en favor de su acreedor, tercero cuya representación no tenía, y según aquella disposición, en su caso "sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado", y aquí brilla por su ausencia una demanda, una solicitud de esa persona.

Apenas habrá para qué decir que no siempre que una estipulación favorezca o se encamine a favorecer en concepto de los estipulantes a persona distinta de ellos, están obrando dentro del artículo 1506. La sociedad debía y proveyó al pago mediante la transferencia de su finca a Ramírez, sobre el pie de que éste satisfaría esa deuda. Causa extrañeza que se acudiera a procedimiento tan raro, peligroso además como ha venido a demostrarlo este pleito, en vez de dar la finca en pago al acreedor o de venderla por precio efectivamente recibido y entregarlo al acreedor para pagarle. El sentenciador no puede desviar la atención a lo que pudiera haberse hecho, sino situarse ante lo sucedido. Y esto fue, en suma, que la sociedad, de un lado confirió título de su finca a Ramírez y que éste, de otro lado, asumió como contraprestación la de pagar la mencionada deuda de aquélla. Como ya se dijo, al paso que la sociedad satisfizo todos sus deberes de vendedor, Ramírez cayó en mora de cumplir los suyos.

Se acusa de violación del artículo 964 del C. C. por haberse condenado a Ramírez al pago de frutos a partir de la contestación de la demanda, no estando acreditada la entrega material de la finca y habiendo, por el contrario, pruebas que acreditan la falta de entrega, las que, con error de he-

cho que condujo a aquella violación, dejó de apreciar el Tribunal.

Ellas son las actas de la Junta Directiva que después de la escritura y a lo largo de los años subsiguientes hacen ver que la sociedad seguía estimando suya la finca y conduciéndose respecto de su administración en forma que implica que a Ramírez no se la había entregado. Y se refiere también a la declaración de la persona que dice haber contratado sobre esa administración con Ramírez, lo que cita el recurrente por la intervención de la sociedad en lo que sucedió entre Ramírez y esa persona.

Esto fue, según ese testigo, que contrató administración y disfrute en compañía con Ramírez, de quien recibió la finca, y que, adelantados los trabajos y esfuerzos de aquél, inesperada y violentamente Ramírez se entró a la finca y le sacó de ahí, por lo cual hubo de intervenir en ello la autoridad.

Bien se ve que nada de esto induce a suponer falta de entrega por la sociedad a Ramírez, quien sin aquélla no habría podido celebrar ese contrato. Mas, sea de ello lo que fuere y sin desviarse la Sala hacia conjeturas improcedentes, ello es que la querella habida y las actas citadas corresponden a una época que se cierra en abril de 1934, y que la demanda inicial del pleito se notificó a Ramírez en diciembre siguiente que éste opuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante, pero en manera alguna la que, si no fuera poseedor, habría correspondido conforme a los artículos 214 y 215 del C. J., que cerrado ese incidente con la orden de contestar la demanda, a esto procedió el 19 de febrero de 1936 oponiéndose, y que desde entonces a todo lo largo del litigio ha sostenido la legitimidad de su posesión. Es inaceptable no sólo en lógica, sino en tramitación, argüir ahora en contrario en casación, en la que no caben medios nuevos.

Ahora bien, el poseedor vencido tiene que pagar frutos, ya desde que entró a poseer, si su posesión es de mala fe, ya al menos desde la contestación de la demanda. Esto último fue lo determinado por el Tribunal, favoreciendo así a Ramírez, que es recurrente único, por lo cual, según el artículo 494 del C. J., no podría reformarse esa solución, aunque la Corte, si hubiera de estudiar el punto, hallara mala fe en Ramírez aun en la época anterior a la contestación de la demanda.

Lo dicho hasta aquí demuestra cómo y por qué no prospera ninguno de los cargos formulados contra la sentencia recurrida y, por lo mismo, bastaría para decidir negativamente el recurso.

Pero, consagrando el recurrente gran parte de su extensa demanda a otro tema, es preciso exponer por qué la Corte no entra a estudiarlo:

Como ya se dijo, el incidente de excepciones dilatorias sobre personería del demandante se cerró con la orden del Tribunal de que el demandado respondiera la demanda. Así quedó esa cuestión para decidirla al sentenciar; de suerte que el Juez por la aludida causa dictó sentencia absolutoria y el Tribunal, acogiendo en principio los mismos fundamentos, redujo el alcance de esa ilegitimidad de personería, por ser adjetiva, en forma de no determinar absolución sino de declarar tan sólo que no era el caso de considerar y decidir las peticiones de la demanda.

Por casación contra esa sentencia, la Corte hubo de conocer de ella y la casó y ordenó que, vuelto el proceso al Tribunal, procediera éste como indica el artículo 455 del C. J. en su inciso 2º. Así lo hizo, y la parte demandante allanó la nulidad y adujo sobre su personería discutida pruebas que el Tribunal halló suficientes para acreditarla, por lo cual, aceptó aquella manifestación y declaró saneada la nulidad en auto que en su día quedó ejecutoriado, todo ello a pesar del tesón con que Ramírez insistió entonces, como lo hizo desde antes de responder la demanda y lo hace ahora en la Corte, en objetar esa personería.

Allanada la nulidad como queda dicho, el Tribunal pronunció la sentencia materia del presente recurso.

Esa discusión sobre personería es la aludida en el presente capítulo final del fallo de la Corte, acerca de la cual se anticipó el concepto de ser extraña al recurso. En efecto: éste se concede exclusivamente contra las sentencias definitivas, no contra los autos interlocutorios, según se lee en el artículo 519 del C. J. De aquí se deduce obviamente que la Corte no puede entrar en el estudio de esa personería y nulidad a que pretende llevarla la demanda de casación, pues ese tema y problema quedó decidido en su día y cerrado en el aludido auto interlocutorio, al punto de que el fallo definitivo del Tribunal no tuvo ya por qué tocarlo. La casación, repítese, versa exclusivamente sobre este fallo, al que con el recurso mismo se circunscribe y limita la competencia de la Corte.

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 senten-

cia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el cinco 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—Emilio Prieto H., Ofl. Myr. Ppdad.

IMPEDIMENTO.—NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

El que ha favorecido a una de las partes en un pleito como apoderado no puede fallarlo después como Juez, pues en él concurren las causales de impedimento previstas en los numerales 3º y 9º del artículo 435 del C. J., de las cuales la primera es inallanable al tenor de lo preceptuado en el artículo 439 ibidem.

La transgresión a aquel precepto es causa de nulidad (artículos 434, 448 C. J.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

La señora Ester Rosero de Hidalgo propuso ante el Juez Primero del Circuito Civil de Pasto, demanda contra Rosendo Hidalgo, para que mediante los trámites del juicio ordinario se decrete la separación de bienes y la liquidación de la sociedad conyugal formada entre la demandante y el demandado.

Surtido el pleito por los trámites correspondientes, el Juzgado lo decidió en sentencia de nueve de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, mediante la cual decretó la separación solicitada, y al momento de notificarse de dicha providencia el apoderado del demandado interpuso recurso de apelación, el que le fue concedido en auto de 2 de mayo siguiente, proferido por el Juez doctor Alberto Ricaurte, quien para entonces estaba encargado del Juzgado. Posteriormente, en auto de 21 del mismo mes de mayo el juez doctor Ricaurte, sin reparar que ya no podía seguir actuando, pues, estuviera o no impedido legítimamente, era lo cierto que ya se encontraba ejecutoriado el auto que concedió la apelación, se declaró impedido para seguir conociendo del negocio con fundamento en la circunstancia de haber sido apoderado de la actora y dispuso pasar el expediente al Juez 2º Civil del Circuito de Pasto. Este, por las razones que expuso en auto de treinta del mismo mes, resolvió no acoger el conocimiento, por lo cual el primero de dichos funcionarios, incidiendo en nuevo error procesal, resolvió provocarle al segundo el incidente de competencia. El juez provocado decidió no aceptar ni negar la competencia que se le provocaba. En esas condiciones subió el juicio al Tribunal de Pasto, en donde fue repartido como correspondiente al grupo cuarto. Allá se dispuso la fijación del negocio en lista y una vez cumplida esa formalidad, el Tribunal dictó la sentencia de veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, por medio de la cual entró al fondo del asunto, revocó la apelada y en su lugar declaró improcedente la demanda propuesta.

Al apoderado de la actora le fue concedido recurso de casación, el que por estar debidamente tramitado se procede hoy a decidir.

La recurrente invoca las causales 1ª y 6ª del artículo 520 del C. J. La Corte concreta su estudio a la última, no sólo por imponerlo así el orden lógico, sino también porque la encuentra debidamente fundada.

Con apoyo en dicha causal dice, entre otras cosas, el recurrente, que al folio 7 del cuaderno Nº 5 del expediente se encuentra el poder debidamente aceptado y sustanciado conferido a Alberto Ricaurte para representarla en el juicio; que de consiguiente dicho doctor estaba impedido, de acuerdo con el numeral 3º del artículo 435 del Código Judicial para conocer de ese negocio; que ese impedimento es inallanable; que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 434 ibidem, ningún juez puede conocer de un negocio para el cual esté impedido por causa legítima; que la incompetencia de jurisdicción está elevada a causal de nulidad, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º del artículo 448 del C. J.; que en consecuencia el auto que concedió la apelación es nulo y que siendo ello así el juzgador de primera instancia no perdió la jurisdicción ni la adquirió por tanto el de segunda, por lo cual también está afectado de nulidad lo actuado ante el Tribunal.

Para resolver se considera:

Efectivamente, el Juez doctor Alberto Ricaurte fue apoderado en este juicio de la señora Rosero

de Hidalgo. Al folio 7 del cuaderno Nº 5 del expediente obra el poder respectivo, por aquél aceptado, y en auto de 27 de octubre de 1943, el Juzgado lo admitió como tal apoderado. Luego en él concurrían, por tener cuando menos interés moral vinculado al pleito y haber favorecido a una de las partes, las causales de impedimento previstas en los numerales 3º y 9º del artículo 435 del C. J., de las cuales la primera es inallanable al tenor de lo preceptuado en el artículo 439 ibidem.

Ahora, el artículo 434 de la misma obra prescribe que "ningún juez puede conocer de un negocio para el cual esté impedido por causa legítima, sin que se le haya prorrogado la jurisdicción, conforme a la ley". Siendo esa como es, una imperativa prohibición que le veda al juez impedido en un negocio conocer de él, es evidente que el Juez doctor Ricaurte, a quien no se le prorrogó ni se le podía prorrogar la jurisdicción, era incompetente para conocer de este asunto. Y como al tenor de lo dispuesto en la regla primera del artículo 448 del C. J., la incompetencia de jurisdicción es causal de nulidad en todos los juicios, y ella, cuando es improrrogable, como ocurre en el presente caso, solamente no puede alegarse cuando ha mediado ratificación expresa de lo actuado (artículo 449 numeral 3º), cosa ésta que no ha sucedido en este proceso, no puede remitirse a dudas que se ha incurrido en la precitada causal de nulidad.

De lo anterior se desprende que el auto de dos de mayo del año pasado, dictado por el Juez doctor Ricaurte, por medio del cual se concedió apelación en el efecto suspensivo en contra de la sentencia de primer grado, es nulo, y que, por consiguiente, el Tribunal no pudo adquirir y no adquirió jurisdicción para revisar la providencia apelada. Ello consecuencialmente determina el que también sea nula la actuación cumplida ante éste en tales condiciones.

En refuerzo de todo lo anterior debe anotarse que la sustentación del recurso ante el Tribunal, fue por demás irregular y viciosa, pues tramitó como apelación de auto interlocutorio lo que era apelación de sentencia definitiva en juicio ordinario, pretermitiendo formalidades tan importantes en el recurso, como son las del traslado a las partes para alegar de conclusión, la citación para sentencia y el señalamiento de día para la celebración de la audiencia pública, y desconociendo así claros derechos procesales de las partes litigantes.

Finalmente, como conforme a lo estatuído en el numeral 6º del artículo 520 del C. J., el recurso de casación es procedente cuando en el juicio se ha "incurrido en alguna de las causales de nulidad de que trata el artículo 448, siempre que la nulidad no halla sido saneada en conformidad con la ley", el cargo formulado con base en esta causal debe acogerse en fuerza de lo dicho y decretarse, en consecuencia, la nulidad de la actuación.

La condena en costas (artículo 458 del C. J.) debe correr a cargo tanto del juez doctor Ricaurte como de los tres Magistrados del Tribunal de Pasto que suscribieron la sentencia de segundo grado, pues todos ellos son responsables de la nulidad de la actuación: el primero, por haber conocido estando legalmente impedido, y los otros, por no haber tomado en cuenta esa situación, debiendo hacerlo, para proferir oportunamente la decisión que correspondía, que no es otra distinta de la acogida en este fallo, en caso de que hubiere faltado ratificación expresa de lo actuado (artículo 449, numeral 3º del C. J.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de veinte de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, y en su lugar declara la nulidad de todo lo actuado en este negocio a partir del auto de dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, inclusive, que otorgó el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Condénase en costas al Juez doctor Alberto Ricaurte y a los Magistrados doctores Gómez Jurado, Chaves R. y Díaz Villota.

Devuélvase el expediente al Tribunal Superior de Pasto a fin de que lo remita al Juez correspondiente, para los efectos legales consiguientes.

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, Srio. en propiedad.

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES HECHA POR HEREDEROS DE UNO DE LOS CONYUGES QUE, SIN CONSENTIMIENTO DEL OTRO, VENDIO BIENES RAICES DE LA SOCIEDAD BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932.—BUENA FE. MAXIMA ERROR COMMUNIS.

1.—Es inadmisible la teoría del recurrente, según la cual los herederos de la mujer no pueden intentar para la sociedad conyugal ilíquida la reivindicación de bienes sociales adquiridos antes de la ley 28 de 1932 y de que dispuso el marido después, haciendo uso de la facultad dispositiva que le confería el Código Civil, sin el previo requisito de la liquidación de la sociedad, según lo ordenado por el artículo 1º de esa ley. Inadmisible es la teoría porque recorta sin fundamento el derecho de los herederos a ejercitar las acciones patrimoniales que correspondían al causante, principio cardinal en la sucesión hereditaria, y porque pugna contra las mismas doctrinas de la Corte en ese punto. Cuando el artículo 1º de la ley 28 establece que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene lá libre administración y disposición de sus bienes, está dando una capacidad civil, que por su naturaleza es intrasmisible; pero de ahí a limitar la trasmisibilidad de los bienes de la mujer, que por su naturaleza lo sean, a título singular o a título universal, hay profundo abismo. La Corte había dicho ya "que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges ó de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso... y que no porque la sociedad conyugal se disuelva se extinguen sus derechos y obligaciones, y que, por tanto, para ejercitar los unos y cumplir las otras, tiene que subsistir la sociedad en liquidación, y con este carácter pueden los herederos de uno de los cónyuges y el sobreviviente, o los de ambos, reivindicar lo perteneciente a la misma sociedad".

2.—La buena fe con que obra uno de los contratantes está prevista en la ley colombiana con efectos a la restitución de frutos, según los artículos 963 y siguientes del Código Civil, y al fenómeno de la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, según el artículo 2528, en armonía con el 764 de la misma obra. La buena fe de quien compra a quien no es dueño una cosa ajena sirve para ganar por prescripción ordinaria la propiedad de la cosa, en virtud de que el adquirente es poseedor regular, posesión que supone JUSTO TITULO y BUENA FE, (artículos 764 y 2528 C. C.), pero esta buena fe, antes de consumada la prescripción por el adquirente, no es útil contra el VERUM DOMINUM en reivindicación.

3.—Excepcionalmente admitió alguna vez la Corte, con dos votos disidentes, según sentencia del 20 de mayo de 1936, que la enajenación de un bien raíz hecha a terceros de buena fe por el marido, su aparente dueño, después de disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, era oponible al legítimo titular del bien enajenado, antes que el demandado ganara la cosa por prescripción. Le dio entonces la Sala desarrollo práctico a la teoría de la validación de los actos celebrados en virtud de la apariencia, amparando a un comprador de buena fe, acudiendo a la máxima ERROR COMMUNIS. En esa sentencia se establecen las condiciones fundamentales para admitir la buena fe, como creadora de derechos.

4.—De manera uniforme ha proclamado la Corte que las ventas hechas solamente por el marido de bienes sociales son venta de cosa ajena, y que a la mujer o a los herederos de la mujer les asiste el pleno derecho de reintegrarlos al patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida existente el 1º de enero de 1933. Y no es exacto que se requiera, como se dijo antes, la previa liquidación de los bienes de la sociedad conyugal para que la mujer o sus herederos investidos de las correspondientes acciones de recobro, puedan reclamar en pro de la sociedad con-

yugal ilíquida los bienes de que el marido dispuso a espaldas de la mujer, bajo la vigencia de la ley 28 de 1932 y adquiridos por dicha sociedad antes de esta ley. La Corte también ha demostrado que no es que adolezcan de nulidad las susodichas ventas, sino que recaen sobre cosa ajena. El marido vende sin ser dueño. Y la venta de cosa ajena vale, al tenor del artículo 1871 del Código Civil. El acto jurídico de la enajenación por quien no es el dueño es inoponible al dueño. Carece de todo efecto jurídico contra él. De ahí que el verdadero dueño no tenga por qué demandar la nulidad o ineficacia de actos en que no ha sido parte. De esta manera la sociedad conyugal reivindicante de un bien adquirido por ella antes de la vigencia de la ley 28 de 1932 y enajenado por el marido después, a espaldas de la mujer, enajenación que le es inoponible, no tiene por qué demandar EXPRESA y PREVIAMENTE la ineficacia del acto jurídico del marido con el tercer adquirente. Le basta la acción directa en reivindicación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Los herederos de la señora Delfina Rodríguez de Rozo, que son hijos legítimos, en nombre de la sucesión respectiva, demandaron en juicio ordinario al señor Abraham Aparicio Romero, con el fin de que se hagan contra éste las siguientes declaraciones:

Primero, que pertenece a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida, formada por Delfina Rodríguez y Manuel de Jesús Rozo, el 9 de mayo de 1894, la casa de tapia y teja con el suelo en que está edificada y solar adyacente, ubicada en el barrio de Santa Bárbara de esta ciudad, por los linderos detallados en el libelo;

Segundo, que el demandado como poseedor del inmueble está obligado a restituírle a la dicha sociedad conyugal ilíquida, representada en lo que hace a Delfina Rodríguez, por sus herederos;

Tercera, que se condene al demandado a la restitución de los frutos de la finca reivindicada;

Cuarto, que se declaren ineficaces, en cuanto a la transferencia del dominio se refieren, de la casa, las escrituras públicas 2.168 de 12 de diciembre de 1933, notaría primera de Bogotá, y 1.604 de 26 de septiembre de 1939 de la notaría quinta de la misma ciudad; y

Quinto, que se cancelen los registros respectivos de las escrituras mencionadas.

El juez quinto del circuito de Bogotá resolvió la anterior demanda de conformidad, y el tribunal superior de Bogotá, en grado de apelación, dictó fallo confirmatorio.

El demandado le denunció el pleito a su vendedora señorita Elvira Gómez Rojas, quien a su turno se lo denunció a Jesús Rozo, que le había hecho la tradición a ella. Los denunciados fueron citados oportunamente al pleito.

El apoderado del demandado Aparicio Romero y de la Gómez Rojas recurrieron en casación contra la sentencia del tribunal. A resolver ahora ese recurso procede la Corte.

La sentencia acusada

El sentenciador decreta la reivindicación bajo el influjo de la idea de que se trata de la acción reivindicatoria, nacida de haber sido enajenado por el marido, un bien perteneciente a la sociedad conyugal que tuvo con su mujer, en el régimen legal anterior a la ley 28 de 1932, enajenación efectuada cuando ya el marido había perdido, por efecto de la misma ley, la calidad de señor y administrador único de aquella sociedad.

Motivando la sentencia el Tribunal invoca la autoridad de varios de los fallos de la Corte, en que ella, a partir del de 20 de octubre de 1937, ha fijado doctrinariamente el alcance de las proyecciones del nuevo régimen patrimonial del matrimonio, establecido por la ley 28 de 1932, sobre las acciones conyugales existentes e ilíquidas cuando comenzó su vigencia, conforme a las cuales, la mujer, con legítimo interés de socia y personería independiente, tiene el poder de reivindicar para la sociedad conyugal ilíquida anterior al primero de enero de 1933, como en el caso de cosa ajena, los bienes sociales de que el marido dispuso a espaldas de ella, haciendo uso de sus antiguas facultades omnímodas que le confería el código civil ahora cercenadas por la presencia de los poderes otorgados también a la mujer.

El recurso de casación

El recurrente acogiéndose a la causal primera de casación, que es violación de la ley sustantiva, ataca por cinco aspectos la sentencia del Tribu-

nal, formulando sendos cargos, que serán objeto de examen por la Sala en los capítulos que van a continuación:

I.—Se dice que el fallo es violatorio de la ley sustantiva, así: por infracción directa en cuanto dejó de aplicar los artículos 1º de la ley 28 de 1932; 1.603, 769, 946, 1.494, 1.748 y 1.757 del código civil; y por aplicación indebida e interpretación errónea de los citados artículos 1º de la ley 28 y 946, 952 del mismo código.

Al desarrollar el cargo el recurrente advierte su conformidad con las doctrinas de la Corte citadas por el Tribunal. Sólo que al acoger éste, dice, tales doctrinas para aplicarlas en el presente debate las amplió equivocadamente, concediéndoles a los herederos lo que la ley reserva privativamente a la mujer.

El recurrente en este cargo se propone demostrar que, "tanto el aspecto legal como el moral confluyen a la evidencia de los siguientes hechos: a) que la mujer en cuyo **beneficio personal** se expidió la reforma patrimonial de la ley 28 de 1932, no es la demandante en esta causa; b) que al serlo sus herederos, no pueden arrogarse ese privilegio concedido a aquélla **intuitu personae,** como aquí se pretende, sino subordinando el ejercicio de sus derechos al **previo requisito de la liquidación de la sociedad conyugal** por imperativo obligado de la misma ley".

Así resume el demandante en casación la tesis que propugna, cuyo desarrollo es más o menos como sigue:

Conforme al artículo 1155 del código civil los asignatarios a título universal representan a la persona del causante para sucederle en todos sus derechos y obligaciones **trasmisibles; a contrario sensu** no le representan en los derechos intrasmisibles, ni por lo tanto tienen personería sustantiva para ejercitar ninguna acción respecto de tales derechos, en los mismos términos en que hubieran podido ejercitarlas su causante. Es así que el derecho a administrar y disponer libremente, y que la ley 28 le reconoció a la mujer casada, lo fue **intuitu personae** para salvaguardiar su independencia en un pie de absoluta igualdad con el marido, luego sus herederos no pueden arrogarse ese privilegio ejercitando acciones de reintegro para la sociedad, como hubiera podido hacerlo la mujer, sino cumpliendo previamente el requisito de liquidación a que el artículo 1º de la ley 28 subordina en forma imperativa el ejercicio de las acciones y derechos inherentes a su calidad de heredero.

"El artículo mencionado prevé dos situaciones que el Tribunal en vez de confrontar identificó; una, la personalísima e intrasmisible de cada cónyuge, "durante el matrimonio", para administrar y disponer libremente de los bienes que por cualquier causa hubieren adquirido o adquieran; y otra, bien diferente, para el evento de **disolución del matrimonio,** por la muerte de uno de los cónyuges, caso en el cual, dice el legislador, **"se procederá"** a la liquidación de la sociedad, para mediante esa liquidación, radicar en cabeza de los herederos los derechos y obligaciones trasmisibles de su causante, entre ellos el de reivindicar para sí bienes que irregularmente pudieron salir del patrimonio de la sociedad conyugal, y en los que luego deben suceder al cónyuge premuerto".

Reafirma la necesidad de la liquidación previa ordenada por el legislador, el simple estado de indefensión en que quedarían los terceros que de buena fe adquirieron determinado bien de aquél de los consortes a quien por el registro y notariato aparecía como su propietario en el momento de la tradición. Si como aquí se pretende es procedente la anulación de los contratos que un tercero realiza con uno de los socios, sin que forzosamente le preceda la liquidación, llegaríase entonces a la conclusión de un fallo judicial que priva a ese tercero del derecho de legalizar su adquisición retroactivamente al adjudicársele al tradente las especies vendidas.

El artículo 4º de la reforma se explica, por qué el régimen de separación relativa en que hoy actúan los esposos, a quienes los terceros consideran como si no lo fueran, impone para el caso de muerte la necesidad de cortar las cuentas de las diversas operaciones contractuales que cada cual haya realizado, haciendo las compensaciones y deducciones respectivas y pagando el pasivo de cada cónyuge, porque sólo mediante esas operaciones viene a saberse en definitiva cuál es el activo líquido social.

"Ahora bien. Como el Tribunal sentenciador, según dije antes, al aplicar el artículo 1º de la ley 28, partió de la base equivocada de que la sociedad conyugal no estaba disuelta y era la mujer la que ejercitaba la acción, siendo así que quienes la proponen son sus herederos, incurrió en violación, por infracción directa, al dejar de aplicar, debiendo aplicarla, la norma prevista, para cuando por disolución del matrimonio, ejercitan los herederos una acción de la naturaleza de la aquí propuesta".

La Sala considera:

Bien claro expone el recurrente su tesis. Los herederos de la mujer no pueden intentar para la sociedad conyugal ilíquida, la reivindicación de bienes sociales adquiridos antes de la ley 28 de 1932, y de que dispuso el marido después, haciendo uso de la facultad dispositiva que le confería el código civil, sin el previo requisito de la liquidación de dicha sociedad, según lo ordenado en el artículo primero de la misma ley.

La teoría es inadmisible. Recorta sin fundamento el derecho de los herederos a ejercitar las acciones patrimoniales que correspondían al causante, principio cardinal en la sucesión hereditaria, y pugna contra las mismas doctrinas de la Corte, a las que el recurrente les otorga su plena aceptación, pues el desarrollo de la nueva tesis envuelve la idea de que habría que negarle igualmente a la mujer las acciones de recobro, ya que éstas no son procedentes antes de la liquidación de la sociedad, preyista en el artículo primero de la ley 28, "porque, si como aquí se pretende, es procedente la invalidación de los contratos que un tercero realiza con uno de los socios, sin que forzosamente le preceda la liquidación, llegaríase entonces a la monstruosa conclusión de un fallo judicial, que priva a ese tercero del derecho a legalizar su adquisición retroactivamente al adjudicársele al tradente la especie vendida (artículo 752 del C. C.)."

Es obvio que durante la existencia de la sociedad conyugal, según el régimen de la ley 28, cada cónyuge disfruta del derecho personal o intrasmisible de administrar y disponer libremente de los bienes que por cualquier causa hubiera adquirido o adquiera. Este derecho personal significa o se traduce en capacidad jurídica igual a la que posee, por ejemplo, cualquiera persona mayor de edad, casada o no, para administrar y disponer libremente de su patrimonio. Es una capacidad inherente a la persona e inseparable de ella, que se concibe como la aptitud legal para ser sujeto de derechos y ejercitarlos, noción que envuelve los dos conocidos grados de la capacidad, de goce y de ejercicio, que son intrasmisibles porque es un poder que desaparece y se extingue con la propia personalidad. La capacidad se compone de facultades inherentes al estado civil de las personas, y es por ello intrasmisible. La sucesión es fenómeno diferente. En ella no hay trasmisión de capacidades sino trasmisión de bienes. Cuando muere una persona, le suceden los herederos en sus derechos y obligaciones trasmisibles, es decir, en los bienes de su patrimonio económico, no en las facultades y prerrogativas personales, como la capacidad civil del causante.

Al fenómeno de la sucesión así entendido, se refiere el artículo 1155 del código civil, invocado por el recurrente, que dice: "Los asignatarios a título universal... representan la persona del testador para sucederle en todos sus derechos y obligaciones **trasmisibles.**

Todos los derechos son susceptibles de ser trasmitidos de una persona a otra. Excepto aquellos que, por su naturaleza no pueden cambiar de titular. Estos son desde luego los derechos de familia, como la patria potestad, porque constituyen relaciones puramente personales fundadas sobre la situación particular en que se hallan dos personas unidas por los lazos de la sangre, y algunos derechos patrimoniales, que son establecidos en consideración a una persona determinada y no son susceptibles de pasar a cabeza de otra, porque esta transferencia los desnaturalizaría o los modificaría en sus elementos esenciales; tales son los derechos de uso y habitación.

Cuando el artículo 1º de la ley 28 de 1932 establece que durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de bienes, está dando una capacidad civil, que por su naturaleza es intrasmisible. Pero de ahí a limitar la trasmisibilidad de los bienes de la mujer, que por su naturaleza lo sean, a título singular o a título universal, hay profundo abismo.

Ni menos el requisito de la liquidación de la sociedad conyugal, de que habla el mismo artículo, detiene, estanca, o siquiera condiciona, la **delación** de la herencia de la mujer casada con plena capacidad civil, al tenor de la ley 28, a sus herederos testamentarios o **abintestato.** La liquidación es posterior a la delación. Consumada ésta por la muerte del causante, el heredero recibe el patrimonio de éste, en sus derechos y obligaciones trasmisibles. Naturalmente recibe también sin merma ni atenuación las acciones de recobro, dirigidas a recuperar bienes que estén en poder de terceros. Acciones que tendrán que ejercitarse antes de la liquidación, para facilitar ésta entre los herederos, pues lo indicado es que a la partición del bien preceda su recuperación.

Acaecido el deceso de la mujer casada, plenamente capaz civilmente a mérito de la ley 28 de 1932, la sociedad conyugal que formaba con el marido queda disuelta; entonces debe liquidarse. ¿Y como se procede a la liquidación? Recontando previamente los bienes pertenecientes a la so-

ciedad, pues de otra manera, ¿cómo se liquidan? Este recuento exige que los que están en poder de terceros se recuperen para la sociedad ilíquida, con el fin de someterlos a liquidación. Y radicándose en cabeza de los herederos de la mujer, los derechos y obligaciones trasmisibles que a ésta pertenecían, contándose entre los primeros las mencionadas acciones de recobro, es obvio que aquéllos pueden demandar en nombre del socio muerto y para la extinguida Sociedad conyugal la reivindicación de los bienes de que el marido dispuso sin anuencia ni intervención de la mujer.

Si se acepta que el marido al enajenar por su cuenta y sin la intervención de la mujer, bienes de la sociedad conyugal pendiente el primero de enero de 1933, lo hace ya sin ningún derecho, porque esos bienes hacen parte, mientras no se liquiden según lo previsto en el artículo 7º de la ley 28, de una comunidad ilíquida, y que por lo tanto la mujer, como socia y partícipe en los bienes de aquella sociedad conyugal tiene personería propia e independiente de la del marido para demandar su reivindicación en nombre de la misma comunidad, "porque de la sociedad conyugal son y a la sociedad conyugal deben volver", de acuerdo con lo sustentado en las sentencias de la Corte, aceptadas por el recurrente, desde la conocida y primera sobre la cuestión del 20 de octubre de 1937; si se aceptan estas ideas, es inevitable la conclusión de que a los herederos de la mujer les asiste también idéntico derecho, en virtud del fenómeno de la sucesión hereditaria; derecho que no es el que la mujer tuvo a título de capacidad civil para disponer y administrar su patrimonio, sino el trasmisible a participar como socia en la propiedad y distribución de un bien.

En sentencia de 15 de octubre de 1931, publicada en la **Gaceta Judicial** tomo XXXIX, página 309, dijo la Sala lo siguiente defendiendo el derecho de los herederos del cónyuge muerto a ejercitar para la sociedad conyugal las acciones que a aquél incumbían: "La Corte ha declarado que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso... y que no porque la sociedad conyugal se disuelva se extinguen sus derechos y obligaciones, y que por tanto, para ejercitar los unos y cumplir los otros, tiene que subsistir la sociedad en liquidación, y con este carácter pueden los herederos de uno de los cónyuges y el sobreviviente, o los de ambos, reivindicar lo perteneciente a la misma sociedad".

Lo expuesto convence de que el cargo propuesto es inconsistente, debiendo por ello rechazarse.

II.—Se ataca la sentencia por haber infringido de modo directo los artículos 769 y 1.603 del código civil.

Para el caso de autos —dice el recurrente— la buena fe del demandado aparece establecida: tradente del señor Aparicio es la señorita Elvira Gómez Rojas, según consta de la escritura 1.604 de 26 de septiembre de 1939, en cuyo texto se advierte que la casa objeto de la enajenación fue adquirida por aquélla mediante compra a Jesús Rozo, solemnizada por escritura 2168 de 12 de diciembre de 1933 de la notaría primera de Bogotá; y en este instrumento Rozo comparece sin advertencia alguna acerca de su estado de soltero, casado o viudo, con la declaración de que el inmueble que vende lo había adquirido por compra hecha a la señorita Sara García, según escritura 1852 de 12 de diciembre de 1923, de la notaría cuarta de Bogotá. Tampoco en este instrumento hace Jesús Rozo declaración alguna sobre su condición de casado.

"De donde resultan establecidos los siguientes hechos: a) que en ninguno de los instrumentos en que intervino el señor Jesús Rozo, primero como adquirente y luego vendedor, aparece declaración o indicio alguno de que fuera casado; b) que habiendo fallecido la esposa de Rozo en noviembre de 1939 la casa que éste enajenó a Elvira Gómez Rojas estuvo fuera del dominio de la sociedad conyugal por espacio de seis años, sin que durante todo ese lapso, la mujer hubiera hecho gestión alguna dirigida a obtener el reconocimiento de los derechos indebidamente enajenados por su esposo; y c) que enajenado posteriormente el inmueble por Elvira Gómez Rojas a mi mandante Aparicio Romero, la esposa primero, y sus hermanos después, dejaron transcurrir cuatro años más antes de reclamar los derechos que hoy pretenden".

Se observa:

Ninguno de los dos preceptos invocados ha sido violado por el sentenciador.

El artículo 769 determina que la buena fe se presume, excepto en los casos en que la ley establece la presunción contraria, y que en todos los demás debe probarse la mala fe.

El artículo 1603 habla de que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y 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 la ley pertenece a ella.

La buena fe con que obrara el demandado al celebrar el contrato de compra-venta con Elvira Gómez Rojas, creyéndola dueña del inmueble, porque ésta a su turno lo había adquirido de Jesús Rozo, marido de Delfina Rodríguez, con la cual había formado la sociedad conyugal que ahora demanda, está prevista y regulada en la ley colombiana con efectos a la restitución de frutos, según los artículos 963 y siguientes del código civil, y al fenómeno de la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, según el artículo 2528, en armonía con el 764 de la misma obra.

Dentro de estas ideas el tribunal reconoció la buena fe con que el demandado adquirió la propiedad de Elvira Gómez, pues no lo tuvo como poseedor de mala fe, ya que prescribió la restitución de frutos desde la contestación de la demanda, según el artículo 964 del código civil. Fue todo lo que de acuerdo con la ley podía reconocérsele a la buena fe del demandado.

En cuanto a la prescripción, la buena fe no tuvo operancia, porque no se había cumplido el tiempo para ganarla, que es el de diez años, unido al requisito del justo título, que es el otro campo en donde juega el concepto de la buena fe del poseedor, en las acciones reivindicatorias.

La buena fe de quien compra a quien no es dueño una cosa ajena, sirve para ganar por prescripción ordinaria la propiedad de la cosa, en virtud de que el adquirente es poseedor regular, posesión que supone **justo título** y **buena fe** (artículos 764, y 2528 del C. C.).

Pero esta buena fe, antes de consumada la prescripción por el adquirente, no es útil contra el **verus dominus** en reivindicación.

Ni invocando la regla **error comunis facit jus,** lo sería en el presente caso. Excepcionalmente la Corte, con dos valiosos votos disidentes, admitió alguna vez, según sentencia de 20 de mayo de 1936, que la enajenación de un bien raíz hecha a terceros de buena fe por el marido, su aparente dueño, después de disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, era oponible al legítimo titular del bien enajenado, antes de que el demandado ganara la cosa por la prescripción. Dióle entonces esta Sala desarrollo práctico a la teoría de la validación de los actos celebrados en virtud de la apariencia, amparando a un comprador de buena fe, acudiendo a la máxima del **error comunis.**

Empero el caso actual estaría excluído tanto por los términos de la misma sentencia, como por que está lejos de presentarse como el producto de situación originada en acto de un sujeto aparentemente capaz de enajenar como propio un bien de la sociedad conyugal.

La sentencia de la Corte dijo: "Claro está que la buena fe requerida en el tercero debe reunir un máximum de cualidades: debe estar exenta de toda culpa; es decir, que no basta que el tercero que la invoca haya tenido la creencia o la convicción de estar negociando con el verdadero propietario, sino que es menester que esa creencia no sea el resultado de una imprudencia o de una negligencia en que no habría incurrido una persona avisada y diligente. Nadie puede invocar su buena fe —dice el código federal suizo— si ella es incompatible con la atención que las circunstancias permitían exigir de quien invoca esa buena fe".

Más adelante agrega refiriéndose a una de las dos condiciones fundamentales para admitir la buena fe, como creadora de derechos: "b) Que el error haya sido invencible, o sea que hasta los hombres más prudentes y avisados lo habrían cometido. A este propósito dice Gorphe: 'No basta la excusabilidad ordinaria; es preciso que el error haya sido necesario, invencible, moralmente imposible de evitar. En esa investigación se tienen en cuenta los usos corrientes, y, sobre todo, las medidas de publicidad que han rodeado el error. **Los terceros han podido atenerse legítimamente a las declaraciones contenidas en la publicidad.** Por el contrario no tienen derecho a ignorar lo que ha sido publicado: así el error sobre la capacidad de un concursado es raramente admisible porque el concurso se ha hecho conocer de todos". En realidad, agrega el mismo autor, el error **común** no sirve sino para hacer presumir que fue **invencible** el error invocado". (GACETA JUDICIAL, tomo 43, pás. 44 y sgtes.).

La situación jurídica del demandado Aparicio en lo tocante a los efectos de su buena fe, no puede tomarse aisladamente de la que le corresponde a su tradente Elvira Gómez Rojas, quien celebró el contrato con Jesús Rozo, el vendedor sin derecho para ello. El vicio en la tradición del inmueble arranca de ese contrato, y fue allí, y no en otro acto, donde se pudo configurar, por la buena fe de la compradora adquiriendo de quien aparentemente tenía la facultad legal de disponer de la cosa enajenada, la convalidación de la venta por el solo efecto del principio **error commu-**

nis facit jus. Los posteriores compradores no harían más que beneficiarse de un derecho que les vendría transmitido de quien sufrió el engaño. Por otra parte a este mismo resultado obligaría el régimen del artículo 778 del código civil, según el cual la posesión de la cosa se adquiere con sus calidades y vicios. El demandado Aparicio alega una calidad de su posesión, que necesariamente estaría originada en el contrato de compra-venta Rozo-Gómez Rojas, luego la conducta de esta compradora es la que tiene que calificarse en orden a deducir cualquier ventaja o beneficio en pro de quienes son sus sucesores en la posesión.

¿Y podría decirse que Elvira Gómez Rojas fue víctima de un error invencible, e inculpable?

Ella compró en el año de 1933, cuando estaba en vigencia la ley 28 de 1932, que modificó fundamentalmente el régimen de administración y disposición de bienes de la sociedad conyugal. Por elemental precaución de todo contratante estaba obligada a establecer el estado civil de quien le vendía. De esta obligación nadie puede excusarse. Su abandono expone inclusive a que se celebre un acto o contrato nulo, como en el caso del menor de edad, que asegurando ser mayor, lo formalice a espaldas de su representante legal (art. 1744, ibídem).

Obligada pues a saber la compradora Elvira Gómez, que el vendedor Rozo era casado, nueva precaución debió tomar, que le incumbía en fuerza de la vigencia de la ley 28 de 1932. Esta ley modificó el régimen de la sociedad conyugal. La mujer en adelante fue plenamente capaz. Tan capaz como es el marido. De consiguiente sobrevino la incertidumbre acerca de la situación jurídica en que quedaron las sociedades conyugales existentes en el momento en que entró a regir la nueva ley, ante el hecho de que el marido perdió, desde el 1º de enero de 1933, el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales. Duda que provocó dilatada controversia jurídica, en que dos tesis se debatieron con respecto al derecho del marido para enajenar los bienes de la antigua sociedad conyugal: la de que que el marido podía por sí solo enajenarlos, y la de que necesitaba el concurso de la mujer. Esta incertidumbre, que se mantuvo hasta que la Corte, con razones que hasta hoy no han sido debatidas, sostuvo la segunda tesis, en la conocida sentencia de casación de 20 de octubre de 1937, seguida luego de un copioso número de fallos en el mismo sentido, hizo que las personas precavidas, comerciantes, banqueros, industriales, exigieran la intervención conjunta de marido y mujer, en la enajenación de los bienes que formaban el haber de la sociedad conyugal, cuando empezó a regir la ley 28 de 1932, precaución que a la postre resultó plenamente justificada por la doctrina de la Corte, que de manera uniforme ha proclamado que las ventas hechas solamente por el marido de aquellos bienes es venta de cosa ajena, y que a la mujer o a los herederos de la mujer les asiste el pleno derecho de reintegrarlos al patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida existente el 1º de enero de 1933.

Ante estos hechos y circunstancias, ¿podrá decirse que el error en que incurrió la señora Elvira Gómez, aceptando, ya en plena vigencia de la ley 28 de 1932, la venta que le hizo Jesús Rozo, de un bien raíz perteneciente al régimen de antigua sociedad conyugal, fue necesario, invencible, moralmente imposible de evitar, y aún más, de carácter general o común? La respuesta negativa no se hace esperar.

Pudo creer la compradora Elvira Gómez, que Jesús Rozo, haciendo uso de sus antiguas prerrogativas de jefe único de la sociedad conyugal, tal como las concebía el código civil, tenía poder suficiente para enajenar el bien raíz que le compró y que después la segunda vendió al actual demandado Aparicio, de quien se reivindica por los herederos de Delfina Rodríguez, cónyuge de Jesús Rozo, con quien éste no contó para disponer de ese bien. Pero tal creencia, está lejos de constituír un error de aquellos que en casos excepcionales alguna doctrina los convierte en generador de derecho, según la máxima **error communis facit jus.**

El cargo se rechaza.

III

El tercer cargo contra la sentencia recurrida consiste en ser dicha providencia "violatoria por infracción directa, interpretación errónea y aplicación indebida de los artículos 946, 952, 1748 y 1757 del código civil".

En este cargo se desarrolla el siguiente tema, según el resumen que hace la demanda de casación de los que son su objeto: "En que exhibido por mi mandante un título absolutamente válido y eficaz no se controvirtió PREVIAMENTE dicha eficacia, para hacer luego procedente la acción reivindicatoria".

Razona el recurrente diciendo que la acción reivindicatoria tiene por objeto fijar la superioridad o prevalencia de los títulos que las partes se opongan, para de esta suerte concluír la procedencia o improcedencia de la restitución; que el título en que el demandante fundamenta su acción no es otro que la escritura 1852 de 12 de diciembre de 1923, de la notaría cuarta de Bogotá, por medio de la cual Jesús Rozo adquirió de Sara García el inmueble objeto de la controversia, llevándolo virtualmente a la sociedad conyugal Jesús Rozo-Delfina Rodríguez; que contra este título opone el demandado la escritura 1604 de 26 de septiembre de 1939, de la notaría quinta, a virtud de la cual adquirió de Elvira Gómez, el mismo inmueble, y que a su vez ésta lo había comprado de Jesús Rozo, según escritura 2168 de 12 de diciembre de 1933, de la notaría primera; que enfrentadas así estas dos titulaciones se observa que las dos proceden de la misma e idéntica fuente, o sea del señor Jesús Rozo, quien en el acto de su adquisición aparecía ante terceros como dueño exclusivo del inmueble, según el artículo 1806 del código Civil; que al modificarse el régimen de la sociedad conyugal por medio de la ley 28, no por ello se canceló el dominio, que respecto de todo el inmueble, continuaba apareciendo en cabeza de Rozo, a través de los medios de publicidad del registro, al menos mientras no sobreviniera la liquidación de la sociedad conyugal; que siendo está la exacta situación jurídica actual los herederos del cónyuge premuerto no pueden pretender mejor derecho para la sociedad ilíquida ni para la sucesión, mientras **antes** no obtengan la cancelación de la inscripción realizada a favor del demandado, con la intervención de quienes formalizaron el contrato primitivo y el que le subsiguió, esto es, de Rozo, la señorita Gómez Rojas y el demandado; que la demandante en este pleito no propuso como fundamental dicha acción de invalidación, sino que antes por el contrario la subordinó como consecuencia al resultado de la acción reivindicatoria; y por último, que ni antes del pleito, ni con ocasión de él, se ha demostrado que la sociedad conyugal tenga un actual título de dominio superior al que exhibe el demandado, pues ni se halla cancelado o pedido siquiera la **previa** cancelación del que éste presenta, ni tampoco se ha llevado a efecto la **liquidación previa** de la sociedad conyugal.

Se considera:

La prevalencia del título del demandante se lo da la misma ley 28 de 1932, la cual, como tantas veces lo ha demostrado la Corte, al quitarle al marido la calidad de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, le hizo perder también "de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la vieja sociedad conyugal, los cuales vinieron así a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los dos cónyuges. Significa esto, de consiguiente, que para disponer de tales bienes los dos cónyuges deben obrar conjuntamente, si es que la masa social está indivisa por no haber ellos ocurrido a verificar la distribución provisional de esa masa, conforme al derecho que les otorga el comentado artículo 7º".

Tampoco es exacto, de acuerdo con lo demostrado al examinar el **primer cargo**, que se requiera la **previa** liquidación de los bienes de la sociedad conyugal para que la mujer o los herederos de la mujer investidos de las correspondientes acciones de recobro, en pro de la sociedad conyugal ilíquida, respecto de los bienes de que el marido dispuso a espaldas de la mujer, bajo la vigencia de la ley 28 de 1932, y adquiridos por dicha sociedad antes de esta ley.

Por último, también la Corte en numerosos fallos, ha demostrado que las susodichas ventas no es que adolezcan de nulidad, sino que recaen sobre cosa ajena. El marido vende sin ser dueño. Es el partícipe de una comunidad que sin saber qué derecho de cuota se le adjudicará en un bien de la misma, se anticipa a vender todo el bien. Antes de la liquidación de la comunidad no puede decirse que el marido tenga la **mitad**, un **tercio** o un **quinto** del bien. Eso depende del resultado de la liquidación, en que hay que tener en cuenta las deudas a terceros y las compensaciones debidas por el marido o por la mujer a la sociedad, según el código civil. Antes de la liquidación que fijará el derecho **in re**, que los cónyuges adquieran en el bien social determinado, ellos apenas son titulares de un derecho general y abstracto **ad-rem** sobre toda la universalidad de la masa, integrada por los bienes raíces, los bienes muebles, los derechos incorporales y las obligaciones que tengan el carácter de sociales.

La venta de cosa ajena vale, sin perjuicio de los derechos del dueño sobre la cosa vendida, mientras no se extingan por la prescripción, dice el artículo 1871 del código civil. De este principio de derecho positivo nace la acción directa del dueño de la cosa vendida por otro sin el consen-

timiento de aquél, para reivindicarla. El acto jurídico de la enajenación por quien no es dueño es inoponible al dueño. Carece de todo efecto jurídico contra él. De ahí que el verdadero dueño no tenga por qué demandar la nulidad o ineficacia de actos en que no ha sido parte.

De esta manera la sociedad conyugal reivindicante de un bien adquirido por ella antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, y enajenado por el marido después, a espaldas de la mujer, enajenación que le es inoponible, no tiene por qué demandar **expresa** y **previamente** la ineficacia del acto jurídico del marido con el tercer adquirente. Le basta la acción directa en reivindicación.

Se rechaza el cargo.

IV

Consiste este cargo en que la sentencia es violatoria del artículo 1880 del código civil en armonía con el 1494 ibídem. Se arguye que en la liquidación sobreviniente de la sociedad, se le adjudica a Jesús Rozo todo el inmueble que enajenó, o se le adjudica por lo menos la mitad; en el primer caso quedaría revalidada la venta en favor de Aparicio Romero (art. 752 del C. C.) y realizado por tanto el saneamiento; en el segundo caso, se revalidaría la enajenación respecto de la mitad, quedando sólo pendiente dicho saneamiento respecto de la otra mitad. En ambos casos el fallo del tribunal que decreta el reintegro total del inmueble a la sociedad conyugal, "desconoce a mi mandante el derecho a ser saneado en los términos del artículo 752 citado, lo mismo que el artículo 1.895 del código civil que consagra análogo derecho, violando consecuencialmente una y otra disposición".

Se considera:

La venta de la casa objeto de la demanda de reivindicación fue acto personal del cónyuge Jesús Rozo, de manera que no hay razón para entender que alguno de los efectos de ese acto puedan vincular la responsabilidad de la sociedad conyugal. Rozo personalmente es el obligado a sanear sus compromisos de vendedor. Y porque se reconozca que el acto es ajeno a la sociedad conyugal ilíquida, no se están desconociendo las obligaciones personales de Rozo. Recientemente, en sentencia de fecha trece de junio último, pronunciada en el juicio ordinario de Julia Lara de Calvo contra Eduardo Calvo que está sin publicar en la **Gaceta Judicial** (1) esta Sala dijo: "Si las fincas que dijo vender el marido pertenecen a la sociedad conyugal no ilíquida 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 esos contratos 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... 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".

El razonamiento que se hace de que al marido vendedor de un bien de la sociedad conyugal ilíquida, sin derecho, se le adjudicará en la liquidación cuando menos la mitad del bien, reposa en mera hipótesis sin certidumbre, comoquiera que, según está dicho, antes de la liquidación de la comunidad es aventurado predecir cuál es la

(1) La aludida sentencia fue publicada en el número 2034 de la **Gaceta Judicial**. (Nota del Relator).

cuota que a cada uno de los cónyuges le corresponderá en cada bien de aquélla. Precisamente, la liquidación es el medio para distribuír los bienes sociales entre los cónyuges; a la distribución procede el inventario o enlistamiento de bienes por partir, y obligaciones por satisfacer, ya de la sociedad con terceros, bien de los socios con la sociedad, según las reglas del código civil. De consiguiente, mientras no estén en firme el inventario y la partición, la afirmación de que el marido o la mujer tiene cierta cuota en un bien social, no sirve para fundar ninguna tesis jurídica, pues inclusive está dentro de lo posible que al pasivo social absorba el activo, al punto que nada quede por repartir a los cónyuges, o que las compensaciones que alguno de éstos tenga que hacerle a la sociedad, lo deje sin derecho a recibir gananciales, o que la participación del cónyuge en los gananciales se le adjudique en bien distinto del que el cónyuge se anticipó a enajenar.

Se rechaza el cargo.

—V—

Finalmente se acusa al fallo del Tribunal por error de hecho en la apreciación de la prueba, que lo condujo a violar el artículo 952 en relación con el 946 del código civil.

"Objeto primordial de la acción reivindicatoria, es el de obtener el verdadero dueño, la restitución de la cosa de manos del comprador. Pero esta posesión no puede ser sino la MATERIAL, por cuanto la restitución versa precisamente sobre el OBJETO, y no sobre el derecho de dominio. Así lo entendió la demanda, cuando en el punto séptimo del libelo se afirmó que el señor Abraham Aparicio Romero, "**es poseedor inscrito y material** del inmueble". No obstante, ese hecho y la demostración correlativa de su existencia el actor no la acreditó en forma alguna, a través del juicio. Con todo el Tribunal dio por demostrado tal hecho, y sobre ese error de hecho, decretó la restitución, con patente violación de los artículos citados, lo mismo que de los artículos 1757 del C. C. sobre prueba de las obligaciones, en armonía con el 593 del C. J."

Se considera:

El cargo anterior equivale a plantear un medio nuevo, que no es de recibo en casación. En las instancias no fue objeto de controversia lo relativo a la posesión material del bien por el demandado. Al contrario, éste implícitamente aceptó ser el poseedor, desde que entró a oponer tachas de fondo a la acción reivindicatoria, sin preocuparse de aquel hecho, ni de plantear previamente la cuestión, como se lo ordenaban los artículos 214 y 215 del código judicial.

El cargo es así inadmisible.

Sentencia

Por las razones indicadas la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia materia del presente recurso.

Las 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, Srio.

ACCION DE PERJUICIOS.—VIOLACION DE LEY.

De acuerdo con lo que tántas veces ha explicado la Corte, la ley puede quebrantarse de varias maneras: por la vía directa, cuando el fallo entiende la ley equivocadamente, esto es, se le da una interpretación contraria a sus términos; o rectamente interpretada se le hace regular un caso o un hecho que no es el contemplado; o se deja de aplicar al hecho previsto y probado en el pleito; y por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba; entonces la violación de la ley se origina en el análisis de las pruebas, error que puede ser de hecho o de derecho, el primero de los cuales debe ser patente o manifiesto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En libelo de demanda presentada al juez civil del Circuito de Medellín, el señor Luis A. Muñoz Vieira expuso los siguientes hechos como causa de los perjuicios por culpa extracontractual que le cobra al señor Alejo Santamaría:

Que por memorial de 30 de agosto de 1938, don Alejo Santamaría lo denunció criminalmente, por los delitos de prevaricato y de detención arbitraria, de acuerdo con los artículos 168 y 295 del código penal, alegando que Muñoz en ejercicio de funciones como juez primero municipal y en juicio posesorio instaurado por la señora María del Rosario Gómez contra Santamaría, había procedido maliciosamente, por animadversión y odio a él, fallando en su contra, y afirmando el denunciante que había ordenado su detención en forma injusta y arbitraria, privándolo de su libertad; que Santamaría se dio a la tarea de desacreditarlo en su condición de hombre honrado, correcto y cumplidor de sus obligaciones, tanto en corrillos y ante las autoridades como por la prensa, llegando al extremo de acusarlo ante el señor Gobernador, quien ordenó la libertad de Santamaría haciendo nugatoria la orden de arresto; que a causa de esa labor difamatoria de imputaciones falsas, el H. Concejo Municipal se abstuvo de reelegirlo para el cargo indicado, y se atrajo la animadversión del conglomerado social y de sus amistades, para los cuales de hombre honorable y digno que era y es, pasó a ser un prevaricador, arbitrario, venal y sujeto vil; que por razón del denuncio criminal de Santamaría, se le sometió a indagatoria, y tras un largo proceso, el señor juez penal sobreseyó definitivamente en su favor, por proveído del 15 de febrero de 1940, confirmado luego por el Tribunal; que en dicho juicio tuvo que apelar a sus conocimientos de abogado para defenderse de tales acusaciones falsas, invirtiendo en ello tiempo y dinero y sufriendo perjuicios materiales que aprecia en mil pesos; que debido a esas calumnias innobles y no reelección antedichas, de igual modo recibió perjuicios por lucro cesante y menoscabo en su patrimonio, los cuales estima en la cantidad de cinco mil pesos; que con esas falsas imputaciones también se le infligieron perjuicios morales, aún más graves, los cuales computa en la suma de diez mil pesos, pues se vio en zozobra e intranquilidad permanentes, él y su familia, y amenazado de prisión y menguado en su prestigio profesional, social y particular, indispensable para ejercer la abogacía, y aún llegó a oír en la calle expresiones como estas: "Juez prevaricador, sujeto venal, hombre inhonorable, etc.", y que como juez cumplió su deber, y como abogado y ciudadano, ha sido siempre correcto y honorable en todo sentido.

Estos hechos sirvieron de base al señor Muñoz Vieira para demandar en juicio ordinario al señor Alejo Santamaría a fin de que se declare que está obligado a pagarle las susodichas cantidades, provenientes de los perjuicios que sufrió por el denuncio criminal que formuló contra él el demandado; o en subsidio, las cantidades que pericialmente se determinen por los expresados conceptos.

Contestó Santamaría la demanda aceptando que puso el denuncio criminal contra el actor; que éste fue indagatoriado y el sumario avanzó hasta

terminar en sobreseimiento; niega los demás hechos y se opone a los pedimentos.

Rituado el juicio en el juzgado 3º civil del Circuito de Medellín, se profirió sentencia definitiva en que se absuelve al demandado de los cargos de la demanda.

Apelada la sentencia del juez, el Tribunal Superior de Medellín la confirmó.

Inconforme el actor con la decisión del Tribunal interpuso ante la Corte el recurso de casación. Oportunamente se cumplieron todos los trámites del recurso de modo que procede resolverlo.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal considera que la acción propuesta se basa en la simple culpa del demandado, por haber obrado éste imprudentemente, sin base alguna que diera lugar a las falsas imputaciones que le hizo ante los jueces penales, las cuales dieron lugar al sumario que se le siguió.

En estas circunstancias, agrega el Tribunal, el mero hecho de formular un denuncio por delito contra determinada persona, y que más tarde se dicte en su favor sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, no implica necesariamente temeridad en el denunciante, o que hubiera obrado imprudentemente, pues bien puede suceder que aquél hubiera tenido algunos datos, informes, testimonios, etc., acerca de la comisión del delito, y que fuesen desvirtuados en el sumario o causa, según ocurre con frecuencia. Si así no fuera, ocurriría que el deber legal que tienen los ciudadanos de denunciar ante las autoridades la de comisión de todo delito que llegue a su conocimiento, se restringiría notablemente, convirtiéndose en un serio peligro, cuando en fuerza de probanzas allegadas al proceso se desvirtuasen las que dieron base al denunciante, sobreseyéndose en favor del denunciado. De modo que para que haya sanción contra el denunciante es necesario acreditar que obró de manera **maliciosa e imprudente,** o con el fin de causar perjuicios al denunciado.

Con el propósito de reforzar esta tesis cita el Tribunal las sentencias de esta Sala sobre el mismo tópico pronunciadas el 19 de agosto y el 20 de noviembre de 1935 publicadas en la GACETA JUDICIAL números 1901 y 1907 respectivamente.

En seguida el sentenciador entra a examinar lo relativo al hecho de la existencia del denuncio contra Muñoz Vieira por los delitos de detención arbitraria y prevaricato y lo infundado o temerario de ese denuncio.

Refiriéndose al proceso penal dice: "Entre las consideraciones del auto de sobreseimiento se lee que del proceso fallado por el señor juez, doctor Muñoz Vieira, no aparece animadversión o desafecto hacia alguna de las partes, ni fue recusado; que los declarantes en dicho juicio reconocen que sus testimonios fueron fielmente consignados; y que el fallo pronunciado por el expresado señor juez recibió confirmación del juzgado del circuito; que si bien demoró por varios meses una reposición interpuesta allí, en la detención que ordenó contra Santamaría obró con actividad inusitada; y que "en general sus actuaciones en dicho juicio lo acusan de falta de serenidad, pero no establecen los delitos ni su culpabilidad, por prevaricato ni por detención arbitraria".

Examina luego el Tribunal siete declaraciones de testigos traídos a este juicio por el demandado, con el objeto de justificar la actitud que asumió al denunciar criminalmente al señor Muñoz Vieira. A continuación, apoyado en haz probatorio, deduce las siguientes apreciaciones:

"De modo que cuando Santamaría puso el denuncio, lo hizo con la base en declaraciones de testigos, referentes a actuaciones carentes de imparcialidad, que es imperativa en todas las autoridades judiciales. En estas condiciones, es claro que no fue temerario aquel denuncio, en orden a que los jueces investigasen la veracidad de los hechos atestiguados por el secretario, escribiente y testigos que intervinieron en aquel litigio. Si tales hechos resultaron inverídicos, la culpa o delito recae no sobre el ciudadano que creyó en esas aseveraciones sino sobre las personas que, bajo juramento, las hicieron. Lo que significa que por este aspecto merece confirmación la sentencia recurrida".

"Lo mismo hay que decir respecto del denuncio por detención arbitraria, si se tiene en cuenta que Santamaría pudo creer de buena fe que el arresto correccional que le impuso el señor Juez, doctor Muñoz Vieira, reunía o configuraba las características que estatuyen nuestras leyes para infracciones penales de esta índole, atendidas las circunstancias que rodearon dicha orden de arresto y el cumplimiento de la misma".

"Efectivamente, es menester considerar que los términos o palabras que estimó injuriosas el señor Juez, no fueron proferidas en su presencia, sino en un memorial dirigido al señor Juez del circuito, que conocía de aquel proceso en virtud de apelación. Nuestra Corte Suprema, en interpretación de disposiciones legales, ha decidido

que para que un funcionario pueda imponer sanciones correccionales, en estos casos, es preciso que las ofensas o injurias se le dirijan directamente, o en el momento en que está desempeñando sus funciones oficiales. De donde resulta que si tales términos ofensivos o calumniosos se contienen en memoriales dirigidos al mismo funcionario o a otro, dan lugar a que el escrito se devuelva por el secretario, previa consulta con el superior, y para que el empleado que se sienta ofendido, promueva denuncios ante el respectivo Juez o autoridad de lo penal, a fin de investigar los cargos de calumnia o de injuria".

"Agréguese a esto que Santamaría interpuso recursos de reposición y de apelación, y que sólo a los muchos meses vinieron a resolvérsele en forma negativa, y que inmediatamente se dictó la orden para el cumplimiento de la pena de arresto, pretermitiendo el artículo 4º de la ley 50 de 1933 que dispone: "Toda sentencia condenatoria que se dicte en procesos judiciales, correccionales de policía, será apelable ante el respectivo superior; y si no se interpusiere apelación, deberá ser consultada"."

"Aun cuando es dudoso si esta norma era aplicable al caso de arresto correccional dictado contra Santamaría, es evidente que tanto él como distinguidos juristas creen que hay derecho al recurso de apelación o de consulta, allí indicado. Consecuencialmente, Santamaría al poner el denuncio no obró con temeridad, sino dentro de un concepto o interpretación de aquellas actuaciones y leyes, que de buena fe lo indujeron a pensar en que arbitrariamente se le redujo a prisión; concepto respaldado por distinguidos abogados que lo asesoraron y por otros que interpretan en ese sentido la norma arriba transcrita".

"Todo lo anterior demuestra que en este proceso no se constataron las circunstancias constitutivas de responsabilidad por denuncios criminales, toda vez que no se trajeron probanzas de dolo, mala fe, imprudencia o culpa en la formulación de aquel denuncio. Por el contrario, los hechos ocurridos en el juicio civil aludido, entre el señor Juez y el señor Santamaría, pudieron inducir a éste a creer en la comisión de los actos que denunció y que éstos eran punibles; hechos que luego y en fuerza de probanzas allegadas al sumario, quedaron desvirtuados, según lo resolvió el señor Juez Superior".

Recurso de casación

Agrupándolos en orden, dos cargos se hacen en la demanda de casación: **primero,** violación de los artículos 2341, 2347, 2349, 2352 y 2356 del código civil; y **segundo,** apreciación errónea de la prueba aportada por el demandante consistente en la providencia de sobreseimiento definitivo a su favor, "error de hecho y de derecho que llevó al tribunal a conclusiones erróneas", violatorias de los artículos 473 y 474 del código de procedimiento civil, relativo a la cosa juzgada.

Para fundar el primer cargo dice que el denuncio contra Vieira fue un hecho deliberado y doloso de parte del denunciante, pues procedió sin fundamento alguno ni siquiera aparente y sin motivo plausible de ninguna clase, ya que el temerario denunciante tuvo tiempo y oportunidad para consultar la realidad de los hechos que pensaba imputar a su víctima; no lo hizo, sino que cegado por el odio y la intención de causar daño al demandante, presentó la denuncia, a sabiendas de que no podía comprobar sus falsas imputaciones.

Con respecto a la violación de los artículos 473 y 474 del código de procedimiento, dice que el sobreseimiento definitivo a favor del demandado Vieira es una sentencia absolutoria de la mayor fuerza. En firme ese sobreseimiento toma el carácter de cosa juzgada. El tribunal no tomó el sobreseimiento con la fuerza que le corresponde, sino que entró en consideraciones de orden legal, improcedentes en el caso, que culminaron con la desestimación de esa prueba. Al proceder así el tribunal incidió en error de hecho porque tomó el sobreseimiento como prueba común, sujeta a la apreciación y crítica del juez y aun a su contradicción, despojándola de la especial fuerza que le confiere la ley; e incurrió en error de derecho al hacer esa apreciación, porque desconoció el valor imperativo de los artículos 473 y 474.

El recurrente también señaló como violados los artículos 39 de la ley 169 y 28 de la ley 94 de 1938, pero emitió fundar cargo, expresando el concepto de la violación.

Se considera:

Respecto del primer cargo consistente en la violación de los artículos citados del código civil, es inepto en sí mismo considerado, desde que el recurrente omite puntualizar el concepto o el camino por donde se llega a ver esa violación, ya que de acuerdo con lo que tantas veces ha explicado la Corte, la ley puede quebrantarse de varias maneras: por la vía directa, cuando el fallo entiende la ley equivocadamente, esto es se le da una interpretación contraria a sus términos; o rec-

tamente interpretada se le hace regular un caso o un hecho que no es el contemplado; o se deja de aplicar al hecho previsto y probado en el pleito; y por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba; entonces la violación de la ley se origina en el análisis de las pruebas, error que puede ser de hecho o de derecho, el primero de los cuales debe ser patente o manifiesto.

Pero el recurrente en el presente cargo se ha limitado a contradecir la afirmación del tribunal de que el demandado Santamaría no incurrió en culpa al denunciar al señor Muñoz Vieira ante la justicia penal. Con ello no demuestra que se hayan violado las disposiciones en cita normativas de la responsabilidad extracontractual, pues el tribunal en teoría no está diciendo nada que se oponga a sus regulaciones.

Se rechaza el cargo.

El segundo cargo por error de hecho y de derecho al desatender el sobreseimiento de la justicia penal en favor de don Luis A. Muñoz Vieira por el denuncio que contra él puso don Alejo Santamaría, aun cuando bien formulado tampoco prospera y corre la suerte del anterior.

El tribunal no anduvo equivocado al sostener que el sobreseimiento no es prueba por sí de la culpa del denunciante. Menos en el presente caso en que Santamaría tuvo motivos aparentemente fundados para creer que la actuación oficial de Muñoz Vieira en relación con él era irregular y merecía ser investigada.

Por eso las apreciaciones del tribunal referentes al valor del sobreseimiento son evidentemente ciertas.

Por otra parte el tribunal reforzó la convicción que dedujo del sobreseimiento con el elemento probatorio de las declaraciones cuyo análisis hizo. La apreciación de esas declaraciones tampoco está adecuadamente impugnada en casación, y aun si lo estuviera, sería muy difícil admitir que el sentenciador incurrió en **error evidente de hecho** en la interpretación del sentido de tales declaraciones, ya que el Tribunal se atuvo a lo que los declarantes testificaron.

Se rechaza el cargo.

Sentencia

A mérito de 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 de Medellín, materia del presente recurso.

Condénase al recurrente en las costas del recurso. 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 ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS DIRIGIDA CONTRA VARIOS HEREDEROS DE UN DEUDOR.

Si se ha demandado de cada heredero el pago de su cuota, la demanda se ha ajustado a los artículos 1155, 1581, 1411 y 1412 del Código Civil, y como en nada afecta a tal o cual heredero demandado el que tales o cuales de sus coherederos lo sean también o dejen de ser sujetos de la demanda, puesto que la ausencia o presencia de éstos en nada altera su cuota, es claro que bien puede el acreedor, renunciando a su derecho conforme al artículo 15 del C. C., abstenerse de cobrar una o más de las cuotas de los herederos en la deuda, sin que legalmente quepa echar menos a aquél o aquéllos de quienes el acreedor ha prescindido. Así las cosas, no se ve razón para que por la falta de dos de los herederos en el elenco de los demandados no sea viable la acción, como si ninguno de los demandados pudiera defenderse sin la concurrencia de todos los otros herederos. La presencia de todos éstos no puede tenerse como indispensable para la viabilidad de un juicio de esta clase. Por el contrario, disposiciones legales expresas autorizan la validez de las controversias no seguidas contra todos y la eficacia de las sentencias respectivas, naturalmente sin alcance contra los que no han litigado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El señor Manuel Castro B. por medio de apoderado demandó a los herederos de los consortes Próspero Márquez y Soledad Acevedo de Márquez, en vía ordinaria, pidiendo se le condene a pagar al actor las sumas detalladas en el libelo, a razón de séptima parte de éstas cada uno de los demandados, por ser siete los hijos de ese matrimonio, como herederos de ambos causantes en tal proposición, no sin advertir que el acreedor no exige las cuotas correspondientes a los herederos María del Carmen, por ser su esposa, y Eduardo, por haber muerto dejando muchos hijos menores. De manera que los demandados son los cinco restantes, a saber: Francisco de Paula, Hernando, Trinidad, María Magdalena y Soledad Márquez Acevedo, éstas últimas respectivamente señoras de Rodero y de Matéus.

Repartida la demanda al Juzgado 2º Civil del Circuito de Tunja y admitida en auto de 18 de mayo de 1942, los demandados contestaron oponiéndose y aduciendo las excepciones que adelante se verán.

Cerrada la tramitación de la primera instancia, el Juzgado pronunció el 18 de febrero de 1944 fallo absolutorio, de que apeló el demandante y que el Tribunal Superior de allí revocó en el de 7 de julio de 1945, hallando necesaria, como el Juez, la presencia de todos los herederos en el litigio, de donde dedujo petición de modo indebido e ilegitimidad sustantiva de la personería del actor (esto último por lo que adelante se dirá); pero limitando el Tribunal el alcance de esa excepción a abstenerse de decidir en el fondo, esto es, no llegando a absolver como había hecho el Juzgado.

El abogado demandante interpuso casación, recurso que se decide aquí por estar debidamente tramitado.

Los antecedentes del pleito son, en suma: el doctor Próspero Márquez otorgó un documento privado en que se obliga a pagar al señor Faustino Ruiz el 6 de febrero de 1923 la suma de mil pesos y un interés mensual del uno y medio por ciento durante la mora, en su caso; y suscribió en favor del señor José Ramón Ruiz un documento privado en que se obliga a pagarle mil quinientos pesos en tres contados iguales, el último de los cuales vencía el 31 de marzo de 1926. Ambos documentos los suscribió en Bogotá, respectivamente el 6 de junio de 1922 y el 12 de diciembre de 1924.

El último contado de que acaba de hablarse aparece cubierto al acreedor por el general Manuel Castro B. el 22 de mayo de 1925, y el primer documento antedicho aparece cubierto por el mis-

mo Castro al acreedor el 11 de mayo de 1938, en nota en que Ruiz le cede este crédito. Ambas deudas fueron contraídas por el doctor Márquez durante su matrimonio con la señora Acevedo. Muerto él, su causa mortuoria terminó sin que en ella se hubiera provisto al pago de esas deudas; y al morir después la señora Acevedo de Márquez, en su causa mortuoria tampoco se incluyeron en el pasivo para proveer en la partición a su pago.

De ese matrimonio nacieron los siete hijos prenombrados, que son los herederos de uno y otro de dichos consortes, por igual entre sí. De suerte que cada uno de éstos responde de la séptima parte de cada una de esas dos deudas.

La demanda pide que en esta calidad y proporción se condene a los cinco demandados a ese pago, esto es, el de la séptima parte cada uno, tanto de los mil pesos del primer documento referido, cuanto de los quinientos pesos del último contado del segundo, con sus respectivos intereses, uno y otro desde que se hicieron exigibles hasta que se paguen.

El Tribunal, en el concepto de que la demanda se dirige contra la sucesión y se encamina a discutir la existencia de los dos créditos, estimó indispensable para la viabilidad de la acción que se demande a todos los herederos, y dedujo de la omisión de dos de ellos que en el presupuesto procesal falta la legitimación pasiva en causa, por lo cual "desestima la acción incoada", no sin revocar, como ya se dijo, la sentencia del Juzgado que a esa excepción dio alcance exhaustivo, por lo cual absolvió.

El abogado del recurrente formula varios cargos. Habiendo de prosperar el que en seguida se estudia, no se consideran los restantes, de acuerdo con lo preceptuado por el C. J. en su artículo 538.

Ese cargo es el de violación, por no haberlos aplicado, de los artículos 1411, 1412, 1155 y 1581 del C. C., no sin apuntar como fuente de ese quebranto el error de hecho en que incurre el Tribunal al hallar como objeto de la demanda la declaración de la existencia de las deudas y a la sucesión como demandado.

Efectivamente, el demandante da por sentada la existencia de las deudas y, por lo mismo, guardándose de solicitar que se las declare, lo que pide es su pago, y se le exige a los herederos, que suceden al difunto en sus obligaciones transmisibles, y para tal exigencia se ajusta a la proporcionalidad entre las obligaciones y las cuotas hereditarias establecida por la ley, dividiendo así su exigencia, a lo que concurre el que la obligación es divisible, pues es de dinero.

Si se ha demandado de cada heredero el pago de su cuota, la demanda se ha ajustado a aquellas disposiciones, y como en nada afecta a tal o cual heredero demandado el que tales o cuales de sus coherederos lo sean también o dejen de ser sujeto de la demanda, puesto que la ausencia o presencia de éstos en nada altera su cuota, es claro que bien puede el acreedor, renunciando a su derecho conforme al artículo 15 del C. C., abstenerse de cobrar una o más de las cuotas de los herederos en la deuda, sin que legalmente quepa echar de menos a aquél o aquéllos de quienes el acreedor ha prescindido.

Así las cosas, no se ve razón para que por la falta de dos de los herederos en el elenco de los demandados, no sea viable la acción, cual si ninguno de los demandados pudiera defenderse sin la concurrencia de todos los otros herederos. La deuda se divide en forma de que cada una responde de su propia cuota, tratándose, como se trata, de condena a pagar, que es, repítese, el objeto de la demanda, la que, además, como también se ha dicho, se dirige personalmente contra los cinco demandados para hacer efectiva de cada uno como heredero su cuota en deudas del causante.

De otro lado, la presencia de todos los herederos no puede tenerse como indispensable para la viabilidad de un juicio de esta clase. Por el contrario, disposiciones legales expresas autorizan la validez de controversias no seguidas contra todos y la eficacia de las sentencias respectivas, naturalmente sin alcance contra los que no han litigado. Así por ejemplo, en el caso del artículo 404 del C. C. en que en el juicio en curso vienen los herederos del contradictor legítimo a ocupar su puesto, la sentencia perjudica o aprovecha a los que, citados, no comparecieron, por donde se ve que se autoriza implícitamente la falta de presencia de uno o más de ellos, concepto a que concurre el hecho de referirse ese artículo al fallo pronunciado **"a favor o en contra de cualquiera de ellos"**.

El Código Judicial que regía hasta que entró en vigencia el actual (Ley 105 de 1931) contenía algunas disposiciones que han dejado de figurar ahora, no porque dejen de regir los concomitantes principios universales de derecho, sino cabalmente porque esta calidad las hizo innecesarias. Así, v. gr., el artículo 848, que decía: "Si alguno de los herederos de un deudor fuere condenado individualmente al pago de la deuda, esa senten-

cia no perjudicará a los demás herederos, aunque ellos hayan tenido noticia del pleito". Se contempla allí en caso de pluralidad de herederos la posibilidad de pleito contra uno solo, no para prohibirlo y sancionarlo de nulidad, sino para hacer presente que a los restantes no alcanza la adversidad del fallo, lo que demuestra una autorización de pleitear válidamente sin el requisito de que todos los herederos sean demandados. Cuanto a que para los demás no haya cosa juzgada, bastaba el artículo 846 de ese Código, como hoy basta el 474 del actual, en relación aquél y éste con el artículo 17 del C. C.

La sentencia de esta Sala que cita el Tribunal en apoyo de su concepto de ser indispensable la figuración de todos los herederos, no contiene esta afirmación ni como sugestión siquiera. En ella se discurrió sobre si la sucesión es o no una entidad con personería, y al aludir a la responsabilidad por deudas del causante se habló de que ella pesa sobre todos los herederos, como es de ley y de lógica; pero en manera alguna se dijo o dio a entender allí que todos a una tenían que figurar como demandados para que el acreedor pueda hacer efectivo su crédito. Se habló, naturalmente, de que cuando las deudas se relacionan en el inventario, teniendo la partición que separar de los bienes relictos lo suficiente para cubrirlas, desde entonces en esa forma todos los herederos han sufrido la deducción correspondiente. Pero bien se ve que de ahí no se deduce una indicación de que cuando eso no ha sucedido, es decir, cuando una deuda no ha sido relacionada y atendida en aquella forma y oportunidad, haya precisamente el acreedor de demandar a todos los herederos cuando ulteriormente vaya a hacerles efectiva su responsabilidad, concretándola para cada cual a su cuota, con la proporcionalidad netamente equitativa establecida en el artículo 1411 del C. C.

Como consecuencia de lo dicho hasta aquí se deduce la prosperidad de la acusación que el recurrente hace a la sentencia del Tribunal por haberse abstenido de decidir el litigio en el fondo, con motivo de una deficiencia en el presupuesto procesal de que en realidad no adolece esta causa, puesto que tal deficiencia consiste en la ausencia de dos de los herederos en el elenco de los demandados y, por lo visto, ninguna razón hay para exigir su presencia como tales en un pleito en que a cada uno de los restantes herederos se le exige el pago de su propia cuota.

Invalidada, por ende, la sentencia recurrida, la Sala ha de dictar la que ha de reemplazarla.

A este fin ocurre considerar ante todo si efectivamente, como pretenden los demandados, es inepta la demanda en razón de acumular de hecho pleitos que debieran seguirse separadamente, esto es, si lo procedente habría sido instaurar sendos juicios, uno contra cada cual de los cinco herederos aquí agrupados.

El reparo es inaceptable ante los artículos 397 y 398 del C. J., según los cuales, la acumulación procede "cuando de seguirse separadamente los juicios, se divida la continencia de la causa", y se entiende dividir esa continencia, entre otros casos, "cuando las acciones provengan de una misma causa, aunque se ejerciten contra muchos, y haya, por consiguiente, diversidad de personas".

El doctor Próspero Márquez y doña Soledad Acevedo se casaron el 7 de enero de 1888; de este matrimonio nacieron los hijos mencionados en la demanda; él murió el 13 de febrero de 1937, y ella el 25 de abril de 1941; la causa mortuoria de él quedó protocolada el 7 de junio de 1939 y la de la señora el 26 de enero de 1943. Piezas venidas de esas causas y actas de estado civil atestan la calidad de herederos de ambos consortes de sus cinco hijos mencionados. Sobre estos hechos no han discutido aquí las partes, ni sobre que el total de herederos se complete con la esposa del actor y con el hijo premuerto, Eduardo, representado por sus hijos legítimos.

Los documentos privados expresivos de las deudas de cuya efectividad se trata se hallan originales en el expediente, así: el de 6 de junio de 1932 por $ 1.000, al folio 24 del cuaderno 2º, y el de 12 de diciembre de 1924 por $ 1.500 pagaderos en tres contados iguales, al folio 15 del cuaderno 7º Como ya se dijo, aquellos $ 1.000 debían pagarse el 6 de febrero de 1923, fecha desde la cual, caso de mora, devengarían un interés mensual del 1½%. Al pie lleva una nota fechada el 11 de mayo de 1938, suscrita por el acreedor Faustino Ruiz E., en que éste dice haber recibido el capital de manos del señor General Manuel Castro B. el 6 de agosto de 1932 y que en consecuencia le cede ese crédito.

El otro documento trae al pie recibos separados de cada uno de sus tres contados, así: el primero en favor del doctor Márquez, el segundo en favor del señor Rafael Rodero con nota de cesión a este señor, y el tercero dice: "Recibí del señor General Manuel Castro B. el tercer contado del presente documento que vence el último de marzo de

1926. Bogotá, mayo 22-25, Ramón Ruiz E." Trae también la firma de dos testigos. Este documento estipula un interés del 1½% mensual en caso de mora y, como ya se dijo, señala la fecha del vencimiento de cada contado.

Los demandados oponen varios hechos que son otras tantas excepciones, entre los cuales se destacan estos:

En primer lugar traen a cuenta la escrupulosa honradez de su padre, la que indica que en el largo lapso transcurrido desde los referidos vencimientos hasta su muerte debió de cancelar esas deudas; y, como dato muy significativo y corroborante, ponen de presente el hecho, que comprobaron, de que el doctor Márquez al comprender que se moría, llamó a los suyos, de ellos su yerno el General Castro, a indicarles lo que a la sazón debía, preocupado por su pago, y en manera alguna figuró entonces ninguno de los dos créditos en cuestión, ni Castro recordó o insinuó nada sobre ellos. Agregan los demandados el detalle de que su cuñado dejó pasar años enteros sin reclamar nada de lo que ahora demanda, y que cuando se presentaron diferencias sobre el reparto de los bienes en la mortuoria del doctor Márquez, fue cuando vino a hablar de esto en su carta de 26 de febrero de 1938, dirigida a la señora Acevedo viuda de Márquez, en que después de referirse a la partición los recuerda en estos términos: "Créditos que pagué por reiteradas exigencias de mi suegro y que ascienden a mil quinientos pesos de capital fuera de los intereses según rezan los respectivos documentos que reposan en mi poder, pero como no se tuvo la atención de llamarme, hasta ahora no se me presenta la oportunidad de hacer mi reclamo". Y agrega: "Mas, empapado de la injusticia, que tal vez ya sea irremediable, que se quiere consumar contra Trina y María del Carmen, he resuelto completarles su herencia regalándoles los créditos dichos y de los cuales me desprendo con el mayor placer aún con perjuicio de mis hijos y espero que tales créditos les sean reconocidos a mis cesionarias en forma amigable para evitar el cobro por la vía judicial". Esta carta obra original al folio 13 del cuaderno 1º.

Antes de pasar adelante es de recordarse que la excepción de carencia de acción y de personería en el actor que declaró la sentencia del Juzgado proviene de esta carta o en ella se funda, olvidando el sentenciador de primera instancia que la donación en ella hecha o prometida no fue aceptada por las donatarias ni, por tanto, hubo notificación de tal aceptación al donante, por lo cual éste pudo revocarla a su arbitrio, según el artículo 1469 del C. C., y que el hecho de instaurar y seguir él el presente juicio implica que revocó. Es verdad que por parte de la donataria Trinidad aparece un documento privado suscrito por ella, el que puso como fecha el 18 de mayo de 1938; pero su verdadera fecha, a la luz del artículo 1762 **ibidem**, es el 11 de agosto de 1942 en que aparece por primera vez ante terceros acompañando a un memorial de pruebas de este día (Folio 18, cuaderno 3º).

Puesta **sub judice** por las excepciones de los demandados la existencia misma de las deudas cuyo pago les exige el demandante, se impone estudiar las pruebas atañederas a la existencia de tales obligaciones como primer paso en lo conducente a la decisión del pleito, entre otras razones, por la decisiva de que sólo hallándola comprobada en ley será como habrá base y motivo para estudiar la consecuencial responsabilidad de los herederos del deudor difunto, tema que es el cardinal de la demanda y en cuyo estudio no habrá lugar a entrar, por inoficioso, si la existencia de tales obligaciones no se encuentra satisfactoriamente acreditada.

Así, pues, la solución está ante todo en la respuesta que el análisis de las pruebas dé a esa interrogación sobre si está comprobado o no que esas deudas existen.

Las pruebas del demandante consisten en los documentos mismos ya citados, el cotejo que como prueba pedida por él se practicó en primera instancia con la mira de demostrar la autenticidad de la firma del doctor Próspero Márquez en uno y otro, cotejo en que los peritos rindieron concepto favorable, y las declaraciones de los prenombrados señores Ruiz.

El demandante acudió al cotejo porque los demandados tacharon de falsedad ambos documentos y negaron aquellas firmas. El reconocimiento les había dado toda la fuerza probatoria establecida en el artículo 1761 del C. C. y, en relación con él, el artículo 637 del C. J. Hasta innecesario es advertir que el doctor Márquez no reconoció tales documentos y firmas.

Los respalda, pues, el cotejo; pero la prueba resultante de éste es incompleta, según palabras del artículo 656 del C. J., el que agrega que constituye un indicio más o menos grave o vehemente, según las circunstancias que trae a cuento y las semejantes a que alude **in fine**.

Obran, como ya se dijo, las declaraciones de los señores Ruiz, quienes deponen aseverando la

veracidad de los documentos, de su causa y de sus referidos pagos y notas (Cuaderno 2º, folios 33 a 37). Pero estas declaraciones en las cuales cada uno de los testigos se refiere, únicamente a su propio documento, no son, por lo mismo, sino una para cada una de las obligaciones y, por ende, no forma plena prueba (G. J. artículo 696); y de otro lado, ellos tienen interés personal al respecto, porque Faustino, acreedor en el documento por $ 1.000, es cedente y responde de la existencia del crédito cedido (C. C. artículo 1965), y José Ramón, que al recibir el segundo contado de manos de Rodero dijo cedérselo, tiene también esa responsabilidad y, además, en el recibo de ese y de los otros dos, si la deuda no existe, queda expuesto a la acción correspondiente al pago de lo no debido, esto es, a restituír, con o sin intereses corrientes, según recibiera de buena o de mala fe (artículo 2318 **ibidem**).

El demandante solicitó en ambas instancias la declaración de los testigos que como tales figuran en el segundo de dichos documentos (el de José Ramón Ruiz) y no la obtuvo. El primero de éstos (el de Faustino Díaz) no tiene testigos, ni los tiene tampoco la nota de cesión.

Si las declaraciones de los Ruiz son sólo una para cada documento y ellos tienen el interés aquí anotado, acerca del cual conviene citar el artículo 669 del C. J. en su numeral 5º; si el cotejo es prueba incompleta, y si sólo éste y aquel testimonio respaldan al demandante, no puede el sentenciador dar por plenamente probadas las obligaciones en cuestión y no puede, por ende, pronunciar condena a pagarlas.

A mayor abundamiento, se levantan indicios en contrario, como son: la puntualidad del doctor Márquez en sus negocios, con la cual riñe la demora en los pagos en referencia, pues resultaría debiéndoles a su muerte en 1937, a despecho de haber vencido la deuda de Faustino Ruiz el 6 de febrero de 1923 y la de José Ramón el 31 de marzo de 1926; el hecho de haber recordado una a una sus deudas el doctor Márquez cuando se iba a morir, para encarecer su pago, estando presente su yerno Castro, y no haber mencionado las deudas que aquí se cobran, sin poder atribuír esto a omisión por distracción u olvido, puesto que Castro estaba presente; entre las fechas de los pagos que Castro afirma haber hecho y su citada carta de 1938, en la que por sus propias palabras consta que hasta entonces nada había reclamado, medió un largo tiempo de silencio suyo no explicable fácilmente; la nota de cesión que de su crédito aparece haciéndole Faustino Ruiz está fechada el 11 de mayo de 1938 y expresa que el pago que le hizo Castro tuvo lugar el 6 de agosto de 1932, por lo cual entre éste y aquélla medió un largo lapso, también de explicación difícil; en la causa mortuoria del doctor Márquez fue parte su hija María del Carmen, esposa de Castro, por lo cual éste no podía ignorar que aquélla cursaba, y no aparece gestión de él para que en el pasivo se relacionaran los créditos de que se trata aquí.

Todas estas circunstancias y hechos indiciales, que por lo menos inducen a dudar, concurren así a debilitar la fuerza probatoria, de suyo incompleta como ya se vio, de los elementos que el demandante ha traído como prueba en su favor.

Del análisis del haz probatorio se deduce, pues, que debe absolverse a los demandados. Esta fue la conclusión a que llegó el fallo de primera instancia, el cual ha de confirmarse consecuencialmente, aunque por vía y razones muy distintas de las suyas, puesto que absolvió como resultado de estar probadas las excepciones que, según se ha visto, no se produjeron. La parte resolutiva de esa sentencia consta de dos numerales: en el primero declara probadas las excepciones de petición de modo indebido y de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandante, y en segundo pronuncia la absolución de los demandados antedicha. No habiendo tales excepciones, pero sí absolución, y proviniendo ésta de lo aquí estudiado sobre el fondo del asunto, habrá de reformarse aquella sentencia en cuanto a las excepciones, numeral que ha de suprimirse, y dejarse en pie la absolución.

Como las deudas de que se trata aparecen, según el texto y fecha de los documentos, contraídas por el marido durante la sociedad conyugal como precio o parte de precio de inmuebles comprados durante ella y, por lo mismo, adquiridos por ella; como esa sociedad se disolvió por la muerte del marido; como también murió la señora Acevedo; como son unos mismos los herederos de los dos consortes; como por tratarse de deuda social al tenor del artículo 1796 del C. C., bien podía el acreedor dirigirse contra la sociedad disuelta representada por los causahabientes de los dos socios, o contra los del solo marido, en atención a la responsabilidad de éste establecida por el artículo 1834 del mismo Código, no se ha entrado aquí en la discriminación entre sociedad y sucesión en que se detienen algunas piezas del proceso, por inoficiosa. De modo análogo se ha hablado indistintamente en singular y en plural

al aludir a lo que es objeto de la demanda, porque, si proviene de dos documentos distintos, se reunieron en una sola mano las dos obligaciones presentadas como base y razón de la demanda.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja de siete de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, y reformando la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito de dieciocho de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, falla este pleito así:

Absuélvese a los demandados de los cargos de la demanda.

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., Ofl. Myr. en ppdad.

ACCION PARA EL PAGO DE UNA SUMA DE PESOS

1.—No constituye excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada el hecho de haberse demandado a la sociedad conyugal en liquidación de un deudor y no simplemente a la sucesión de éste, pues el artículo 1834 del Código Civil establece que el marido es responsable del total de las deudas de la sociedad, salva su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de lo que a ésta le corresponda, lo cual, como en el caso de autos, no impide que los acreedores pudieran también demandar la efectividad de su crédito de la sociedad conyugal en liquidación, representada por la cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, ya que siendo deuda social, la sociedad está obligada a responder por ella (artículo 1796, inciso III). Pero al escoger al acreedor a la sucesión del marido en el presente caso no ha demandado a parte ilegítima, pues para ello lo faculta el artículo 1834 del C. C. ya citado, que está incorporado en el Capítulo V, del Título XXII, del Libro IV del C. C.

2.—Es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho, o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día 21 de julio de 1917, los señores Carlos Julio y Luis D. Guerrero, se constituyeron deudores del doctor Luciano Herrera, por la suma de siete mil pesos ($ 7.000.00), que recibieron en dos contados: la mitad, al firmarse el contrato de préstamo que se elevó a escritura pública; y la otra, en el mes de enero siguiente. Para garantizar el cumplimiento de sus compromisos constituyeron hipoteca sobre el predio agrícola de su propiedad denominado "El Obraje", que los dos hermanos poseían en comunidad y por iguales partes.

Las escrituras públicas 418 de 21 de julio de 1917 y 230 de 19 de abril de 1919, dan cuenta del referido contrato. En ésta última, el llamado Luis D. Guerrero, diciéndose casado, declaró recibido el último contado.

Con fecha 13 de febrero de 1925, compareció don Luciano Herrera a la Notaría Segunda de Bogotá, y mediante la escritura pública número 322, manifestó haber recibido de Carlos Julio Guerrero la suma de nueve mil ciento diecinueve pesos ($ 9.119.00), provenientes: siete mil pesos ($ 7.000.00), del préstamo mencionado; y el resto, por concepto de intereses pendientes. Consecuencialmente declaró extinguida la obligación principal y la garantía hipotecaria que la aseguraba.

El codeudor Luis D. Guerrero, no reembolsó a su hermano Carlos Julio la parte que por su cuenta y por concepto de la mencionada obligación había cubierto al acreedor Herrera.

Don Luis D. falleció el 22 de agosto de 1932; dejó como cónyuge sobreviviente a la señora Celia Navarrete de Guerrero y como herederos a sus hijos legítimos Carlos Edmundo, Carmen Elisa Ezequiela, Mercedes Alicia y Luis Guillermo Bernardo Guerrero Navarrete. Todos mayores de edad, menos los dos últimos, que han sido asistidos en el juicio por su madre legítima.

También falleció el señor Carlos Julio Guerrero, cuya defunción tuvo lugar el 1º de mayo de 1938; dejó como sus herederos a los señores Sixto Guerrero Zarama, hijo de su primer matrimonio, a Stella Guerrero Guerrero, hija del segundo, y como cónyuge supérstite a la señora Matilde Guerrero.

Ni la sucesión de don Luis, ni la de su hermano Carlos, habían sido liquidadas para la fecha de la iniciación del presente proceso.

Apoyadas en estos antecedentes Matilde Guerrero de Guerrero y su hija Stella demandaron ante el Juez del Circuito de Pasto a la herencia de Luis D. Guerrero para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que la herencia de Luis D. Guerrero debe a la sociedad conyugal disuelta e ilíquida Guerrero-Guerrero, la cantidad de $ 4.559.00, más los intereses del 10% anual sobre $ 1.059.00, desde el día 13 de febrero de 1925 hasta el día del pago.

"Segunda.—Que dichas sumas deben pagarse tres días después de ejecutoriada la sentencia.

"Tercera.—Que la entrega debe hacerse a los demandantes como representantes de la sociedad conyugal disuelta; y

"Cuarta.—Que se condene a los demandados al pago de las costas procesales".

En subsidio pidieron que estas mismas declaraciones se hicieran a favor de la herencia de Carlos D. Guerrero, o que se declarase que los demandados deben a Matilde Guerrero v. de Guerrero, personalmente, la cantidad de dos mil ochocientos ochenta pesos ($ 2.880.00), e intereses de mil trescientos cincuenta pesos ($ 1.350.00), al 10% anual, desde el 13 de febrero de 1925, hasta el día del pago; y que a la vez adeudan a Stella Guerrero de Rosero Pastrana, personalmente, mil ciento cuarenta pesos ($ 1.140.00), e intereses de ochocientos setenta y cinco pesos ($ 875.000), al 10% anual, desde el 13 de febrero de 1925, hasta el día del pago.

Corridos los traslados de ley, los demandados se opusieron a las declaraciones pedidas y propusieron, además, la excepción de ilegitimidad de personería de la parte demandada. A su vez, instauraron demanda de reconvención contra la sociedad conyugal en liquidación, de Carlos Julio Guerrero y Matilde Guerrero, representada por la viuda y sus hijos, para que por el mismo Juez se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera. — Que la sociedad conyugal habida entre los esposos señores Carlos Julio Guerrero y doña Matilde Guerrero, disuelta por causa de muerte de uno de los cónyuges, e ilíquida hasta la presente fecha, representada por la señora Matilde Guerrero v. de Guerrero, cónyuge supérstite, y por los señores Sixto Guerrero Z. y Stella Guerrero de Rosero Pastrana, como hijos legítimos del causante, debe a la sociedad conyugal habida entre los esposos señores Luis D. Guerrero y Celia Navarrete v. de Guerrero, disuelta por la muerte del esposo y aún ilíquida, representada por la cónyuge sobreviviente y por los hijos legítimos del difunto, señores Luis Guillermo, Carlos Edmundo Gerardo, Carmen Elisa y Mercedes Alicia Guerrero Navarrete, la suma de $ 9.000.00. m/l., o la cantidad que resulte comprobada en este juicio por no haber entregado estos valores al Banco Agrícola Hipotecario por cuenta de la deuda del señor Luis D. Guerrero.

"Segunda.—Que por consiguiente dicha sociedad o sus representantes, deben pagar a la sociedad acreedora, por conducto de quienes la representen, esta suma de $ 9.000.00, o la que resulte comprobada en el juicio, tres días después de ejecutoriada la sentencia que tal condenación establezca.

"Tercera.—Que asimismo la sociedad conyugal Guerrero-Guerrero, disuelta e ilíquida, debe pagar a la sociedad conyugal Guerrero-Navarrete, por medio de sus representantes, los intereses bancarios pactados con la entidad bancaria antes indicada, y por razón de la deuda que con los nueve mil pesos ($ 9.000.00), o la suma que resulte comprobada, todo de conformidad con el respectivo contrato de mutuo celebrado entre los señores Guerrero y el citado Banco, debía abonar al señor General Guerrero por cuenta del señor Luis D. Guerrero, pago éste que debe efectuarse en el mismo término que debe entregarse la suma a que se contraen las súplicas anteriores.

"Cuarta.—La misma sociedad demandada debe pagar a la sociedad acreedora, por medio de sus representantes, los perjuicios que haya sufrido la sociedad demandante por la falta de pago de las sumas demandadas en el tiempo convenido y en las oficinas del Banco Agrícola Hipotecario de Pasto.

"Quinta.—Que asimismo deben pagar las costas de este juicio, si se oponen a las anteriores declaraciones".

Apoyaron su demanda de reconvención en los siguientes hechos:

a) Que por escritura número 378 otorgada en la Notaría Segunda de Pasto el 28 de junio de 1929, los hermanos Carlos Julio y Luis D. Guerrero, celebraron el contrato de arrendamiento de la mitad de la hacienda "El Obraje", ubicada y delimitada como en dicho instrumento se expresa, por lo cual el segundo de los nombrados, le entregó al primero, o sea a don Carlos, el goce de la mitad del predio que poseían en comunidad, por el término de cinco años, que vencía el día primero de agosto de mil novecientos treinta y cuatro.

b) Que el arrendatario se obligó a reconocer a don Luis como precio de arrendamiento, la suma de $ 100.00 mensuales, pagaderos anticipadamente, por el primer año, y la de $ 150.00, también mensuales, para los cuatro años subsiguientes. Se comprometió, de igual manera, a pagar las cuotas trimestrales al Banco Agrícola Hipotecario que correspondían a Luis D. Guerrero, por la suma de $ 15.000.00, que adeudaba a dicho Banco, hasta terminar los cinco años de arrendamiento, debiendo, vencida esa fecha, en adelante, don Luis D. Guerrero, cubrir la diferencia que quedara a deberse al instituto de crédito mencionado, por cuenta de la suma que adeudaba ordinariamente. Esta diferencia o saldo, según se estipuló, no sería mayor de $ 6.000.00, a cargo del arrendador al vencerse el contrato, única suma que reconocería como imputación a la diferencia que apareciera.

Como ni don Carlos Julio, ni la sociedad conyugal en liquidación, ni sus herederos, cumplieron con este compromiso de pagar al Banco las cuotas trimestrales hasta reducir la deuda de $ 15.000.000 a $ 6.000.00, la señora Celia Navarrete de Guerrero, en su propio nombre y en el de sus hijos menores, y los mayores de edad personalmente, demandaron a la sociedad conyugal en liquidación Guerrero-Guerrero, para que se hicieran las declaraciones atrás consignadas.

Sentencia de primera instancia

Surtida la tramitación correspondiente, el Juzgado puso término a la primera instancia por providencia de 15 de julio de 1943, por medio de la cual, en la acción principal, condenó a la herencia de Luis D. Guerrero a pagar a la sociedad conyugal en liquidación de don Carlos Julio Guerrero y Matilde Guerrero, la suma de $ 4.559.00, con costas, y declaró improcedente la demanda de reconvención.

La sentencia recurrida

Apelada la sentencia por la parte vencida, el expediente subió al estudio del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que desató la litis absolviendo a la herencia de Luis D. Guerrero de los cargos de la demanda, por considerar demostrada la excepción perentoria de ilegitimidad de personería del demandado. Revocó en esta parte el proveído del inferior, por ser de opinión de que disuelta la sociedad conyugal que existió entre Luis D. Guerrero y su esposa, las obligaciones o deudas por tal sociedad contraídas, sólo podían ser canceladas con dineros o bienes sociales. Que la cónyuge sobreviviente Celia Navarrete de Guerrero, necesariamente debía ser citada como tal, al juicio en que se perseguía el cobro de una deuda social.

En lo que respecta a la demanda de reconvención, confirmó la absolución de la sociedad conyugal ilíquida Guerrero-Guerrero, por cuanto no se demostró la existencia del saldo que se cobra por concepto de las cuotas que Carlos Julio Guerrero, como arrendatario del predio de "El Obraje" se obligó a pagar al Banco Agrícola Hipotecario, por cuenta del arrendador y como parte del precio del arriendo pactado.

Como fundamento de su negativa, el Tribunal, después de estudiar el contrato de arrendamiento del predio de "El Obraje", celebrado entre los dos hermanos Guerrero, de que da cuenta la escritura pública número 378 de 28 de junio de 1929, expresa lo siguiente:

"....Se han traído al expediente las relaciones o datos del Gerente del Banco Agrícola Hipotecario, expedidas el 26 de mayo de 1942 y el 4 de marzo del presente año (1944), y en ellas aparece que el saldo del capital pendiente a cargo de los codeudores señores Carlos J. y Luis D. Guerrero el 28 de junio de 1929, es la suma de $ 29.283.87, cantidad ésta que en 30 de junio de 1933 quedó reducida a la de $ 16.775.22, por virtud de la rebaja del 40% concedida por el Banco prestamista a todos sus deudores. En las mencionadas relaciones de la Gerencia del Banco, consta igualmente que en el lapso de tiempo comprendido entre el 28 de junio de 1929 y el 28 de junio de 1934, que fue el tiempo estipulado para la duración forzosa del contrato de arrendamiento, se abonaron 10 cuotas por un valor total de $ 7.413.16, de lo cual debía deducirse que el capital de $ 16.775.22, que quedó a deberse el 30 de junio de 1933, se debió reducir a la suma de $ 7.362.06, el 28 de julio de 1934; mas lejos de que el capital se hubiera reducido con estos abonos, en la relación del Banco aparece que en la fecha últimamente expresada, ese capital de $ 16.775.22, que figura el 30 de junio de 1933 a cargo de los codeudores Guerrero, aumentó a la suma de $ 19.447.53, debiendo aún dos cuotas por pagar en esa fecha.

"Con lo anterior fácilmente puede observarse que la prueba presentada para demostrar la obligación pendiente a cargo del señor Carlos J. Guerrero o sus representantes y a favor del señor

Luis D. Guerrero, o de la sociedad conyugal que él formó con la señora Celia Navarrete, está lejos de demostrar que el arrendatario señor Carlos J. Guerrero dejó de cumplir con la obligación de cubrir los valores que le correspondía cancelar por cuenta del arrendador y codeudor en el Banco Agrícola Hipotecario, y si esto no aparece de la prueba presentada, menos llega a demostrarse qué suma o sumas dejaron de cubrirse para abonar a la cuenta del señor Luis D. Guerrero, ni qué persona o personas y por cuenta de qué deudor se hicieron los abonos no sólo de las diez cuotas de que trata el informe o relación traído al proceso, sino de las anteriores y posteriores y siendo esto así, hay que concluír que no hay prueba alguna que demuestre que el arrendatario hubiera dejado de cumplir con una de las obligaciones contraídas por él en 28 de junio de 1929, y que fueron consagradas expresamente en el instrumento público número 378 agregado al proceso, pues, con los mencionados datos no se puede conocer, ni el interés que devengara el capital, ni la forma de liquidación que de ellos debía hacerse, comprendiéndose más bien que éstos se van capitalizando y aumentan la deuda pendiente, lo que contribuye para confundirlos y dificulta apreciar en todo su valor la verdadera situación de los deudores, las imputaciones que se hubieran hecho a la obligación a cargo de cada codeudor y, en una palabra, cuál es el verdadero capital que adeudaba el señor Luis D. Guerrero el 29 de junio de 1934".

Ambas partes, ocurrieron en recurso de casación, fundando en la oportunidad debida ante la Corte sus opuestas pretensiones. Cumplidos a cabalidad los requisitos de rigor, el expediente se encuentra en el estado de sentencia, la cual procede a dictar la Sala, previo el estudio de los distintos recursos.

El recurso del demandante

Como se vio atrás, el Tribunal negó la acción de cobro propuesta en la demanda principal, porque en su concepto la entidad obligada era la sociedad conyugal en liquidación y se demandó simplemente a la sucesión del señor Luis D. Guerrero, representada por sus herederos, lo que lo llevó a declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería del demandado.

Con tal fundamento atacan la sentencia recurrida los demandantes en los siguientes términos:

"Acusamos, pues, la sentencia de nueve de mayo de mil novecientos cuarenta de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, por la causal primera del artículo 520 del C. J., por ser violatoria de la ley sustantiva, por interpretación errónea e indebida aplicación del artículo 1806, e infracción directa de los artículos 1820, 1833, 1834 y 1836, todos del C. C.".

Como fundamento de su tesis dicen textualmente: "Como el marido era hasta hace poco tiempo el único y soberano jefe de la sociedad conyugal, como a ese título administraba libremente los bienes sociales y hasta los de la mujer, y como en consideración a todo esto los terceros sólo contrataban con el marido, sin fijarse siquiera que detrás de él estaba una sociedad teórica de bienes, el artículo 1806 del C. C. se vio en la necesidad de decir:

"El marido es, respecto de terceros, dueño de los bienes sociales, como si ellos y sus bienes propios formasen un solo patrimonio, de manera que durante la sociedad, los acreedores del marido podrán perseguir tanto los bienes de éste como los bienes sociales; sin perjuicio de los abonos y compensaciones que a consecuencia de ello deba el marido a la sociedad, o la sociedad al marido.

"Esto le hizo creer a la Sala sentenciadora que, una vez disuelta la sociedad conyugal, se acababa la responsabilidad directa del marido y que los acreedores ya no podían perseguirlo a él ni a sus bienes, sino que quedaban constituídos en la necesidad de perseguir los bienes sociales y de demandar por consiguiente al marido y a la mujer. Poco importa que la sociedad conyugal disuelta no tenga bienes de ninguna clase y que en cambio el marido los tenga en abundancia. Los acreedores han de perseguir los bienes sociales, aún sin existir, pero no los del marido, aunque los tenga en gran cantidad. Y aunque los terceros acreedores hayan contratado con el marido justamente por ver que él sí tenía bienes y era responsable. Tan peregrina conclusión está afortunadamente contradicha por los artículos 1820, 1833, 1834 y 1836 del C. C., que en conjunto llevan la responsabilidad directa del marido deudor hasta más allá de la tumba".

Sostienen los recurrentes, que los artículos 1833, 1834 y 1836 del C. C., establecen la responsabilidad del marido con respecto a las deudas de la sociedad conyugal, quedándole a salvo el derecho contra su mujer para el reintegro de la mitad de tales deudas. Que los herederos de cada cónyuge gozan de los mismos derechos y tienen las mismas cargas que el cónyuge que representan.

Que, en consecuencia, de todo lo expresado, el Tribunal violó también el artículo 1796, ordinal 2º del C. C., al no decretar el pago por parte de la sucesión del marido de una deuda contraída durante la sociedad conyugal.

La Corte considera:

De las escrituras públicas números 418 y 230 de 21 de julio de 1917 y 19 de abril de 1919, respectivamente, consta que los señores Carlos Julio y Luis D. Guerrero se constituyeron deudores solidarios de don Luciano Herrera por la suma de $ 7.000.00, que de él recibieron en mutuo con interés y que garantizaron con hipoteca de un predio que poseían en comunidad.

La obligación contraída por los hermanos Guerreros lo fue durante la vigencia de las sociedades conyugales que dichos señores tenían con sus respectivas esposas.

Aparece igualmente que don Carlos Julio cubrió el total de la obligación y que una vez fallecido éste, su viuda y su hija obrando en nombre de la sociedad conyugal en liquidación, demandaron la sucesión de don Luis D. Guerrero el pago de la parte que proporcionalmente le correspondía satisfacer como deudor solidario, en el compromiso con el señor Herrera.

El Tribunal negó por ilegitimidad en la personería de los demandados la acción propuesta, porque entendió que al tenor del artículo 1796, inciso 2º del C. C., debía haberse demandado a la sociedad conyugal en liquidación de Luis D. Guerrero y no simplemente como se hizo, a la sucesión de éste. Pero olvidó el Tribunal que el artículo 1834 del C. C. establece que el marido es responsable del total de las deudas de la sociedad; salva su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de lo que a ésta le corresponda.

Por consiguiente, el Tribunal violó esta disposición.

Lo anterior no impide que los acreedores pudieran también demandar la efectividad de su crédito de la sociedad conyugal en liquidación, representada por la cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, ya que siendo deuda social, la sociedad está obligada a responder por ella. (artículo 1796, inciso II).

Pero al escoger al acreedor a la sucesión del marido en el presente caso, no ha demandado a parte ilegítima, pues para ello lo faculta el artículo 1834 del C. C. ya citado, que está incorporado en el capítulo V, del Título XXII, del Libro IV del C. C. que trata de "la disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales".

Don Fernando Vélez, citado por los actores, dice al respecto:

"Esta regla es consecuencia de la administración del marido, pues sobre quien dispone como señor y dueño de los bienes, deben recaer las obligaciones que a éstos afecten (artículo 1806). De modo que los acreedores de la sociedad conyugal pueden dirigirse contra el marido para que éste les pague con sus bienes, vengan de donde vinieren. El marido no puede alegar que estando liquidada la sociedad, se exija de la mujer o de sus herederos el pago de la mitad de las deudas. El marido es obligado a satisfacerlas íntegras y tiene acción contra su mujer por la mitad de las deudas, si no fuere superior a la mitad de sus gananciales. La responsabilidad del marido en el particular es ilimitada, mientras que la de la mujer la limita la ley por las razones que hemos expuesto". (Tomo VII, número 184, página 40).

Sobre el particular la Sala de Casación Civil ha expresado también lo siguiente:

"No se viola el artículo 1796, ordinal 2º, del C. C., al condenar a la sucesión del marido al pago de una deuda contraída en beneficio de la sociedad conyugal. Esto no obsta para que la viuda reintegre la mitad de lo que la sucesión del marido pague, en cuanto quepa dentro de la mitad de gananciales que a aquélla haya tocado". (Jurisprudencia, tomo 3º, número 3827)".

Lo dicho es suficiente para casar la sentencia, por cuanto no hay legitimidad de personería de la sucesión demandada. Casada la sentencia debe proceder la Corte a dictar la que ha de reemplazarla, pero, para evitar la irregularidad de dos fallos de casación en un mismo recurso, la Sala se reserva esa tarea para cuando, cumplido el auto para mejor proveer que ha de dictarse como se verá más adelante, en relación con el recurso de la contraparte, se llegue a la oportunidad de decidir en conjunto, en un solo fallo, todas las cuestiones controvertidas.

El recurso del demandado

El apoderado en la demanda de reconvención, la cual fue fallada como se vio desfavorablemente a las pretensiones de su proponente, ataca la sentencia del Tribunal en los siguientes términos:

"Acusa la sentencia proferida por el H. Tribunal Superior de Pasto por los motivos que establece el ordinal 1º del artículo 520 del C. J., o sea: por ser dicho fallo violatorio de la ley sustantiva, por infracción directa, y por falta de apreciación

de las pruebas llevadas a los autos, lo cual lo indujo a un doble error, de hecho y de derecho, que aparece manifiesto en los autos".

En defensa de su tesis afirma que se han infringido los artículos 1757 del C. C. y 593 del C. J., este último, disposición sustantiva por tratarse de derecho probatorio. Según estos claros preceptos, dice, incumbe probar las obligaciones o su extinción a quien alega aquéllas o éstas. Toda decisión en materia civil, se debe fundar en los hechos conducentes de la demanda y de la defensa, si la verdad de unos u otros aparece demostrada de manera plena y completa, según la ley, por alguno o algunos de los medios probatorios especificados en el título sobre pruebas del código procedimental.

Dice el recurrente, citando a Ricci: "El Principio regulador del deber de probar se formula de este modo: quien quiera que sienta como base de su demanda o excepción, la afirmación o la negación de un hecho, está obligado a suministrar la prueba de la existencia o de la no existencia del hecho, toda vez que, sin esta demostración, la demanda o la excepción no resulta fundada, y el Juez no puede admitir demandas o excepciones infundadas".

Afirma que mediante la presentación al juicio de la copia de la escritura pública debidamente inscrita número 378 de 1929, se probó el contrato de arrendamiento celebrado entre don Luis D. Guerrero y su hermano Carlos, con respecto a la mitad de la finca de propiedad de aquél llamada "El Obraje", que el segundo recibió en arrendamientos por el término de cinco años, comprometiéndose a cubrir como precio, además de la cuota de $ 100.00, mensuales, durante el primer año y de $ 150.00, por los restantes; se obligó también a entregar al Banco Agrícola Hipotecario determinadas cuotas trimestrales hasta cubrir la cantidad de $ 9.000.00, sobre la suma de $ 15.000.00, que para la fecha del contrato adeudaba don Luis a dicho instituto. De tal manera que al finalizar el plazo, aquella deuda, a virtud de los abonos trimestrales, debía quedar reducida a $ 6.000.00. Que como aparece del certificado del Banco, el saldo total de capital pendiente el 30 de junio de 1933 por cuenta de los dos hermanos (un año antes de vencerse el plazo prefijado para la duración forzosa del arriendo), era de $ 27.958.69, más un saldo de intereses pendientes por $ 4.838.93. Rebajado con esa fecha por disposición legal, un cuarenta por ciento (40%), tanto de capital como de intereses, el saldo para la nueva cuenta quedó así:

Por capital	$ 16.775.22
Por intereses	2.903.36
Suma total.....	$ 19.678.58

Que para el 28 de junio de 1934, en que se vencía el contrato de arrendamiento, la cuenta de los hermanos Guerreros con la oficina bancaria, llegó a la suma de $ 19.447.53 por concepto de capital, a más de dos cuotas que se hallaban vencidas para la fecha.

Resulta entonces, continúa diciendo el recurrente, que de acuerdo con este certificado, cuyo valor probatorio no se ha infirmado, para la fecha de vencimiento del contrato de arriendo, el saldo de don Luis D. en su cuenta con el Banco Agrícola era de $ 9.723.76, o sea el de la mitad del saldo total, puesto que la otra mitad correspondía a su hermano Carlos. Pero como según la escritura contentiva del contrato de arrendamiento, don Carlos se obligó a reducir la deuda de don Luis a suma que en ningún caso podía exceder de $ 6.000.00 para la fecha del vencimiento del contrato, es concluyente que por este solo aspecto, el arrendatario dejó de pagarle al arrendador la cantidad de $ 3.723.76. Y si a esto se agrega la suma de $ 6.559.52, o sea la mitad del 40% de capital e intereses rebajado por el Banco y que desde luego tenía que aprovechar a uno y otro codeudor por igual, resulta entonces a cargo de don Carlos J. Guerrero, hoy de la sociedad conyugal en liquidación y a favor de don Luis, un saldo total de $ 10.283.28, fuera de los perjuicios que el incumplimiento de esta obligación ha tenido que causar a sus mandantes. (Artículo 1617 del C. C.).

Termina sosteniendo que con el certificado del Banco se establece en forma evidente el no cumplimiento de las obligaciones correspondientes al contrato demandado. Que al desconocer el Tribunal el valor de tales pruebas, cometió error de hecho y de derecho, violando las siguientes disposiciones: artículos 1757, 1759, 1765, 1612, 1613, 1617, 1618, 1620, 2000, 2002 del C. C. y 593 y 630 del C. J.

La Corte considera:

Durante el matrimonio celebrado entre Luis D. Guerrero y Celia Navarrete de Guerrero, el marido que para entonces era el único capaz de obli-

garse, dio en arrendamiento por el término de cinco años a su hermano Carlos J. la mitad del predio agrícola denominado "El Obraje", que poseía con éste en comunidad y por iguales partes, contrato que se legalizó por medio de la escritura pública número 378.

Se estipuló como precio del arrendamiento, las siguientes obligaciones por parte del arrendatario: 1º La de cubrir a don Luis $ 100.00 por mes durante el primer año; y de ahí en adelante $ 150 mensuales hasta la terminación del plazo; 2º La de cubrir por cuenta del propietario las cuotas que éste se había comprometido a entregar al Banco Agrícola para salvar la obligación que conjuntamente con su hermano habían contraído. Expresamente se estipuló: "Carlos Julio Guerrero se obliga a pagar las cuotas trimestrales al Banco Agrícola Hipotecario "que correspondían a don Luis D. Guerrero, por la suma de quince mil pesos oro, que adeudaba a dicho Banco, hasta terminar los cinco años de arrendamiento, debiendo desde esa fecha en adelante pagar Luis D. Guerrero la diferencia que quedara a deberse por cuenta de los quince mil pesos de la deuda original. Esta diferencia o saldo no será en ningún caso mayor de seis mil pesos oro a cargo de Luis D. Guerrero, única suma que reconocería como imputación a la diferencia que apareciere".

Es decir: el día del vencimiento del plazo del contrato de arrendamiento la obligación hipotecaria debía estar reducida a seis mil pesos.

La acción propuesta contra la sociedad conyugal Guerrero-Guerrero, en liquidación por muerte de don Carlos J. y a favor de la sociedad conyugal también ilíquida de Guerrero-Navarrete, por muerte del marido, para la devolución del precio del arrendamiento que éste debía entregar al Banco para satisfacer la deuda que con tal entidad tenía contraída el arrendador, tuvo fundamento en el art. 1781 del C. C. que establece que al haber de la sociedad conyugal pertenecen entre otros bienes los frutos, réditos, pensiones, intereses y lucros que provengan, sea de los bienes sociales o de los bienes propios de cada uno de los cónyuges y que se devenguen durante el matrimonio.

El Tribunal se abstuvo de decretar el pago de las sumas que por concepto de arrendamientos dejó de abonar al Banco el arrendatario don Carlos, expresando que "no podía apreciarse en todo su valor la verdadera situación de los deudores", por existir a su juicio confusión en las delaciones del movimiento de la cuenta presentada por la entidad bancaria.

Pero olvida el Tribunal, que incumbe probar las obligaciones a quien las alega y su extinción a quien las sostiene. Es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho, o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba, no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones.

Para poder exigir el cumplimiento de una obligación se debe justificar su existencia, por quien la invoca. Cuando se intenta que se declare que una obligación ha nacido a cargo de otro, el que así lo pretende, debe establecerla, dando la prueba de la fuente que la produjo.

A su vez, quien afirma que la obligación de la cual es responsable se ha extinguido o modificado, debe demostrarlo.

En el caso en estudio los contrademandantes han establecido por medio de instrumento público el contrato de arrendamiento que contiene la obligación del arrendatario de cubrir por cuenta de los cánones de arriendo, las cuotas trimestrales que el arrendador debía abonar al Banco Agrícola Hipotecario, por una suma que alcanzaba para el día de la celebración del contrato a la cantidad de $ 15.000.00 que debían disminuirse a virtud de los abonos pactados a la de $ 6.000.00. Si esta reducción no se operaba, era convenido que la diferencia fuera de cargo del arrendatario Carlos Julio Guerrero.

Consta también de las certificaciones enviadas por la Gerencia del Banco que la deuda no quedó amortizada en la suma convenida y que, además, por motivo de la ley de deudas que se expidió en el año de 1933 se concedió una rebaja del 40% de la obligación.

La contraprestación del arrendatario Carlos Julio Guevara, que por su muerte pasó a la sociedad conyugal en liquidación, de pagar por cuenta de su hermano Luis D. al Banco, está claramente demostrada por medio de la escritura número 378 de 1929. Les correspondía a los demandados establecer cómo se dio cumplimiento a tal compromiso. El contrademandante trajo al proceso un certificado del Banco del cual aparece que el día del vencimiento del contrato de arrendamiento, o sea el 28 de junio de 1934, el saldo de

la cuenta de ambos hermanos en el Banco era de $ 19.447.53.

La parte de Luis D. Guerrero, o sea la mitad de tal suma sería.....$ 9.723.00
Pero como se convino que el arrendatario Carlos Julio Guerrero haría abonos hasta reducir la deuda de don Luis a. 6.000.00

Quedaría un saldo por pagar de.....$ 3.723.00
Como la rebaja hecha por el Banco del 40% de la deuda debe beneficiar también al arrendador, según la contrademanda, por este aspecto el arrendatario adeudaría .....$ 5.591.49

Tendría, pues, a su cargo un saldo de.$ 9.315.49

Pero sucede que las certificaciones rendidas por el instituto de crédito sobre abonos hechos a la deuda no son suficientemente explícitas, aparecen confusas y se prestan a diversas interpretaciones como lo observó el Tribunal, lo cual obliga a la Corte a casar la sentencia por las razones atrás expresadas y a ordenar un auto para mejor proveer, a fin de determinar precisamente la situación de la cuenta bancaria, para establecer si el saldo existe y en ese caso cuál sería su valor.

La Corte necesita aclarar el origen de la diferencia entre los abonos hechos y el saldo deducido por el Banco para el 28 de junio de 1934, que podría ser de intereses causados a favor de tal entidad por demoras en el pago de las cuotas de amortización gradual en los trimestres respectivos, pero que también podrían obedecer a otras causas o provenir de un error de cuenta.

De la relación del Banco consta:

a) Que don Carlos Julio pagó ocho cuotas de $ 811.92 y dos cuotas de $ 458, o sea un total de.....$ 7.413.16

b) Que el Banco rebajó un 40% (por capital) 11.183.47

c) Que para el día 28 de junio de 1934, se adeudaban según la certificación del Banco .....$ 19.447.53

SUMA.....$ 38.044.16

Y como la deuda de los hermanos Guerreros al iniciarse el contrato, o sea el 28 de junio de 1929 era de.....$ 29.283.87

Se aprecia una diferencia de $ 8.760.29 cuya justificación se ignora.

Es lógico suponer que si se suman el valor del saldo pendiente, los abonos efectuados y la rebaja concedida, el resultado será igual a la cantidad que se adeudaba originalmente, es decir lo debido el día de la celebración del contrato de arrendamiento. Pero como se ve, existe una diferencia cuyo origen necesita esclarecer la Corte y que es la razón del auto para mejor proveer que habrá de dictarse.

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 Pasto con fecha 9 de mayo de 1944.

Ejecutoriada la presente sentencia, vuelva el expediente al despacho para dictar el auto para mejor proveer anunciado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

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 CONTRATO.

La falta de indicación de vecindad y sexo de los otorgantes no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas. (Artículo 333 L. 57 de 1887).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandante en el juicio ordinario de Eliécer Rojas contra María Eduarda Rojas de Escandón y Cipriano y Emma Julia Escandón Rojas.

Antecedentes

En 1941 se otorgó el 24 de febrero en Fontibón por ante el Notario 4º de Bogotá con el Nº 571 el instrumento en que la señora Eugenia Espinosa viuda de Rojas transfiere a los actuales demandados sus derechos de heredera en la sucesión de su finado hijo Rubén Vicente Rojas Espinosa; la señora Espinosa murió el 1º de abril, y el 7 de julio se practicó por el Juzgado 1º Civil de este Circuito en el protocolo de aquella Notaría una inspección ocular en que se estableció que para esta fecha el citado instrumento no tenía puesta aún la firma del Notario.

En 1942 se repartió en septiembre al Juzgado 2º Civil de este Circuito la demanda inicial de este pleito, la que quedó notificada a todos los demandados el 2 de noviembre. Solicita se declare absolutamente nulo o inexistente el contrato contenido en dicho instrumento y todo traspaso que, basándose en él, haga cualquiera de los demandados, y en subsidio, que se declare esa nulidad absoluta por simulación. Se funda cardinalmente en haberse firmado ese instrumento por el Notario con posterioridad, no sólo a su fecha, sino a la muerte de la vendedora.

El Juzgado pronunció absolución en sentencia de 23 de septiembre de 1944, sin entrar en el fondo, porque no justificó el actor su **legitimatio ad causam.** Apelada por éste, cursó la segunda instancia en el Tribunal Superior, quien la confirmó en la de 24 de mayo de 1945, contra la cual el demandante interpuso el recurso que aquí se decide.

La sentencia recurrida

El Tribunal, hallando en el actor el interés jurídico que el Juzgado echó menos, porque demanda como heredero de la vendedora y acredita que es su hijo legítimo y que falleció, desechó la excepción aludida y entró a conocer en el fondo, ya en el cual llegó a la misma conclusión absolutoria, por lo cual confirmó la sentencia apelada, no sin advertir que esto obedecía a razones distintas, como era lo natural, dada la circunstancia de que acaba de hablarse.

El Tribunal advierte que el libelo, según sus palabras, suplica la declaración de nulidad absoluta del contrato por inexistencia y, dados sus fundamentos, eso procede de la nulidad de la escritura por la tardanza con que el Notario la firmó.

En seguida hace presente que una escritura puede acusarse de nula o de falsa, y que no es esto último lo perseguido, porque el actor mismo acepta que el instrumento se otorgó y firmó por los contratantes en presencia de los testigos instrumentales, que también la firmaron, y del Notario que ante todos ellos la leyó de viva voz, y además, no se ha puesto en duda la identidad de estas personas, o que quien actuó de Notario estuviera en ejercicio de sus funciones, o que las declaraciones que reza el instrumento fueran aceptadas por los contratantes, o que la vendedora no rogara que firmase a ruego por ella quien así figura firmando en ese acto, sin que haya duda tampoco sobre su identidad personal. Es, pues, de nulidad de lo que se acusa ese instrumento, la que se hace consistir exclusivamente en lo antedicho sobre tardanza en la oposición de la firma del Notario.

Concretado así el tema de la controversia, el Tribunal llama la atención a que el deber del Notario, depositario de la fe pública, es primordialmente el cerciorarse de la identidad del personal de otorgantes y testigos, así como de la autencidad de las declaraciones de las partes y de su aceptación, y atestiguar todo ello; y agrega que, si conforme al artículo 2594 del C. C., el documento que se otorga ante Notario requiere para asumir el carácter de escritura pública que quede firmado por él, no establece que sea nulo cuando este funcionario no pone su firma en el mismo ac-

to o momento en que contratantes y testigos ponen la suya. Si la ley 33 de 1896 en su artículo 1º preceptúa que los Notarios no prestarán su oficio cuando se trate de bienes raíces sin que se les presente la comprobación de estar éstos al corriente en los impuestos, en su artículo 2º declara que la omisión al respecto no es causa de nulidad de los instrumentos en que se haya incurrido en ella, sino de responsabilidad del funcionario. El Tribunal ve corroborada esta opinión y declaración en el artículo 17 de la Ley 81 de 1931, y de todas estas reflexiones deduce que la tardanza referida no está erigida en nulidad y que, habiendo quedado firmada la escritura por el Notario, que es lo esencial al respecto, no hay lugar a declarar lo pedido.

Cuanto a la nulidad que el demandante encuentra en ser Julia Emma Escandón menor de edad para la fecha de la escritura, el Tribunal observa que esa nulidad, en su caso, es relativa y que lo demandado es la declaración de una nulidad absoluta, por lo cual no es el caso de considerar aquélla. Y en cuanto a simulación, demandada en subsidio, la niega por no haberse aducido prueba alguna.

El recurso

El abogado del demandante aduce el motivo 1º del artículo 520 del C. J. y dentro de él acusa de violación de disposiciones legales sustantivas agrupándose en tres cargos distintos, unas por falta de aplicación, otras por interpretación errónea, así: 1º. De los artículos 1500, 1740, 1741, 1857, 2594 y 2595 del C. C.; 2º De los artículos 2594 y 2595 del C. C., 333 de la Ley 57 de 1887, 1º y 2º de la 33 de 1896 y 17 de la 81 de 1931, y 3º. De los artículos 1502, 1504 y 1741 del C. C. Los fundamentos de estos cargos se resumen así:

1º El recurrente hace presente la necesidad de escritura pública para la venta de inmuebles y de derechos hereditarios, para concluír que se quebranta la respectiva disposición (artículo 1857) al estimar celebrado un contrato de esa clase sin haber escritura pública; y en seguida sostiene que no la hay, porque ella requiere la firma del Notario, que no se puso en oportunidad sino después de la muerte de la vendedora, por lo cual en este momento, que fue el de apertura de su sucesión, no había salido de su dominio lo que, en dicho instrumento decía enajenar, y, de otro lado, se quebrantaron los artículos 2594 y 2595, tanto por esa falta de firma, cuanto por la de la indicación de sexo y vecindad de los compradores y de la alindación de la finca San Cipriano, transferida en la escritura, así como el hecho de expresar la escritura que fue otorgada en Bogotá habiéndolo sido en Fontibón. Por todo eso no hubo contrato, a la luz del artículo 1500, y la nulidad debe declararse a la luz de los artículos 1740 y 1741. No habiéndola declarado el Tribunal, se quebrantaron estas disposiciones, dice el recurrente en su cargo primero.

Se considera:

De los reparos que ahora se hacen a la escritura, no es pertinente ni de considerarse en casación sino el relativo a la firma del Notario, porque ninguno de los restantes quedó **sub judice** ante la demanda y su respuesta y, no habiéndose contendido sobre ellos, son medios nuevos en el recurso. Aunque esto bastaría, no sobra advertir que Fontibón pertenece al Circuito Notarial de Bogotá, que la falta de indicación de vecindad y sexo de los otorgantes compradores no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas (Ley 57 de 1887, artículo 333) y que el inmueble San Cipriano no fue la sujeta materia del contrato, sino que lo fueron los derechos hereditarios referidos, de suerte que ese terreno se menciona tan sólo para citarlo como bien de la sucesión, tangencial u ocasionalmente citado, pues, al punto de que podía haberse omitido la cita. No tenían, así, por qué indicarse sus linderos.

Cuanto a la firma, se halla acertada la conclusión del Tribunal, tanto porque lo que el demandante llama tardanza en ponerla el Notario no está erigido por la ley en nulidad, cuanto porque, figurando en el proceso una escritura provista de ese requisito, el sentenciador no puede denegarse a reconocerla. El Tribunal no aplaude ni fomenta el hecho de no firmar el Notario apenas han firmado otorgantes y testigos, sino simplemente se limita, ajustándose a lo demandado como previene el artículo 471 del C. J., a estudiar si de ese hecho se deriva nulidad y, viendo que no la produce, no la declara.

Las nulidades, que son la pena de que habla el C. C. en su artículo 6º, existen cuando ley expresa las establece, sin que a ellas pueda llegarse por obra de interpretación.

La cita que trae el recurrente de sentencia de esta Sala en que no se tuvo como escritura pública un instrumento otorgado en Notaría pero no firmado por el Notario, es improcedente, porque aquí se trata de una que sí lleva esta firma.

En el segundo cargo se insiste sobre el mismo tema, considerándolo a la luz de las disposiciones antedichas sobre escrituras públicas (artículos 2594 y 2595) y de las otras ya citadas, así: el 333 de la Ley 57, para decir que lo que en él se dice sobre firma autorizando que no sea entera, corrobora la exigencia de la firma, y los referidos de las leyes de 1896 y 1931, para decir que prohiben a los Notarios prestar su oficio en los casos aludidos, es decir, mientras no se les presenten los comprobantes de estar al corriente en impuestos, ya del respectivo inmueble, ya los otorgantes, para deducir de ahí que, habiéndose transgredido en el presente caso esa prohibición, se incurrió en nulidad.

Se considera:

El Tribunal no niega en manera alguna la necesidad de la firma del Notario y cabalmente uno de los fundamentos de su decisión está en que esa firma figura en la escritura de que se trata. Aquí no se ha discutido sobre que sean enteras las firmas de otorgantes, testigos y Notario; tan sólo ha reclamado el demandante por la oportunidad en que el Notario puso la suya.

Cuanto a las otras disposiciones citadas, si previenen que el Notario no preste su oficio mientras no se le presenten los mencionados comprobantes, a más de advertir (artículo 2º, Ley 33 de 1896) que la transgresión no anula el instrumento, añaden las sanciones en que incurre el transgresor. Y esto es de lógica, porque se trata de disposiciones encaminadas a la efectividad de ciertos impuestos, lo que indica que aquéllas han de ser de orden fiscal.

El tercero de los dichos cargos se hace depender de la menor edad de Julia Emma Escandón a la fecha de la escritura y de que, a pesar de esto, el Tribunal no declaró la nulidad demandada, dejando de aplicar los citados artículos 1502, 1504 y 1741.

Se considera:

Con razón hace presente el Tribunal a este respecto que de ahí se derivaría una nulidad relativa, esto es, algo no demandado. Es de agregarse que la nulidad relativa no puede alegarse sino por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, según palabras del artículo 1743 del C. C.; de modo que sería esa señorita quien podría alegarla, si tal fuere el caso, pero no contra ella la otra parte contratante.

No prospera ninguno de los cargos aducidos.

Es de añadirse que efectivamente, como dice el Tribunal, de la simulación no hay prueba alguna, pues la única solicitada en ese sentido por el demandante fue la de posiciones, y los tres demandados uniformemente afirmaron la veracidad y efectividad de su compra y del pago en moneda legal a la vendedora de los dos mil pesos que como precio recibido por ella figura en la escritura.

Aunque, como se ha hecho presente, no se ha discutido sobre la identidad de las personas que intervinieron en la escritura, ni sobre la autenticidad de que lo que ella reza fue aceptado por los otorgantes, conviene recordar que los testigos declararon en tal sentido y que otro tanto declaró el Notario en la primera instancia. Este dice que, llamado a prestar su oficio para el contrato en referencia, se trasladó el 24 de febrero de 1941 a Fontibón a la casa de habitación de la vendedora y allí, leyó el instrumento respectivo en voz alta y clara a los otorgantes, quienes aceptaron y sin ningún reparo firmaron. La señora por imposibilidad física no pudo firmar y rogó a un testigo que lo hiciera y éste lo hizo. Agrega el Notario que para la firma exigió la presentación de las cédulas de ciudadanía a los varones y de las tarjetas de identidad postal a las mujeres, y que no puso él su firma, entonces mismo, aunque se le presentaron algunos de los comprobantes restantes necesarios en ley, porque faltaba el del impuesto de sucesiones en la de Rubén Vicente Rojas. Al transcribirlo en la copia de la escritura (Cuaderno 1º, folios 1 y 2) se ve que este comprobante lleva fecha 19 de noviembre de ese año (1941). El de registro y los certificados sobre estar a paz y salvo los otorgantes por renta, patrimonio, etc., llevan fecha 25 de dicho febrero.

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 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 PERJUICIOS MORALES

1.—El art. 28 de la ley 94 de 1938 requiere como base SINE QUA NON una sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo, y tal es el punto de partida de lo que establece o reglamenta. Por consiguiente, en faltando ese elemento, no hay lugar a discurrir sobre la relación entre la decisión en lo penal y la acción civil. El fallo de un Juez de Menores no es sentencia definitiva, al tenor del artículo 74 del Código Penal.

2.—El artículo 2357 del C. C. no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente, como explícitamente en otros análogos, el legislador defiere a la prudencia del Juez, es decir, que en casación no es posible infirmar un fallo porque la Corte crea que, a haber sido fallador de instancia, habría aumentado o disminuído la reducción señalada por el Tribunal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín que, revocando la absolutoria del Juzgado 4º Civil de ese Circuito, condenó al doctor Belisario Agudelo Duque a pagar a los consortes Luis E. Tobón y Carolina Zapata $ 1.500 como indemnización de los perjuicios morales causados por la muerte de su hija Marina o María del Socorro, acaecida en esa ciudad el 11 de noviembre de 1939 por haberla atropellado ese día un automóvil conducido por el menor Belisario Agudelo Vallejo, hijo del demandado.

Entre los fundamentos de la absolución pronunciada por el Juzgado obró ante todo su concepto de que la providencia dictada por el Juzgado de Menores el 5 de junio de 1940 en la actuación a que dio lugar aquel accidente, declara la ausencia de intención criminosa y hasta la de mera culpabilidad en el joven Agudelo y constituya la sentencia definitiva a que se refiere el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, según el cual en tal caso no puede proponerse acción civil.

El Tribunal, sin disentir de esa opinión en cuanto a la calidad de la providencia del Juzgado de Menores, se aparta del concepto del Juez 4º Civil sobre su alcance, y trayendo a cuento sentencia del mismo Tribunal que estudió tal problema, insiste en lo que en ella sostuvo al respecto, que en suma es: ese artículo 28 es transcripción de disposición propuesta en doctrinantes que al enumerar los casos en que la absolución en lo penal cierra la posibilidad de acción civil, habla de que esa absolución obedezca a que la **infracción** no se haya realizado; pero diciendo esos autores **hecho** donde vino a decirse infracción, de donde se deduce un error de copia que el sentenciador debe corregir. Puestas las cosas sobre este pie por el Tribunal y hallándose comprobado el hecho, llegó a la conclusión de que la presente causa no está dentro del citado artículo 28, lo que significa que desaparece la valla que impidió al Juzgado entrar a considerar este pleito en el fondo, estudio en que, por ende, entró el Tribunal.

En ese estudio halla comprobados estos hechos: que el demandado doctor Agudelo es padre legítimo del joven Agudelo Vallejo, nacido el 19 de enero de 1922; que la niña María del Socorro o Marina Tobón Zapata era hija legítima de los demandantes, nacida el 16 de mayo de 1930; que esta niña falleció en la tarde del mismo día del accidente automoviliario y a consecuencia de éste; que el automóvil iba conducido por el joven Agudelo y estaba matriculado como de propiedad de su padre. De todo ello deduce la personería de ambas partes litigantes, el daño y la relación de causalidad entre éste y el referido hecho.

En seguida indaga el Tribunal lo tocante a culpa, y después de citar las declaraciones sobre buena conducta del joven Agudelo y sobre su habilidad en el manejo de automóviles y la prudencia con que manejaba el de su padre y la precaución de cerciorarse de su buen estado cuandoquiera que lo iba a conducir, relata otras, según

las cuales los frenos se hallaban en mal estado, la dirección demasiado dura; faltaban limpiabrisas y algunos vidrios; y si bien tanto el joven Agudelo como quien lo acompañaba en el momento del choque afirman que iban a moderada velocidad y que aquél hizo cuanto era posible para evitar el accidente, los peritos desmienten lo tocante a velocidad conceptuando que era mucha, a juzgar por la longitud de unos 16 metros de las huellas que dejaron las llantas en el pavimento por la frenada del carro.

Se detiene el tribunal en seguida en el análisis de lo relativo a la patente expedida al joven Agudelo para conducir, y encuentra en ello la irregularidad de que la obtuviera sin haber cumplido los 18 años de edad requeridos por la Ordenanza número 52 de 1932 en su artículo 3º, y ve que se dejó de presentar el acta de bautismo y que se la suplió por el cálculo a que daba lugar su aspecto físico y, resultando de ahí una edad mayor de 18 años, se le expidió la patente; pero como no llegaba a los 21, se le exigió la caución requerida por los reglamentos en tal caso, y lo fio su padre.

El Tribunal toma como punto de partida la presunción de culpa que en las actividades peligrosas establece el artículo 2356 del C. C., y del análisis del aludido conjunto de pruebas deduce que el demandado no la ha destruído, tanto porque en lo que le atañe personalmente concurrió a la contravención de que se expidiera prematuramente la patente a su hijo, cuya edad no podía ignorar, cuanto porque, en lo tocante al hijo, el estado del automóvil y la velocidad a que lo llevaba impiden exonerarlo de culpa.

Sobre esta base el Tribunal encuentra que es el caso de decretar la indemnización demandada; pero descarta los perjuicios materiales por no ver que los de esta clase se produzcan para los padres con la muerte de un hijo de corta edad; y al reconocer los morales, aplica, como ya es de doctrina hacerlo en lo civil, el artículo 95 del C. Penal que autoriza fijarlos hasta en $ 2.000 y, estimándolos efectivamente en esta cifra, la reduce a $ 1.500 por hallar concurrencia de culpas, determinante de esta reducción ante el artículo 2357 del C. C., en las vacilaciones de la víctima entre si insistía en atravesar la calle o se devolvía al ver acercársele el automóvil y también en el hecho mismo de lanzarse a la calle a atravesarla en esos momentos descuidada e inopinadamente.

El abogado recurrente formula varios cargos, todos dentro del motivo 1º del artículo 520 del C. J., los que se ordenan y analizan como pasa a verse:

En primer lugar el de error en la apreciación de la providencia del Juzgado de Menores, tanto porque deja de ver en ella una sentencia con fuerza de cosa juzgada, quebrantando así los artículos 632 y 441 del C. J., cuanto porque al admitir la acción civil a pesar de esa solución, viola el artículo 28 de la Ley 94 de 1938 (Código de Procedimiento Penal).

En seguida acusa de violación del artículo 2356 del C. C., nacida de errónea apreciación de las pruebas y principalmente de falta de apreciación de las relativas a la conducta, habilidad y prudencia del joven Agudelo.

Y, por último, halla quebranto del artículo 2357 del mismo Código "por mala interpretación de la prueba, al deducir mayor responsabilidad al conductor del vehículo que a la niña accidentada". Sostiene que la reducción de la indemnización ha debido llegar al total y no limitarse a la cuarta parte.

Es de advertirse que, si el Tribunal interpretó el artículo 28 tal como si dijese **hecho** donde se lee **infracción,** el recurrente arguye que, aun en el evento de estar equivocado así el legislador, no es el juez el llamado a corregirlo, y, más aún, que el cambio de aquel vocablo por éste pregona que la causal a que la disposición mira no es la ausencia del hecho en sí mismo, sino la circunstancia de que no constituya infracción, es decir, ilícito penal calificado de tal por la ley (artículos 1 y 2 del C. P.); de suerte que para los efectos de atajar o conjurar la acción civil una sentencia absolutoria o un sobreseimiento definitivo no es necesario que el hecho no haya ocurrido sino que se absuelva o sobresea por no tener la calidad legal de infracción.

Se considera:

El artículo 28 de la Ley 94 de 1938 requiere como base **sine qua non** una sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo, y tal es el punto de partida de lo que establece y reglamenta. Por consiguiente, en faltando ese elemento, ni lugar hay a discurrir sobre la relación entre la decisión en lo penal y la acción civil. Tal el presente caso en que en lo penal lo que se tiene es la providencia del Juez de Menores, la cual, lejos de ser una sentencia definitiva, es revocable y reformable en cualquier tiempo, al tenor del artículo 74 del Código Penal, á cuya cita es de agregarse la del artículo 621 de la dicha Ley 94.

Así las cosas, no cabe discurrir aquí sobre si la absolución o sobreseimiento definitivo en lo penal pronunciados como dice el artículo 28 de esta ley, impiden inexorablemente la acción civil al punto de que el juez de este ramo haya de aplicar en forma mecánica, por decirlo así, esa disposición, o si, por el contrario, debe indagar si el fallo en lo penal abarcó en su totalidad lo atinente a culpa o se limitó a estudiar el respectivo asunto como delito y, dejando por lo mismo intacta la zona restante de la culpabilidad, al quedar consecuencialmente sin juzgamiento lo de esta zona, ha de estudiar y decidir lo correspondiente a ella.

No mediando el fallo definitivo indispensable ante el artículo 28, no es admisible el cargo de error de apreciación de la providencia del Juzgado de Menores ni, por tanto, el de violación del artículo 471 del C. J. sobre cosa juzgada, por no haber reputado el Tribunal negada allí ya la indemnización, ni tampoco el de quebranto de ese artículo 28 por haber hallado el Tribunal procedente la acción civil y entrado a considerarla y decidirla.

Al formular el cargo de indebida aplicación del artículo 2346 del C. C., el recurrente, sin perjuicio de su concepto sobre aplicabilidad y alcance del artículo 28, se coloca por hipótesis en el supuesto contrario, para afirmar que, aunque fuera el caso de estudiar la acción civil a pesar de la providencia en lo penal, no podría acogerse esta acción aquí, porque el demandado acredita su inculpabilidad con las pruebas que adujo.

Estas son las ya aludidas sobre buena conducta del joven Agudelo y su habilidad y prudencia en el manejo del automóvil, así como el buen estado y cuidadosa revisión de éste. Pero, como ya se dijo, obran pruebas en contrario, y el Tribunal estudió unas y otras como manda el artículo 593 del C. J., y si el resultado de ese estudio y confrontación fue adverso al demandado, no se debe a que el Tribunal dejara de tomar en cuenta tal o cual elemento probatorio, ni que prescindiera de algo de lo que las pruebas dicen o les atribuyera algo que no dicen. Si hubiera incurrido en yerros de esta clase, habría error de hecho que, en apareciendo de modo manifiesto en los autos y determinando violación de disposiciones sustantivas, daría lugar a casación. Como no incurrió, no es el caso.

Tampoco hubo en esa apreciación error de derecho, pues el Tribunal dio a cada prueba el valor señalado para ella en la ley. Así, los peritos dictaminaron sobre ciertos defectos del automóvil que no pueden atribuírse, como insinúa el recurrente, a efecto de las maniobras a que en el momento del accidente se vio forzado el joven Agudelo en su anhelo de evitarlo, ni al servicio que el automóvil prestó en seguida, como son la dureza de la dirección y la falta de parabrisas y vidrios; y dictaminaron también sobre la velocidad en el sentido ya dicho, aduciendo un fundamento tan valioso como es la longitud de cosa de diez y seis metros del trayecto recorrido por el vehículo después de frenar, de que dan fe las huellas que dejó en el suelo.

Para formar su juicio en relación con las declaraciones de testigos en pro y en contra de la habilidad y prudencia del joven Agudelo como conductor y sobre la revisión del vehículo, el Tribunal procedió de acuerdo con el artículo 702 del C. J.

Y en lo tocante a la patente que prematuramente obtuvo dicho joven para conducir automóvil, ocurre observar que él no podía ignorar su edad y, respecto de su padre, que tampoco podía ignorarla o no estar al tanto de las prohibiciones respectivas, por lo cual no erró el Tribunal al encontrar en ese hecho y en la fianza del doctor Agudelo a su hijo una contravención. De paso se observa que en los casos de contravención la acción civil puede ejercitarse sin sujeción a la penal, según los artículos 13 y 27 del C. P.

Ese concepto de contravención no impide en manera alguna reconocer cómo en autos se atestigua la consternación y profundo dolor de padre e hijo por el accidente y la generosidad y bondad con que aquél proveyó solícito a los cuidados clínicos de la niña atropellada, desgraciadamente ineficaces.

En suma: no habiéndose producido el error de apreciación de pruebas de que el recurrente deriva el quebranto de dicho artículo 2346, no pudo producirse este efecto.

Cuanto al artículo 2357 del C. C., se observa que no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente, como explícitamente en otros análogos, el legislador defiere a la prudencia del juez, es decir, que en casación no es posible infirmar un fallo recurrido porque la Corte crea que, a haber sido fallador de instancia, habría aumentado o disminuído la reducción señalada por el Tribunal.

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

Sin costas en el recurso, por no haberse causado.

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 PARTICION Y DE REIVINDICACION

Los artículos 1402, 1403, 1409 y 1410 del Código Civil contemplan acciones o molestias que pueden caer sobre un partícipe, a fin de advertir que ha de citar a sus copartícipes para la defensa y denunciarles el pleito para la evicción posterior, a la que no habrá lugar cuando la ha renunciado, ni cuando la evicción o molestia provienen de culpa suya o tienen causa posterior a la partición, pues es claro que el grupo de los interesados ha de llevar sobre sí, en la proporción legal, las contingencias y responsabilidades a que habría estado afecto su causante común si viviese; pero no las de cada adjudicatario nacidas de obra suya o de su omisión o sobrevivientes, pues la partición se retrotrae a la muerte del DE CUJUS. (Artículo 1401 C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El Juzgado Civil del Circuito de Tuluá en auto de 24 de mayo de 1943 admitió la demanda inicial de este juicio, incoado por Heliodoro Quintana Uribe contra Manuel Rentería Ponce, Georgina Ponce de Rentería, Tulio y José Ponce, Alfonso Tolosa, Teresa Ponce de Moreno, Rosa Ponce y Virginia Ponce de Tolosa, demanda reformada en escrito de 15 del siguiente junio para señalar como demandada, en vez de esta última señora a su sucesión, representada por su heredero el prenombrado Alfonso Tolosa Ponce.

El actor ejercita varias acciones, como principal y subsidiarias. La última es reivindicación del inmueble que el libelo determina, y las demás atacan de nulidad absoluta y de rescisión la partición hecha el 21 de octubre de 1940 y registrada con su sentencia aprobatoria el 3 de abril de 1941 de un globo de terreno que en común quedó adjudicado en la mortuoria del señor Manuel José Ponce a sus causahabientes, algunos de los cuales conservaron sus cuotas y otros las enajenaron a terceros, de éstos el señor Heliodoro Quintana, en cuya causa mortuoria estas adquisiciones se adjudicaron a su heredero el actual demandante.

El señor Manuel José Ponce, dueño de lo que fue lote número 2 del globo de terreno llamado Guavinero, con cabida de 30 hectáreas, 1750 metros cuadrados, segregó de él y vendió al señor Heliodoro Quintana en escritura número 83, otorgada en la Notaría de Bugalagrande el 6 de septiembre de 1901, un lote allí alindado, con cabida de 13 h. 2910 mc., que fue la base de la finca que Quintana formó y llamó El Edén.

La dicha partición de 1940, registrada en 1941, versó sobre la totalidad del lote número 2, sin descontar lo que Ponce había vendido a Quintana en 1901; de suerte que esa partición, adjudicando a Quintana Uribe, en pago de los aludidos derechos comprados a causahabientes de Ponce, un lote donde tenía sus trabajos, no sólo suprimió en el hecho lo que de su padre heredó como comprador éste en el citado título de 1901, sino que al propio tiempo le cubrió sus derechos en la comunidad con lo que era ya de él y no de ésta.

Así las cosas, si estos derechos resultaron con el aumento que proporcionalmente correspondía a tomar como dividendo la finca primitiva sin descontarle lo vendido por Ponce en 1901, por otro lado, a tan pequeña ganancia correspondió la pérdida de este último, es decir, de lo que Ponce había enajenado y Quintana adquirido y transmitido por herencia a su hijo Quintana Uribe.

Este, presentando como fundamentales los hechos que quedan resumidos en el precedente relato, ataca la partición con acción de nulidad absoluta cuya declaración es la primera súplica de la demanda, así como su consecuencial restitución de las cosas al estado que tenían antes de aquélla y orden de cancelación del registro de la misma y de la sentencia aprobatoria, invocando para todo ello el haber incluído la partición bienes ajenos o extraños a la masa partible.

En subsidio demanda rescisión por lesión enorme sufrida por el demandante; en subsidio de ambas pide reivindicación del lote que especifica como parte de El Edén en la súplica respectiva, y en subsidio pide la declaración de que el actor es dueño del lote que singulariza tal como reza la citada escritura de 1901 y de que los demandados deben restituírselo como herederos del vendedor Ponce.

El Juzgado negó todas las peticiones de la demanda en sentencia de 14 de noviembre de 1944. Apelada por el actor, el Tribunal Superior de Buga la revocó en la de 9 de noviembre de 1945, contra la cual el apoderado de la mayoría de los demandados interpuso el recurso de casación que aquí se decide.

El Tribunal declara absolutamente nula la partición demandada y la sentencia que la aprobó, ordena al Registrador cancelar las inscripciones respectivas y declara a las partes "restituídas a la situación que tenían antes de la división que se anula".

Es fundamento del fallo el hecho de haberse pagado al actor sus derechos de comunero con un bien ya suyo, y de ahí deduce analogía con la compra de lo propio, lo que carece de valor ante el artículo 1872 del C. C., aplicable a una partición por virtud del artículo 1405 de la misma obra. Puede decirse que este párrafo resume la sentencia en lo esencial y hoy pertinente, o sea, en la acción que acoge.

Varios cargos formula el recurrente dentro del motivo 1º del artículo 520 del C. J., como adelante se verá, y aduce también el motivo 2º de esta disposición por no estar, dice, la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Para invocar este motivo el recurrente razona, en suma, así: la demanda no se formuló sobre el pie en que la coloca el Tribunal, porque el demandante no se queja de que con lo propio de él se le cubrieran sus derechos de comunero; de suerte que al tomar así el Tribunal la materia de la litis, falló **extra petita.**

Infundado el cargo. La demanda tiene que apreciarse armónicamente como un conjunto a que concurren los hechos fundamentales y que no consiste tan sólo en su parte petitoria. De lo contrario, fácilmente podría desviarse o no comprenderse su intención y, de otro lado, quedaría sin sentido la exigencia legal de que a más de contener lo que se demanda y los fundamentos de derecho en que se apoya, "exprese con claridad y precisión los hechos u omisiones". (C. J., artículo 205).

La de este juicio presenta como queja primordial la inclusión de algo ajeno entre lo que debía partirse, y así formula la primera de sus súplicas, y entre los hechos, enumerados con la dicha claridad y precisión, figura el de que ese algo ajeno indebidamente agregado a lo que sí se debía partir es el lote de terreno comprado por Heliodoro Quintana en 1901 a Manuel José Ponce y heredado de éste por su hijo, hoy demandante.

Por tanto, no puede considerarse fuera de la demanda y de la contienda eso que el Tribunal vino a considerar y decidir a la hora del fallo. Por otra parte, bien se ve que para reconocer que la cuestión figuraba entre las pretensiones oportunamente aducidas por los litigantes no era preciso en este caso, como no lo es en general, que se redactara **ab initio** en los mismos términos, no presentibles por el demandante, en que más tarde el sentenciador haya de expresarse en la motivación de su sentencia.

Dentro del motivo 1º la base de la acusación está en que, al decir del recurrente, el Tribunal identificó la partición con la compraventa y así quebrantó el citado artículo 1872 por aplicación indebida y el 1405, ambos del C. Civil, por interpretación errónea. La partición, dice, no es un contrato y, si lo fuera, no sería de compraventa, pues carece de los elementos constitutivos de ésta, comenzando por el precio; ni aun puede decirse que sea permuta en forma de dar cada partícipe sus derechos en la universalidad en cambio de lo que recibe en singular. Agrega que el artículo 1405 se limita a establecer que para anular y rescindir las particiones se sigan las mismas reglas que para los contratos y se proceda de la misma manera que con éstos; pero no crea identidad entre unas y otros, por lo cual no puede aplicarse a una partición un precepto tan exclusivo de la compraventa como es el del artículo 1872 y suponer que la adjudicación es una compra.

Se considera: el Tribunal no ha identificado partición y compraventa. Simplemente, siguiendo reglas de **los contratos**, a las que genéricamente se refiere el artículo 1405, aplicó la del artículo

1872, por hallarla entre ellas, esto es, entre el conjunto a que sin salvedades ni distingos se refiere esa disposición.

Que ese fue el concepto y proceder del Tribunal, lo persuade este pasaje de su sentencia que viene en seguida de una confrontación de linderos entre los de la escritura de 1901 y los de la adjudicación que ahora se hizo al demandante. Dice la sentencia: "¿Cuál es la inmediata conclusión a que conduce lo anterior? Que las 19 plazas 5757 m.2 que se adjudicaron a Heliodoro Quintana Uribe en la división del terreno de Manuel José Ponce ya eran de su propiedad antes de la partición, porque formaban parte del cuerpo cierto que había adquirido su padre en la escritura número 83 de 1901, y por tanto, para pagarle sus derechos de copartícipe en lo que quedaba del terreno de Manuel José Ponce, descontada esa venta, se le adjudicó un lote que era ya de su exclusiva propiedad. Si como se sabe las particiones se anulan y rescinden de la misma manera que los contratos, es ostensible que en el caso de autos Quintana Uribe ha adquirido dos veces el mismo inmueble, en la partición unas dos plazas, negocio jurídico ineficaz porque la compra de cosa propia no vale conforme expresamente lo estatuye el artículo 1872 del C. Civil".

Deduce el Tribunal la nulidad absoluta, de esa circunstancia y, además y principalmente, de que "todos los negocios que se ejecutan sin que haya causa real adolecen de una nulidad que linda con lo inexistente, ya que aquélla es elemento integrante de todo contrato (artículo 1524 **ibídem**). Y esto no puede ser de otra manera, si se piensa que la causa de que trata el Código es el fin práctico o la razón económico-jurídica que las partes han tenido como objetivo al negociar y sin el cual objeto no es posible aceptar que alguien se obligue para con otro".

No es, pues, admisible el cargo de quebranto de dichos artículos 1405 y 1872 del C. C. ni, por ende, el que de esa violación deduce el recurrente respecto de los artículos 1523, 1524 y 1741 del mismo Código.

Como aduce los artículos 1402, 1403, 1409 y 1410 de esa obra en la mira de reforzar su ataque por violación del 1405, debe anotarse que aquéllos contemplan acciones o molestias que pueden caer sobre un partícipe, a fin de advertir que ha de citar a sus copartícipes para la defensa y denunciarles el pleito para la evicción ulterior, a la que no habrá lugar cuando la ha renunciado, ni cuando la evicción o molestia provienen de culpa suya o tienen causa posterior a la partición, pues es claro que el grupo de los interesados ha de llevar sobre sí, en la proporción legal, las contingencias y responsabilidades a que habría estado afecto su causante común si viviese; pero no las de cada adjudicatario nacidas de obra suya o de su omisión o sobrevinientes, pues la partición se retrotrae a la muerte del **de cujus** (artículo 1401, C. C.).

De otro lado, esas disposiciones no desvirtúan sino que corroboran la opinión del Tribunal sobre el sentido del artículo 1405 para un caso como el presente. Basta, por ejemplo, recordar cómo el comprador demandado ha de denunciar el pleito a su vendedor para poderle exigir el saneamiento si fuere evicto, según el artículo 1899 del C. C., en relación con el cual son de citarse los artículos 235 a 239 del C. J.

Otro cargo es el de error en la apreciación de las pruebas relativas a las adquisiciones del demandante y a la identidad de éstas en sí mismas como parte de El Edén y, sobre todo, a la identidad entre esta finca y el lote señalado a Quintana Uribe en la partición de que se trata.

No llena la demanda de casación en forma clara y precisa la exigencia legal de relacionar de causa a efecto el error de apreciación de pruebas con el quebranto de determinadas disposiciones sustantivas, conexión indispensable, puesto que ese error no es de suyo motivo de casación, sino que puede generarla en cuanto de él se siga una violación de disposiciones de esta clase, la cual es lo erigido en motivo por el citado artículo 520 en su numeral 1º.

Pero interpretándola en forma de entender que de ese error deduce el quebranto de las disposiciones sustantivas citadas, es de entenderse que el cargo consiste en que, aun suponiendo que el precepto del artículo 1872 figura entre las reglas contempladas por el artículo 1405, no cabe aplicarla aquí, porque los hechos no dan la base necesaria al efecto, porque no se identificó el lote comprado por Quintana en 1901, no se midió ese lote ni el total Nº 2 del antiguo Guavinero, no se tuvo en cuenta que Ponce después de esa venta agregó tierras a lo que había conservado, por lo cual lo que dejó al morir no fue sólo el aludido saldo del lote Nº 2, y, sobre todo, no se estableció

identidad entre la compra de 1901 y la adjudicación hecha a Quintero Uribe en la partición atacada en este juicio; de manera que el Tribunal, al aplicar el artículo 1872, procedió equivocadamente, dando por establecida esa identidad que las pruebas no acreditan.

Se considera: aun suponiendo que estos reparos contengan afirmaciones exactas, no fundamentan el cargo, por improcedente. En efecto, lo acontecido, concretando la atención a lo pertinente, es esto: por la citada escritura Nº 83 de 1901 vendió Ponce a Quintana una porción segregada del lote Nº 2, determinada no sólo por su cabida sino también por sus linderos, los que terminan con estas palabras: "y por el oriente, propiedad o lote que se reserva el vendedor, y el zanjón de Palo de Leche". Como se ve, Ponce dividió su predio en dos cuerpos ciertos, de los cuales se reservó el oriental y transfirió a Quintana el occidental. Demostrado en autos que sobre este último vino a fundarse la finca El Edén y que allí, en esa extremidad occidental es donde la partición hoy controvertida adjudicó a Quintana el lote que ha de cubrirle sus derechos de comunero como dueño de cuotas de algunos de los causahabientes de Ponce, es evidente e inequívoco el hecho de que este pago se le hace con algo que ya era suyo por otro título; que es el concepto básico de la sentencia recurrida.

Suponiendo inciertas las extensiones del lote Nº 2 y del que Ponce vendió a Quintana en 1901 y suponiendo incierta la línea divisoria entre la porción que entonces se reservó el vendedor y la que adquirió el comprador, de esas incertidumbres lo que cabe deducir es que sea imprecisa, esto es, que puede ser mayor o menor, grande o pequeña la extensión en que coincidan o, por decirlo así, se superponga una a otra, la adjudicación ahora discutida y la compra de 1901; pero no es necesario que esa coincidencia sea total para que se produzca el hecho que el Tribunal tomó como base, puesto que aunque aquélla sea parcial y la parte sea pequeña, ello es que en tal parte se le cubre por la partición a Quintana su derecho de comunero con algo propio suyo, extraño a la finca común.

En el capítulo de la demanda de casación de que se está hablando, o sea, el relativo a pruebas, involucra el recurrente temas diversos que fueron discutidos en las instancias, como lo atinente a que Quintana Uribe fue parte en el juicio divisorio y en él no reclamó, de donde deriva el recurrente que para aquél tiene la sentencia aprobatoria fuerza de cosa juzgada que le veda incoar el presente pleito y ser escuchado, y como la falta de mensura de las aludidas porciones de terreno para demostrar la lesión de que se queja. Estos reparos no los presenta en la forma que, para ser considerados en casación, exige el artículo 531 del C. J. y si los hubiera formulado debidamente, la Sala los hallaría inadmisibles, ya porque la lesión no fue materia decidida, sin duda por corresponder a una acción subsidiaria que la parte resolutiva del fallo no tuvo por qué atender habiendo prosperado la súplica principal; ya porque es acertada la negativa del Tribunal al referido argumento sobre cosa juzgada, en lo que éste trae como respaldo conceptos de esta Sala transcritos de la sentencia de 31 de mayo de 1928 (G. J. Tomo XXXV, págs. 294 a 298), según los cuales el haber "intervenido en la partición el verdadero dueño en el falso concepto de que pertenecía a la sucesión una parte de la finca que era de su propiedad exclusiva", no es óbice para el ejercicio y efectividad de las acciones que corresponden a esa su calidad de dueño de lo indebidamente partido como del causante, "porque la partición no implica enajenación recíproca entre los partícipes, sino la distribución aceptada por éstos de los bienes del causante; de manera que no puede sostenerse que por haber intervenido en una partición el dueño exclusivo de un bien que se tuvo como perteneciente al causante, sin serlo, aquél haya transferido el dominio a los partícipes". Añade aquella sentencia de la Corte que el registro de la partición y de las hijuelas no destruye el título del verdadero dueño, porque su intervención en la partición de los bienes no lo convierte en tradente de los suyos propios, de modo que para sus acciones de dueño de esto no es obstáculo la sentencia aprobatoria de la partición, que no puede ir más allá de los efectos jurídicos que a la partición señala el artículo 1401 del C. C.

Queda dicho repetidamente que el Tribunal declaró la nulidad absoluta, suplicada en primer lugar en el libelo; no hubo ocasión, por ende, a que la parte resolutiva de su sentencia se extendiese a las acciones restantes presentadas en subsidio. De otro lado, queda visto igualmente que los cargos formulados en este recurso contra aquella declaración no son justificados. Eso es lo pertinente aquí y lo suficiente para negar la casación del fallo recurrido. De ahí que la Sala no se detenga a considerar los argumentos relativos a las acciones subsidiarias aludidas presentados en la deman-

da de casación, porque carecen de pertinencia, ya que este recurso ha de concretarse a lo que en la segunda instancia se ha decidido, esto es, a atacar lo que en ella es adverso al recurrente, y no puede entenderse encaminado a renovar ante la Corte todas las discusiones habidas en las instancias cual si el recurso fuera una tercera.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga el nueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Las costas del recurso son de cargo de los recurrentes.

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 FILIACION NATURAL

La Corte, en sentencia de fecha 1º de octubre de 1945, tras extensos razonamientos, acogió por unanimidad la doctrina de que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél. Rectificó así la Sala de Casación su anterior jurisprudencia que, a partir de la sentencia de 26 de abril de 1940, había sostenido en varias sentencias, de que muerto el padre no era viable la acción de filiación natural, tesis que dividió siempre el personal de la Corte y dio ocasión a encontrados pareceres entre los juristas. La nueva jurisprudencia, prohijada en dos fallos que han venido después, tiene la ventaja de la unanimidad de la Sala y, dado el asentimiento que ha tenido en la conciencia del país, pues hasta hoy que se sepa ninguna voz autorizada se ha alzado para replicarla, cobra así mayor valor como expresión de la verdadera doctrina jurídica sobre esa debatida cuestión legal que tánto anarquizó la opinión de abogados, jueces y magistrados.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en sentencia de segunda instancia, puso fin a los juicios acumulados de Néstor Emilio, Hilda Rosa y Helena Felicia Munive, contra Rosa Huget de Munive, Basilio Múnive, María Luisa Munive, Mercedes Munive y Amalia Munive, para que se declare a los demandantes hijos naturales de Luis Munive, en esa calidad herederos y se les adjudiquen las cuotas que les corresponden en la herencia.

Por jueces distintos se había fallado la acción en primera instancia, uno de los cuales hizo el reconocimiento demandado, y el otro lo negó, absolviendo a los demandados. De ahí que el Tribunal, después de haber decretado la acumulación de los dos procesos, desatara la controversia en una sola sentencia, así:

"1º—REVOCASE la sentencia de seis (6) de octubre de mil novecientos treinta y nueve (1939) proferida por el Juzgado Unico del Circuito Civil de esta ciudad por virtud de la cual se declaró que los señores Néstor Munive, Hilda Rosa Munive y Helena Felicia Munive, tienen el carácter de hijos naturales del señor Luis B. Munive".

"2º—CONFIRMASE la sentencia de ocho (8) de marzo de mil novecientos cuarenta y uno (1941) proferida por el mismo Juez anteriormente nombrado, y por medio de la cual se absolvió a los señores María Luisa, Basilio, Amalia y Mercedes Munive de los cargos formulados en el libelo de demanda de nueve (9) de mayo de 1940, por los demandantes Néstor, Helena e Hilda Rosa Munive para que se les declarara herederos del finado Luis Munive".

"3º—Sin costas".

En recurso de casación viene a la Corte la anterior sentencia del Tribunal. Estando agotadas las ritualidades, procede la Sala a decidir lo que corresponda.

La sentencia del Tribunal

El Tribunal absolvió, basado en que los juicios se propusieron después de la muerte de Luis Munive, el presunto padre natural, ocurrida el 11 de febrero de 1937. En estas condiciones el sentenciador halló que ese hecho producía la extinción de la acción de filiación establecida por la ley 45 de 1936, invocada por los actores, por ausencia de legítimo contradictor. Esta tesis la respaldó con la doctrina que esta Sala sustentó al respecto en varias sentencias, a partir de la de 26 de abril de 1940, publicada en la GACETA JUDICIAL, tomo XLIX, págs. 249 y siguientes, en que se estimó que por efecto de los artículos 403 y 404 del código civil, a los cuales quiso darles aplicación la ley 45, mencionada, según el artículo 7º, sólo puede ser legítimo contradictor el padre, so pena de nulidad, y que los herederos únicamente los representan cuando ha fallecido después de que se le haya promovido el juicio y antes de la sentencia.

El recurso

El abogado de los demandantes en la demanda de casación, entre otros cargos, formula contra la sentencia el de ser violatoria de los artículos 401, 402, 403 y 404 del código civil, por interpretación errónea de esas disposiciones, lo mismo que del artículo 7º de la ley 45 de 1936, por la misma causa.

Fundamenta el cargo diciendo que los preceptos mencionados del código civil no significan que los juicios sobre filiación no puedan nunca seguirse o sean nulos, cuando el contradictor legítimo, aun por haber muerto, antes del juicio, no haya intervenido; que dichos textos lo que significan es que, como legítimos contradictores, el padre en los juicios sobre paternidad y la madre en los juicios sobre maternidad, deben intervenir si se quiere que la sentencia respectiva produzca efectos **erga omnes**; que en los referidos textos no se encuentra la expresión que fuera necesaria para negar el derecho de litigar a quienes tengan interés en esclarecer algo que les atañe para los efectos relativos a los meros litigantes; por el contrario los citados textos sólo estatuyen sobre lo que debe observarse para que los fallos en referencia produzcan efectos contra todo el mundo; que el Tribunal al entender los textos legales examinados en forma que saca de ellos conclusiones adversas a la validez de los juicios y fallos sobre filiación, por haberse ventilado sin citación del padre muerto, incurre en error de interpretación, pues aquellos fallos son posibles y válidos en el sentido relativo propio de los fallos judiciales en general, aunque no intervenga el legítimo contradictor por haber fallecido; por último, que, si bien es cierto que el artículo 7º de la ley 45 manda aplicar al caso de la paternidad natural los artículos 401, 403 y 404 del código civil, comoquiera que estos textos rectamente interpretados no implican la improcedencia de los fallos judiciales en su valor relativo entre los litigantes, por el mero hecho de no haberse seguido el juicio con el legítimo contradictor, resulta que al hacer uso el Tribunal del artículo 7º, lo quebrantó, dándole errada aplicación.

Examen de la causal alegada

El cargo tiene amplia justificación. Ya esta misma Sala de la Corte, en sentencia de primero de octubre del año próximo pasado, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL, tras extensos razonamientos, se pronunció por unanimidad de votos en el sentido de que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél. Rectificó así la Sala la anterior jurisprudencia, que a partir de la sentencia de 26 de abril de 1940, había sostenido en varias sentencias, de filiación natural, tesis que dividió siempre el personal de la Corte y dio ocasión a encontrados pareceres entre los juristas. La nueva jurisprudencia, prohijada en dos fallos que han venido después tiene la ventaja de la unanimidad en la Sala, y dado el asentimiento general que ha tenido en la conciencia jurídica del país, pues hasta hoy que se sepa ninguna voz autorizada se ha alzado para replicarla, cobra así mayor valor como expresión de la verdadera doctrina jurídica sobre la debatida cuestión legal que tanto anarquizó la opinión de abogados, jueces y magistrados.

De la referida sentencia de primero de octubre son los siguientes postulados que sintetizan sus amplios razonamientos:

"a) Los artículos 401 a 404 del código civil que no pueden tomarse aisladamente unos a otros, ni desvincularse de las acciones de impugnación de la paternidad legítima y de la maternidad, correspondientes al padre, o la madre, o a terceros, según la organización que a esas acciones se les da en el mismo estatuto, ni las acciones sobre declaración de la paternidad o maternidad legítima, correspondiente al hijo, establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el alcance relativo de las sentencias judiciales".

"b) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del código de Chile y del código colombiano, tanto antiguos como modernos, estatutos en que son idénticas esas disposiciones".

"c) Los antecedentes del inciso 2º del artículo 317 del código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano, y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad, acredita incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", lejos está de significar que con el deceso del pa-

dre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre, para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el código civil".

"d) De consiguiente, incrustada la noción del legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural, creadas en la ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre, sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos **erga omnes** de los en que tan sólo tiene efectos relativos".

"f) Aceptado, como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala, que la ley 45 de 1936 apenas responde a elevados requerimientos de justicia social, al otorgar al hijo natural el derecho de demandar al padre para que con su audiencia se declare su calidad de tal, la misma justicia exige todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. Porque si así fuera, quedarían despojados de ese derecho además de los póstumos aquellos hijos naturales que por haber recibido del padre, en vida, la protección adecuada se sintieron cohibidos para demandarlo por un sentimiento natural de respeto y de gratitud. Conclusión que la Sala encuentra reñida con la equidad, la moral y la justicia".

"g) Como el artículo 4º, de la ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos limitados que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya precedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre o sus herederos, es gravemente equivocado sostener que una tal calificación pueda intentarse por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión".

"h) Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investigación de la paternidad natural, se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial".

Para llegar a estas conclusiones la Sala estudia ampliamente a través del derecho romano, el español y el francés, hasta llegar a la legislación chilena y colombiana, la noción del legítimo contradictor; contempla varios supuesto en que la ley admite que la acción sobre legitimidad o ilegitimidad del hijo o sobre impugnación de la maternidad del hijo 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 código civil; y explica como en estos casos la sentencia, no obstante versar sobre el 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**.

Refiriéndose al artículo 403, en cuanto dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", cláusula que fue la piedra angular en que reposó la jurisprudencia derogada, dijo la Sala:

"Significado de esta prescripción.

"La tesis absolutista que se está combatiendo toma pie en el contenido de la anterior prescripción con que termina el artículo 403, en el cual se cree ver la privación de las acciones de estado sobre filiación paterna si no se dirigen personalmente contra el padre".

"Claro que la cláusula tomada aisladamente, desvinculada de sus antecedentes, y aplicada en forma mecánica, sin parar mientes en el engranaje de la institución a que pertenece, es definitiva en el sentido de que son inválidos los juicios seguidos entre personas que no sean las enumeradas en la primera parte del artículo".

"Pero ese no es el sentido de la cláusula, pues si así fuera quedarían sobrando en el código civil las acciones de impugnación de la paternidad y de desconocimiento de la maternidad que se otorgan después de muerto el padre o la madre y de las cuales ya se habló; e igualmente habría que dar por inexistente el artículo 406, que dice: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre **cualesquiera otras personas que se haya pronunciado** podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o de la madre que le desconoce". Es decir, sea que el fallo se haya pronunciado entre legítimos contradictores, o entre personas que no son legítimos contradictores entre sí, no puede oponerse a quien se presente en las condiciones de la disposición".

"Entonces la cláusula significa cosa distinta de la que se le atribuye. Pero, ¿cuál será su verdadero alcance?"

"Muy fácil de determinar. Opera principalmente la disposición en las disputas sobre maternidad.

Fue consagrada en atención a esa clase de controversias de las cuales sin discutirse directamente sobre la paternidad, esta cuestión sin embargo también está comprometida; como cuando viviendo el marido se discute la maternidad del hijo, pues si la mujer no es la verdadera madre, el marido no será tampoco el padre legítimo, y, al contrario, declarada la maternidad, el marido será el padre en virtud de la regla **pater is est...**"

"En estos casos debe intervenir el marido forzosamente en el juicio, claro que estando vivo, pues si está muerto no hay sujeto a quién hacer intervenir; además de que las respectivas acciones no están condicionadas a la vida del marido, pues vuelve a repetirse que si ello fuera así habría que borrar los títulos 10 y 18 del código civil, y el artículo 406".

"Ilustra mucho el alcance de la cláusula en comentario la historia del establecimiento de la correspondiente disposición del código de Chile".

"En el primitivo proyecto de don Andrés Bello el artículo 317 estaba redactado así: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo".

"Por consiguiente, si el hijo ha obtenido contra la madre un fallo que lo declara legítimo, no obstará este fallo al padre o a sus herederos; y si otra persona que el hijo ha obtenido contra el padre o sus herederos un fallo que declara la ilegitimidad del hijo, no obstará este fallo al hijo o a sus herederos".

"Después en nuevo proyecto se cambió así la redacción de la segunda parte del artículo: "Pero si se disputa la maternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad".

"Por último dicha parte se aprobó según el texto legal".

"De estos antecedentes aparece nítidamente:

"a) En primer lugar aclarado que el pensamiento de don Andrés Bello, acerca de la noción de legítimo contradictor definida en los artículos 401 a 403; coincide con la que se da en este fallo, que es la misma que han explicado sin ninguna excepción todos los comentadores de los códigos de Chile y Colombia. La idea de Bello aparece clara en la redacción del primer proyecto; y"

"b) Que la segunda parte del artículo 403 está consagrada principalmente en consideración a las acciones sobre maternidad disputada, ya que en las acciones de impugnación y reconocimiento de la paternidad carece por regla general de aplicación debido a que en vida del padre sólo a éste pertenece el derecho de impugnar, salvo la excepción apuntada de declaración de nulidad del matrimonio, (artículo 220, inciso 3º), en que la acción se da también a "cualquier persona que tenga interés actual en ello".

"Por lo tanto, en función del artículo 403, el padre, mientras viva, deberá intervenir **forzosamente en el juicio,** so pena de nulidad":

1º—Cuando algún interesado, distinto del padre, provoque contra el hijo la acción de impugnación de su legitimidad, por haber nacido despues de expirados los trescientos días subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, apoyado en el artículo 220. Fuera de este caso no se ve posible la aplicación de la comentada regla del artículo 403, en las acciones de impugnación de la paternidad".

"2º Cuando la supuesta madre, pretendiendo probar la suplantación del hijo, se dirige contra el supuesto hijo para impugnar la maternidad, según el derecho consagrado en el artículo 335, inciso 1º".

"3º Cuando el hijo que pasa por legítimo de dos cónyuges determinados lo es de un matrimonio distinto, los verdaderos padres pueden seguir el juicio disputando la maternidad, según el inciso 2º, ibidem. En este caso el juicio se seguirá, como es natural contra la señalada madre supuesta; y por aplicación del artículo 403, el marido de ésta que será el supuesto padre, tiene que llamársele al juicio, porque junto con la maternidad está comprometida también la cuestión de su paternidad".

"4º Mientras los supuestos padres vivan ambos, ninguno de sus presuntos herederos tiene acción para impugnar la maternidad, aunque tengan conocimiento del fraude. Pero si muere la madre, heredarían, por ejemplo, sus hermanos, a no ser por la existencia del supuesto hijo, que les arrebata la herencia; por lo cual entonces los hermanos pueden disputar la maternidad, según el artículo 337, con el objeto de que aclarado que no ha habido tal hijo, pueda recoger la herencia de la supuesta madre. Por aplicación del inciso 2º del art. 403 aquí también tendría que hacerse intervenir al supuesto padre en el pleito, so pena de nulidad".

"Fuera de los anteriores pueden presentarse otros casos dada la complejidad y variedad de acciones sobre maternidad. Pero los enumerados sirven para poner de manifiesto el alcance de la

regla, muy distinto del que hasta hoy le señala la jurisprudencia de la Corte, consistente en establecer que las acciones de reconocimiento de la paternidad no se pueden promover después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste. Tampoco, como lo dijo algún Tribunal, la disposición es una repetición del artículo 216. Según la nueva idea de esta sala constituye una regla de alcances propios y especiales, siendo además armónicos dentro de la institución del legítimo contradictor definida en la ley".

"Adelante se comentará la misma regla en relación con las acciones de estado sobre reclamación de la filiación legítima".

También conviene transcribir los siguientes conceptos de la misma sentencia:

"1º La sentencia que declara la filiación del hijo natural es simplemente declarativa. Para demostrarlo basta leer la fórmula literal con que se consagra la acción en el artículo 4º de la ley y las cinco causales que dan derecho al reconocimiento judicial. El hijo que está en alguna de esas cinco causales es ya hijo natural; sólo que en caso de que el padre se niegue a reconocerlo viene la investigación y luego la sentencia judicial a **declarar** el hecho. Por ser declarativa la sentencia tiene efectos en el pasado en cuanto el hijo adquiere su verdadero estado civil desde la concepción; en manera alguna desde la sentencia".

"2º De que el estado civil de las personas sea personal e intransmisible, no se infiere que sus consecuencias en el orden de las relaciones jurídicas y patrimoniales perezcan con el titular del respectivo estado. Las diversas condiciones cuya reunión forma el estado civil de la persona, esposo, padre, madre, hijo legítimo, hijo natural, etc., son fuentes de derecho y obligaciones para la persona, y producen el parentesco que origina toda una serie de relaciones jurídicas según el grado de proximidad de los parientes, relaciones que son de dos clases: las unas de orden puramente moral, por ejemplo, la potestad paterna, la potestad marital; las otras engendran derechos pecuniarios que forman parte del patrimonio. Las acciones de impugnación y de reclamación de estado nacen generalmente con motivo del ejercicio de estos últimos derechos, y por eso se otorgan también en consideración a móviles puramente patrimoniales".

"No obstante que el estado civil es indivisible e intransmisible, el código civil contempla según está ya visto, las acciones de impugnación de la filiación legítima en cabeza de los herederos del marido (artículo 219) o en cabeza de cualquiera persona que tenga interés en ello (artículo 1220), con el objeto de que establecido el verdadero estado del hijo se realicen las consecuencias patrimoniales que de tal estado dependen. El mismo código contempla también la acción de impugnación cuando obedece a un interés puramente moral en favor de los ascendientes del supuesto padre que ha fallecido (artículo 222). En lo concerniente a las disputas sobre la maternidad se da también la acción de impugnación "a toda otra persona a quien la maternidad putativa perjudique en sus derechos hereditarios" (artículo 337). Y la acción de reclamación de la filiación legítima está visto que se da contra los sucesores del supuesto padre o de la supuesta madre (artículo 406)".

"En todos los casos anteriores no se rompe el principio de la indivisión y de la intransmisibilidad del estado civil. Partiendo de ese principio la acción tiende precisamente a definir determinado estado civil, con el objeto de deducir de allí las consecuencias en orden al patrimonio, ese sí transmisible y divisible".

"¿Acaso la filiación natural debe estar sometida a principios diferentes? No. Por eso con razón se ha dicho:

'La aplicación de la teoría del legítimo contradictor no se vincula al concepto de divisibilidad del estado, sino al de oponibilidad del fallo sobre él, esto es, como lo dice Josserand con la cita de muchos e ilustres expositores, a saber en frente de qué personas puede prevalerse el demandante de las consecuencias que corresponden al estado que se ha atribuído por sentencia judicial. No es, pues, que en relación con unos herederos del padre sea hijo natural y con otros no, sino que solamente tiene derecho a reclamar los efectos que dicha paternidad acarrea contra los herederos que haya vencido en juicio contradictorio. Los que no litigaron no tienen por qué mermar su derecho herencial para integrar la participación que corresponde al actor victorioso. La declaración de heredero, cuando había lugar a hacerla, se entendía hecha sin perjuicio de terceros. Es el mismo fenómeno que se opera con las sentencias condenatorias en juicio de dominio; no se puede decir en casos tales que el actor sea más o menos dueño, o dueño para unos y no para los demás, sino que el fallo que lo declara tal no tiene obligatoriedad y alcances sino en relación con

el litigante vencido'. (Gaceta Judicial, tomo 51, pág. 636).

"3º Con la tesis de que muerto el padre muere la acción del hijo natural para reclamar su estado, piénsese en la categoría de hijos que radicalmente estarían desposeídos de la acción al nacer: los póstumos. Se hace imposible concebir que estén excluídos. No pueden estarlo, si el principio en que se inspiran los artículos 91 y 93 del código civil, de que la ley protege la vida y el patrimonio del que está por nacer, traduce imperativos de justicia que impiden quebrantar sin motivos legítimos la igualdad de posibilidades de los hombres ante la ley. Romperíase esa igualdad de tolerarse que a determinada categoría de hijos naturales se les negase el derecho que a otros se les otorga, solamente porque éstos tuvieron el privilegio de conocer al padre, en contraste con la situación de aquellos nacidos bajo la desventura de la orfandad, que parejamente se les convertiría en desamparo legal".

"Pero a tamaña desigualdad—vitanda, por lo demás, enfocada a la luz de las directrices positivas de nuestra organización constitucional— llégase por interpretar los artículos 401 y 403 aisladamente, cual disposiciones que actuaran disueltas, 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 precia de científica. De consiguiente ni torturar el texto arrancándole conceptos contrarios a los que fluyen de su sentido literal ni desviarlo del fin social a que responde. Desalojando a los póstumos del amparo que la ley 45 de 1936 les confiere a los hijos naturales, ¿acaso esa fuera la manera de acomodar ésta al fin social que la inspira?; y por el otro aspecto, ¿no será deformar el tenor literal de los dos artículos 401 y 403, leyéndolos sin el auxilio del 402, y todos tres desconectados de las disposiciones orgánicas de las acciones de filiación que se dejan examinadas en este fallo, en donde aquéllas encuentran su natural anclaje?".

De todo lo expuesto se concluye que la sentencia recurrida quebranta las disposiciones legales sustantivas que el recurrente señala como violadas. Por consiguiente el recurso prospera y la Sala entra a proferir el fallo que debe reemplazar el que habrá de invalidarse.

Sentencia de instancia.

Néstor Emilio Munive, Hilda Munive y Elena Felicia Munive, promovieron demanda en juicio ordinario contra la señora Rosa Huget de Munive, Basilio Munive, María Luisa Munive, Mercedes Munive y Amalia Munive, para que "se nos declare a los demandantes hijos naturales del finado Luis Munive".

Fundaron esta demanda en que los demandantes son hijos de la señora Ana Martínez, quien los hubo de Luis Munive, con quien mantuvo relaciones sexuales estables; que Luis Munive falleció en el mes de febrero de 1937; que los demandados son, la primera, es decir Rosa Huguet, madre legítima del señor Luis Munive, y los restantes son sus hermanos legítimos; y por último, adicionando la demanda, agregan que "los demandantes han sido o fueron siempre tratados por Luis Munive como sus hijos naturales pues vio y atendió a su educación y sostenimiento y como tales hijos naturales de dicho señor fueron tenidos en concepto general, igual que con relación a la madre de los mismos demandantes señora Ana Martínez".

Adelantándose este juicio murió la señora Rosa Huguet, después de haber sido notificada la demanda. Entonces transcurrido algún tiempo los mismos demandantes propusieron otro juicio ordinario contra los mismos demandados, menos Rosa Huguet, en el cual solicitan estas declaraciones: 1º que son herederos del finado Luis Munive; 2º que se les adjudiquen las cuotas que les corresponden en la herencia de éste y la parte de bienes respectiva, haciéndose la correspondiente partición.

Además de los hechos que habían propuesto en el primer juicio, agregaron estos otros:

a) La señora Rosa Huguet de Munive fue declarada heredera única de Luis Munive en su calidad de madre legítima;

b) Todos los bienes de Luis Munive se adjudicaron o se dieron en posesión efectiva en juicio sucesorio a Rosa Huguet;

c) Son herederos de Rosa Huguet los demandados, quienes en esa calidad poseen los bienes que fueron de Luis Munive y pretenden hacerlos adjudicar en la sucesión de dicha señora;

d) Los únicos herederos que dejó Luis Munive fueron su madre y los tres demandantes;

e) Los demandados como herederos de Rosa Huguet denunciaron en la sucesión de ésta los bienes que a dicha señora se le dieron en posesión en la mortuoria de Luis Munive.

Los demandados se abstuvieron de contestar la demanda en ambos juicios.

La legitimación en causa de los demandados está acreditada con las siguientes pruebas:

Copias expedidas por el notario que protocolizó el juicio mortuorio de Luis B. Munive, en el cual fue reconocida a la señora Rosa Huguet de Munive su carácter de heredera, en su condición de madre legítima del causante, a la que se le dio posesión efectiva de los bienes relictos, según el artículo 950 del código judicial, luego de ser inventariados por el juez.

Y copias expedidas por el notario que protocolizó el juicio mortuorio de Rosa Huguet de Munive, en el cual consta que les fue reconocido a los señores Basilio E. Munive, María Luisa Munive y Mercedes Munive su carácter de herederos de la causante, en su condición de hijos legítimos; estos herederos denunciaron como de la sucesión los bienes que la difunta había hecho inventariar en la sucesión de Luis B. Munive.

En este juicio está propuesta la causal 5ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936, en sustentación del reconocimiento de la filiación de los actores: posesión notoria del estado de hijo natural, consistente, de acuerdo con el artículo 6º de la misma ley en que el respectivo padre o madre haya tratado al hijo como tal, proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, y en que sus deudos y amigos o el vecindario del domicilio en general, lo hayan reputado como hijo de dicho padre o madre, a virtud de aquel tratamiento.

En materia de filiación natural, al igual que en materia de filiación legítima, la posesión notoria del estado civil debe probarse por un conjunto de elementos de convicción que la establezcan de un modo irrefragable, según el querer del artículo 399 del código civil.

Tampoco hay que olvidar que el artículo 398 ibídem, incorporado en el estatuto de filiación natural, determina que para que la posesión notoria del estado civil se reciba como prueba del estado civil, **deberá haber durado diez años continuos por lo menos.**

Refiriéndose la Sala en la precitada sentencia de primero de octubre del año pasado al rigor con que deben apreciarse las pruebas tendientes a establecer la filiación natural dijo lo siguiente:

"Si la exigencia probatoria del artículo 399 se predica de la posesión de estados menos propicios a la incertidumbre, el requerimiento sube de punto en relación con la posesión de estado de hijo natural, en donde el campo es más accesible a la falsa apreciación de las gentes y a situaciones equívocas entre los supuestos padre e hijo, que fácilmente pueden conducir a los jueces a cometer graves errores judiciales, dejándose influir por simples apariencias, muchas veces creadas por testigos ligeros de criterio, o lo que sería ya escandaloso por testigos inescrupulosos".

"La naturaleza bastante incierta y con frecuencia inequívoca de las pruebas tendientes a establecer la filiación natural, determinó a la jurisprudencia francesa a sostener que la ley de 1912 tiene un carácter facultativo para los jueces, pues ninguno de los casos enumerados en ella es perentorio; de manera que por muy completas que parezcan las pruebas el juez conserva entera libertad para desestimar la demanda si el proceso revela algún fondo oscuro que debilite su convicción. Ese arbitrio se debe a que las pruebas de paternidad natural que descansen siempre sobre presunciones, ninguna es cierta, y el legislador no se ha atrevido a establecerlas como presunción legal". (Planiol y Ripert, **Tratado Práctico de Derecho Civil Francés,** tomo II, número 889)".

"Sin necesidad entre nosotros de apelar a las palabras con que se expresó el legislador colombiano de 1936, la solución aquí debe ser igual, dado que la naturaleza de los hechos erigidos como causales para autorizar la investigación de la paternidad natural, requiere elementos probatorios de tanta convicción, que dejan al juez sin ninguna sombra de duda sobre la efectiva realización de esos hechos. No siendo posible acreditar la paternidad por medios directos, la ley recurre a la prueba de ciertos hechos por vía de presunciones. Entonces la verdad judicial de éstas debe imponerse a la conciencia del juez espontáneamente, sin dificultades, pues cualquier duda grave que surja en el proceso de formación del convencimiento, ora en relación con detalles significativos que contrarían por ejemplo un conjunto armónico de testimonios, bien porque la conducta comprobada del supuesto padre de don-

de se pretenda inferir el reconocimiento de la paternidad merezca igualmente interpretaciones distintas de la que se le asigna y aparentemente manifieste, o ya por el origen sospechoso de una prueba formalmente legal, desvirtúa la fuerza probatoria de la presunción y la deja anulada".

Aplicando los principios anteriores al caso controvertido, veráse en seguida el grado de certidumbre que infundan las pruebas allegadas al proceso con el fin de establecer la causal invocada, en demanda del reconocimiento de la filiación.

En las primeras instancias figuran las partidas de bautismo de los tres demandantes, extendidas en Santa Marta, en las que se hizo constar que son hijos de Ana Martínez, nacidos en las siguientes fechas: Néstor Emilio, el 1º de diciembre de 1911, Hilda Rosa, el 20 de agosto de 1920, y Elena Felicia el 18 de febrero de 1925. Además en la partida de bautismo de Néstor Emilio consta que es "hijo legítimo de Luis Munive y Ana Martínez".

En la primera instancia el apoderado de la parte actora hizo recibir las declaraciones de Ricardo Martínez, Pascual Forero, Alfonso Vives, Pedro Sergio Cuello, Modesto Rocha, Beatriz Serrano, Manuel G. Núñez, Isabel Elena Gómez y María Griego.

En síntesis esos testigos declaran:

Ricardo Martínez: Conoció a Luis Munive desde muchacho, y a Ana Martínez desde el año de 1911, quienes hicieron vida marital, en la cual procrearon a los demandantes, lo que le consta por las relaciones que mantenía con aquéllos. Le consta igualmente "por haberlo visto" que Luis Munive trató siempre como a hijos, atendiendo a su sostenimiento y educación y presentándolos como hijos suyos a Néstor, Hilda Rosa y Elena Felicia, los cuales fueron reputados así por los conocidos y relacionados de Luis Munive, y por el vecindario en general, "y esto me consta por haber tenido negocios con Luis Munive y ser su hijo Néstor su representante". Añade el testigo que los tres mencionados hijos "fueron criados en casa de la madre de Luis Munive", y que la reputación de hijos por el vecindario y las relaciones del padre se extendió desde que los tuvo hasta su muerte.

Pascual Forero conoció a Luis Múnive desde que nació y a la señora Ana Martínez "desde muy niña cuando la trajeron a Santa Marta y me consta que hicieron vida marital". De estas relaciones sexuales nacieron Néstor Emilio, Hilda Rosa y Elena Felicia, de lo cual da fe "por haberlos visto nacer al lado de mi casa, donde vivían, los cuales fueron acabados de criar en casa de la madre de Luis Munive donde se encuentra uno todavía". (El testigo rendía declaración en el mes de julio de 1937). El declarante refiere también el hecho de que los relacionados, amigos y vecindario tuvieron siempre a Luis Munive como padre de Néstor, Hilda Rosa y Elena, porque así se presentaba al sostenerlos y educarlos, y como a hijos los trataba, lo cual se prolongó desde mucho antes del año de 1930 hasta su muerte.

Carlos Alfonso Vives refiere que presenció que Luis Munive trató siempre como a hijos suyos, atendiendo a su sostenimiento y educación, a los tres demandantes, presentándose como el padre de ellos, por lo cual sus relaciones y amigos lo reputaban con el mismo carácter, y esta situación se prolongó por más de diez años hasta la muerte de Munive.

Pedro Sergio Cuello afirma que de las relaciones sexuales habidas entre Luis Munive y Ana Martínez nacieron Néstor, Hilda Rosa y Elena, "a quienes conozco personalmente y lo anterior me consta porque conozco desde hace mucho tiempo a los expresados señores Munive y por ser mis hijos contemporáneos con ellos y saber hasta en la casa donde nacieron". Relata el testigo que hasta la muerte de Luis Munive presenció que éste se presentaba como padre de los demandantes, sosteniéndolos y educándolos, y en ese carácter era considerado por todos sus relacionados y amigos.

Beatriz Serrano conoció a Luis Munive y a Ana Martínez desde el año de 1911 y los vio haciendo vida marital, "pues cerca de mi casa nació Néstor Emilio"; le consta que los demandantes son hijos de aquella unión" porque vivió frente a la casa de habitación de Luis Múnive"; por esa misma circunstancia vio que éste se presentaba como el padre de los demandantes, sosteniéndolos y educándolos, y les dio hasta su muerte el tratamiento de hijos, por lo cual así eran tenidos por todo el vecindario y los amigos y relacionados de Luis, desde que nacieron aquéllos.

Manuel G. Núñez ratificó la certificación que obra al folio 21 del cuaderno Nº 2, según la cual en su carácter de director del Gimnasio Santa Marta, declaró que Néstor Emilio Munive fue alumno interno del instituto durante los años de 1925 y 1926, que su acudiente fue el señor Luis B. Munive, su padre, "quien lo presentó al colegio para la matrícula y cumplió debidamente todos

los deberes de su cargo, como pago de pensiones, etc".

Isabel Elena Gómez, maestra de escuela, manifiesta que Hilda Rosa Munive y Elena Munive, asistieron por los años de 1928 a 1930 a la escuela oficial del departamento del Magdalena que ella regentaba; y que dichas niñas fueron matriculadas por la señorita María Luisa Munive, hermana del señor Luis Munive, quien las reputaba como hijas suyas en el trato que les daba.

María Griego, también maestra de escuela en Santa Marta, da cuenta de que en la que regentó fueron matriculados, en el año de 1927, Néstor Emilio e Hilda Rosa, por su madre Ana Martínez, quien para ello obró de acuerdo con el padre de las menores Luis Munive, quien les daba a aquellos el trato de padre y así los presentaba a sus amigos y relacionados.

En la segunda instancia del juicio aparecen rendidas las declaraciones de Pedro L. Chacuto, Luis Latorre, Manuel Guillermo Cortés, Mauricio González, Gonzalo Escallón, Andrés A. González y Martina v. de Pachano.

El testigo Chacuto, refiere que trató habitualmente a Ana Martínez y a Luis Munive de quien fue amigo hasta el año de 1925; que los vio haciendo vida marital, porque habitaron una casa frente a la del testigo y de esa unión nacieron Néstor Emilio, Hilda Rosa y Elena; recuerda haber visto a Ana Martínez embarazada de la menor, y a aquélla no le conoció otro marido distinto de Luis Munive. Por la circunstancia de la amistad que tuvo con Munive, y de la vecindad de sus respectivas casas, da además testimonio de que Munive trató siempre como hijos suyos a las personas mencionadas, atendía a su educación y sostenimiento, y por tal causa la sociedad los reputaba con el mismo carácter, circunstancias que se prolongaron hasta la muerte de Luis Munive. Recuerda el testigo que en el año de 1916 Ana Martínez y Luis Munive vivían juntos en la casa llamada "Puerto Arturo", en la esquina de la calle del comercio con la carrera cuarta, y después calle de Madrid con la misma carrera.

Luis Latorre cuando declaró tenía veinticinco años de estar viviendo en Santa Marta, y al año aproximadamente de haber llegado conoció a Luis Munive y a Ana Martínez, a quienes trató habitualmente desde entonces y los veía hacer vida marital. "Los conocí viviendo juntos en la calle del comercio, junto a la Estación del Ferrocarril, en casa que creo era de la madre de Luis Munive". De las relaciones sexuales expresadas vio que nacieron los demandantes; "ese hecho me consta porque ellos vivían juntos como marido y mujer y yo no ví ni supe que ella tuviera otro marido que no fuera Luis Munive". El testigo también se refiere al trato de padre que Luis le daba a sus nombrados hijos y el concepto general en que se le tuvo hasta su muerte de ser tal padre.

Manuel Guillermo Cortés amigo de Luis Munive y Ana Martínez desde aproximadamente el año de 1916, conoce desde pequeños a Néstor Emilio, Hilda Rosa y Elena, como hijos de Luis y de Ana. "Me consta por haberlo visto que Luis Munive trató siempre como hijos suyos a las personas antes mencionadas. Sin precisar el año, pero me parece que fue por el de mil novecientos veinticuatro o veinticinco, Luis Munive se separó de Ana Martínez, y por ese motivo él llevó a las dos niñas a vivir a la casa de la madre de él. Néstor se quedó con él trabajando". Esto me consta por tener yo un negocio que se relacionaba con el que él tenía". El testigo se refiere al concepto que todo el mundo tenía de que los demandantes eran hijos de Luis Munive, por la manera como los presentaba y el trato que les dio hasta su muerte.

Mauricio González relata que por visitar la casa de Luis Munive de quien era amigo habitual desde muchacho presenció que hacía vida marital con Ana Martínez con quien convivía, aproximadamente desde 1915; de estas relaciones nacieron Néstor Emilio, Hilda Rosa y Elena", hecho que me consta porque esos niños nacieron viviendo Ana con Luis y porque éste los trató siempre como hijos de él... Esos niños fueron criados, o mejor dicho, amamantados por su madre Ana Martínez, y después fueron levantados en la casa de la madre de Luis Munive", quien trató siempre como hijos suyos" a las tres personas antes mencionadas, atendiendo a su sostenimiento y educación. Tanto que después de educado Néstor, se lo llevó a trabajar en un Club que tenía Luis, hasta el punto de que cuando éste murió estaba al frente de ese Club el mencionado Néstor... Un año poco más o menos antes de morir Luis, se llevó a su casa a la mayor de sus hijas, Rosa".

Gonzalo Escallón conoció también a Luis Munive desde muchacho, y a Ana Martínez desde cuando aquél la "hizo su mujer". Le consta al testigo "que ellos hacían vida marital, porque vivían juntos bajo el mismo techo, y por cierto tenían un establecimiento de cantina y de juego en "Puerto Arturo", situado en la calle del comercio de esta ciudad... De las relaciones maritales habidas entre ellos, nacieron tres hijos que son: Néstor Emi-

lio, Hilda Rosa y Elena Felicia, conocí personalmente a estas dos últimas siendo niñas. Y estando grandes no las veo. Solamente las ví cuando ocurrió la muerte de su padre Luis Munive... Néstor administraba el Club del padre, estando éste todavía vivo, y aún después de muerto, en que lo sacaron y cerraron el Club... Presencié que Luis Munive trató siempre como a hijos a las tres personas que he mencionado, cosa que me consta porque él los trataba como hijos exteriorizando su cariño paternal. Esto lo vi en lo que se refiere a las dos niñas a quienes no he visto siendo grandes. En cuanto al varón Néstor, me parece que hasta lo tuvo en el colegio del señor Núñez y era él quien administraba el Club de su padre... Me consta por haberlo visto que Luis Munive consideró siempre a esos niños como sus hijos hasta cuando murió, porque yo oí expresiones de sus labios en que los reputaba como tales. El público también los ha reputado siempre como hijos de Luis".

Andrés González que conoció a Luis Munive desde niño, se refiere igualmente a la vida marital que llevaba con Ana Martínez y al nacimiento dentro de esta unión de los demandantes, "porque esos tres niños nacieron en el hogar que ellos formaron". A Néstor "lo conozco perfectamente bien porque me trato con él, pero en cuanto a las niñas no las veo desde hace unos cuatro años. En cuanto a Néstor puedo decir que trabajaba con su padre. En cuanto a los demás no me consta personalmente, porque yo estaba alejado de ellos, y a veces por lo regular me encontraba fuera de Santa Marta, por causa de mi trabajo de maquinista".

Martina de Pachano, amiga de infancia de Luis Munive y Ana Martínez, dice que ellos hicieron vida marital durante varios años "porque yo los ví viviendo juntos en la casa denominada "Puerto Arturo", situada en la calle del Comercio de esta ciudad. De esas relaciones nacieron Néstor, Hilda Rosa y Elena, a quienes conozco. Una vez siendo ellos niños, Luis Munive los llevó a vivir a casa de su madre donde se levantaron hasta cuando se murió Luis. Me consta por haberlo visto que Luis trató siempre como hijos suyos, a esos tres niños, a quienes sostenía y presentaba como tales, hasta el punto de que, como dije anteriormente se los llevó a vivir a casa de su madre, donde crecieron. A Néstor lo puso en el colegio del señor Núñez, y pagaba las pensiones. Me consta por haberlo visto que esos tres niños fueron tenidos y reputados por sus relacionados y por el vecindario en general como hijos de Luis Munive. La familia de éste, su abuela y sus hermanas los tuvieron también como nietos y sobrinos, a quienes cuidaron hasta la muerte de Luis Munive. Algunos dos meses después echaron a Néstor de la cantina de su padre donde él trabajaba ayudándolo. Después de muerto Luis todos tres se fueron a vivir con su madre Ana Martínez. Todas las personas que conocieron a estos niños y a Luis decían y dicen que son hijos de éste".

Don Manuel G. Núñez volvió a declarar en segunda instancia para testimoniar que "Luis Munive llevó a Néstor Munive y lo matriculó en el Gimnasio Santa Marta, del cual soy Director y pagaba puntualmente las pensiones respectivas".

Se trajeron al expediente, por último, las copias de las diligencias de matrículas de Néstor Munive en el Gimnasio Santa Marta, y allí figura que fue matriculado como alumno interno en los años de 1926 y 1927, siendo su acudiente el señor Luis Munive.

El abundante caudal probatorio que se deja expuesto, lleva fácilmente al convencimiento de que los demandantes son hijos naturales de Luis Munive, en virtud de que se halla satisfactoriamente establecida la notoria posesión de ese estado. Este es uno de los casos en que no hay ninguna sombra de duda acerca de que Luis Munive les dio a los demandantes el tratamiento de hijos proveyendo a su subsistencia, educación y establecimiento, a tal punto que los deudos y amigos de aquél los tuvieron que reputar con la calidad de hijos suyos que les atribuía el padre.

Por ningún aspecto hay razones para dudar de la verdad de los hechos sobre que deponen los testigos. En ellos no se advierte ninguna actitud sospechosa, que haga desconfiar de su testimonio. Todos deponen con sencillez y naturalidad lo que les consta, y a pesar de que muchos de ellos fueron contrainterrogados por la contraparte, no incurrieron en la menor contradicción.

Casi todos los testigos, muchos de ellos tratándolo desde muy joven, se refieren unánimemente y con certeza a la vida en común que hizo bajo el mismo techo Luis Munive con Ana Martínez, de la cual nacieron los tres demandantes, a quienes Munive cuidó y trató como hijos. Aun cuando esta acción no tiene fundamento en la causal 4ª del artículo 4º de la ley 45 de 1936 —relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre— el hecho sin embargo es de un gran valor, comoquiera que fue precisamente por efecto de esas relaciones y durante su desarrollo cuan-

do se produjo la mayor parte de las circunstancias constitutivas de la posesión notoria del estado civil cuyo reconocimiento se solicita.

La credibilidad que merece el haz testimonial se acrecienta en la conciencia juzgadora, observando que entre los distintos hechos y circunstancias que cada testigo relata a su manera, en lenguaje sencillo y desprevenido, se encuentra recíproca concordancia, y así es fácil concluír que desde que nacieron, Munive vivió con sus tres hijos, los mantuvo en su casa, en la vecindad de las de algunos de los testigos, luego los llevó a casa de su madre, en donde permanecían cuando Luis murió, después de lo cual volvieron a vivir con la madre de aquellos hijos, Ana Martínez.

Armónico con varias declaraciones está fehacientemente acreditado el hecho de que Luis Munive matriculó en el Gimnasio Santa Marta a Néstor Emilio, en donde le pagó la educación durante dos años. Además de que es muy significativo el detalle o constancia dejado en la partida de bautismo del mismo, en el año de 1911 de ser hijo ilegítimo de Ana Martínez y Luis Munive.

También es de gran fuerza lo relatado contextamente por otros testigos de que Luis Munive tenía a su hijo Néstor administrando un establecimiento comercial, en el cual lo conservó hasta su muerte, después de la cual fue quitado de allí y cerrado el Club. Todos estos hechos en manera alguna contradichos por los demandados, no dejan duda del estado civil de Néstor, quien por ser hombre y bastante mayor que sus hermanas alcanzó a recibir amplia protección de su padre; y al mismo tiempo indirectamente refuerzan la prueba testimonial en relación con las niñas, pues si los testigos son veraces respecto de Néstor, no hay motivo para desconfiar de lo que refieren en relación con las dos hijas.

Por último es significativo que la defensa de los demandados se redujo a negar el derecho de los demandantes y a emplear medios dilatorios contra la demanda. Pero se abstuvieron de alegar y menos acreditar hechos positivos y conducentes encaminados a desvirtuar directa o indirectamente la situación que los demandantes se propusieron patentizar en el proceso.

La demanda debe pues prosperar, pues éste es uno de los casos en que a través de las declaraciones de testigos, se ve claro el postulado en que se asienta la acción.

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, CASA la sentencia del tribunal superior de Santa Marta, pronunciada en este juicio el día 13 de abril de 1945, y en su lugar falla la acción así:

1º Se declara que Néstor Emilio Munive, Hilda Rosa Munive y Elena Felicia Munive son herederos de Luis B. Munive, con exclusión de los demandados Basilio Munive, María Luisa Munive, Amalia Munive y Mercedes Munive, en su condición de hijos naturales del causante; y

2º A Néstor Emilio Munive, Hilda Rosa Munive y Elena Felicia Munive, debe adjudicárseles las cuotas que les corresponden de la herencia de Luis B. Munive, en concurrencia con lo que le corresponde a quien fue la madre de éste, Rosa Huguet de Munive.

Queda en estos términos REFORMADA la sentencia de primera instancia pronunciada por el juez único civil de Santa Marta el 6 de octubre de 1939.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia de este fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

PARTICION. — SE DECLARA INADMISIBLE EL RECURSO DE CASACION INTENTADO

Una partición ha de aprobarse de plano si los interesados unánimemente lo solicitan o si, a falta de tal solicitud, se da traslado y éste vence sin que aquella haya recibido objeciones o si, habiéndolas, el incidente ocasionado por ellas se decide declarándolas infundadas. (Artículo 964 C. J.). En el caso del proceso no hubo objeciones a la partición para que pudiera ser admisible el recurso de casación intentado. Cuando las objeciones hechas no prosperan y sobreviene, por ende, sentencia aprobatoria del Tribunal, el objetante puede recurrir en casación acusando, v. gr., de quebranto del artículo 1394 del Código Civil por no haberse aplicado o haberse interpretado erróneamente, según el caso, violación a que puede llegarse por error de apreciación de lo comprobado en el proceso en pro del objetante, y entonces sí encuentra la Corte planteado un problema de los que se estudian y deciden en tal recurso, de acuerdo con el artículo 520 del C. J. Una vez decretada en firme la partición y practicada y en traslado, lo único procedente contra ella es objetarla. Lo demás es extraño e inoportuno.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Faustino Rojas murió bajo testamento en que reconoció como su hijo natural e instituyó heredero a Waldino Rico y dejó sendos legados a José, Alejandro, Celestino y María Rojas. Su causa mortuoria se adelantó hasta inventariar y avaluar sus bienes en diligencias de julio de 1921 y se protocolizó en tal estado en la Notaría 2ª de Ibagué el 23 de septiembre de 1924 por instrumento número 694.

En 1944 se demandó la partición de los bienes en escrito a que se acompañó copia notarial de lo pertinente de dicha actuación, así como las partidas de defunción de todos los asignatarios, salvo Celestino, a quien se señaló como demandado junto con Josefa Rico, heredera del heredero Waldino. Se demandó por el apoderado de las personas que representan las sucesiones de los legatarios restantes. Ambos demandados fueron notificados en diciembre de 1944 y no se opusieron, por lo cual el Juzgado —el Civil del Circuito de El Espinal— decretó la partición en providencia cuya ejecutoria dio base al abogado demandante para solicitar se proveyese al nombramiento de partidor; no habiéndolo hecho los interesados en el término que señaló al efecto, lo hizo él, y el partidor nombrado presentó su trabajo, del que el Juzgado ordenó traslado a los interesados por diez días según auto de 15 de junio de 1945.

Cursaba este término cuando se presentó Cesáreo Rico por medio de abogado manifestando oponerse a la partición de los bienes de la sucesión de Faustino Rojas y a que éstos se adjudiquen, así como a la sentencia que apruebe la partición ya presentada, fundándose en que por escritura de 2 de julio de 1925 compró a Josefa Rico los bienes que a ésta se adjudicaron en la mortuoria de Waldino, protocolizada el 13 de marzo del mismo año (1925), que son los mismos inventariados en la sucesión de Faustino Rojas, e invocando el artículo 233 del C. J., porque en su concepto lo perjudica (a Cesáreo) la sentencia en que aquel trabajo se apruebe.

El Juzgado, en vez de proveer a lo tocante a la intervención pretendida por Rico en tal oportunidad y forma, la sustanció como si fuese objeción al trabajo referido, y al decidir el incidente observando que la sentencia no perjudica a Rico y que, aunque lo perjudicara, no podía retrotraerse la actuación que al llegar él al proceso estaba tan adelantada que no sólo por providencia ejecutoriada se había decretado la partición, sino que ésta ya se había hecho, pronunció la aprobación del caso. Esta sentencia, que es de 6 de septiembre de 1945, apelada por el abogado de Rico, fue confirmada por el Tribunal Superior

de Ibagué en la de 23 de noviembre en lo que respecta a la antedicha aprobación, y reformada en cuanto declaró improcedente la intervención de Rico como opositor. A las razones del Juzgado resumidas ya aquí, agrega el Tribunal comparando linderos, que no hay identidad entre los lotes de que aquí se trata y los que Cesáreo compró a Josefa y, de otro lado, que no aparece registrado el título por el cual Waldino Rico adquiriera los bienes que en su causa mortuoria se adjudicaron a Josefa; de suerte que si lo que desea Cesáreo es completar su titulación, debía haberse hecho parte oportunamente en este juicio como dueño por su compra a Josefa de los derechos de Waldino en la sucesión de Faustino: "pero no intervenir tan indebidamente cómo lo ha hecho", según palabras del Tribunal.

El abogado de Rico interpuso casación contra esa sentencia, recurso que el Tribunal le concedió. Llegado el proceso en tal virtud a esta Sala, dentro de la tramitación legal debe hoy ésta decidir sobre admisibilidad, de acuerdo con el artículo 529 del C. J.

Ese recurso procede contra las sentencias de los Tribunales Superiores en segunda instancia que aprueben particiones hechas en juicios de sucesión, según el artículo 519 **ibídem.** Si se atendiera indiscriminadamente a ese texto, parecería desde luego admisible el recurso; pero esa disposición no mira simplemente a la clase de sentencia ni, dentro de ella, a su sola forma o envoltura, por decirlo así. Preciso es considerar su fondo y, en relación con él, sus antecedentes y provisiones, su motivo y la senda por donde llegó a la decisión pronunciada.

Una partición ha de aprobarse de plano si los interesados unánimemente lo solicitan, o si, a falta de tal solicitud, se da traslado y éste vence sin que aquélla haya recibido objeciones, o si, habiéndolas, el incidente ocasionado por ellas se decide declarándolas infundadas. (C. J., art. 964).

En el presente caso no hubo objeciones, por más que a la solicitud de Rico atribuyera el Juez esa calidad, error que el Tribunal le corrigió. Aunque no lo hubiera habido, ello es que nada de lo que Rico manifiesta y pide se refiere a la partición, a como se hizo, sino a su decreto, a que se ordenara, a que se hiciera, por ser propios de él los bienes sobre que ha de versar considerándolos como de la sucesión de Faustino Rojas. Salta a la vista la diferencia entre este problema y el que se suscita con las objeciones pertinentes a una partición ya practicada, ora porque el haber del objetante no se le liquidó o no se le cubrió de modo completo, ora porque se le señalan bienes indeseables y a los demás partícipes se adjudican los mejores bienes de la sucesión, ora porque al darle distintas porciones de un fundo se faltó a la continuidad favorable a él sin que al haberla se perjudicaran los restantes, ora porque análogamente falte esa continuidad con finca suya; en una palabra: porque se hayan desoído una o más de las reglas del artículo 1394 del C. C. Todos estos ejemplos lo son de las objeciones de más frecuente ocurrencia.

En tales casos, cuando las objeciones no prosperan y sobreviene, por ende, sentencia aprobatoria del Tribunal, el objetante puede recurrir en casación acusando, v. gr., de quebranto del art. 1394 por no haberse aplicado o haberse interpretado erróneamente, según el caso, violación a que puede llegarse por error de apreciación de lo comprobado en el proceso en pro del objetante, y entonces la Corte sí encuentra planteado un problema de los que se estudian y deciden en tal recurso, de acuerdo con el artículo 520 del C. J.

Una vez decretada en firme la partición y practicada y en traslado, lo único procedente contra ella es objetarla. Lo demás es extraño e inoportuno. Rico, aun en el concepto de tener derecho a intervenir porque la sentencia lo perjudica, no podía pretender que la actuación se retrotrajese, y teniendo que afrontarla en el estado en que la halló, ya no podía impedir que se decretara y practicara. Obsérvese que la orden de proceder a la partición no se dictó en sentencia definitiva, lo que basta para reconocer la improcedencia del recurso de casación en lo que a aquella orden se refiere.

Al indagar lo procedente a admisibilidad del recurso, no sólo han de analizarse los detalles aquí ya estudiados, sino otros como como son la oportunidad con que se haya introducido, a la luz del artículo 521 del C. J., y principalmente la personería de quien lo interpone, y aquí ella falta, porque ninguna tiene Rico, llegado a última hora, para impedir que se parta, en solicitud extraña a la partición, pues no versa sobre el modo de haberse hecho, no se encamina a que se la reforme o modifique en tal o cual sentido. Y este derecho corresponde a los partícipes. De ahí que el Tribunal declare "improcedente la intervención de Cesáreo Rico en este juicio con la calidad de opositor".

En realidad, dos cuestiones separadas y distintas atiende la sentencia, a saber: la intervención

de Rico considerada en sí misma y la partición. Lo atañedero a la primera no da lugar al recurso de casación y lo relativo a la segunda, tampoco, por la razón decisiva de que este trabajo no tuvo objeción alguna. Esto significa que no hay sujeta materia para el recurso.

Por lo expuesto se declara inadmisible el recurso de casación interpuesto contra la sentencia aprobatoria de la partición que dictó en esta causa el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué con fecha veintitrés de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco.

Notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Of. Mayor en ppdad.

ACCION DE FILIACION NATURAL.—INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

1.—La comprobación del comercio carnal con diferentes hombres sólo es admisible para desvirtuar la presunción del numeral 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, la cual está fundada en la existencia de relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre; pero con esa contraprueba no es dable contrarrestar las presunciones de paternidad establecidas por los numerales 2º y 3º de la precitada disposición legal.

2.—Estima la Corte que la investigación de la paternidad natural, prohibida antes y autorizada ahora por la ley 45 de 1936, no puede considerarse, para efectos probatorios, como cualquiera otro hecho jurídico y menos como algo meramente convencional. Y esto por la sencilla razón de que el estado civil de las personas, además de interesar al Derecho Privado por razones patrimoniales, es también cuestión de orden público no susceptible de arreglo entre las partes, ni de resiliaciones, revocaciones, renuncias, etc., como otros hechos civiles. De ahí que la ley sobre filiación natural haya hecho una reglamentación probatoria propia o exclusiva para el hecho jurídico de la filiación natural.

3.—Cuando está plenamente probado cualquiera de los hechos en virtud de los cuales dice la ley que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, el actor no necesita probar nada más. Si el demandado niega, a éste incumbe dar la prueba en contrario. Si hay confesión inequívoca en cartas que el pretendido padre reconoce haber sido escritas de su puño y letra, el hecho confesado en ellas debe tenerse como plenamente probado. Y el que lo niega tiene que dar la prueba de lo contrario que sería, en este caso, la de que otra persona distinta es el padre del pretendido hijo. En síntesis: para derribar la confesión escrita e inequívoca de paternidad no basta con tratar de probar que PUDO HABER SIDO ERRONEA; es menester demostrar que es errónea.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

El Tribunal Superior de Medellín, por sentencia definitiva de segunda instancia, en el juicio que ha seguido María de la Cruz Sánchez contra Juan de Dios Alzate sobre filiación natural de la niña Faustina Emiliana del Socorro Sánchez, revocando el fallo de primer grado proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Jericó, negó las declaraciones solicitadas en la demanda.

Contra dicha sentencia del Tribunal interpuso casación el apoderado de la Sánchez; y, agotados como se hallan los trámites del recurso, la Corte decide hoy acerca del mismo.

Antecedentes

Por los años de 1930 mediaron relaciones amorosas entre Juan de Dios Alzate y María de la Cruz Sánchez, la cual dio a luz una niña que fue bautizada en la parroquia de La Veracruz de Medellín el 4 de noviembre de aquel año con el nombre de Faustina Emiliana del Socorro de quien se dice en la correspondiente partida: "hija de María de la Cruz Sánchez, vecina de la parroquia de Girardota y de padre desconocido".

En el año de 1940 la Sánchez, como madre de la prenombrada niña, instauró por medio de apoderado y ante el Juzgado del Circuito de Jericó, juicio ordinario contra Juan de Dios Alzate. La parte petitoria de la demanda solicita que se hagan las siguientes declaraciones:

"**Primero.**—Que la niña Faustina Emiliana del Socorro, a quien se bautizó el cuatro de noviembre de mil novecientos treinta, en la Parroquia de La Veracruz de Medellín, según la partida que adjunto, es hija natural del señor Juan de Dios Alzate.

"**Segundo.**—Que por consiguiente, a dicha niña corresponden los derechos que a los hijos naturales reconoce la legislación vigente, y al demandado le toca cumplir los deberes de padre con las

consiguientes cargas que trae consigo la misma legislación.

"Subsidiariamente solicito:

"a) Que el demandado Sr. Juan de Dios Alzate obtuvo la seducción de la señora María de la Cruz Sánchez mediante promesa de matrimonio, la cual sostuvo hasta mucho tiempo después de nacida la niña Faustina Emiliana del Socorro;

"b) Que por consiguiente hay lugar a declarar la paternidad natural del dicho señor Alzate con relación a la citada niña.

"Subsidiariamente solicito:

1º Que el señor Juan de D. Alzate ha reconocido expresamente, por carta y de una manera inequívoca, a la niña Faustina Emiliana del Socorro, a la que se refiere la partida eclesiástica acompañada a esta demanda, como hija suya;

2º Que dicho reconocimiento se ha verificado también por los pagos y remesas hechos por el demandado Sr. Alzate de los gastos de subsistencia de la madre Sra. Sánchez, antes de nacer la niña y los de ésta y aquélla, después del nacimiento, durante algún tiempo;

"3º Que por consiguiente, hay lugar a declarar la paternidad natural del dicho señor Alzate con relación a la citada niña".

A la demanda se acompañó copia autenticada de la partida de bautismo de la niña, y un legajo de treinta y una fojas formado de cartas suscritas por Juan de Dios Alzate, quien las reconoció como suyas en el término probatorio, que aparecen dirigidas a María o María de la Cruz Sánchez, y dos de ellas a Antonio Hernández, fechadas estas últimas el 21 y 29 de septiembre de 1930, y las de la Sánchez en distintos días y meses de los años de 1931, 1932, 1933 y 1934. Esa correspondencia epistolar que abarca cuatro años se refiere a las relaciones amorosas del autor Alzate con María de la Cruz Sánchez; todas las cartas hacen alusiones ya al fruto por venir, y a la niña nacida de esas relaciones; y algunas de ellas contienen la manifestación o "confesión inequívoca de paternidad".

Dice el apoderado en el libelo que ya, dos años antes, en 1938, se había presentado análoga demanda; y que, adelantado el juicio, el expediente desapareció "con motivo del incendio en Jericó en noviembre de 1939". En el texto de esa primera demanda se dice acompañar a ella otras cuantas cartas fechadas del 21 de julio de 1930 al 18 de marzo de 1931.

Al contestar el libelo negó el demandado los hechos fundamentales de la demanda y el derecho invocado.

Lo sustancial de la contestación dice así:

"Al numeral 5º: Seguramente en esa carta expresé lo que allí se dice, porque es verdad que yo llegué a pensar que la niña que nació de la demandante fuera mía, y mientras obré así engañado expresé lo que entonces sentía y me porté como hombre decente y bueno atendiendo a las necesidades de esa niña y de su madre. Posteriormente llegué al convencimiento de que había sido y era víctima de un engaño; de que la tal paternidad que se me imputaba era solamente un pretexto para sacarme dinero, y como consecuencia de todo llegué a la convicción de que esas cartas mías no llegaron a decir la verdad, porque fueron obra y efecto de un engaño. Tanto es ello cierto, que las tales cartas me fueron ofrecidas en venta antes de ponerme en estas vueltas litigiosas".

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Medellín, ante quien el demandado interpuso apelación, revocó —según ya se dijo— la sentencia del Juez, y negó las declaraciones pedidas en la demanda.

Dice el Tribunal:

"De acuerdo con cartas acompañadas y testimonios resulta que en el año de 1930, con la finalidad de evitar la deshonra, mortificaciones a la familia, etc., la señora Sánchez se trasladó del municipio de Jericó, donde residía en casa de sus padres, al de Girardota, donde nació la niña Faustina y donde continuó viviendo por varios años".

Y más adelante:

"Resulta así indiscutible que existen cartas del pretendido padre que contienen la confesión inequívoca de paternidad, de que habla el ordinal 3º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936. Toda la discusión entre las partes y la dificultad del litigio consisten en determinar si hubo error comprobado de ese reconocimiento, y si éste puede desvirtuarse por error. Por lo mismo lo sustancial de este fallo se reducirá al estudio de esos dos puntos".

Se refiere luego el sentenciador de segunda instancia a lo declarado por cada uno de los quince testigos que el reo presentó; y formula después, acerca del valor de las pruebas, las siguientes apreciaciones:

"Se hizo necesaria esta larga transcripción de testimonios para evidenciar que durante el período en que debió ocurrir la concepción de la niña Faustina Sánchez, sostuvo relaciones carnales su

madre no sólo con el demandado Alzate sino con otros hombres, más de seis, pues así lo afirman ellos mismos, por haber ejecutado esos actos, u otros declarantes por haberlos presenciado; y que la Sánchez era reconocida, en esa época, en Jericó, como mujer de vida alegre, aunque reservada. En pocos procesos como en éste se presentan tal número de declarantes, afirmando los actos sexuales, por haberlos ejecutado o presenciado. Y es de advertir que la misma circunstancia de que todas las atestaciones se refieren a hechos distintos, con detalles diversos, pero confluyendo todos a demostrar los actos carnales efectuados, infunden mayor convicción en el ánimo del fallador, que las declaraciones idénticas y acomodadas a un mismo cliché.

"Ante la contestación de aquel trato carnal en el citado período concepcional, resulta incuestionable que, dentro de nuestro medio científico, es imposible determinar cuál de todos aquellos varones es el efectivo padre de la niña Faustina; puesto que entre nosotros no existe el adecuado examen de sangre que pudiese evidenciar esa paternidad.

"Todo esto indica que sólo por un error pudo hacer Alzate el reconocimiento de filiación en las cartas supradichas; máxime dado su carácter ingenuo y sencillo, de que hablan algunos testigos, que se revela en las cartas acompañadas, y el hecho de que generalmente los últimos que se imponen de los deslices y amoríos de las mujeres son los esposos o amantes, por razones obvias.

"De manera que aquella confesión de paternidad fue debida a un error inculpable o explicable; el que desvirtúa su mérito probatorio, de acuerdo o por similitud con el artículo 606 del C. J.

"El reconocimiento que se hace por escritura pública, testamento, o en el acta de bautismo, es irrevocable, porque en esos casos, él es de por sí; sin necesidad de sentencia, declarativo o constitutivo del estado civil de hijo natural; pudiéndose más tarde establecer juicio sobre impugnación de tal estado civil por error, dolo, etc.

"En cambio, cuando se trata, como en el presente asunto, de simples cartas, contentivas de confesiones sobre paternidad, se requiere sentencia judicial que declare ese estado civil; y en el juicio deben analizarse todas las probanzas referentes a ese estado y determinantes de la filiación, como que ese fallo no está sometido a posterior revisión, ni admite impugnaciones posteriores de esa paternidad. Estas deben hacerse dentro del mismo proceso. Lo que indica que se demostró el error en la confesión de paternidad de Alzate, y que ello da lugar a desestimar tal prueba en procesos de esta índole.

"No sobra advertir que resulta exagerada la demostración que exige el señor Juez sobre el error en estos casos, en cuanto considera que el demandado, presunto padre, debe acreditar de manera indiscutible que otra persona determinada es el padre y que él no puede serlo. Cuando seis o más personas han tenido relaciones sexuales con la madre, en el período concepcional, así como le es posible al demandado asegurar que él es el padre, también lo es que no lo sea, puesto que se ignora cuál de todos es el verdadero procreador. En todo caso, en estas condiciones de incertidumbre resultaría ilógico e injurídico que las autoridades reconociesen como padre al demandado, a sabiendas de que pudo ser otro el genitor".

Cómo se ha fundado el recurso

La demanda de casación se divide en seis capítulos, así: el primero se denomina "Síntesis de hechos y del juicio"; en el segundo se acusa la sentencia del Tribunal de Medellín por infracción directa del numeral 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936, "en atención, dice el recurrente, a que existe prueba y completa que emana del presunto padre y que hace verosímil la seducción;" en el capítulo tercero se acusa la sentencia por apreciación errónea o falta de apreciación de las pruebas, "por lo cual, dice el recurrente, incurrió en error, de hecho y de derecho que aparece de modo manifiesto en los autos al no dar aplicación al citado numeral 2º del artículo 4º de la Ley 45 de 1936"; el capítulo cuarto trata de la infracción directa del numeral 3º de la disposición legal que acaba de citarse, dada la correspondencia epistolar aducida al juicio "que contiene declaraciones inequívocas de paternidad" por parte del demandado; en el capítulo quinto se acusa la sentencia por error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, error que indujo al sentenciador a violar indirectamente el numeral 3º del artículo 4º, Ley 45 de 1936, pues el sentenciador se abstuvo de aplicar dicho numeral 3º siendo así que era el aplicable; y el capítulo sexto y final del alegato sostiene que la sentencia viola el artículo 606 del C. J. por aplicación indebida, pues dicho artículo trata de la confesión judicial, y como este proceso no se ha basado en confesión de esa clase, el argumento del Tribunal basado en ese artículo es impertinente, como es errónea su tesis de que el demandado, al estampar la confesión

de paternidad en sus cartas hubiera incurrido en error inculpable y explicable. En resumen: sostiene el recurrente que la sentencia acusada viola directamente los numerales 2º y 3º del artículo 4º, Ley 45 de 1936, por no haberlos aplicado siendo los aplicables al caso de este proceso; y el artículo 606 del C. J. por aplicación indebida; y que violó indirectamente los dos numerales arriba citados, violación proveniente de error manifiesto de hecho y de derecho en que incurrió el sentenciador al apreciar las pruebas, tanto al prescindir del valor que la ley atribuye a las cartas de Juan de Dios Alzate como al atribuírle, en cambio, pleno valor a los testimonios producidos por la parte demandada con el intento de establecer que sólo por error hizo en las cartas la confesión de paternidad.

La Corte analiza las razones alegadas en este recurso de casación

Si se examinan los argumentos expuestos a través de la demanda, se verá que todos están fundados en que el Tribunal sentenciador incurrió en error al apreciar las pruebas; y que a consecuencia del error, violó los numerales 2º y 3º del artículo 4º, Ley 45 de 1936.

Este es el cargo que en realidad se formula contra la sentencia, pues aun cuando en varios pasajes y distintos capítulos de la demanda se habla de violación directa de la ley, al explicar o tratar de fundar el cargo va siempre a dar el recurrente a las cartas, que, por contener la confesión inequívoca de paternidad, no pueden ser contrarrestadas, en su opinión, por otras pruebas y, menos, la testimonial, tan frágil de suyo, y, en este caso, especialmente merecedora de desconfianza puesto que se refiere a hechos ocurridos diez años antes de rendirse las declaraciones.

También se sostiene en el capítulo II de la demanda de casación que las cartas de Alzate para María de la Cruz Sánchez, así las que se incendiaron con el primer expediente —fechadas del 21 de julio de 1930 al 18 de marzo de 1931—, como las que obran en el actual proceso, son alusivas a la realización de un prometido matrimonio, de donde deduce que hubo seducción obrada por medio de tales pruebas.

Y a este propósito habla de indebida o incompleta interpretación del libelo por parte del sentenciador, ya que la acción se fundó tanto en el inequívoco reconocimiento de la paternidad de la niña efectuado por Alzate en las cartas, como en el hecho de la seducción de la madre imputable al mismo Alzate.

Por su parte el apoderado del opositor defiende la sentencia recurrida; se refiere a cada uno de los cargos propuestos contra ella, y hace presente a la Corte que las pruebas producidas por aquélla plantean una duda en orden a la paternidad de la niña Emiliana, "duda, dice, que si en todo momento pide absolución del reo, en estos casos se impone con mayor fuerza"; y sostiene que no estando probada la seducción, no era pertinente para el presente caso la presunción de que trata el numeral 2º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936.

Estudiadas con la debida atención tanto la demanda propuesta para fundar el recurso como los argumentos del alegato que la impugna; después de dilatado estudio, la Corte encuentra fundado el cargo de violación indirecta de la ley sustantiva por error de derecho en la apreciación de las pruebas, como pasa a verse.

Este cargo aparece formulado categóricamente en el Capítulo V de la demanda de casación; bien que en el capítulo IV y en otros pasajes del alegato también se encuentran alusiones y argumentos pertinentes a él, y se funda, en síntesis, en lo siguiente:

El sentenciador estimó desvirtuada la abundante prueba literal, por medio de la testimonial con que ha querido demostrarse que María de la Cruz Sánchez tuvo, en la época de la concepción, relaciones carnales con hombres distintos de Juan de Dios Alzate; y ello constituye error de derecho en la apreciación de las pruebas porque la comprobación del comercio carnal con diferentes hombres sólo es admisible para desvirtuar la presunción del numeral 4º, artículo 4º de la Ley 45 de 1936 —presunción fundada en la existencia de relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre; pero con esa contraprueba no es dable contrarrestar las presunciones de paternidad establecidas por los numerales 2º y 3º de la precitada disposición legal, que han sido la base del presente juicio, de suerte que el sentenciador supervaloró la prueba testimonial y disminuyó, en cambio, el mérito legal de la correspondencia epistolar.

Dice el recurrente que este error de derecho en la apreciación de las pruebas llevó al sentenciador a violar los numerales 2º y 3º —éste sobre todo— del artículo 4º, Ley 45 de 1936, pues al aplicar a este caso la regla probatoria del inciso final de dicho artículo, implícitamente se situó

dentro del numeral 4º de él, para nada invocado en este pleito, e inaplicable en él.

Sin contar con la correspondencia adjunta al expediente que se incendió, motivo por el cual fue iniciada de nuevo la acción, correspondencia que la Corte no conoció y que por tanto no podría tenerse como prueba, en el proceso que hoy está al estudio de ella se encuentran cosa de veintitrés cartas de Juan de Dios Alzate para María de la Cruz Sánchez, fechadas entre el 21 de septiembre de 1930 y el 17 de diciembre de 1934. Todas ellas, escritas de puño y letra de Alzate y reconocidas judicialmente por él como suyas, son alusivas a las relaciones amorosas consumadas entre aquellas dos personas, y al fruto por venir o a la niña nacida de tales relaciones; y en varias de las cartas resalta, además, la manifestación o confesión inequívoca de paternidad.

Una atenta lectura de todas las cartas permite hacer el siguiente resumen de los hechos:

Tanto Alzate como María de la Cruz vivían en Jericó, y asimismo sus respectivas familias entre las cuales mediaban relaciones no sólo de amistad sino de negocios que los padres de los dos jóvenes tenían, según parece. En el medio campesino surgió y se consumó la vinculación amorosa de éstos. No debía de ser desvergonzada la muchacha puesto que para afrontar el trance del parto "para evitar la deshonra" dice el Tribunal, hubo de trasladarse a Girardota, y más tarde a Medellín, ciudad en la cual permaneció por varios años como recluída según se deduce de las cartas dirigidas a ella por Alzate, quien se hallaba en Jericó. Este, a través de tales escritos, revela un sostenido interés por mantener ocultas las circunstancias de María de la Cruz, inclusive el lugar de su domicilio; y en las mismas cartas se ve que María, no obstante la ausencia de Alzate, estaba sujeta a él desde la reclusión en que ella se encontraba.

En varias de sus cartas, Juan de Dios Alzate, le ofrece a María de la Cruz "cumplirle lo prometido"; "ver, dice, si por ese medio nos podemos unir que con el favor de la Virgen nos ha de proporcionar el modo"; "todo día que amanece le pido a la Virgen de Valbanera que nos proporcione el modo de yo darle cumplimiento como es mi deber". En ocasiones, al escribir está contestando reclamos de María, que se adivina recelosa del incumplimiento de las promesas de Alzate.

Sin embargo, se entreveran en las cartas las ofertas de pronto cumplimiento con actitudes dilatorias o evasivas. Siempre, eso sí, le hace envíos de pequeñas o regulares cantidades de dinero para los gastos, ya de la niña, ya de la madre y reconoce que es una obligación suya hacerlo así.

La primera impresión de Alzate, al recibir la noticia del nacimiento de la niña de quien se sabe padre es simultáneamente de afecto y de miedo por la posible divulgación que a todo trance quiere evitar.

Revélase en las cartas que primero el temor reverencial a su padre le impide cumplir inmediatamente la oferta de matrimonio; después se va como habituando el sujeto al estado de cosas aunque siempre se nota en él un deseo de realizar las promesas hechas a María de la Cruz; más tarde es ostensible su ánimo escurridizo. Todo este proceso evolutivo, visible en las cartas mediante las cuales logró Alzate entretener a la madre de Faustina Emiliana cuatro años, culminó en el intento de probar, ya al verse demandado, que la niña puede ser hija de cualquiera de los muchos amantes de María de la Cruz que al cabo de dos lustros quiere descubrir Alzate.

Ha reconocido expresamente el apoderado de la parte demandada lo siguiente:

"De todo el acopio de pruebas que obra en autos, se llega a la conclusión de que mi poderdante, por medio de cartas unas veces, otras personalmente, le hizo a la demandante reiteradas promesas de matrimonio". Pero objeta que la seducción misma no se ha comprobado.

Considera la Sala que si las pruebas aducidas a este proceso podrían no estimarse suficientes para configurar como hecho delictuoso la seducción mediante promesa de matrimonio, infracción que el artículo 319 de la Ley 95 de 1936 (actual Código Penal) denomina estupro, sí son valiosos elementos de juicio acerca del concepto que tenía Alzate sobre la conducta moral de María de la Cruz Sánchez en el tiempo de sus relaciones amorosas, durante el período de la concepción y la gestación, y más de cuatro años después de nacida la niña.

Eso en cuanto a las relaciones con María de la Cruz Sánchez. Que en cuanto a la niña, abundan las cartas en declaraciones de afecto a la hijita, promesas de apoyo y envío de dinero no sólo para atender a sus necesidades sino también para obsequios y regalos. Habla a veces del cumplimiento de las obligaciones que le incumben respecto de ella como padre.

No es necesario insistir sobre estos puntos porque el demandado reconoció dentro del término de prueba que las cartas son escritas de su puño y letra; y tanto en esa diligencia como a través de los alegatos ha aceptado siempre que las cartas contienen inequívocas confesiones de paternidad consignadas clara y sostenidamente durante el tiempo que cubre esta correspondencia epistolar, o sea, por más de cuatro años.

El Tribunal sentenciador planteó la cuestión de hecho y de derecho en estos términos:

"Resulta así indiscutible que existen cartas del pretendido padre que contienen la confesión inequívoca de paternidad, de que habla el ordinal 3º del artículo 4º de la ley 45 de 1936. Toda la discusión entre las partes y la dificultad del litigio consiste en determinar si hubo error comprobado de (sic) ese reconocimiento, y si éste puede desvirtuarse por error. Por lo mismo lo sustancial de este fallo se reducirá al estudio de esos dos puntos".

Para la Corte no es dudoso que el error de un confesante pueda desvirtuar la confesión; pero considera también que la prueba producida en este juicio es inepta legalmente, e incompleta, para demostrar que la inequívoca confesión de paternidad fue errónea.

Estima la Corte que la investigación de la paternidad natural, prohibida antes y autorizada ahora y reglamentada por la Ley 45 de 1936, no puede considerarse, para efectos probatorios, como cualquiera otro hecho jurídico y, menos como algo meramente convencional.

Y esto por la sencilla razón de que el estado civil de las personas además de interesar al Derecho Privado por razones patrimoniales, es también cuestión de orden público, no susceptible de arreglo entre las partes, ni de resiliaciones, revocaciones, renuncias, etc., como otros derechos civiles.

De ahí que la ley sobre filiación natural haya hecho una reglamentación probatoria propia o exclusiva para el hecho jurídico de la filiación natural.

"Hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural", dice el artículo 4º de la Ley 45 de 1936, en cinco casos, a saber: 1º rapto o violación que coincida con el tiempo de la concepción; 2º seducción realizada mediante abuso de autoridad o promesa de matrimonio, "siempre que exista un principio de prueba por escrito que emane del presunto padre y haga verosímil esa seducción; 3º confesión inequívoca de paternidad hecha en carta u otro escrito del pretendido padre; 4º existencia de relaciones sexuales estables entre el padre y la madre durante el tiempo en que según las reglas legales se presume que ocurrió la concepción; y 5º posesión notoria del estado de hijo.

"No es admisible, dice el artículo 29 de esa misma Ley, la comprobación de la paternidad natural por otros medios que los señalados en esta ley".

Dados los altos fines sociales y de equidad y moralidad que el legislador se propuso al dar el estatuto sobre declaración judicial de paternidad natural; y teniendo en cuenta que el hecho mismo de la paternidad no es susceptible de prueba directa, pero que también sería peligroso admitir cualquiera clase de pruebas para demostrar un hecho tan comprometedor, es menester convenir en que el legislador ha querido revestir de especial importancia y fuerza las cinco situaciones contempladas por él para fundar sobre cualquiera de ellas la paternidad natural, siempre que la respectiva situación o presunción se halle perfectamente demostrada.

Ello es visible particularmente en cuanto a la del numeral 3º, según el cual hay lugar a declaración judicial de paternidad "si existe carta u otro escrito cualquiera del pretendido padre, que contenga una confesión inequívoca de paternidad".

En las dos primeras presunciones que estableció la Ley 45, rapto o seducción, se considera que, por tratarse de mujer honesta, el responsable de su desliz debe reputarse padre del hijo que fue concebido en el tiempo en que incurrió uno de tales hechos; y en las hipótesis tercera y quinta, reconocimiento por parte del padre, ya expreso, ya tácito y constitutivo de la posesión notoria de la calidad del hijo, no se tiene en cuenta la calidad moral de la madre, sino la certidumbre que el presunto padre abrigó de serlo efectivamente.

La presunción contemplada por el numeral 4º no se funda ni en esta certidumbre del padre, ni en la que al Juez debe producirle la inocencia o vida pura de la madre; se funda este numeral 4º únicamente en la natural deducción de que mediando relaciones sexuales notorias y estables entre un hombre y una mujer, el hijo de ésta concebido en el tiempo de tales relaciones será, con toda probabilidad, hijo del amante conocido y permanente de aquella mujer.

Pero la inferencia o deducción en que se apoya el cuarto de los supuestos enunciados es más con-

tingente que las previstas en los casos de los otros cuatro; y la ley, teniendo en cuenta que la mayor contingencia en contra de la presunción de paternidad ocurre o se presenta en ese caso (numeral 4º), admite desvirtuar la presunción de paternidad natural con una prueba específicamente contraria al hecho que en ese preciso caso se contempla; y por ello establece el inciso final del artículo en el cual se enumeran los cinco motivos que permiten hacer la declaración judicial de paternidad natural, que cuando se trate del fundado en haber tenido la madre relaciones sexuales estables con el pretendido padre, no se hará, sin embargo, la declaración judicial de paternidad "si el demandado prueba que, en el tiempo dentro del cual se presume la concepción, la madre tuvo relaciones carnales con otro hombre".

Mirando en concreto y exclusivamente la situación prevista por el numeral 3º preciso es reconocer, como lo dijo el Juez de primera instancia, que si la inequívoca confesión de paternidad hecha en carta u otro escrito auténtico por el presunto padre, pudiera desbaratarse en todo caso por medio de declaraciones de testigos sobre la mala conducta de la madre, se abriría con ello un camino demasiado fácil para hacer siempre nugatorio el numeral 3º.

La cuestión puede ilustrarse recordando lo dispuesto por el artículo 215 del C. C. que dice:

"El adulterio de la mujer, aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción, no autoriza por sí solo al marido para no reconocer al hijo como suyo. Pero probado el adulterio en esa época, se le admitirá prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre".

La presunción de legitimidad o, más precisamente, la de filiación fundada en el matrimonio no es, según esto, una presunción de derecho puesto que admite prueba en contrario; pero tampoco es destructible por la sola comprobación de que la mujer tuvo relaciones sexuales con otro hombre en el tiempo de la concepción.

Como la Corte ha dicho, a propósito de la misma ley sobre filiación natural, no es aceptable aplicar un artículo de ella aisladamente considerado, y, por el contrario, cada uno de sus preceptos debe concordarse con las demás disposiciones afines del C. C. del cual forma parte, y que es un todo lógico y armónico.

Ahora: si la presunción de filiación legítima no cae por la sola prueba del adulterio, "aun cometido durante la época en que pudo efectuarse la concepción", otro tanto debe ocurrir, **mutatis mutandis**, tratándose de inequívoca confesión escrita de la paternidad natural, máxime si ha sido hecha por el padre tan explícita, reiterada, prolongada y auténticamente como sucede en el caso traído hoy al estudio de la Corte y en el cual se concretó el esfuerzo probatorio de la parte impugnadora a acumular declaraciones de sospechosa contextura en el intento de hacer ver que María de la Cruz era una mujer pública allá por la época en que se efectuó la concepción de la niña Faustina Emiliana.

Así como la unión carnal de la mujer casada, unión con hombre distinto de su marido, no es prueba suficiente para destruír la presunción de filiación legítima originada en el matrimonio, y sólo abre el campo para que al marido se le admita "la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre"; así también, de modo análogo, en caso como el presente, en que un hombre ha escrito de su puño y letra cartas durante cuatro años y más, en las cuales ha dicho siempre que es el padre de la niña de cuya filiación se trata, la prueba levantada a última hora para defenderse ya en la acción judicial, y con la cual se intenta demostrar que la madre tuvo relaciones carnales con otro u otros hombres por la época de la concepción, no es suficiente de suyo para destruír el reconocimiento tan vigorosamente fundado en abundante e irrefragable prueba escrita, si no se complementa con "la prueba de cualesquiera otros hechos conducentes a justificar que él no es el padre" (artículo 215 del C. C.), como no se complementó en el juicio a que puso fin la sentencia recurrida en casación.

Pueden presentarse dos extremos respecto al reconocimiento del hijo natural:

El hecho de la paternidad natural puede ser reconocido en forma solemne y entonces tiene el carácter de acto constitutivo de estado civil, que confiere a la persona en cuyo favor se hace un derecho adquirido, con todos los atributos inherentes a éste; el reconocimiento solemne así hecho no admite retractación (artículo 2º de la Ley 45 de 1936), ni en general, prueba en contrario, a no ser la falsedad del instrumento en que se efectuó.

Situación diametralmente opuesta se contempla cuando no hay reconocimiento solemne, pero el presunto padre declara en privado que lo es; pues si su dicho apenas establécese por medio de testigos, aun suponiendo que sea una manifestación

inequívoca de paternidad, no alcanzará a tener la fuerza legal necesaria para declarar judicialmente la paternidad.

Entre dichos extremos se encuentra otra situación jurídica, que es la prevista por el numeral 3º del precepto legal tántas veces citado, el cual establece lo que pudiera llamarse reconocimiento fehaciente, aun cuando no por instrumento público, del hijo natural.

La confesión, según las reglas generales, tiene fuerza de plena prueba cuando es judicial; y si ha sido hecha directamente por la parte misma, no admite prueba en contrario, salvo la de qué el confesante ha incurrido en error inculpable o explicable (artículo 606 del C. J.); y la confesión extrajudicial es prueba deficiente o incompleta pero "puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma" (artículo 608 **ibidem**).

Dentro de la reglamentación probatoria especial de la Ley 45 de 1936 en orden a demostrar la filiación natural, ha querido el legislador darle a la confesión extrajudicial la fuerza de plena prueba, siempre que sea inequívoca y que haya sido hecha en carta u otro escrito del pretendido padre.

Arguye el recurrente que no siendo judicial una confesión hecha en tales circunstancias, se equivocó el sentenciador al estimar que aquélla podía ser desvirtuada alegando error del confesante.

No es admisible el argumento porque como acertadamente observa el opositor, si el artículo 606 del C. J. permite invalidar la confesión judicial cuando ha sido hecha por error inculpable o explicable del confesante, **a fortiori** debe admitirse que la extrajudicial también es susceptible de ser desvirtuada por ese mismo motivo.

No debe confundirse la "confesión inequívoca de paternidad", (numeral 3º del artículo 4º, Ley 45 de 1936) con el reconocimiento de hijo natural hecho por testamento, escritura pública o partida de estado civil, que en tales casos es un verdadero acto constitutivo de estado civil, que confiere a la persona en cuyo favor se hace un derecho adquirido, con todos los atributos inherentes a éste; mientras que la simple confesión por escrito privado apenas tiene el carácter de prueba mediante la cual puede obtenerse que judicialmente se declare la paternidad.

El reconocimiento solemne no admite prueba en contrario, salvo la de falsedad del acta o instrumento en que se efectuó; en cambio el mérito de la confesión de paternidad aun por confesión establecida con prueba literal, está limitado en los términos del artículo 606 del C. J.

El error en que incurrió el sentenciador no consiste, pues, en haber aceptado que en principio sea posible quitar su valor probatorio a la confesión inequívoca de paternidad hecha en carta u otro escrito del pretendido padre; pero sí en que admitió como demostrado en el presente caso el error inculpable o explicable del confesante, cuando en realidad no se ha demostrado tal error, cargo que el recurrente precisa en el capítulo V de su alegato.

Obra en autos la inequívoca confesión de paternidad hecha por Juan de Dios Alzate, y no en una sino en múltiples cartas escritas por él en un transcurso de cuatro años. Con la circunstancia de que tales documentos se presentaron con la demanda y, lejos de haber sido redargüídos de falsos, el demandado los aceptó como auténticos; y aún más, los reconoció como suyos dentro del término probatorio del juicio.

Es verdad que en la respectiva diligencia dijo, después de declarar que las cartas fueron escritas por él:

"Las cartas que se me muestran, las escribí bajo la presión de un engaño de que sólo me dí cuenta posteriormente, cuando he recibido la noticia de que la niña cuya paternidad creía, no es mía, y de que la mujer a quien creí honrada y sincera, no era más que una horizontal que se hacía pasar por señorita".

Pero no debe confundirse el error inculpable o explicable de una confesión con el arrepentimiento de haberlo hecho.

Cuando está plenamente probado cualquiera de los hechos en virtud de los cuales dice la ley que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, el actor no necesita probar nada más.

Si el demandado niega, a éste incumbe dar la prueba en contrario.

Ahora: si hay confesión inequívoca en cartas que el pretendido padre reconoce haber sido escritas de su puño y letra, el hecho confesado en ellas debe tenerse como plenamente probado. Y el que lo niega tiene que dar la prueba de lo contrario que sería, en este caso, la de que otra persona distinta de Juan de Dios Alzate es el padre de la niña, o que Alzate no puede ser el padre.

Pero ninguno de estos dos extremos logró demostrar en el presente juicio el demandado. Intentó probar que la madre de la niña tuvo relaciones carnales, con hombres distintos de Alzate, durante el tiempo en que debió efectuarse la con-

cepción. Es decir: apenas ha logrado establecer que es **posible** que el confesante de paternidad haya incurrido en error.

Pero la prueba de una posibilidad de error no demuestra la existencia cierta de tal error.

Y entonces la confesión escrita e inequívoca a la cual le ha dado la ley para este caso la fuerza de plena prueba, queda en pie. De lo contrario, carecería de objeto práctico y serio la disposición de la ley que le ha dado ese valor..

La prueba testimonial levantada en el caso de que se trata, y prescindiendo de las consideraciones que puedan debilitar su valor extrínseco, carece de valor intrínseco, no ha destruído lo que pudiera llamarse la presunción de paternidad proveniente de la confesión o reconocimiento escrito; a lo sumo, ha establecido que María de la Cruz Sánchez no le era fiel a Alzate, sin que por èsto haya dejado de ser verosímil, ni mucho menos, que Juan de Dios Alzate sea el padre de Faustina Emiliana.

En síntesis: para derribar la confesión escrita e inequívoca de paternidad no basta con tratar de probar que **pudo haber sido errónea,** es menester demostrar que es errónea. Y esa demostración no se ha hecho en el presente caso. Luego la confesión conserva su fuerza de plena prueba, y al desconocérsela el Tribunal sentenciador incurrió en error que hace casable la sentencia.

En virtud de los considerandos que preceden prospera este recurso de casación.

Al invalidar el fallo recurrido, corresponde a la Corte dictar el que debe reemplazarlo; y el análisis de la prueba efectuado en la presente sentencia es motivación suficiente de la que se va a proferir.

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, INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida el veintiocho de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro y en su lugar confirma la que con fecha dieciséis de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno dictó el Juez Civil del Circuito de Jericó.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL. El expediente se devolverá al Tribunal de origen.

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

ACCION DE SIMULACION DE UN CONTRATO—FUERZA PROBATORIA DE LAS ESCRITURAS PUBLICAS. —APRECIACION DE INDICIOS.—CAUSAL SEGUNDA DE CASACION

1.—Muchas veces ha hecho presente la Corte que la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas implica que para destruír, en un caso concreto, las declaraciones hechas por los contrantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturario, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza de que fue simulado.

2.—La Corte ha explicado en varias ocasiones que no resulta viable como motivo de casación el cargo de error en la apreciación de los indicios (salvo que se trate de indicios necesarios), pues mal podría decírsele al Tribunal que erró al no sentirse convencido por una prueba que la ley ha entregado a la apreciación personal del juzgador.

3.—La simple discrepancia del fallo con las pretensiones de las partes no justifica el ataque por la causal segunda. Se necesita que el Tribunal se haya abstenido en absoluto de considerar algún punto esencial y petitorio de la litis, o que no haya pronunciado decisión acerca del mismo. Pero cuando la sentencia es absolutoria respecto de todas las acciones incoadas y se ha pronunciado expresamente sobre ellas, no puede calificarse de incongruente con la demanda.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Cumplidos como se hallan los trámites correspondientes al recurso de casación, la Corte procede a estudiar los motivos invocados para fundarlo, previo el recuento de los hechos que han motivado este pleito y la historia del mismo.

Antecedentes

Por escritura pública otorgada el 14 de junio de 1921 Abelardo Cordero vendió a José Miguel Peñuela tres fincas rurales ubicadas en jurisdicción de Soatá y una casa situada en dicha población, inmuebles adquiridos todos ellos durante la sociedad conyugal existente entre Cordero y su legítima mujer Trinidad Mojica, matrimonio en el cual no hubo hijos. El precio de venta que figura en la escritura es la suma de un mil pesos ($ 1.000.00) que en tal instrumento declaró el vendedor haber recibido a su entera satisfacción.

Veinticinco días después, el 9 de julio de 1921, falleció intestada Trinidad Mojica de Cordero. Iniciado el respectivo juicio de sucesión, fueron declarados herederos de ella sus sobrinos Salomón, Eusebio y Bárbara Mojica y María Dolores y María Elvira Espíndola.

Dos demandas judiciales anteriores al actual proceso.—A estos herederos compró sus derechos en la sucesión Octavio Fuentes, quien, como cesionario reconocido en la mortuoria de Trinidad Mojica, demandó a José Miguel Peñuela el 17 de noviembre de 1921, vivo todavía Abelardo Cordero, para que en juicio ordinario se declarara nulo por simulación el contrato de compraventa efectuado cinco meses antes entre ellos. La demanda fue registrada el 19 de noviembre de 1921 y permaneció en suspenso indefinidamente.

Abelardo Cordero falleció el 1º de febrero de 1923, también intestado y sin descendientes ni ascendientes. Abierta la mortuoria se declaró herederos suyos a sus sobrinos Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero a quienes también compró Octavio Fuentes sus derechos.

En el año de 1931 el comprador Peñuela vendió por escritura pública a la iglesia de Soatá y a la entidad denominada Hermandad del Dulce Nombre, una de las fincas, la ubicada en el sitio de El Resguardo; en el año de 1933 vendió a Antonio Angarita, Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero, un tramo de la casa situada en la población de Soatá; y en el año de 1934 vendió Pe-

ñuela a Ramón Mancera el resto de los bienes adquiridos de Abelardo Cordero.

El 5 de noviembre de 1935 volvió a demandar Octavio Fuentes a José Miguel Peñuela; y como éste había enajenado ya todos los bienes comprados a Cordero, Fuentes dirigió esta vez su acción no solamente contra el prenombrado Peñuela sino también contra sus compradores Antonio Angarita, Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero, Víctor Salazar como mayordomo de Fábrica de la iglesia de Soatá, Ramón Mancera y María Rosas de Pachón, ésta última por haberle comprado a Mancera uno de los bienes que primitivamente habían pertenecido a la sociedad conyugal Cordero-Mojica. Con esta demanda se perseguía la declaración de nulidad de todos aquellos contratos de compraventa, demanda fundada en que el primero de ellos —venta de Abelardo Cordero a José Miguel Peñuela— había sido simulado. Esta demanda también fue registrada, pero el juicio no siguió adelante porque el Juez y el Tribunal declararon probada la excepción de pleito pendiente que la parte demandada fundó en el hecho de hallarse subsistente por ese entonces la demanda que se había presentado en el año de 1921.

Controversia actual

Octavio Fuentes demandó el 10 de noviembre de 1939, en nombre de las sucesiones de Trinidad Mojica y de Abelardo Cordero, y en nombre de la sociedad conyugal de éstos y para los representantes o herederos de esas entidades, como subrogatario de algunos herederos, a José Miguel Peñuela, Antonio Angarita, Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero, María Rosas de Pachón, a la iglesia de Soatá y a la Hermandad del Dulce Nombre, y a la sucesión de Ramón Mancera y Julia Fernández v. de Mancera (como representante de sus menores hijos, herederos en la sucesión, y de la sociedad conyugal que existió entre ella y Ramón Mancera), para que se declare:

1º "Inexistente, inválido, ficticio, nulo, írrito, falto de causa y objeto y acuerdo de voluntades" el contrato contenido en la escritura número 225 otorgada el 14 de junio de 1921 en la Notaría de Soatá en la cual aparece Abelardo Cordero vendiendo sus bienes a José Miguel Peñuela;

2º "Inexistente y nulo absolutamente por estar fuera del comercio el contrato por el cual vendió José Miguel Peñuela a la iglesia de Soatá y a la Hermandad del Dulce Nombre el predio ubicado en el sitio de **El Resguardo** (escritura número 450 de diciembre 4 de 1931);

3º "Que es nulo de nulidad absoluta por estar fuera del comercio" el contrato por el cual Peñuela vendió a Mancera "La Falda" y "El Encerrado" (escritura pública número 206 de 6 de mayo de 1934);

4º "Absolutamente nulo, por estar fuera del comercio", el contrato por el cual Peñuela vendió a Antonio Angarita, Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero un tramo de la casa de Soatá (escritura número 217 de 14 de noviembre de 1933);

5º "Que hay nulidad absoluta por estar fuera del comercio", en el contrato de Ramón Mancera y María Rosas de Pachón por el cual vendió aquél a ésta un terreno en el punto **La Palestina** (Soatá); (escritura pública número 339 de 4 de agosto de 1935);

6º "Que como consecuencia de todas las súplicas anteriores" se declare que los bienes a que ellas se refieren son de propiedad de las sucesiones de Trinidad Mojica y Abelardo Cordero y de la sociedad conyugal de éstos, bienes que se le deben "restituír" y entregar al demandante "para lo cual ejercito también, dijo, la correspondiente acción reivindicatoria....."

En las **Razones de derecho** para presentar la demanda dice: "VII. Hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas que no están en el comercio, y de las especies cuya propiedad se litiga sin permiso del juez que conoce del litigio (artículo 1521 del C. C.). Los contratos que celebró el doctor José Miguel Peñuela con Víctor Salazar, Mayordomo de Fábrica de la iglesia de Soatá y pseudo representante de la hermandad del Dulce Nombre, con el doctor Ramón Máncera, y con Antonio Angarita, Juan Segundo, Nieves y Antonio Cordero, por una parte, y por otra, el doctor Ramón Mancera con la señora María Rosas de Pachón, son absolutamente nulos todos, porque los bienes que comprenden esas compraventas estaban fuera del comercio, toda vez que por razón de la demanda que presenté en 1921 y que se inscribió en la Oficina de Registro de Soatá, quedaron esos bienes controlados para hacer operaciones comerciales sobre ellos, en atención a que la demanda se registró para cumplir el artículo 42 de la ley 57 de 1887 (Jurisprudencia de la H. Corte Suprema, Nº 729, tomo 3)".

Surtida la primera instancia, el 13 de julio de 1943 el Juez del Circuito de Soatá sentenció:

1º "No es nulo ni tampoco simulado el contrato contenido en la escritura número 225 de fecha 14

de junio de 1921 de la Notaría 1ª de este circuito, por medio del cual Abelardo Cordero vendió al doctor José Miguel Peñuela los bienes que allí se relacionan;

2º "El demandante Octavio Fuentes carece de personería para demandar los otros contratos;

3º "Declárase probada la excepción perentoria de petición de un modo indebido en relación con los contratos demandados en las súplicas 2ª, 3ª, 4ª y 5ª de la demanda;

4º "Absuélvase (sic) a los demandados de los cargos formulados en la demanda".

Sin costas por no aparecer malicia o temeridad.

Negó el juez la simulación del contrato contenido en la escritura 225 de 1921, porque el demandante Fuentes no viene a ser un tercero sino a ejercitar la acción en representación directa del causante, pues los herederos de Abelardo le cedieron sus derechos a Fuentes; y en ese supuesto no podía el actor fundar su acción en prueba de indicios sino en una escritura o en una confesión de la otra parte, pruebas que no obran en este pleito.

Y negada la simulación de la escritura por la cual Cordero vendió los bienes a Peñuela resultaba el actual demandante sin personería para solicitar la nulidad de las ventas hechas después por Peñuela a otras personas.

Sentencia del Tribunal.—El Tribunal de Santa Rosa de Viterbo confirmó el fallo de primera instancia.

Descarta la **nulidad** (observando que el actor no dijo si era absoluta o relativa), del contrato de venta Cordero-Peñuela, porque no es cierto que hubiera faltado el consentimiento, ni el acuerdo de voluntades, ni la causa, ni el objeto del contrato; y considera que tampoco es inválido por razones de forma pues ésta fue legal; descarta la **simulación** porque Octavio Fuentes representa simples herederos, no legitimarios ni forzosos, que no obran por derecho propio sino en el lugar del causante. Fuentes no es, pues, tercero que pudiera probar la simulación con cualquiera clase de pruebas, sino que, por representar a una de las partes contratantes, tiene que probar el contrato secreto con un principio al menos de prueba escrita completada por los demás medios de prueba (indicios, testimonios, etc.). Y no hay prueba escrita, ni "confesión expresa, clara y terminante de la otra parte".

Nulidad de los otros contratos: Dice el sentenciador que no prosperando la súplica 1ª, esto es, no declarándose nulo, ni inválido, ni simulado el contrato primitivo (escritura número 225 de 14 de junio de 1921), las ventas sucesivas hechas por Peñuela y por sus causahabientes no pueden declararse nulas porque Octavio Fuentes carece de interés jurídico para demandar la nulidad de ellas. Lo tendría solamente en el caso de haber prosperado la acción contra el contrato de la escritura número 225; por otra parte, el registro de la demanda de 1921 no sería motivo de nulidad de las ventas, porque es de presumirse cancelado, dado el transcurso del tiempo y la natural caducidad de la acción, en concepto del Tribunal.

"Se pide también la resolución del contrato", dice el Tribunal, de la escritura número 225 por no pago del precio. Pero tampoco se trajo la prueba que para este caso exige el artículo 91 de la Ley 153 de 1887.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal recurrió en casación el actor; y su apoderado fundó la correspondiente demanda ante la Corte en las causales 1ª y 2ª, artículo 520 del C. J.

Expone siete cargos, que él denomina motivos, en relación con la causal 1ª, y cuatro cargos respecto de la causal 2ª. Pueden sintetizarse así:

El contrato de compraventa consignado en la escritura número 225, otorgada el 14 de junio de 1921 en la Notaría 1ª de Soatá y según la cual Abelardo Cordero vende a José Miguel Peñuela y éste compra y paga de contado tres fincas rurales y una casa situada en aquella población, fue un contrato simulado con el fin de privar de sus gananciales a Trinidad Mojica o a los herederos de ésta quien se hallaba gravemente enferma, y falleció veinticinco días después de otorgada aquella escritura.

Dice el recurrente que al negar el Tribunal sentenciador la simulación, violó directamente los artículos 1501, 1502, 1849 y 1928 del Código Civil, pues si el contrato fue simulado, no hubo acuerdo de voluntades, ni intención real de transferir y adquirir el dominio, ni entrega de las cosas y del precio; y en todo caso medió causa ilícita, pues no es moral que dos personas se confabulen para privar de sus bienes o derechos a una tercera o a los herederos de ésta.

Acusa la sentencia por violación indirecta del artículo 1524 del C. C. por cuanto aquélla, para sostener que el contrato no fue simulado, se negó a considerar las pruebas demostrativas de la simulación con fundamento en que el actor de este

pleito es sucesor de una de las partes contratantes y tendría, por consiguiente, que aducir confesión de la otra parte, o una contraescritura o siquiera un principio de prueba por escrito, exigencia probatoria indebida pues el demandante es, en el presente caso, un tercero respecto de los que contrataron.

Sobre este punto arguye que hubo error de derecho y error de hecho, con violación de los artículos 1757 del C. C. y 666 del C. J., al no reconocer validez a los testimonios que se adujeron para establecer la simulación.

También alega el recurrente que hubo "error de derecho" en la sentencia y errónea interpretación de los artículos 1521, 1523 y 1741 del C. C.; 42 y 43 de la Ley 57 de 1887, en cuanto a las ventas sobre bienes respecto de los cuales había demanda registrada, al declarar que el actor carece de personería para demandar la nulidad de los contratos a que se refieren los puntos 2º y 3º, 4º y 5º del libelo, o sea, las ventas hechas por Peñuela a otras personas de los bienes que él había adquirido de Abelardo Cordero; y que hubo violación directa de los artículos 91, 92 y 93 de la Ley 153 de 1887, e indirecta de los artículos 1928, 1929 y 1930 del C. C., por cuanto Peñuela ha confesado que él quedó debiendo parte del precio —a pesar de lo dicho en la escritura— y, sin embargo, de no haber comprobado el pago de lo que quedó debiendo y que es de suponer ascendía a quinientos pesos ($ 500.00), el Tribunal negó la resolución del contrato por falta de pago, declaración que se había solicitado como súplica subsidiaria en el libelo.

En casi todos los once cargos formulados contra la sentencia del Tribunal, inclusive los que propone como pertinentes a la causal 2ª, el recurrente dedica la mayor parte de su exposición al estudio de las pruebas para llegar siempre al mismo punto, o sea, que la simulación aparece, en su concepto, suficientemente demostrada, y que al no reconocerlo así el sentenciador, incurrió en violación de numerosos preceptos de la ley sustantiva.

Refiriéndose a la manera o forma como aparece sustentado el presente recurso dice el apoderado de la parte opositora lo siguiente:

"Es muy fácil y muy ordinario convertir un recurso de casación en recurso de instancia, cuando se entra en el análisis de las pruebas, análisis que es más de instancia que del recurso de casación.

"Cuando se ataca una sentencia por apreciación errónea de la prueba, lo pertinente es demostrar en qué ha consistido el error, pero no analizar las declaraciones que formaron la convicción del fallador. En casación ese análisis no es operante, lo que es viable es la demostración del error manifiesto de hecho.

"El distinguido abogado de la contraparte, analiza en su recurso las declaraciones aducidas por la parte demandante; pero no demuestra, en mi sentir, que el Tribunal hubiera incidido en error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas.

"Sucede en casación que en muchos casos es necesario estudiar conjuntamente varios cargos, que se han hecho por separado, porque ellos reposan en un mismo fundamento, y así lo ha hecho la Corte muchas veces".

La Corte ha estudiado uno a uno los argumentos expuestos en la demanda de casación y los que contiene la réplica del opositor, con la atención que merecen tanto la importancia del asunto traído a conocimiento de ella, como la calidad de los abogados que han sostenido e impugnado el recurso; y después de atenta y prolongada consideración, procede a fallar.

Examen de los cargos

Causal primera.—El resumen en que la Corte ha procurado sintetizar las acusaciones contra la sentencia, muestra que aun cuando los cargos 1º, 5º y 6º propuestos para sustentar la causal 1ª de casación, hablan de violación directa de la ley sustantiva; tanto esos cargos como los señalados con los números 2º, 3º y 4º que acusan el fallo por violación indirecta de la ley sustantiva, persiguen todos esta última finalidad, pues la queja constante de la demanda de casación es la que el Tribunal se abstuvo de declarar simulado el contrato Cordero-Peñuela, por no haber estimado debidamente las pruebas demostrativas de la simulación.

El cargo señalado con el Nº 7º versa sobre cuestión diferente, a saber: error en la apreciación de las pruebas en lo relativo al pago del precio, que condujo a la violación indirecta de los artículos 1928, 1929 y 1930 del C. C.; pues a falta de la declaración de ser simulado el contrato Cordero-Peñuela, el sentenciador ha debido al menos declararlo resuelto por no pago de una parte del precio.

El Tribunal sentenciador hace en su fallo una larga relación de todas las pruebas producidas en cada una de las instancias. Acerca del testimo-

nió de los cuatro declarantes que en concreto deponen sobre la simulación veinte años después, el sentenciador enuncia detalladamente lo que dice cada uno de ellos; y como resultado del estudio comparativo de dichos testimonios concluye así:

"Como se ve, del contexto de estas declaraciones se deduce que no hay en ellas coordinación, pues las circunstancias importantes afirmadas por unos son negadas por otros, y sólo concuerdan en el detalle de que Abelardo Cordero le propuso al doctor José Miguel Peñuela le recibiera una escritura de confianza, discrepando en el modo, lugar y tiempo y sin que los testigos digan en compañía de quién o quiénes se encontraban cuando Cordero le hiciera la propuesta a Peñuela, detalle éste importantísimo para determinar la presencia simultánea de los testigos en referencia".

Por cierto que en la parte de su alegato dedicada a sostener el 4º de los cargos contra la sentencia se queja el recurrente de que el Tribunal "no otorgó valor ninguno a los testimonios que se adujeron para establecer la simulación del contrato recogido en la escritura 225, diciendo que los testigos eran de simple referencia, repetidores de lo que le oyeron a Abelardo Cordero en relación con la naturaleza del contrato y que por tener ese origen carecían de valor y en nada perjudicaban a Peñuela".

El propio recurrente hace ver, pues, que el Tribunal sí apreció la prueba testimonial, a pesar de que dice, en otro pasaje de la sentencia, que no obrando prueba escrita o confesión era inútil examinar las demás pruebas.

Luego se refiere el sentenciador a otras dos declaraciones que según dice el Tribunal tienden a establecer una confesión extrajudicial de Abelardo Cordero, pero que bien miradas las cosas, apenas hacen asomar indicios de simulación; y alude luego a la absolución de posiciones efectuada por Antonio y por Juan Segundo Cordero, prueba desde luego inepta por dos motivos: 1º porque en cuanto afirman hechos ajenos no son confesión; y 2º porque como herederos de Abelardo Cordero e interesados en la declaratoria de simulación, su dicho es inhábil aun presentado mañosamente como confesión en posiciones.

No acierta la Corte a encontrar un error de hecho en las observaciones del Tribunal acerca de las pruebas, lo cual demuestra cuando menos que en caso de haberlo, ese posible error no sería **evidente**, calificación que sería indispensable para casar una sentencia por error de hecho en la apreciación de las pruebas.

Después de hacer la relación detallada de éstas y las correspondientes anotaciones sobre ellas, estudia la sentencia recurrida lo relativo a la personería de las partes y a la índole de las acciones propuestas en el libelo para concluír que se trata de una acción de simulación absoluta la cual no puede prosperar por falta de pruebas.

Y como si no hubiera hecho en capítulos anteriores el análisis de las pruebas, plantea el Tribunal una tesis que la Corte no puede pasar por alto.

Dice la sentencia recurrida:

"Ya se vio atrás que el señor Octavio Fuentes ejercita la acción de simulación en su calidad de heredero o representante, por subrogación, de los herederos de una de las partes contratantes, esto es, del Sr. Abelardo Cordero. Por tanto sí tiene la acción de simulación puesto que ocupa el mismo lugar que éste, esto es, la del mismo señor Abelardo Cordero, siguiendo así los principios que se dejan expuestos.

"Establecido o determinado que el señor Octavio Fuentes puede ejercitar la acción de simulación para determinar la prevalencia del acto oculto sobre el ostensible, veamos ahora en qué condiciones se encuentra con relación a la prueba de la cual puede hacer uso para demostrar la existencia del acto privado o contra-estipulación que destruye o modifica el acto ostensible atacado.

"El acto ostensible cuya destrucción se desea o se demanda para que prevalezca el acto privado consta, como ya se vio, en la escritura pública número doscientos veinticinco (225) de fecha catorce (14) de junio de mil novecientos veintiuno (1921) pasada por ante el Notario Primero de Soatá y debidamente registrada. Además, el señor Octavio Fuentes o sus cesionarios a quienes representa, ocupan simplemente el carácter de herederos y no de legitimarios o herederos forzosos. Dadas estas circunstancias, esto es, las de no ser el Sr. Octavio Fuentes o sus cesionarios herederos forzosos de Abelardo Cordero y la de ser o constar el acto ostensible en escritura pública, dados los principios que al respecto se dejan expuestos, y ocupando el mismo lugar del señor Abelardo Cordero, por ser sucesor a título universal, no podrá probar el acto secreto sino con prueba escrita o con principio de prueba escrita completada por los demás medios de prueba (indicios, testimonios, etc.), o con la confesión de la otra parte".

Demuestra en seguida el sentenciador cómo el demandante no adujo al proceso ninguna de las

mencionadas pruebas, y páginas más adelante se expresa así:

"En tales condiciones, carece de razón o se halla fuera de lugar el análisis de los indicios al respecto, de la prueba testimonial y de las demás probanzas que se hubieren allegado, ya que, sin las anteriores, las demás no son admisibles. Por tanto, la acción de simulación absoluta no tiene ni puede tener prosperidad efectiva en la presente litis, ni se ve en qué haya consistido el fraude a la ley, que lo pudiera invalidar".

En resumen, considera el Tribunal que Octavio Fuentes, como cesionario de los herederos de Abelardo Cordero no podía ser admitido a probar la simulación del contrato Cordero-Peñuela sino mediante la presentación de una contraescritura en que constara el pacto oculto que destruya el ostensible; o de la confesión de Peñuela, o siquiera la de un principio de prueba por escrito que, de existir, pueda ser complementada con testimonios o indicios; y, que como no adujo aquellas pruebas básicas, no puede prosperar su acción de simulación.

Yerra el Tribunal al sostener que el demandante de este pleito es únicamente sucesor de Abelardo Cordero, es decir, de uno de los que celebraron el contrato atacado ahora por simulación.

Octavio Fuentes, como al principio de este fallo se dijo, demandó en nombre de las sucesiones de Trinidad Mojica y de Abelardo Cordero y en nombre de la sociedad conyugal que existió entre estas dos personas; y demandó para los representantes de esas tres entidades.

Así las cosas, el reparo del Tribunal podría ser fundado en cuanto Octavio Fuentes sea cesionario de los herederos de Abelardo Cordero; pero resulta infundado si se considera que Fuentes es, además, cesionario de herederos de Trinidad Mojica, quien no fue parte en el contrato atacado de simulación. De ésta última cesión obra la prueba en el expediente.

Los herederos de la mencionada señora son terceros respecto de los otorgantes de la escritura de compraventa Cordero y Peñuela. Y es erróneo por parte del Tribunal negarles tal carácter diciendo que no son legitimarios sino simples herederos como colaterales de la causante, porque la distinción entre esas dos categorías de asignatarios tiene importancia para ciertos efectos legales pero no para considerarlos como terceros respecto de otras personas. Cuando mucho podría interesar tal diferencia desde el punto de vista de la legitimidad en causa por razón del interés jurídico que puedan tener unos u otros para demandar. Pero ni a los herederos de Trinidad Mojica se les ha rehusado intervenir en este juicio por carencia de interés jurídico, ni la circunstancia de no ser herederos forzosos los priva de dicho interés; basta con que hayan sido reconocidos como herederos para deducir que sí tienen interés jurídico en demandar la simulación de un contrato que dejó sin bienes a la sucesión que ellos representan o que hoy representa, como cesionario de ellos, el demandante Fuentes. Téngase presente que éste demandó también en nombre de la sociedad conyugal Cordero-Mojica para derribar como simulado el contrato por el cual dijo vender el marido todos los bienes de la sociedad conyugal, y esto en día en que la esposa se hallaba moribunda, contrato en virtud del cual desaparecieron los gananciales que debían corresponder a Trinidad —o a sus herederos— en la sociedad conyugal que en este pleito ha demandado la simulación de tal contrato, sociedad que es distinta de cada uno de los socios, vale decir, para el presente caso, el marido.

El concepto del Tribunal acerca de que el demandante en este pleito no es tercero respecto de las partes que celebraron el contrato que se dice simulado; y la consiguiente exigencia al actor de determinadas pruebas —contraescritura, confesión del comprador de no haberlo sido en realidad, o principio de prueba por escrito completada con otras— tales concepto y exigencia constituirían error de derecho en la apreciación de las pruebas, en caso de que el Tribunal, consecuente con su errónea tesis, hubiese omitido apreciar los demás elementos de convicción aducidos al juicio por las partes.

Pero ya se vió cómo el Tribunal sentenciador, no obstante su errónea tesis, expuso ésta después de haber analizado las pruebas, de manera que vino siendo un error inoperante y teórico: la decisión no fue, al fin y al cabo, resultado de tal error.

La Corte se ha ocupado, sin embargo, de este punto por considerar que merecía la correspondiente rectificación de doctrina y porque el recurrente hace alusión a él en varias frases incidentales de su alegato (cargos tercero y cuarto, folios 11 y 13 del cuaderno de la Corte), bien que no formula especial y separadamente el cargo, ni entra a fondo en él.

Por otra parte, muchas veces ha hecho presente la Corte que la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas, implica que para destruír, en un caso concreto las

declaraciones hechas en ellas por los contratantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturario, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza o convicción de que fue simulado.

Y en el caso que originó este pleito, menester es convenir en que si bien hay elementos probatorios para sospechar la simulación, sobre esa mera sospecha no podría fundarse un fallo que echara por tierra una y varias escrituras públicas, máxime cuando también hay datos adversos a la hipótesis de la simulación, por lo menos a la de una simulación absoluta.

Los cuatro testigos, por cierto no bien acordes entre sí, según lo observa el Tribunal, y que dicen haber estado presentes en casa de Abelardo Cordero cuando llamado por éste llegó allí José Miguel Peñuela declaran que Cordero propuso a Peñuela "que le recibiera la escritura de confianza de las fincas" y que "el Dr. Peñuela aceptó la propuesta".

Alguno de los testigos dice que este convenio de simulación obedecía a que Cordero se proponía que los gananciales correspondientes a Trinidad Mojica no pasaran a los herederos de ella.

No se sabe si esto sea una suposición del testigo o si los que tramaron la simulación quisiéron explicar hasta ese motivo o causa como para conocimiento de los que más tarde habrían de comparecer como testigos o declarantes en este pleito.

Es lo cierto que al fin y al cabo las cuatro declaraciones versan sobre lo que oyeron decir a los contratantes Cordero y Peñuela, es decir, que en realidad tienden a probar la confesión extrajudicial de dichos contratantes de que iban a consignar en escritura pública un contrato simulado.

La prueba de confesión de Cordero no sería inaceptable como lo dijo el Tribunal negándole, erróneamente, al actor en este pleito su condición de tercero respecto de los supuestos simuladores; no es inaceptable tal prueba, pero sí es insuficiente para derrumbar la escritura pública porque una confesión extrajudicial es de suyo prueba deficiente o incompleta (artículo 608 del C. J.), y porque sería aventurado decir que en el presente caso "no queda duda alguna acerca de la confesión misma", dados los reparos que acertadamente puntualiza el Tribunal sobre los testimonios con que se intenta establecer tal confesión.

En las acciones judiciales para que se declare simulado un contrato, cuando no obra la contraestipulación escrita o la confesión incontrovertible de los que figuraron como contratantes, suele tratar de demostrarse el hecho de la simulación con prueba indiciaria.

Si se examina a fondo la labor probatoria del actor en el presente juicio, se verá el sostenido intento de probar la simulación del contrato, por medio de indicios.

La misma impresionante enunciación que de ellos se hace en el alegato de la parte recurrente así lo persuade (folios 15 v., 16 y 17 v., cuaderno de la Corte).

Aun los datos en pro de la simulación que se quieren derivar de respuestas ambiguas de Peñuela al absolver posiciones, o de las ventas hechas por éste; y lo que declaran Carmen Delgado (cuaderno 5º, fol. 36) y Matilde Montáñez (fol. 40 **ibidem**), no son, al fin y al cabo, sino indicios.

El sentenciador de instancia pudo haber dado a los indicios el mérito hasta de plena prueba, porque la ley lo autoriza para ello, en caso de que los indicios lleguen a producirle convicción. No así la Corte a quien, como Tribunal de Casación, no corresponde hacer nueva estimación de las pruebas a guisa de tercera instancia o valuar por su cuenta los indicios, pues la misma Corte ha explicado en varias ocasiones que no resulta viable como motivo de casación el cargo de error en la apreciación de la prueba de indicios (salvo que se trate de indicios necesarios), pues mal podría decírsele al Tribunal que erró al no sentirse convencido por una prueba que la ley ha entregado a la apreciación personal del juzgador.

En cuanto al 7º cargo propuesto contra la sentencia recurrida, fundado en que violó la ley sustantiva al no declarar, por lo menos, que el contrato Cordero-Peñuela quedó resuelto por falta de pago del precio, se considera:

Señala el recurrente como violados directamente los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887; y como indirectamente violados, los artículos 1928, 1929 y 1930 del C. C., violación esta última ocasionada por error o falta de apreciación de las pruebas en lo relativo al no pago de una parte del precio.

Acerca del cargo de violación directa de ley cabe decir algo análogo a lo observado respecto de los marcados con los números 1º, 5º y 6º: el actor y recurrente sostiene que el demandado no pagó la totalidad del precio, que las pruebas del proceso lo demuestran, y que el Tribunal sentenciador erró en la apreciación de ellas; por tanto el cargo resulta impropiamente formulado por violación directa de la ley, pues lo alegado realmen-

te en casación es que se apreciaron mal las pruebas sobre pago o no pago del precio, y que por ese error de apreciación violó la ley sustantiva el sentenciador al no declarar resuelto el contrato.

Además, en caso de resultar que en realidad fueron quebrantadas las disposiciones que se señalan como directamente violadas, puesto que ellas versan sólo acerca de la exigencia de prueba escrita como indispensable para la demostración de ciertos hechos, su quebranto apenas sería medio para hacer ver que con ello se violaron indirectamente otras disposiciones sustantivas, **verbi gratia** las demás que cita como indirectamente violadas, referentes a pago del precio en la compraventa.

La parte apreciable del cargo tiene que ser, pues, la que plantea el aspecto de la violación indirecta de los artículos 1928, 1929, 1930 del C. C. por error en la apreciación de las pruebas proveniente éste, a su vez, de no haberse atenido el sentenciador a lo preceptuado en los artículos 91 a 93 de la Ley 153 de 1887, punto que la Corte pasa a examinar.

Sostiene el recurrente que José Miguel Peñuela ha confesado en posiciones que él no pagó la totalidad del precio al tiempo de otorgarse la escritura, no obstante lo que en ella se dijo; y que, de consiguiente, en este juicio pesaba sobre él la carga de la prueba para demostrar que sí pagó el saldo que quedó debiendo cuando se otorgó la escritura, saldo que no debe suponerse inferior a quinientos pesos ($ 500.00) puesto que el total del precio fue la suma de un mil pesos ($ 1.000.00). Alega el recurrente que Peñuela no ha demostrado el pago de aquel saldo con el principio de prueba por escrito que la ley exige tratándose de obligaciones de quinientos pesos o más. Conviene advertir que esta última faz del argumento no está totalmente expuesta en el "motivo" o cargo 7º sino en parte allí y más concretamente en el 5º de los cargos contra la sentencia.

La Corte observa acerca de estos puntos:

a) En todas las veces en que José Miguel Peñuela absolvió posiciones (cuaderno 5º, folios 6 v., 9 y 24 v.) sostuvo que el contrato no fue simulado sino verdadero; y aun cuando es cierto que declaró no haber pagado la totalidad del precio al tiempo de la escritura, explicó haber cubierto después el saldo a su cargo, y aún más: dijo que no sólo pagó éste, sino que hasta le dio más dinero a Abelardo en calidad de préstamo. Al tenor del antiguo Código Judicial se habría podido suscitar el problema de si la confesión explicada de Peñuela era divisible o indivisible, para determinar si estaba o no obligado a probar la modificación o explicación (artículos 568 y 568 del antiguo C. J.). Pero de conformidad con el artículo 609 de la Ley 105 de 1931 (Código Judicial hoy vigente), la confesión se admite tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho. En estas circunstancias, si Peñuela confesó que había quedado debiendo parte del precio pero que más tarde lo pagó, no hay confesión de deuda vigente y, por tanto, no puede pretenderse que se resuelva el contrato por ese motivo.

Por otra parte, es arbitraria la suposición de que siendo el precio de un mil pesos ($ 1.000.00), si se pagó una parte al otorgar la escritura y se quedó debiendo el resto, la cuantía de este saldo haya de ser mayor de quinientos pesos ($ 500.00), suposición que sugiere al recurrente la idea de que al deudor debe exigírsele la prueba escrita sobre el pago de ese saldo.

Estos considerandos muestran que no incurrió el Tribunal en error de apreciación acerca de las pruebas ni, menos, en violación de la ley sustantiva por haberse abstenido de declarar resuelto el contrato contenido en la escritura número 225, otorgada en 14 de junio de 1921 en la Notaría de Soatá.

No prospera, pues, el recurso por la causal primera.

Causal segunda: No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Cuatro cargos se formulan en relación con esta causal, contra la sentencia recurrida:

1er. cargo. Asevera el recurrente que "se tiene demostrado sin sombra de duda" que el contrato de compraventa consignado en la escritura pública número 225 de 1921 por Abelardo Cordero y José Miguel Peñuela fue simulado. "Y, agrega, como el Tribunal se negó a declarar la simulación, el fallo aparece en pugna con lo pedido y demostrado, esto es, no está en consonancia con la primera pretensión del demandante".

Sostiene el recurrente que Peñuela confesó en posiciones "determinados hechos importantes"; que tal confesión será "corroborada con el testimonio de ciudadanos de insospechable probidad y prestancia respecto de otros muchos que necesariamente se refieren a los primeros, lo mismo que con el fallo social dictado contra Peñuela en la

ciudad donde vivieron Cordero y él y donde se desarrollaron los sucesos que generaron este juicio". Y enuncia en seguida una serie de indicios hasta en número de ocho que, en su concepto, demuestran la simulación del contrato, de todo lo cual deduce que el sentenciador quebrantó los arts. 740, 1501, 1502, 1517, 1523, 1524 y 1740 del C. C., a consecuencia del menosprecio de la prueba indiciaria, de la testimonial y "de la que emana de las posiciones absueltas por Peñuela".

Agrega que el pacto público y mentiroso es la fingida compraventa; "y el secreto y real, el propósito de arrebatar a los herederos de Trinidad Mojica los bienes que por gananciales les corresponden".

Se considera:

Toda la argumentación hecha para sostener este cargo es propia de la causal 1ª, y nada demuestra en relación con incongruencia del fallo y la demanda, máxime tratándose de sentencia absolutoria, contra la cual no es, en general, viable el cargo de ser incongruente con la demanda. Y la cuestión de posible error en la apreciación de las pruebas quedó ampliamente examinada en el estudio global de los siete primeros cargos propuestos contra la sentencia.

2º cargo: Incongruencia del fallo con la demanda por cuanto el sentenciador omitió declarar nulos los contratos de compraventa celebrados por Peñuela con otras personas sobre los bienes que habían pertenecido a Abelardo Cordero, escrituras que se otorgaron no obstante hallarse registrada demanda judicial relativa a esos mismos bienes.

Se considera:

El Tribunal negó las súplicas de la demanda en que se pedía aquella declaración de nulidad. La negativa —acertada o errónea— sería suficiente para librar el fallo del cargo de incongruencia con la demanda.

Pero conviene observar que el sentenciador de instancia estuvo en lo cierto al considerar que si la acción de que trata la primera súplica, o sea, la de simulación del primitivo contrato por el cual Peñuela adquirió no prosperaba, el actor en este pleito quedó carente por eso mismo de acción para demandar la nulidad de las ventas hechas por Peñuela.

3er. cargo: Los herederos de Abelardo Cordero y Trinidad Mojica aun cuando no sean legitimarios, siempre tienen un interés jurídico, y como terceros en la negociación simulada y en las ventas nulas no están obligados a presentar indispensablemente la contraestipulación escrita o el principio de prueba por escrito para que su acción prospere.

Se considera:

Este cargo tampoco es pertinente en relación con la causal de incongruencia entre el fallo y la demanda.

Además, al examinar la causal 1ª, y puesto que en el cargo 3º (fol. 11) relativo a dicha causal se suscitó la cuestión de si el actor en este pleito tiene el carácter de tercero con relación a Abelardo Cordero y a José Miguel Peñuela, la Corte estudió tal problema e hizo notar que la apreciación del Tribunal sobre el particular fue equivocada, pero que tal error es sólo teórico, pues el sentenciador siempre hizo el análisis de las otras pruebas, las que halló insuficientes para demostrar la simulación; y la Corte consideró que no hay error de hecho en el juicio formado por el Tribunal acerca del valor de las pruebas ni, menos, error de hecho evidente.

4º cargo: La petición subsidiaria de resolución del contrato "fue desconocida por el fallo, lo que equivale a decir que no se conforma con esta pretensión deducida en oportunidad.

Sobre este último, como sobre los demás enfocados hacia la causal segunda, cabe observar que no la simple discrepancia del fallo con las pretensiones de las partes justifica el ataque por dicha causal. Para que el recurso prospere por ella se necesita que el Tribunal se haya abstenido en absoluto de considerar algún punto esencial y petitorio de la litis, o que no haya pronunciado decisión acerca del mismo. Pero cuando la sentencia es absolutoria respecto de todas las decisiones incoadas y se ha pronunciado expresamente sobre ellas, como lo hizo el Tribunal en el caso de este pleito, no puede calificarse la sentencia de incongruente con la demanda. Y a folios 54 v. y 55 del cuaderno número 10 donde se halla la sentencia de segunda instancia, puede verse que el pasaje final de ella está dedicado cabalmente a dar las razones por las cuales el Tribunal niega la acción de resolución del contrato.

Tampoco prospera, pues, el recurso por la causal segunda.

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 INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo dictada con fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco.

Publíquese, notifíquese, cópiese e insértese en la GACETA JUDICIAL. Devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Sin costas.

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

REIVINDICACION

En el caso del proceso estimó el Tribunal sentenciador que por el hecho de haber intervenido Barajas como parte en el juicio, la sentencia que declaró la simulación del contrato de compraventa celebrado entre María y Blanca y que, en consecuencia, le reconoció a aquélla el dominio del inmueble materia de la compraventa, lo perjudica; pero esta tesis es inaceptable porque entraña la consagración y legitimación de un procedimiento muy fácil y sencillo, como es el de citar a un tercero al juicio entre vendedor y comprador simulantes para así hacerle oponible a aquél la sentencia que declara la simulación, con desconocimiento flagrante del principio fundamental de doctrina y jurisprudencia, proclamado con evidente apoyo en el artículo 1766 del Código Civil, que como protección y tutela jurídica de los terceros de buena fe restringe o limita el alcance de la simulación a las partes contratantes, a sus sucesores a título universal o a título singular por legado o enajenación efectuados después del registro o notificación de la demanda. Los terceros de buena fe son los que ignoran la simulación del negocio en cuya seriedad fiaron al momento de contratar.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Santos Pacheco propuso ante el Juez Civil del Circuito de Soatá demanda ordinaria contra Julia María Vargas para que en sentencia definitiva se hicieran, entre otras declaraciones, la de que es dueño y poseedor inscrito, con justo título y buena fe, de una casa de dos pisos situada en el centro de la población de Soatá, en la carrera 5ª, distinguida con el número 88 y alinderada como se expresa en la súplica primera de la demanda, y para que se condenase a la demandada a restituírsela.

Como hechos fundamentales de esa demanda afirmó el actor, entre otros, los que se sintetizan en seguida: que por escritura pública número 1, de primero de enero de mil novecientos treinta y seis, de la Notaría Segunda del Circuito de Soatá, Julia María Vargas vendió a Blanca Vargas B. el inmueble antes aludido; que por escritura pública número 167, de veinticinco de junio de mil novecientos treinta y seis, corrida en la Notaría 1ª de Málaga, Blanca Vargas B. vendió a José del Carmen Barajas el mismo citado inmueble; que por medio de escritura pública número 313, de trece de junio de mil novecientos cuarenta, otorgada en la misma notaría, José del C. Barajas le vendió al actor el mencionado bien, que el veintidós de junio de mil novecientos treinta y seis, Julia María Vargas propuso demanda contra Blanca Vargas B. para que se declarase la nulidad del contrato contenido en la escritura número 1º referida y para que en consecuencia se le declarase dueña del inmueble a que el contrato se contrae; que el tres de julio de mil novecientos treinta y seis, Julia María reformó y adicionó esa demanda para dirigirla contra José del C. Barajas a fin de que se declarara la nulidad del contrato recogido en la escritura número 167; que el registro del título a favor de Barajas tuvo lugar el 26 de junio de 1936, antes de que se verificara la notificación y el registro de la demanda; que el mencionado juicio fue decidido en sentencia de 6 de octubre de 1937, en que se declaró la nulidad por simulación del contrato de compraventa celebrado entre Julia María y Blanca Vargas y en que se negó la del contrato celebrado entre la última de las nombradas y Barajas; que no obstante lo dicho el Juzgado le hizo entrega a Julia María del inmueble mencionado, siendo así que el actor es su legítimo dueño.

Admitida esa demanda la demandada la contestó negando algunos hechos; aceptando otros; oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas y proponiendo, además de otras, la excepción de cosa juzgada.

El Juzgado del conocimiento decidió el pleito en sentencia de 17 de octubre de 1944, mediante

la cual declaró probada la excepción perentoria de cosa juzgada y absolvió en consecuencia a la demandada de los cargos que le fueron formulados en la demanda, con costas a cargo de la parte demandante.

La apelación del actor llevó el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el que cerró la segunda instancia con la sentencia de 10 de septiembre de 1945, por medio de la cual confirmó en todas sus partes la apelada, sin costas.

Esa decisión se fundamentó en que la sentencia de 6 de octubre de 1937, traída en copia debidamente autenticada a estos autos y que fue dictada por el Juzgado del Circuito de Soatá, en el juicio ordinario seguido por Julia María Vargas contra Blanca Vargas B. y José del Carmen Barajas, declaró la nulidad por simulación del contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 1, de primero de enero de mil novecientos treinta y seis, de la Notaría 2ª del Circuito de Soatá, por medio de la cual Julia María dijo vender a Blanca el inmueble en ese instrumento descrito y como consecuencia declaró que su dominio pertenece a la actora; que esa sentencia tiene la fuerza de cosa juzgada para el presente pleito porque reúne los elementos de identidad de objeto, causa y persona de los litigantes.

Al actor se le concedió recurso de casación, el que tramitado debidamente se procede a decidir.

Invocando el motivo primero del artículo 520 del Código Judicial, sostiene el recurrente que el sentenciador violó, por haberlo aplicado indebidamente, el artículo 474 del Código Judicial, y que tal violación proviene del error de hecho evidente en que aquél incurrió en la interpretación que hizo de la sentencia de 6 de octubre de 1937, pronunciada por el Juzgado del Circuito de Soatá, en el juicio iniciado por Julia María Vargas contra Blanca Vargas y José del Carmen Barajas, error que consistió en haber entendido el Tribunal que la citada sentencia fue condenatoria para Barajas, cuando de manifiesto aparece que ella le fue absolutoria, según así se resolvió expresamente en el punto c) de ese fallo, que literalmente transcribe. Agrega que "la sentencia que desató ese pleito contiene fallos distintos respecto a las acciones instauradas contra Blanca Vargas y José del Carmen Barajas, de manera que el fallo dictado sobre nulidad de la compraventa celebrado entre Julia María Vargas y Blanca Vargas tiene relación únicamente con ésta, y el fallo en cuanto negó la nulidad del contrato entre Blanca Vargas y José del Carmen Barajas, que es absolutorio, tiene relación únicamente con éstos, pero Barajas es completamente extraño al primer fallo, no obstante haber intervenido en el juicio en que fue dictado y por lo mismo, no se puede hacer extensivo a él el efecto de la sentencia que anuló el contrato de compraventa celebrado entre Julia María Vargas y Blanca Vargas." Agrega que "no existe, pues, como lo expresa el Tribunal en la sentencia acusada, identidad jurídica entre las personas de los litigantes de este juicio con el primer litigio, ni tampoco aparece que éste y aquél se funden en las mismas causas". Finalmente sostiene que al declarar el Tribunal probada la excepción de cosa juzgada quebrantó los artículos 946, 947, 950, inciso 1º, y 952 del C. C.

Se considera:

La sentencia de 6 de octubre de 1937 decidió dos acciones acumuladas, ambas propuestas por Julia María Vargas: la primera tendía, entre otras finalidades, a que se decretase la simulación del contrato de compraventa recogido en la escritura pública número 1º, de primero de enero de mil novecientos treinta y seis, corrida en la Notaría 2ª del Circuito de Soatá, por medio de la cual Julia María dijo vender a Blanca Vargas la casa de dos pisos individualizada en ese instrumento, y que como consecuencia, se declarase que a la actora corresponde el dominio del aludido inmueble; y la segunda, introducida como aclaración o adición de la primera, se encaminaba a que se decretase la simulación del contrato de compraventa a que se refiere la escritura pública número 167, de la Notaría 1ª del Circuito de Málaga, por medio de la cual Blanca Vargas B. dijo vender a José del Carmen Barajas el mismo inmueble a que se refiere el primero de los citados instrumentos y que como consecuencia, se declarase que a la actora le corresponde su dominio. Actuaron en ese juicio hasta su finalización Julia María Vargas, como demandante, y Blanca Vargas y José del Carmen Barajas, como demandados.

La primera de las acciones mencionadas fue resuelta favorablemente, pues el Juzgado decretó la simulación del contrato de compraventa celebrado por la actora con Blanca Vargas y declaró de consiguiente, que el dominio del inmueble le corresponde a aquélla, "siempre que no haya habido terceros poseedores de buena fe", y la segunda fue resuelta desfavorablemente, pues en el punto c) de dicha sentencia se dijo: "c) No se

hace declaración alguna contra el contrato que se dice celebrado entre la señora Blanca Vargas Barón y Barajas, por cuanto no se suministró la prueba correspondiente para acreditar la existencia de tal contrato, en la forma prescrita por la ley. Por otra parte, no se encuentra la prueba de que tal contrato sea simulado ni que el adquirente haya procedido de mala fe".

Esa sentencia contiene indudablemente dos decisiones distintas, cada una de las cuales corresponde a una de las acciones y a su respectivo sujeto, de modo que la proferida sobre simulación del contrato contenido en la escritura pública número 1º, de la Notaría 2ª de Soatá y de la consecuencial declaratoria de dominio, es especial a esta acción y tiene relación únicamente con la demandada Blanca Vargas, y la que se profirió sobre el contrato de compraventa contenido en la escritura pública número 167, de la Notaría 1ª de Málaga, que es absolutoria, tiene relación únicamente con Blanca Vargas, como vendedora y con José del Carmen Barajas, como comprador; pero éste es completamente extraño a la primera decisión, no obstante haber intervenido en el juicio, y no lo perjudica, ya que él es un tercero con respecto a ella en atención a lo dispuesto en el inciso 2º del artículo 474 del C. J., desde luego que el contrato de compraventa de que habla la escritura número 167 fue celebrado y registrado antes de que fuera notificada la demanda propuesta por Julia María contra Blanca Vargas.

El Tribunal estimó que por el hecho de haber intervenido Barajas como parte en el juicio, la sentencia de 6 de octubre, que declaró la simulación del contrato de compraventa celebrado entre Julia María y Blanca y que en consecuencia, le reconoció a aquélla el dominio del inmueble materia de la compraventa, lo perjudica; pero esta tesis es inaceptable, porque entraña la consagración y legitimación de un procedimiento muy fácil y sencillo, como es el de citar a un tercero al juicio entre vendedor y comprador simulantes, para así hacerle oponible a aquél la sentencia que declara la simulación, con desconocimiento flagrante del principio fundamental de doctrina y jurisprudencia, proclamado con evidente apoyo en el artículo 1766 del Código Civil, que como protección y tutela jurídica de los terceros de buena fe restringe o limita el alcance de la simulación a las partes contratantes, a sus sucesores a título universal o a título singular por legado o enajenación efectuados con posterioridad al registro o notificación de la demanda. Los terceros de buena fe son los que ignoran la simulación del negocio en cuya seriedad fiaron al momento de contratar, y Barajas tiene en el caso de autos la calidad de tal, porque la buena fe se presume de ordinario y no se ha dado prueba alguna que tienda a demostrar que cuando adquirió de Blanca el dominio del inmueble a que se refiere la litis tuviera conocimiento de que el contrato de compraventa celebrado entre Julia María y aquélla fuera simulado y porque la adquisición que hizo del titular aparente se realizó antes de haberse notificado y registrado la demanda. Luego la sentencia de 6 de octubre mencionado no le es oponible a Barajas, ni a su causahabiente en el dominio del inmueble Santos Pacheco, actor en el presente juicio.

Si esto es así, como en verdad lo es, resulta también cierto que cuando el Tribunal entendió que la sentencia de 6 de octubre de 1937, no obstante la declaración contenida en su aparte c), perjudica a Barajas y que debe sufrir sus consecuencias, incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de esa prueba, y quebrantó, en consecuencia, el artículo 474 del C. J., al declarar probada en el presente pleito la excepción de cosa juzgada, fundándose, entre otras consideraciones, en que hay identidad jurídica en la persona de los litigantes, que desde luego falta, porque Barajas, tercero como se ha dicho con respecto al contrato de compraventa entre Julia María y Blanca Vargas y a la primera decisión condenatoria de la sentencia de seis de octubre que sobre ese contrato recayó, es el tradente de Santos Pacheco, actor en el presente litigio. Y echándose de menos la identidad jurídica de la persona de los litigantes, que es uno de los elementos que indispensablemente deben concurrir, al tenor de lo dispuesto en el artículo 474 citado, para que al fallo de 6 de octubre pudiera otorgársele en el presente pleito la fuerza de la cosa juzgada, es claro que la excepción perentoria que ésta determina no puede darse por probada con respecto al actor en el presente juicio.

Además, aún en el supuesto de que dicha sentencia constituyera cosa juzgada para Barajas, tampoco podría sostenerse que ella lo perjudicó en sus derechos como comprador en el contrato celebrado con Blanca, pues el tenor mismo de la primera decisión de esa sentencia excluye esa interpretación desde luego que allí, como consecuencia de la declaración de simulación, se le atribuyó a Julia María el dominio del inmueble "siempre que no haya habido terceros de buena

fe", y en la parte motiva de esa sentencia, que sirve para interpretar el sentido y alcance de la resolutiva, el Juzgado, después de anotar que al juicio no se trajo la prueba legal que acreditara la existencia del contrato de compraventa entre Blanca y Barajas, dijo expresamente lo siguiente:

"De consiguiente si la casa de que se ha hecho referencia a todo lo largo de esta sentencia ha sido, como se dice, materia de adquisición por parte de algún tercero, éste no puede sufrir las consecuencias de la declaración de nulidad. A este tercero se le presume, con presunción legal, adquirente de buena fe, y mientras no se demuestre en juicio que lo es de mala, no puede perjudicarle la declaración de nulidad".

Luego es evidente que expresamente en ese fallo se dejaron a salvo los derechos de Barajas, como tercero de buena fe, en el dominio del inmueble y que, por tanto, ella no le perjudica en forma alguna en su condición de dueño o adquirente del mismo bien. Y lo que se dice de Barajas, cabe afirmarlo con igual propiedad de su causahabiente Santos Pacheco.

Y al declarar probada dicha excepción el Tribunal quebrantó también, como lo sostiene el recurrente, los artículos 946, 947 y 950 del C. C., porque se reúnen en el caso de autos todos los requisitos exigidos en las citadas disposiciones para la prosperidad de la acción reivindicatoria propuesta.

En efecto, está debidamente comprobado en autos (fs. 44 a 48, cuaderno número 4), que por medio de la escritura número 167, de 25 de junio de 1936, de la Notaría 1ª de Málaga, que fue registrada en la Oficina de Registro de Soatá, el 26 de los citados mes y años, Blanca Vargas trasmitió el dominio del inmueble materia de la reivindicación a José del Carmen Barajas, y que éste a su vez lo dio en venta a Santos Pacheco, según consta en la escritura Nº 313, de 13 de junio de 1940, corrida en la mencionada Notaría, y registrada legalmente con fecha 21 de los citados mes y año. Y como a Santos Pacheco y Barajas no les es oponible, como ya se vio, la sentencia de seis de octubre de mil novecientos treinta y siete, al primero de los nombrados le corresponde el dominio del inmueble materia de la reivindicación.

De otro lado, está suficientemente acreditado que la demandada es la actual poseedora del inmueble mencionado, pues así lo confesó ésta al contestar los hechos 3º y 10º de la demanda y consta igualmente de las copias debidamente autenticadas de la diligencia de entrega que del mismo bien se le hizo a aquélla, y las cuales obran a los folios 38 y siguientes del cuaderno número 4 del expediente.

Por último, el inmueble reivindicado aparece debidamente singularizado e individualizado en la demanda y existe completa identidad entre lo reivindicado y lo poseído por la demanda (fs. 14 y ss., cuaderno número 6).

Lo dicho impone la casación de la sentencia recurrida, y para proferir el fallo de instancia, a las ya expuestas, la Corte agrega las siguientes consideraciones:

Las súplicas primera y segunda de la demanda en que se pide la declaración del dominio del inmueble a favor del actor, la restitución del mismo y la condena a la demandada al pago de los frutos, deben prosperar; pero en cuanto a éstos, la condena debe proferirse con arreglo a lo dispuesto en el inciso 3º del artículo 964 del C. C. por cuanto a la demandada hay que considerarla como poseedora de buena fe, y su regulación deberá hacerse con sujeción al procedimiento establecido en el artículo 553 del C. J., por no haberse allegado al proceso prueba de eficacia suficiente para poder determinar su cuantía.

No se accede a resolver favorablemente las súplicas tercera y cuarta de la demanda en que se pide la declaración de nulidad de la sentencia de seis de octubre antes citada y la consiguiente cancelación de su registro, pues es suficiente observar que ellas implican una revisión de dicha sentencia, proferida en un juicio ordinario, la que sólo es procedente en los casos taxativamente enumerados en el artículo 542 del C. J., en ninguno de los cuales encaja el que en este pleito se ha planteado.

Finalmente debe estudiarse ahora lo tocante a las excepciones propuestas por la parte demandada, y a ello se procede en la siguiente forma:

Cosa juzgada.—No es procedente por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

Carencia e improcedencia de la acción.—Corren la misma suerte de la anterior, porque se ha visto que al actor le asiste la acción y que ella debe prosperar, salvo en lo relacionado con las súplicas tercera y cuarta de la demanda. Además, como la Corte lo ha sostenido en repetidas ocasiones, la carencia de acción no constituye excepción.

Ineficacia, nulidad e inexistencia del título base de la acción.—También son improcedentes, porque la excepcionante no precisó los hechos en que las hace consistir, y de otra parte el título existe

y no se encuentra comprobada circunstancia alguna que determine su nulidad o ineficacia.

Falta de personería sustantiva en el demandante y petición de modo indebido.—La demandada no precisó los hechos en que las hace consistir, y de otro lado, se ha visto que al actor le asiste entero derecho en la acción reivindicatoria incoada.

Simulación de los contratos en que la demanda se funda.—Fuera de la sentencia de seis de octubre tántas veces citada que, por lo arriba dicho, no es oponible al actor, no se ha suministrado prueba alguna para acreditarla. Además, dicha sentencia absolvió a Barajas de la acusación por simulación que se propuso en contra del contrato de compraventa celebrado entre él y Blanca Vargas, y en este punto dicha sentencia constituye cosa juzgada en contra de la excepcionante, al extremo que ésta no puede volver a alegar sobre la misma cuestión en el presente juicio.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Civil— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia de fecha diez (10) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, y REVOCANDO la de primera instancia falla este pleito así:

Primero: Decláranse improcedentes y no probadas las excepciones propuestas por la parte demandada.

Segundo: Declárase que el demandante Santos Pacheco es dueño de una casa de dos pisos situada en el centro de la población de Soatá, en la carrera 5ª, distinguida con el número 88 en el portón de entrada y alinderada así: "Por el frente, la carrera 5ª; por el norte, paredes al medio, con propiedades de Julio Díaz Correa; por el occidente, también pared medianerá, con predios del mismo Díaz Correa, y por el sur, paredes medianeras, con casa de la Sra. María Mancera de Zambrano, hoy de la señorita Ester Zambrano, hasta la carrera 5ª, primer lindero". Este bien está integrado por un garage, quince piezas, un patio y un solar.

Tercero: Condénase a la demandada Julia María Vargas a restituírle al demandante, una vez ejecutoriada la presente sentencia, el inmueble descrito en el numeral anterior, junto con los frutos del mismo, y no solamente los percibidos sino los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa en su poder. Dicha restitución de frutos la hará a partir del día dos de febrero de mil novecientos cuarenta y dos, en que quedó contestada la demanda, hasta cuando se verifique la entrega del inmueble, y su cuantía será determinada con arreglo al procedimiento establecido en el artículo 553 del Código Judicial.

Cuarto: No se accède a las demás peticiones formuladas en la demanda.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad 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 propiedad.

REIVINDICACION.—CONDENA EN COSTAS.

1.—En copiosa jurisprudencia ha decidido la Corte, de manera constante, que la condena en costas es asunto que escapa a la casación, cuando ella se hace depender de la temeridad con que el litigante sostiene una acción o defensa, pues esa es cuestión que aprecia el Tribunal con absoluta libertad. Sólo por excepción, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede dar lugar la condena en costas al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia.

2.—Para invocar útilmente la causal 3ª ante la Corte se requiere, como se desprende del propio tenor del numeral 3º del artículo 520 del C. J., que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno aclaración de la sentencia y que a pesar de ello subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias.

3.—La simulación, alegada por el demandado como excepción en contra del contrato de compraventa de donde se origina el derecho de dominio que como fundamento de su acción invoca el actor en juicio reivindicatorio, no le perjudica al último de los nombrados, por ser un tercero en relación con el contrato tachado de simulado, mientras no se demuestre que al momento de contratar el comprador reivindicante tenía conocimiento de que el título de dominio de su tradente, de donde se derivan sus derechos, estaba afectado por aquel vicio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

José del Carmen Carvajal, hablando por medio de apoderado propuso ante el Juez Civil del Circuito de El Cocuy, demanda ordinaria contra José Abelardo García e Isabel Parra para que en sentencia definitiva se declarase lo siguiente:

"PRIMERA.—Que mi nombrado mandante es dueño exclusivo de estos bienes inmuebles: Un terreno con dos casas de habitación de construcción de pared, madera y paja, denominado "La Ramada", ubicado en la vereda de Taucasí, jurisdicción municipal de Chiscas, alindado:... Una cuota equivalente a una tercera parte del terreno denominado "El Cedro", ubicado en las mismas veredas y jurisdicción del anterior, alindado en general así:...

"SEGUNDA.—Que los demandados deben entregarle a mi mandante los expresados terrenos, con todas sus anexidades, dentro del término que fija la ley o señale la sentencia;

"TERCERA.—Los demandados como poseedores de mala fe, deben ser condenados a pagarle el producto de los frutos civiles y naturales y no solamente los percibidos, sino los que hubiere podido percibir, estando los inmuebles en su poder y ejercitando en su percepción una mediana inteligencia y actividad. Dichos frutos los estimo a razón de trescientos pesos anuales ($ 300.00), a partir del primero de enero de 1933, hasta la fecha en que se verifique la entrega; y

"CUARTA.—Si los demandados afrontan la litis, deben ser condenados en las costas y los perjuicios consiguientes".

Como hechos fundamentales expuso los siguientes:

"1º—Por escritura número 84 de 21 de abril de 1933, pasada en la Notaría segunda de este Circuito, el señor Pedro Crisanto Duarte transmitió a título de venta a mi representado, entre otros bienes, los terrenos denominados "La Ramada" y tercera parte del "Cedro", por su situación y linderos especificados en el primer punto petitorio del libelo de la demanda;

"2º—Mediante la escritura pública número 150 de 29 de marzo de 1930, otorgada en la mencionada notaría segunda, Miguel Duarte dueño de los expresados terrenos, cedió a Pedro Crisanto Duarte en contrato de venta, entre otros bienes, los precitados terrenos "La Ramada", y la tercera parte del "Cedro", por su situación y linderos en ella determinados; manifestando expresamente

que había obtenido su adquisición a título de compraventa al señor Eusebio Duarte;

"3º—Los demandados tienen conocimiento pleno de la posesión precaria que vienen ejercitando sobre los inmuebles que se reclaman, y sin embargo los detentan, prevalidos de la fuerza de que disponen;

"4º—El contrato de compraventa contenido en la escritura últimamente indicada, fue impugnado en todo su contenido por los demandados y la justicia ordinaria después de un largo proceso, lo declaró válido y eficaz;

"5º—Estimo el valor de los frutos debidos en la suma de mil ochocientos pesos ($1.800.00), o en la que fijen los peritos para lo cual deben ser nombrados debidamente. Fijo la cuantía de la acción en la suma de cinco mil pesos ($ 5.000.00);

"6º—Versando la demanda sobre el dominio de inmuebles, espero se le dé aplicación a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 57 de 1887;

"7º—Por la situación de los inmuebles cuya reivindicación se solicita, la cuantía establecida y el domicilio de los demandados, es U. el señor Juez de la causa";

Admitida la demanda los demandados la contestaron aceptando algunos hechos, negando otros; oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas y proponiendo entre otras, la excepción de simulación del contrato que consta en la escritura número 150 de 29 de marzo de 1930.

Al término de la tramitación de la primera instancia, el Juzgado decidió la litis en fallo de 28 de octubre de 1943, en que absolvió a los demandados de los cargos que se les habían formulado.

La apelación del actor llevó el negocio al Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, el cual, después de tramitarlo con las ritualidades de rigor, lo decidió en providencia de 2 de mayo de 1945, por la que revocó la apelada y en su lugar decidió la litis así:

"PRIMERO. — Decláranse infundadas todas las excepciones perentorias propuestas por los demandados en la contestación de la demanda;

"SEGUNDO.—Declárase que el señor José del Carmen Carvajal, es dueño exclusivo de estos bienes inmuebles: Un terreno con dos casas de habitación de construcción de pared, madera y paja, denominado "La Ramada", ubicado en la vereda de Taucasi, jurisdicción municipal de Chiscas, alindado: por el pie, de una piedra ancha enterrada que está en una lomita, en recta a un árbol de palo de leche viejo que está en un zanjón, colinda con herederos de Juan Carreño; por costado derecho, de aquí zanjón arriba a encontrar un saladito, divide con sucesión de Juan Leal; por cabecera, el camino que va del Guichalito a Chiscas, hasta dar a un mojón enterrado; y por el costado izquierdo, partiendo del mojón citado por un surco de fique a dar al primer lindero. Una cuota equivalente a una tercera parte del terreno denominado "El Cedro", ubicado en la misma vereda y jurisdicción del anterior, alindado en general así: por el pie, desde una piedra enterrada que está junto al camino que va para "La Loma de Roque", todo esto hasta adelante de una aguadita y una zanja, vuelve de para arriba a dar a un camino, todo éste a dar a una cuchilla, linda con de Fernando Puentes; por el costado derecho, la citada cuchilla arriba a dar a una piedra enterrada, sigue esta cuchilla a dar a un palo de leche grande, y de aquí al camino real que va de Méjico a Chiscas, linda con de Lino Puentes, Santiago Leal y Elisa Espinel; por cabecera, el citado camino a dar a una piedra enterrada, colinda con de la misma Espinel; y por el costado izquierdo, de dicha piedra de para abajo a dar al primer lindero, divide con el terreno de Jesús Leal M.

"TERCERO.—Condénase a los demandados señores José Abelardo García e Isabel Parra a entregarle a José del Carmen Carvajal, los terrenos determinados en la declaración anterior, con todas sus anexidades, dentro de los seis días siguientes a la ejecutoria de esta providencia;

"CUARTO. — Condénase igualmente a los demandados a restituír o a pagar al demandante los frutos naturales y civiles de los inmuebles de que se trata, desde la contestación de la demanda hasta el día en que se verifique la entrega, debiendo liquidarse el monto de tales frutos de acuerdo con el valor fijado por los peritos, o sea de trescientos cincuenta ($ 350.00) pesos por año, y

"QUINTO.—Sin costas en ninguna de las instancias".

En ese fallo el Tribunal encontró que el actor había demostrado su derecho para ejercitar válidamente la acción reivindicatoria incoada. Luego se concretó al estudio de las defensas o excepciones propuestas por los demandados principiando por la de simulación, que es la única a que el recurso de casación de aquéllos se contrae. En el estudio de esta excepción llegó el Tribunal a la conclusión de que los indicios acreditados en el expediente para demostrarla no eran suficientes al efecto; que la demandada Isabel Parra no acre-

ditó el estado civil de casada con Miguel Duarte para que así pudiera asistirle interés jurídico para alegar dicha excepción en su condición de cónyuge supérstite del contratante Miguel Duarte, y que además, aun en el supuesto de que se hubiera encontrado probada esa excepción su reconocimiento no podría perjudicar al demandante Carvajal por asistirle la presunción de buena fe, que no ha sido desvirtuada, al adquirir los terrenos relacionados en su demanda, "de Pedro Crisanto Duarte, que era precisamente la persona, que de acuerdo con los medios de publicidad sobre mutación de bienes raíces, figuraba como el titular de aquéllos".

Tanto demandante como demandados recurrieron en casación y como la tramitación propia del recurso está agotada, la Corte procede a decidirlo.

Recurso de casación de la parte demandante

El recurrente invoca contra la sentencia las causales 2ª y 3ª del artículo 520 del Código Judicial, por cuanto el Tribunal no condenó al demandado, debiendo haberlo hecho, al pago de las costas de la segunda instancia. Para fundamentar sus acusaciones sostiene, en resumen, que los demandados carecen de título para retener los bienes que se reivindican; que son poseedores violentos y por lo mismo de mala fe, según está acreditado en autos; que habiéndolos condenado el Tribunal conforme a las peticiones principales de la demanda, de tal condenación lógicamente se deduce la temeridad manifiesta en que incurrieron al oponerse a la acción, por lo cual han debido ser condenados en costas. Agrega que habiéndose decretado favorablemente las peticiones de la demanda, la parte resolutiva contiene declaraciones contradictorias al no condenar en costas, por lo cual considera que ha sido violado el artículo 575 del C. J.

La Corte considera:

En la súplica cuarta de la demanda se pidió que los demandados fueran condenados en costas, en caso de oposición, y sobre esta petición recayó el punto quinto de la parte resolutiva de la sentencia, en que se dijo: "Sin costas en ninguna de las instancias". Luego habiendo decidido expresamente el Tribunal sobre el tema en cuestión, no puede invocarse eficazmente el motivo de incongruencia a que se refiere el numeral 2º del artículo 520 del C. J., el que sólo es procedente cuando el sentenciador resuelve sobre puntos ajenos a la controversia; o cuando deja de hacerlo sobre algunos de los que han sido objeto del litigio; o porque se condenare a más de lo pedido, o no fallare sobre alguna de las excepciones oportunamente alegadas por las partes.

Además, en copiosa y abundante jurisprudencia la Corte ha decidido, de manera constante, que la condenación en costas es asunto que escapa a la casación, cuando ella se hace depender de la temeridad con que el litigante sostiene una acción o defensa, pues esa es una cuestión que aprecia el Tribunal con absoluta libertad. Sólo por excepción, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia, y en ese caso excepcional no se encuentra el que aquí viene suscitado.

Por otra parte, en referencia con la causal 3ª alegada, es suficiente anotar que para invocarla útilmente ante la Corte se requiere —como se desprende del propio tenor del numeral 3º del artículo 520 del C. J.—, que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno aclaración de la sentencia, y que a pesar de ello subsistan en su parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias, y según aparece de autos el recurrente no formuló ante el Tribunal reparo o pedimento alguno sobre el particular, por lo cual en casación no puede aducirlo eficazmente.

Por lo expuesto se declaran improcedentes los cargos antes mencionados.

Recurso de casación de la parte demandada

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J. propone el recurrente dos cargos contra la sentencia. Sobre el primero de ellos dice que al contestar la demanda propuso la excepción de simulación o inexistencia del contrato de compraventa celebrado entre Miguel Duarte y Pedro Crisanto Duarte, para comprobar lo cual asevera que adujo la confesión extrajudicial de éste sobre el hecho de ser simulado el referido contrato; que dicha confesión aparece satisfactoriamente establecida con los dos testimonios de Aníbal Remolina y Emilio Quintero, que constituyen plena prueba al tenor del artículo 697 del C. J.; que el Tribunal incurrió en error de hecho al apreciarla; que fuera de eso, existen otros indicios que puntualiza y que el Tribunal dejó de estimar, tendientes todos a demostrar la simulación del contrato; que siendo esto así, Pedro Crisanto nada podía trasmitir al demandante Carvajal, y por esas causas considera que el Tribunal quebrantó los artículos 740, 752, 946 y 950 del C. C. Agrega que Carvajal no puede ampararse como tercer poseedor de buena fe, porque cuando celebró el

contrato tenía pleno conocimiento de la simulación, según lo considera probado con los siguientes hechos o elementos de convicción, que el Tribunal desestimó:

1º Que el contrato del actor se realizó cuando ya estaba promovida la acción judicial de Abelardo García e Isabel Parra contra Pedro Crisanto Duarte sobre simulación del contrato de compraventa celebrado entre éste y Miguel Duarte, y que de consiguiente estaba en conocimiento del público la existencia de ese juicio y las causas que lo motivaban;

2º Que en la confesión extrajudicial sobre simulación de ese contrato hecha por Pedro Crisanto en la Oficina de Registro de Chiscas naturalmente había trascendido a todos los habitantes de dicho Municipio, en donde vivía Carvajal;

3º Que dicho contrato fue calificado como simulado desde un principio por el público en general;

4º Que a Carvajal se le otorgó el título el 21 de abril de 1933 y solamente lo llevó al registro en julio de 1941; y

5º Que el precio de la compraventa fue de $ 500.00 y en cambio la cuantía del juicio se señaló en más de $ 5.000.00.

Se considera:

La excepción de simulación a que se refiere el recurrente, se propuso en contra del contrato de compraventa que recoge la escritura pública número 150 de 29 de marzo de 1930, de la Notaría 2ª del Circuito de El Cocuy, por medio de la cual Miguel Duarte dio en venta a Pedro Crisanto Duarte, entre otros, los bienes raíces que son objeto de este juicio reivindicatorio, es decir, en contra del título de donde se origina el derecho de dominio que el actor invoca, pues éste adquirió dichos bienes de Pedro Crisanto, por medio de la escritura pública número 84 de 21 de abril de 1933. Por consiguiente, el demandante es un tercero en relación con el contrato que viene tachado de simulado, y a él en su condición de tal no podría perjudicarlo la simulación del negocio primitivo, mientras no se demostrase que al momento de contratar tenía conocimiento de que el título de dominio de donde deriva sus derechos estaba afectado de ese vicio. Este es un principio tradicional de la jurisprudencia de la Corte, proclamado con apoyo innegable en el artículo 1766 del C. C., y que el recurrente ni siquiera ataca en el recurso; pero en cambio sostiene que el demandante no puede ampararse en condición de tercer poseedor de buena fe porque en fuerza de las circunstancias que puntualiza en el cargo, y que el sentenciador no estimó, queda desvirtuada la presunción legal que como tal le asistía. A este respecto la Sala replica:

Primero.—La existencia de un juicio sobre simulación de un contrato, no es prueba de esa simulación, y por consiguiente si el demandante contrató cuando cursaba el a que alude el recurrente, tal circunstancia por sí sola se opone a la buena fe que al primero de los nombrados le asistía. Además, la demanda ordinaria de Abelardo García e Isabel Parra contra Pedro Crisanto Duarte sobre nulidad o simulación del contrato recogido en la escritura pública número 150 antes citada, finalizó con sentencia absolutoria para el demandado (fs. 6 a 23, cuaderno principal), por lo cual carece de la más leve eficacia la circunstancia que sobre este punto se invoca.

Segundo. — Aunque se diera por probado que trascendió al público la manifestación que se atribuye a Pedro Crisanto, cuando se afirma que confesó ante el Registrador de Chiscas y otras personas la simulación del contrato contenido en la escritura pública número 150, no se ha dado ni en casación se ha alegado que exista prueba alguna que demuestre que Carvajal tuvo conocimiento de esa manifestación antes de contratar.

Tercero.—Del hecho de que el título de Carvajal hubiese sido otorgado en 21 de abril de 1933 y registrado en julio de 1941, no puede colegirse precisamente que ese retardo en registrarlo obedeciera al conocimiento que tuviera de la simulación del contrato primitivo; sería muy aventurado y temerario afirmarlo o sugerirlo siquiera.

Cuarto.—Ninguna importancia tiene la diferencia entre el precio de compra de los bienes reivindicados y la cuantía señalada en la demanda a fin de inferir de allí el conocimiento que el demandante tuviera de la simulación del contrato primitivo de que se viene hablando. Son además dos cosas completamente ajenas entre sí.

Por tanto los hechos invocados por el recurrente como destructores de la presunción de buena fe que por ministerio de la ley hay que suponer en el demandante en el momento en que celebró el contrato fuente del derecho de dominio que invoca en este pleito, no alcanzan a tener la eficacia que aquél les asigna para desvirtuar esa buena fe y de allí que la simulación de que se tacha al contrato recogido en la escritura número 150, caso de que estuviera plenamente establecido, no podría perjudicarlo, en atención a lo que antes se ha dicho. Esto hace superfluo el que la

Corte se detenga a analizar la acusación del recurrente sobre el error de hecho que le imputa al Tribunal en la apreciación de la prueba tendiente a demostrar esa simulación, que —se repite— no le sería oponible al demandante por ser un tercero poseedor de buena fe.

Por lo expuesto se declara improcedente el cargo estudiado.

En el segundo de los cargos manifiesta el recurrente que el Tribunal al desconocerle a los demandados el derecho para alegar la simulación que afecta el mismo contrato antes referido con fundamento en que no se trajo a los autos la prueba que acredite la existencia del matrimonio celebrado entre Miguel Duarte e Isabel Parra, incurrió en error de hecho manifiesto en la apreciación de la sentencia de 25 de mayo de 1937 del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo que obra a los folios 12 y siguientes del cuaderno principal de la demanda, de la cual surge comprobado el estado civil de Isabel Parra, de donde deduce que el sentenciador quebrantó los artículos 952 a 956, 1008, 1743 del C. C., y 85 de la Ley 153 de 1887, y 13 de la Ley 63 de 1936; pero el cargo es inconducente porque sea cual fuere la conclusión a que haya de llegarse sobre el interés que le asista a los demandados para alegar la simulación, ya está dicho que ésta no le sería oponible al demandante por no haberse desvirtuado en el proceso su condición de tercer poseedor de buena fe.

En el capítulo tercero de la demanda y con fundamento en la causal 2ª del artículo 520 del C. J., sostiene el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones alegadas en la demanda, y al efecto dice que en el punto tercero de la parte petitoria de la misma el actor estimó los frutos civiles en la suma de $ 300.00 anuales y que en cambio la sentencia, basándose en el dictamen pericial, condenó a pagar esos frutos a razón de $ 350.00 por año.

Se considera:

El cargo es fundado. En efecto en la súplica tercera de la demanda el actor pidió que los demandados fueran condenados al pago de los frutos del inmueble reivindicado, los cuales estimó en $ 300.00 anuales y el sentenciador pronunció la condena correspondiente fijándolos, de acuerdo con el dictamen pericial, en la cantidad de $ 350 anuales, con lo cual es evidente que el sentenciador rompió las normas formales que para la sentencia impone el artículo 471 del Código Judicial y que la causal de incongruencia invocada debe prosperar.

Lo dicho impone la casación parcial del fallo en el sentido de reducir la condena a la cantidad pedida por el demandante.

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 fecha dos de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo en el presente negocio, en el sentido de reducir la condena por frutos prevista en el numeral 4º de la parte resolutiva de dicho fallo a la suma de trescientos pesos ($ 300.00) anuales, y la deja vigente en todo lo demás que en ella se ha decidido.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase a la oficina de origen.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en ppdad.

ACCION DE PERJUICIOS. — RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS POR SUS ACTOS ILICITOS

1.—En el caso del artículo 1617 del Código Civil la ley no obliga a probar el perjuicio, el cual se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero. Es suficiente el retardo en el pago para que se adeuden intereses.

2.—La responsabilidad civil por actos ilícitos no sólo corresponde a la persona natural, sino a la jurídica, por el hecho de sus legítimos y plenarios representantes en el desempeño de sus cargos. Si la entidad jurídica puede adquirir por medio de sus representantes debe también, para constituír una persona, ser capaz de obligarse. Así, cuando al moverse en el radio de sus atribuciones y funciones han ejecutado los representantes de la persona jurídica medidas perjudiciales a los intereses y sobre todo a la propiedad ajena, está obligada a reparar el daño causado. Las personas jurídicas son, pues, civilmente responsables de los actos ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de su función o cargo. La responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos se desprende como una lógica consecuencia de la real y amplia capacidad de obrar, reconocida por el derecho a estas personas o entidades colectivas.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El doctor Emilio Salas Salazar, como apoderado de Carmen Salazar de Paredes, Elisa Paredes de Sánchez, Leonor Paredes de Uribe, María Paredes, Carlos Paredes y Jorge Paredes, demandó al Municipio de Bogotá, para que mediante los trámites de un juicio ordinario se condenara a la entidad demandada a la indemnización de los perjuicios causados al patrimonio de Carlos Paredes, que representan los demandantes, por la destrucción total de las edificaciones existentes en el predio cuya situación y linderos se especifican en el libelo, ocasionada por las inundaciones provenientes de las aguas del colector del río San Francisco, hecho imputable a la persona jurídica nombrada.

Estos perjuicios los expresa el demandante en cifras que representan el daño emergente y el lucro cesante, o sea, el valor intrínseco de las edificaciones destruídas, y el producto de los arrendamientos dejados de percibir desde las fechas allí determinadas, hasta la verificación del pago.

Después de varias súplicas en que determinó las aspiraciones de los damnificados, concreta su pedimento, como cuestión subsidiaria, en la siguiente forma:

"O en lugar de las cantidades anteriores, se condene a dicha entidad a pagar la suma en que se determine por medio de peritos el valor de los perjuicios sufridos por mis poderdantes, o por la sucesión del señor Carlos Paredes, por concepto del daño emergente y del lucro cesante, desde el 19 de noviembre de 1932 hasta la fecha en que se verifique el pago total de los daños reclamados, por la destrucción de la edificación, compuesta de una casa y dos locales o apartamentos exteriores anexos, destrucción ocasionada por las inundaciones de las aguas provenientes del colector del río San Francisco".

Los hechos fundamento de la demanda pueden sintetizarse así:

Haber sido el señor Carlos Paredes propietario de una edificación situada en la calle Junín, hoy Avenida Jiménez de Quesada, de esta ciudad, marcada con los números 8A, 10 y 10A de la antigua numeración, levantada en el lote cuyos linderos se expresan en la demanda; ser los demandantes Carmen Salazar de Paredes cónyuge sobreviviente del mismo señor Carlos Paredes y los demás, hijos del mismo; haber sido destruída la mencionada edificación el día 19 de noviembre de 1932, a consecuencia de las inundaciones ocurridas ese día; haberse provocado las mismas por culpa del Municipio de Bogotá, por defectos de construcción del colector del río San Francisco;

y haber causado esta culpa del Municipio demandado perjuicios a los demandantes.

Corrido el traslado de rigor al Personero Municipal como representante de la entidad pública, tal funcionario se opuso a que se hicieran las declaraciones impetradas y alegó entre otras excepciones, la de prescripción de la acción propuesta.

Trabada así la litis, el Juez del conocimiento puso fin a la primera instancia por sentencia de fecha dieciséis de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro en la cual se condenó al Municipio en los términos siguientes:

"Primero.—El Municipio de Bogotá es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados en la casa y sus dos apartamentos exteriores anexos, situada en el barrio de San Pablo de esta ciudad, en el costado o acera norte de la antigua calle de Junín, hoy Avenida Jiménez de Quesada, entre carreras 9ª y 10ª, distinguida la casa con el número 10 y los locales o apartamentos exteriores con los números 8ª y 10ª de la antigua nomenclatura, finca de construcción alta y baja, con frente a la Avenida Jiménez de Quesada, alinderada así: por el sur, que es el frente, con la calle de Junín, está de por medio con la ronda del río San Francisco; por el occidente, con casa que fue de Ramón Rodríguez, después de Javier Rojas y hoy es de Agustín Dussán Q.; por el norte, con casa de Leoncio Latorre, después de Aristides Fernández, hoy del Banco de Colombia; y por el oriente con casa que fue de Luis Peña Sánchez, hoy del doctor Ricardo Zapata, perjuicios ocasionados el día diecinueve (19 de noviembre de mil novecientos treinta y dos (1932).

Segundo.—Decláranse no probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada.

Tercero.—Condénase al Municipio de Bogotá, al pago a favor de los demandantes Carmen Salazar de Paredes, Elisa Paredes de Sánchez, Julia Leonor Paredes de Uribe, María, Carlos y Jorge Paredes Salazar, la primera cónyuge sobreviviente de Carlos Paredes, y los restantes como herederos en su condición de hijos legítimos de este último, de la cantidad de siete mil quinientos pesos ($ 7.500.00) valor catastral de la edificación anteriormente determinada, más lo que se pruebe por razón de las reparaciones introducidas por su antiguo propietario Carlos Paredes. Para la apreciación de esa suma, se tendrán en cuenta las declaraciones de los testigos y los demás elementos de juicio, de conformidad con lo que en la parte motiva se expone al respecto, dentro de la correspondiente ejecución.

Cuarto.—Condénase a la entidad demandada, al pago a favor de los mismos demandantes, de los arrendamientos que el señor Carlos Paredes o sus causahabientes, han dejado de percibir sobre la casa y locales destruídos por la inundación del 19 de noviembre de 1932 y a que se hace referencia en la parte primera resolutiva de este fallo. La estimación de ese valor se hará sobre la base de la fecha de dicha inundación, la cual debe tenerse en cuenta como punto de partida dentro de la correspondiente ejecución. Se tendrán en cuenta, además, los elementos que en la parte motiva del presente fallo, se apreciaron como básicos para que en el futuro los avaluadores de tales perjuicios, rindan su dictamen..."

La sentencia recurrida

En virtud de apelación interpuesta por ambas partes subió el negocio al Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá, donde una vez agotada la tramitación de segundo grado, se pronunció sentencia con fecha dos (2) de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), reformando la del inferior en los siguientes términos:

"1º Confírmanse los numerales primero y segundo del fallo apelado;

"2º Condénase al demandado a pagar a los demandantes, por concepto de lucro cesante, la cantidad de tres mil ciento treinta y tres pesos, treinta y cuatro centavos (3.133.34) moneda legal;

"4º Niéganse las demás peticiones de la demanda.

"5º Sin costas.

"6º Por el Juzgado del conocimiento sáquese copia del recibo expedido por Juan de Dios Rubiano a favor de Carlos José Paredes, de la diligencia de reconocimiento del mismo y de los testimonios de Adalberto Rosas, Eduardo Valencia G., Manuel J. Maldonado S., y José Miguel Tejada (C. 1º fl. 4 y C. 6º fls. 4 a 10) y demás piezas pertinentes del proceso, y remítanse al funcionario competente para que investigue los posibles delitos que hubieran podido cometer los declarantes Tejada y Maldonado".

El Tribunal encontró plenamente demostrada la culpa del Municipio y al respecto dijo:

"La causa del daño fue la falta de técnica en la prospección y construcción del colector del río San Francisco, según aparece demostrado con los elementos de convicción ya enumerados; se concluye que no existe caso fortuito liberatorio, toda vez que el hecho dañoso ocurrió por culpa anterior

del Municipio, la cual excluye el caso fortuito liberatorio, lo mismo que la imprevisibilidad, es decir, que el Municipio ha debido razonablemente precaverse en razón de que tal aguacero fue de una magnitud tal que dados los antecedentes metereológicos anotados era suficientemente probable que ocurriera".

Al referirse a la responsabilidad de la entidad demandada en otro aparte de la sentencia, expresa:

"Alega el Personero Municipal que, por ser indirecta la culpa del Municipio, la acción incoada está prescrita a términos del artículo 2358, inciso 2º del C. C.

"Esta tesis fue sostenida por esta misma Sala con fundamento en las sentencias de 19 de agosto de 1941 y otras citadas por el representante del demandado. Mas la apreciación de la Sala fue rectificada por la Corte en su sentencia de casación de 30 de noviembre de 1942, en el ordinario de Humberto Sanabria contra el Municipio de Bogotá, en donde se afirma la responsabilidad directa del Municipio, en razón a que los planos de la obra fueron aprobados por las entidades correspondientes, y que la obra fue contratada con terceros pero intervenidos por los ingenieros municipales, y recibida a satisfacción del Municipio, lo que equivale a que hubiera sido construída directamente por éste, todo lo cual está probado en los autos (C. 2º fls. 41 a 43)".

Respecto de la cuenta de la indemnización, el Tribunal aceptó como daño emergente, el valor dado uniformemente por los peritos de la edificación destruída, y como lucro cesante el valor de los arrendamientos hasta cuando los demandantes fueron dueños del predio, que luego vendieron por medio de la escritura pública número 352 de 9 de marzo de 1934; de esta fecha en adelante no hay lugar a reconocer lucro cesante, dice el Tribunal, por concepto distinto al valor de los arrendamientos, porque no se impetraron y decretarlos sería fallar ultra petita.

El recurso

Contra esta sentencia definitiva de segundo grado interpusieron ambas partes recurso de casación, que hoy decide la Corte por estar legalmente preparado.

Recurso de la parte demandante

Dice el recurrente:

"Aduzco para pedir la infirmación de lo pertinente del fallo recurrido, la causal segunda, esto es, no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por mí en la demanda y como consecuencia de esto, la causal primera, por ser la sentencia violatoria de ley sustantiva por infracción directa de los artículos 1613, 1614 y 1617 del C. C. y los artículos 2341 a 2344, 2350, 2351 y 2356, inciso 1º ordinal 3º también del C. C. que no fueron aplicados y que además se invocaron como fundamento de la acción de perjuicios deducida en juicio".

Sostiene que los demandantes hacen consistir el lucro cesante en los arrendamientos que dejaron de recibir, según reza el libelo de demanda o en "la suma en que se determine por medio de peritos el valor de los perjuicios sufridos por ellos, o por la sucesión del señor Carlos Paredes, por concepto del daño emergente y del lucro cesante, desde el 19 de noviembre de 1932 hasta la fecha en que se realice el pago total de los daños reclamados, por la destrucción de las edificaciones de que se querellan ocasionada por las inundaciones de las aguas provenientes del colector del río San Francisco".

Afirma que al demandarse tales perjuicios lógicamente quedaron incluídos los comprendidos en las disposiciones transcritas y principalmente de los del artículo 1617 del C. C., ya que si se condena al Municipio a pagar una suma por daño emergente y se niega el pago de arrendamientos a partir de la fecha de la venta del inmueble, surge entonces como consecuencia de esto, la obligación de pagar intereses legales de la cantidad establecida como daño emergente.

Finalmente sostiene que habiendo demandado en petición subsidiaria, "perjuicios en general" entre éstos están comprendidos los intereses de la suma valor de la venta de la finca perjudicada, que deben computarse a partir de la fecha de tal venta, hasta que se realice el pago. El Tribunal, dice, dejó de resolver sobre este punto, de donde se deduce la incongruencia del fallo entre lo resuelto por éste en su fondo y lo pedido en la demanda.

La Corte considera:

La negativa del Tribunal a decretar el pago de intereses de la suma en que se estimó el daño emergente ocasionado por los perjuicios sufridos en la propiedad del señor Paredes, con motivo de las inundaciones producidas por la mala construcción del colector de aguas de la canalización del río San Francisco, está ajustada a la ley, por lo cual el motivo de casación alegado con fundamento de tal negativa habrá de desecharse.

No estima la Corte procedente la condenación accesoria por los intereses legales, porque lo que se busca con la acción propuesta es la responsabilidad civil de la entidad municipal por los daños causados por su culpa en la propiedad de los actores y como consecuencia, se persigue que se condene a la entidad demandada a pagar el daño ocasionado en la casa destruída por la inundación, como daño emergente y el valor de los arrendamientos que producía el mismo inmueble, como lucro cesante.

En este litigio se trata de establecer una indemnización compensatoria por el daño imputable a la entidad demandada pero no una indemnización producida por la mora, como sería aquélla que se derivara de la obligación originaria de pagar una suma de dinero, sea ésta determinada o determinable. Sólo en este último caso, sería aplicable la disposición que regula el pago de intereses moratorios como es la consignada en el artículo 1617 del C. C. que mira exclusivamente a las obligaciones de pagar una cantidad de dinero.

Condenar en el caso propuesto al pago de intereses legales, sería acumular a la obligación compensatoria deducción del daño causado, la moratoria sin que la obligación hubiera llegado a tal estado.

El juicio intenta una compensación en dinero por el daño y sólo cuando a virtud de sentencia ejecutoriada se defina tal compensación es cuando sería factible el cobro de intereses si la suma monto de la indemnización que se reconozca no se paga en la oportunidad debida.

El artículo 1617 del C. C. reglamenta el pago de intereses de mora, cuando se trata de la obligación de cubrir una cantidad de dinero; en este caso la ley no obliga a probar el perjuicio, el que se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero. Es suficiente el retardo en el pago para que se adeuden intereses.

En el presente caso se trata de una obligación compensatoria y no moratoria.

El artículo 1617 citado se refiere a los perjuicios simplemente, esto es, a los que provienen de la sola mora en el pago, mora que en el presente asunto no puede existir sino a partir de la fecha en que nace y se hace exigible la obligación de pagar la cantidad de dinero, y no los perjuicios compensatorios a que alude el artículo 1613 **ibidem,** que en el caso en estudio están representados por el edificio destruído. Esto por lo que respecta a la suma fijada como valor del daño emergente, porque la fijada como valor del lucro cesante originada en la renta de la casa, no daría lugar al cobro de intereses según lo dicho en el artículo 1617 **in fine.**

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Recurso del demandado

El señor Procurador Delegado en lo Civil, obrando por la entidad pública demandada, acusa el fallo en estudio en los siguientes términos:

a) Por infracción directa e interpretación errónea del artículo 2358 del C. C., ordinal 2º, por cuanto no se decretó la excepción de prescripción de la acción propuesta por la entidad demandada, ya que la responsabilidad imputable al Municipio debe considerarse como originada en el hecho de otro, es decir, en una responsabilidad indirecta procedente del hecho ajeno.

Cuando una persona física, dependiente de una persona jurídica, causa culposamente un perjuicio a un tercero, éste tiene dos acciones judiciales: una que puede intentar contra la persona jurídica; y otra que puede hacerla valer contra el subordinado de ésta.

Sostiene que las personas jurídicas por el hecho de ser incapaces, no pueden obligarse por sí mismas. Por tanto, cualquiera obligación que nazca para ellas, contractual o extra-contractual, ha sido originada por ministerio o autorización de otra persona. Consecuencialmente, cuando una entidad moral queda obligada por el hecho de uno de los empleados, ello implica que se trata de responsabilidad por el hecho ajeno.

Tratándose de la responsabilidad por el hecho ajeno, la acción que en tales circunstancias se intente contra una persona jurídica por tal causa, prescribe en tres años, según lo establece el inciso 2º del artículo 2358 del C. C. Los hechos que originaron la demanda tuvieron lugar el 19 de noviembre de 1932 y la acción sólo vino a proponerse el 27 de octubre de 1942, cuando la acción se hallaba prescrita.

b) Acusa igualmente la sentencia por ser violatoria de la ley sustantiva por infracción directa y aplicación indebida del artículo 721 del C. J. al caso del pleito.

Apoya su tesis en que el Tribunal acogió en su fallo el dictamen pericial rendido en el juicio por los doctores Botero de la Calle y Morales, en lo relativo al daño emergente, y con base en tal dictamen condenó al Municipio.

A su entender la aludida exposición pericial no constituye plena prueba por no estar explicada y

debidamente fundamentada según lo exige el artículo 721 del C. J., no siendo aplicable al caso de autos tal precepto.

Sostiene que a pesar de no estar demostrado el número de piezas de la casa que fue destruída por la inundación y su extensión, los peritos estimaron el valor de las construcciones, sin fundamento legal para ello, apoyados únicamente en declaraciones de testigos que el mismo Tribunal consideró inaceptables.

Que habiendo sido destruídas las edificaciones que los peritos se propusieron avaluar, fundaron su dictamen en varias pruebas del expediente, cuya legalidad y admisibilidad sólo podía apreciar el juzgador y no los peritos.

c) En cuanto al lucro cesante, hace los siguientes reparos: sostiene que siendo el valor de las edificaciones la base principal para calcular el precio del canon mensual de arrendamiento y no habiéndose determinado en debida forma el monto de ésta, por lo expresado anteriormente, es obvio que la suma señalada por concepto de lucro cesante carece igualmente de la debida fundamentación.

En relación con el mismo tema del lucro cesante hace nuevos reparos a la prueba de expertos por cuanto éstos tuvieron en cuenta, dice, para estimar los arrendamientos del inmueble destruído, el dicho de varios testigos, con lo cual los peritos no hicieron un verdadero dictamen, no emitieron su opinión personal y técnica, sino que se limitaron a acoger unos testimonios que no sólo son sospechosos al decir del Tribunal, sino que son vagos, incoherentes y contradictorios.

También critica el recurrente la forma como al valorar los arrendamientos se dedujeron ciertas partidas por concepto de reparaciones, pago de contribuciones, gastos de administración.

d) Violación del artículo 2341 del C. C., por interpretación errónea y aplicación indebida.

En desarrollo de su tesis sostiene que para que sea aplicable la mencionada disposición se requiere la existencia de una culpa probada o presunta. Los perjuicios que se dice fueron sufridos en su inmueble por los demandantes, se deben no a culpa del Municipio sino a fuerza mayor o caso fortuito.

La existencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito —como generador del perjuicio cuya indemnización se demanda—, es suficiente para desligar de toda responsabilidad, de acuerdo con la jurisprudencia existente al respecto.

Sobre el tema se extiende en múltiples consideraciones; cita los informes de la sección de metereología y aforos del Ministerio de Economía, donde aparece la certificación sobre la gran cantidad de lluvias caídas sobre la ciudad y el torrencial aguacero del 19 de noviembre de 1932 que registró 77 milímetros de lluvia, cantidad que al decir de la Sociedad Colombiana de Ingenieros, no se registraba en Bogotá desde el año de 1897.

e) Violación del artículo 2357 del C. C., por infracción directa e interpretación errónea, por cuanto a pesar de aparecer demostrado en el juicio la imprudencia de los demandantes en haber construído una casa de un material tan inconsistente como el adobe, no se tuvo en cuenta esta circunstancia al hacer el cómputo del daño causado que estaba sujeto a reducción por haberse expuesto los demandantes imprudentemente a él.

Sostiene que este hecho lo encontró plenamente acreditado el Tribunal y que sin embargo no lo tuvo en cuenta. La sentencia recurrida dice al respecto:

"Los declarantes atestiguan que el primer piso estaba a nivel inferior al de la calle, de suerte que era a manera de sótano, y que había que descender por una escalinata para entrar al portón y a los sendos apartamentos que tenía a uno y otro lado de éste. Al terraplenar la Avenida Jiménez de Quesada, necesariamente hubo de agravarse el defecto causado por el desnivel. Las características anteriores están plenamente establecidas..."

Afirma que si la casa no se hubiera construído en la forma en que lo fue, con el piso primero a un nivel inferior al de la Avenida, y con un material como el adobe, seguramente los perjuicios no se habría producido. Termina afirmando que los daños provinieron de imprudencia, negligencia y errores de construcción de los dueños y no por culpa exclusiva del Municipio. Sostiene que al menos ha debido considerarse el caso como "una concurrencia de culpas", por lo cual se violó el artículo 2357 del C. C.

La Corte considera:

La responsabilidad cviil por actos ilícitos, no sólo corresponde a la persona natural, sino a la jurídica, por el hecho de sus legítimos y plenarios representantes en el desempeño de sus cargos.

Si la entidad jurídica puede adquirir por medio de sus representantes, debe también, para constituír una persona, ser capaz de obligarse. Así, cuando al moverse en el radio de sus atribuciones y funciones, los representantes de la persona jurídica han ejecutado medidas perjudiciales a los

intereses y sobre todo a la propiedad ajena, ésta se encuentra obligada a reparar el daño causado. Las personas jurídicas son, pues, civilmente responsables de los ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de su función o cargo.

La responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos, se desprende como una lógica consecuencia de la real y amplia capacidad de obrar, reconocida por el derecho a estas personas o entidades colectivas.

En el caso en estudio, está claramente demostrado que la construcción de los colectores del río San Francisco, causa inmediata de la inundación, fue ejecutada por la entidad municipal por medio de contratos celebrados con ingenieros y mediante el suministro de planos y detalles de construcción, aprobados por los ingenieros del Municipio, los cuales supervigilaron la obra y la recibieron declarando que se había ejecutado de conformidad con los proyectos municipales.

De los diversos juicios que por perjuicios se han seguido contra el Municipio de Bogotá por los daños ocasionados por deficiencias en la construcción del colector del río San Francisco, que pasan de diez, la Corte ha llegado a la conclusión de que hay responsabilidad directa del Municipio, pues no se trata de la culpa imputable personalmente a los ingenieros contratistas y obreros constructores, sino de actos y omisiones de los organismos representativos de la entidad en función de tales, como son la imprevisión en el planeamiento y prospectación de la obra y el supremo descuido de la entidad pública en prevenir los daños que se ocasionaron por la construcción de determinadas obras que no se ajustaron a la técnica y a las necesidades que el caso requería.

En sentencia de 7 de abril de 1942, en un caso como el que ahora estudia la Corte, propuesto por Roberto Barreto contra el Municipio de Bogotá, por perjuicios que le produjo la inundación del río San Francisco en las crecientes sucesivas de 14 de octubre y 19 de noviembre de 1932, se dijo por esta Sala:

"Las entidades de derecho público obran por medio de sus agentes y las faltas y errores de éstos comprometen la responsabilidad de la entidad en cuyo nombre obran, a menos que se trate de casos de culpa personal del empleado. No puede hacerse una desvinculación entre la entidad y el empleado o su representante, para atribuír directamente la culpa a éste, porque el empleado obra, y así se presume siempre, en nombre y representación de la entidad, y actúa con el poder que ésta le delega, como sucede siempre en la construcción de una obra y en todo lo que atañe a los servicios públicos. La anterior doctrina de la Corte es la misma sostenida por expositores como los hermanos Mazeaud, Hauriou y Bonnard, y la misma que ha sido expuesta en diversos fallos. Cuando se trata de una responsabilidad directa, como en el caso a que se refiere el pleito, en que el Municipio demandado debe responder, no es aplicable el inciso 2º del artículo 2358 del C. C., que señala tres años para la prescripción de la acción, sino que rige al respecto la norma general que es la consagrada por el artículo 2536 ibidem, o sea, que el lapso para la prescripción es de veinte años".

b) Dictamen pericial.

Para la comprobación de hechos que exijan conocimientos o prácticas especiales, se nombran peritos. El perito es un auxiliar del Juzgador. Se le llama a dar un parecer técnico que no obliga sino mediante la avaluación jurídica del Juez. A éste corresponde examinar según su juicio, si el peritazgo ha quedado uniforme, explicado y debidamente fundamentado y si se practicó con todos los requisitos de la ley; es decir, si la prueba fue pública y contradicha, entendiéndose por tal aquélla que, aunque no lo haya sido, hubiera podido serlo.

El artículo 721 del C. J. le da valor de plena prueba al dictamen uniforme, explicado y debidamente documentado de los peritos, cuando éste ha versado sobre el valor de una cosa, hecho o prestación, o sobre cualquier regulación en cifras numéricas.

Los peritos deben reunir determinadas condiciones de imparcialidad, honorabilidad y competencia. Tienen la obligación de deliberar juntos y de rendir en conjunto su dictamen cuando concuerdan en sus conclusiones. El dictamen ha de ser fundado y debe expresar con precisión, exactitud y claridad, las razones del concepto y de las conclusiones a que se llegue.

Rendido el dictamen, se pone en conocimiento de los interesados para que las partes puedan pedir que los peritos lo expliquen, lo amplíen o lo rindan con mayor claridad, teniendo cada parte facultad para objetarlo por error grave, fuerza, dolo, cohecho o seducción (artículo 720 del C. J.). Si se declara fundada la objeción, se repite la diligencia con intervención de otros peritos.

En el caso en estudio los peritos rindieron su dictamen debidamente fundamentado, el cual se puso en conocimiento de las partes por el término

legal y éste se extinguió sin que se hubiera hecho objeción alguna por los interesados. Llevado luego a conocimiento y estudio del Tribunal, éste lo aceptó.

Por otra parte el dictamen se apoyó no sólo en los testimonios que se critican sino en la escritura pública por medio de la cual el señor Paredes adquirió el inmueble, instrumento en el cual se detallan sus dependencias y características. Se fundó igualmente en la certificación del Catastro Municipal dónde aparecen el área edificada y el valor del inmueble; de tal manera que si se hubiera de prescindir de algunos testimonios que el Tribunal encontró sospechosos, existirían no obstente soportes suficientes de los dictámenes periciales. De ahí que los hubiera acogido el Tribunal a pesar de objetar algunas de las disposiciones testimoniales con que se quiso ilustrar a los peritos.

Para demostrar hasta la evidencia la justicia con que apreciaron los peritos el valor de los cánones de arrendamiento que dejó de producir la finca a sus dueños desde la inundación hasta la fecha en que su propietario vendió el lote, se copia la siguiente conclusión de los peritos. Dicen éstos:

"Vale la pena observar, además, que los $ 220 mensuales que producía la finca, corresponden al 1% mensual del valor total del inmueble, que se formaría así: $ 10.500.00, valor del lote según consta de la escritura pública número 352 de 1934, otorgada ante el Notario 3º del Circuito; y $ 11.715.00, valor de la edificación destruída, o sea la suma de $ 22.215.00".

En estas condiciones, no objetado a tiempo el dictamen, ni exigida por las partes su ampliación o fundamentación, y habiendo sido estimado por el Tribunal como prueba, mediante el estudio de sus fundamentos que la Sala considera correctos, no puede la Corte variar su apreciación. Se trata de un avalúo y por consiguiente el dictamen que reune las condiciones legales es plena prueba.

c) Considera el recurrente que el Municipio no puede ser condenado a indemnizar perjuicios por los daños causados por las inundaciones a que se refiere la demanda, porque no existe culpa por parte de la entidad pública, ya que se trata de un caso de fuerza mayor o caso fortuito, que lo desliga de toda responsabilidad.

Sostiene que el aguacero que cayó sobre la ciudad el 19 de noviembre de 1932, fue de tal magnitud que arrastró piedras y despojos en cantidad y forma superiores al funcionamiento normal del colector que así resultó insuficiente, lo cual constituye un caso imposible de prever.

Para que exista el caso fortuito o fuerza mayor es necesario que el acontecimiento sea imprevisible, es decir, que no haya podido preverse, no con imposibilidad metafísica, sino que no se haya presentado con caracteres de probabilidad y que no se pueda resistir.

No consideró el sentenciador que de los elementos probatorios aducidos en el proceso se podía configurar la situación de fuerza mayor o caso fortuito alegado por el demandado, por haber llegado a la conclusión del estudio de las pruebas, de que las inundaciones que causaron el estrago en el bien de los actores, fueron debidas a errores técnicos, de cálculo en el planeamiento de la obra del colector y a defectos en su construcción según conceptos periciales acogidos por el Tribunal.

Dentro de los principios jurídicos que definen y condicionan la fuerza mayor y el caso fortuito, no puede decirse en realidad que tratándose de una obra como la planeada y construída por el Municipio, que los aguaceros fuertes, los más copiosos, constituyeran un factor de imposible previsión en la elaboración de los planos y obras de desagüe urbanos, en los que deben tenerse en cuenta las aguas máximas que en el estudio y realización de toda obra hidráulica se requiere.

Lo contrario sería suponer que no existen sistemas, ni medios en el planeamiento de ciudades, suficientes para evitar los daños como los causados, máxime si en otras ocasiones se hubieron de suceder aguaceros tan intensos como el registrado el día del accidente, sin que se hubieran producido tales o semejantes daños, seguramente porque no existían los colectores que produjeron la represa de las aguas y que encaminaran éstas hacia los patios y habitaciones de la casa destruída.

d) Considera el recurrente que se violó también el artículo 2357 del C. C., porque a su juicio, los propietarios del inmueble se expusieron imprudentemente al riesgo, por haber construído su casa de paredes de adobe y que tal circunstancia obligaba por lo menos al sentenciador, al hacer el cómputo de los perjuicios, a reducir éstos, teniendo en cuenta la culpa de la víctima.

El cargo carece de fundamento, pues la construcción destruída tenía más de treinta años y no había sido víctima de daños por las fuertes lluvias, fue necesario la ejecución de los colectores en la forma imperfecta en que se hizo, para que las aguas se represaran y penetraran a la casa.

inundándola, produciendo los daños que se dejan apuntados.

A no ser por la mala construcción y falta de técnica en la obra del colector, las edificaciones no hubieran sufrido desmejoras.

No está, pues, demostrada la culpa de la víctima y por lo mismo no cabe la reducción en el monto de la indemnización por tal concepto.

Es un hecho evidente que las edificaciones antiguas de la ciudad de Bogotá, lo fueron de adobe o tapia apisonada, sin que se pudiera decir que tal material es inadecuado. Naturalmente, para detener o contener aguas, los muros no pueden ser de tierra, pero éste no era el objeto para el cual se realizaron.

Por lo demás el cargo está mal presentado en casación, pues ha debido proponerse por mala apreciación de determinadas pruebas o indebida apreciación de las mismas, que llevaron al juzgador a desconocer el derecho a reducción de una dor a desconocer el derecho a reducción de una víctima de que trata el artículo citado.

Las razones que se dejan expuestas son suficientes para declarar la ineficacia de los cargos propuestos.

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 Bogotá, con fecha dos de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco.

Sin costas.

Cópiese, publíquese, 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 propiedad.

ACCION DE PERJUICIOS

El artículo 2341 del Código Civil se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad demostrando su diligencia y cuidado, caso en el cual la carga de la prueba corresponde al actor. El 2536 parte de la base de imputabilidad de culpa de quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla. En tal caso tres factores pueden eximir al demandado de responsabilidad: a) Fuerza mayor; b) Caso fortuito, y c) Intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Este elemento extraño puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión. No siempre que un individuo sufre daños causados por las empresas llamadas de riesgo deben éstas indemnizar los perjuicios, porque puede suceder que uno de los tres elementos apuntados, caso fortuito, fuerza mayor o error de la víctima, se interponga para librar completamente a la empresa de toda responsabilidad o para atenuarla modificando la indemnización.

El artículo 2357 establece el principio de la reducción de la indemnización, de la compensación de ella, que puede llegar hasta la exoneración de la indemnización de perjuicios.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, 30 de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El once de agosto de mil novecientos treinta y nueve, se hallaba el señor Fernando Saavedra, hijo natural de Tulia Saavedra, en el solar de su casa de habitación, situada en el barrio de San Francisco de la ciudad de Armenia, Departamento de Caldas, ocupado en compañía de su madre, en el corte o poda de algunos árboles cuyas ramas le daban demasiada sombra a la mencionada casa.

Por sobre el cerco de ésta y al borde de la calle pública, pasa una línea telefónica, de la cual se deriva un alambre que va a conectarse con el aparato telefónico instalado en una de las habitaciones de la casa de Saavedra. A inmediaciones de dicha línea, pero a menor altura, están tendidas las líneas conductoras de la energía eléctrica que pertenecen a la compañía denominada "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, S. A.". En el momento en que Saavedra se ocupaba de la poda de las ramas a que antes se ha hecho referencia, cortó también el hilo de alambre que partiendo de la línea telefónica va a establecer la conexión con el aparato del servicio de su propia casa. El alambre cortado hizo contacto en uno de sus extremos con las líneas de conducción de la energía y el otro, de modo simultáneo, vino a tocar el cuerpo del señor Saavedra. El corto circuito que se produjo al contacto de las dos líneas y el cuerpo de Saavedra, ocasionó la muerte súbita de éste por electrocución.

Con fecha veintidós de enero de mil novecientos cuarenta, Tulia Saavedra, por medio de apoderado, demandó a la "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, S. A.", "para el pago de los perjuicios morales y materiales que le causó la muerte trágica de su hijo" por culpa o descuido de los dueños de la Empresa, debido a la carencia en las líneas de conducción del elemento aislante que se requiere para la seguridad del público.

El Juzgado Civil del Circuito de Armenia, desató la querella con fecha diecinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno, absolviendo de todos los cargos a la compañía demandada, por considerar que no se demostró en forma debida el hecho de la muerte por electrocución de la víctima, ni que tal accidente se produjera por el mal estado en que se encontraban las líneas de conducción de la empresa demandada, ni se estableció con propiedad si el corto circuito se ocasionó por la conexión con líneas de la entidad nombrada, o fue con las de la empresa municipal que igualmente pasaban por allí. Por otra parte consideró el Juez que tampoco había base para la

estimación de los perjuicios morales y materiales.

La sentencia recurrida

Apelada la providencia anterior, los autos fueron enviados al Tribunal Superior de Pereira. Las partes produjeron en esta instancia nuevos elementos de convicción y el Tribunal falló con fecha veintiseis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, revocando la providencia del inferior y declarando que la muerte de Saavedra tuvo lugar como causa directa e inmediata de la electrocución de éste, producida por el corto circuito que se formó entre las líneas portadoras de energía de propiedad de la Empresa del Quindío y la línea telefónica, a consecuencia del descuido y abandono en que la mentada empresa mantenía las redes de distribución. Declaró responsable civilmente a la entidad demandada, y la condenó al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados por la muerte, los cuales deberían ser apreciados en la forma señalada en el artículo 533 del C. J., al cumplirse el fallo.

Las razones de derecho en que el Juzgador de segunda instancia apoya su sentencia, están expresadas en los siguientes apartes de ella:

"Surge en este proceso una acción de perjuicios a consecuencia de la culpa o riesgo en que pudo incurrir la Empresa de Energía Eléctrica Industrial del Quindío, por electrocución, a consecuencia del descuido y abandono en que la mentada empresa mantenía las redes de distribución de energía eléctrica en la ciudad de Armenia.

"No se discute hoy día la responsabilidad civil que de manera permanente pesa sobre los dueños o encargados de empresas peligrosas, muy en especial en aquellas dedicadas al manejo de elementos naturales como son la electricidad, el vapor, el gas, el agua, lo mismo que la mayor parte de fábricas e industrias en donde se opere con material químico inflamable, explosivo, etc., o entrañe de por sí determinado peligro, en que para evitar daños deba emplearse el mayor esmero y cuidado previstos en su funcionamiento.

"El artículo 2356 del C. C., como lo ha anotado en repetidos fallos la H. Corte Suprema de Justicia, establece una presunción de responsabilidad que origina y da nacimiento a la presunción de la culpa. La carga de la prueba no corresponde al damnificado, sino al agente negligente, imprevisivo o descuidado que por malicia o negligencia causó el daño".

La compañía demandada recurrió en casación. En la Corte el juicio ha sufrido la tramitación procesal de rigor y siendo la oportunidad legal de dictar sentencia, se procede a ello en los siguientes términos:

Causales de casación propuestas

Según el recurrente la sentencia contraría la ley sustantiva por violación directa de determinadas disposiciones civiles, por apreciación errónea y por falta de apreciación de pruebas, que hizo incurrir al fallador en errores de hecho y de derecho al tenor de lo dispuesto en el artículo 520 del C. J.

Señala como violados los artículos 40 y 41 de la ley 26 de 1931, por considerar que no está demostrada la personería de la entidad demandada, ya que se designó como tal a la "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, S. A." y sus poderdantes dueños de la industria de luz y energía en Armenia se denominan legalmente "Compañía Eléctrica Industrial".

Indica igualmente como infringidos los artículso 346 y 347 del C. C., por la razón anterior, o sea, por entender que no se probó en juicio la personería de los demandados. Por último expresa que han sido violados los artículos 2341 y 2357 de la misma obra, por mala apreciación e indebida aplicación de tales disposiciones.

Considera el recurrente que el Tribunal olvidó tomar en cuenta un elemento exculpatorio, fundamental para establecer la responsabilidad, como es la culpa de la víctima.

A su entender tal culpa aparece al través de toda la actuación. Entre los hechos de la demanda se expresa: "El día once de agosto próximo pasado, el señor Fernando Saavedra se encontraba en el solar de su casa de habitación, situada en el barrio de San Francisco (antiguo Junín) de esta ciudad, ocupado en un trabajo de corte de las ramas de un sauce, a fin de quitarle sombra a su casa.

"En dirección del cerco de la casa y bordeando la calle pública, había una línea telefónica de donde se deriva un alambre que conduce al teléfono que se hallaba en una pieza de la casa. Así mismo, cerca de la línea telefónica pero a mayor altura, se encuentran las líneas de la empresa a que me vengo refiriendo".

Afirma el recurrente que la Empresa que representa, en repetidas ocasiones ha hecho la ofer-

ta por la prensa, que en caso de que particulares necesiten hacer algún trabajo a inmediaciones de las líneas, la compañía está lista a suspender la corriente, mientras éstos se realizan.

Termina pidiendo se case la sentencia por la irresponsabilidad de sus representados en el accidente que ocasionó la muerte del señor Saavedra, que se produjo por caso fortuito y culpa de la víctima.

La Corte considera

El artículo 2341 del C. C. se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad, demostrando su diligencia y cuidado y en que por lo tanto, la carga de la prueba corresponde al demandante. El artículo 2356 parte de la base de imputabilidad de culpa de quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla, y en tal caso, tres factores pueden eximir al demandado de su responsabilidad: a) O fuerza mayor; b) Caso fortuito; y c) Intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Este elemento extraño puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión.

No siempre que un individuo sufre los daños por las empresas llamadas de riesgo, éstas deben indemnizar los perjuicios, porque puede suceder que uno de los tres elementos apuntados, fuerza mayor, caso fortuito, o error de la víctima, se interponga para librar completamente a la empresa de toda responsabilidad o para atenuarla modificando la indemnización.

El artículo 2357 de la misma obra establece el principio de la reducción de la indemnización, de la compensación de ella, que puede llegar hasta la exoneración en la indemnización de perjuicios.

En el caso en estudio, no hay conexión, ni relación de causalidad entre las actividades de la compañía y el hecho accidental, imputable sólo a la víctima, que le causó la muerte. La Empresa de Energía, que desarrolla efectivamente una actividad peligrosa, estuvo al margen de los acontecimientos; éstos fueron causados exclusivamente por culpa o imprudencia del señor Saavedra. El fue el único responsable de su hecho, que le ocasionó la muerte. Si por falta de previsión cortó un alambre de teléfono y éste vino por obra del acaso a conectarse con la red de distribución de energía y a la vez con su cuerpo, produciéndose el corto circuito, no se ve qué responsabilidad pudiera tener la Compañía, únicamente por el ejercicio de una actividad peligrosa.

Lo que produjo el accidente fue un error de conducta constituído por una imprudencia o culpa de la víctima, suficiente para explicar y causar el accidente.

No hay, pues, la fuente de la responsabilidad, que es la culpa, pues el hecho que ocasionó la muerte de Saavedra no le es imputable en forma alguna a la entidad demandada.

Establecer la responsabilidad, como en el caso en estudio, por la simple circunstancia de ejercitarse una actividad peligrosa, sería tanto como admitir la teoría del riesgo creado, no aceptada por nuestra jurisprudencia. Sería pretermitir el elemento causalidad indispensable en la configuración de toda responsabilidad civil.

En las actividades peligrosas hay presunción de culpa a cargo de quien las ejercita, pero esta presunción no puede incluír casos como el presente en que no hay acción, u omisión imputables a la compañía dentro de la causalidad del suceso.

Esta Corte ha dicho: "No siempre que un individuo sufre los daños por las empresas llamadas de riesgo, éstas deben indemnizar perjuicios, porque puede suceder que uno de los tres elementos apuntados, fuerza mayor, caso fortuito, error de conducta en la víctima, se interpongan para librar completamente a una empresa de toda responsabilidad o para atenuarla modificando la indemnización. He ahí el artículo 2357 del C. C. que establece el principio de la reducción de la indemnización, de la compensación de ella, que puede llegar hasta la exoneración en la indemnización de perjuicios'. (G. J. Tomo 46, pág. 562).

De lo expuesto se deduce que el Tribunal violó el artículo 2341 del C. C. y por consiguiente la sentencia debe casarse. Para fundamentar la que ha de dictarse son suficientes las razones expuestas, que conducen a absolver, aunque por razones distintas de las expresadas por el juez de primera instancia.

Sentencia

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia

en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Pereira con fecha veintiseis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, y en su lugar confirma la proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Armenia, con fecha diecinueve de febrero de mil novecientos cuarenta y uno.

Sin costas.

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, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

APODERADO DE LA PARTE CIVIL EN EL PROCESO

El hecho de no posesionar al doctor Romero B. del cargo de apoderado de la parte civil, fundándose en la circunstancia de que el auto que le reconocía esa calidad no estaba ejecutoriado, no constituye delito de abuso de autoridad, porque el ejercicio del poder, proveniente de una relación privada, para reclamar perjuicios civiles emanados de un ilícito penal, no se sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, sino a las reglas del procedimiento civil.

La ley condiciona al acto de la posesión el ejercicio del cargo de apoderado o defensor en el proceso penal, para efecto de recibir la promesa juratoria de que se cumplirá con las obligaciones inherentes al mismo; pero esta formalidad necesaria, de indispensable cumplimiento en el ejercicio de la acción penal, que es pública, no tiene razón de ser en cuanto al apoderado de la parte civil, cuya constitución es de orden privado. Por esto en el Título IV, Capítulos I y II del C. J., que trata de la representación judicial, no hay disposición alguna que exija la posesión del apoderado, como formalidad previa, para el ejercicio del cargo, pues sólo es indispensable el reconocimiento de esa calidad. (Art. 258 del C. J.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En memoriales de marzo 2 y septiembre 20 de 1945, el doctor Adolfo Romero B. pone en conocimiento de la Procuraduría ciertas irregularidades cometidas por el doctor José Gabriel Vargas, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, en las diligencias sumarias que se adelantan en ese Distrito para averiguar la responsabilidad de los autores de la muerte de Enrique Cerón.

Los cargos imputados, se resumen así:

1º El doctor Vargas, Magistrado del Tribunal de Popayán, reconoció al doctor Romero B. como apoderado de la parte civil, y a pesar de este reconocimiento, se negó a posesionarse, alegando que el auto respectivo no se había ejecutoriado; y

2º El doctor Vargas se negó a expedir el certificado pedido por la parte civil (señora Luz Marina López viuda de Cerón) en memorial de febrero 8 de 1945, alegando que las atribuciones de ésta se hallan delimitadas por el precepto contenido en el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal. Dice el denunciante que esta certificación era indispensable para solicitar el cambio de radicación del referido sumario.

La calidad de funcionario público del doctor José Gabriel Vargas como Magistrado del Tribunal del Distrito Judicial de Popayán, está demostrada con el acta de nombramiento y la diligencia de posesión, y en cuanto al ejercicio del cargo, en la fecha en que ocurrieron los hechos por los cuales se adelanta esta investigación, también existe la prueba legal.

Los cargos formulados por el denunciante están debidamente comprobados, no sólo con las copias de los correspondientes autos dictados por el Tribunal Superior de Popayán, sino por la confesión que hace el doctor Vargas como Magistrado ponente de tales providencias.

Se considera:

El hecho de no posesionar al doctor Romero B. del cargo de apoderado de la parte civil, fundándose en la circunstancia de que el auto que le reconocía esa calidad no estaba ejecutoriado, no constituye delito de abuso de autoridad, porque el ejercicio del poder, proveniente de una re-

lación privada, para reclamar perjuicios civiles emanados de un ilícito penal, no se sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, sino a las reglas del procedimiento civil.

La ley 94 de 1938, en sus artículos 107 a 111, reglamenta los cargos de apoderado y defensor en el proceso penal; y de conformidad con el artículo 104, el nombramiento de apoderado es procedente desde que el sindicado es aprehendido o llamado a rendir indagatoria, y el de defensor, desde el momento en que se dicta el correspondiente auto de proceder. (Art. 432).

En lo penal, el nombramiento de apoderado o defensor tiene en cierto modo la categoría de un cargo público, que se deriva de la naturaleza de la acción penal, que es pública, y por esta razón, implica el desempeño de una función de forzosa aceptación, cuyo ejercicio es de orden imperativo. En cambio, el **nombramiento** de apoderado de la parte civil no tiene carácter público, sino privado; se deriva de un convenio particular, en virtud del cual el apoderado se obliga a llevar la personería del poderdante en todo lo relacionado con el juicio, su designación no depende del Juez, sino de la parte interesada en que se le reconozcan los perjuicios, sin que esto entrañe el desconocimiento del interés público que tiene la acción civil proveniente de un delito.

La ley condiciona al acto de la posesión el ejercicio del cargo de apoderado o defensor en el proceso penal, para efecto de recibir la promesa juratoria de que se cumplirá con las obligaciones inherentes al mismo; pero esta formalidad necesaria, es de indispensable cumplimiento en el ejercicio de la acción penal, que es pública, no tiene razón de ser en cuanto al apoderado de la parte civil, cuya constitución es de orden privado. Por esto, en el Título IV, Capítulos I y II, que trata de la representación judicial, no hay disposición alguna que exija la posesión del apoderado, como formalidad previa, para el ejercicio del cargo, pues sólo es preciso el reconocimiento de esa calidad. (Art. 258 del C. J.).

Sostiene el sindicado que no posesionó al apoderado de la parte civil, porque "la providencia en virtud de la cual se reconocía su personería", no estaba ejecutoriada.

La tesis de la ejecutoria de los autos dictados dentro del sumario no es aceptable, porque no hay disposición legal que la consagre. En esta etapa procesal existen autos cuyos efectos son de orden inmediato, como serían el de la detención del procesado y el de la excarcelación del mismo. Sólo en el juicio, ninguna providencia se cumple mientras no se halle ejecutoriada (artículo 195 del C. de P. P.). La explicación que da el Magistrado Vargas en orden a justificar su actuación, "traduce —como dice la Procuraduría— un exceso de legalismo y un propósito sano de garantizar el derecho de todas las personas que intervenían en el negocio aludido. Y ese proceder sincero y honesto, fruto más de una interpretación errada de la ley, que de una mala voluntad hacia el doctor Romero, inclina el ánimo de la Procuraduría en favor del procesado para descartar de parte de éste el delito de abuso de autoridad que se le imputa en la denuncia".

Si la ley de procedimiento penal no exige para el ejercicio del cargo de apoderado de la parte civil, la posesión de éste, el hecho imputado no es constitutivo de infracción de la ley penal.

En cuanto al segundo cargo, o sea el referente a que el Dr. Vargas, en su calidad de Magistrado, se negó a expedir una certificación solicitada por la señora Luz Marina López viuda de Cerón, con el fin de pedir el cambio de radicación del proceso, aquél no se halla probado en la forma como lo presenta el denunciante.

No es cierta la afirmación de que en el memorial de febrero 8 de 1945 se hubiera expresado que la certificación se pedía para solicitar el cambio de radicación del proceso. Allí, sólo se pide que se certifique si la señora viuda de Cerón es parte civil en el sumario que se adelanta contra Vallecilla Quijano, Londoño Iragorri y otros; si dos de ellos están sindicados por la muerte de Enrique Cerón; y si los funcionarios encargados de los Juzgados 1º y 2º Superior de Popayán se habían declarado impedidos.

En autos de 10 de febrero de 1945, se negó la expedición del certificado pedido por la señora viuda de Cerón, y allí se hizo la afirmación rotunda de que el radio de acción de la parte civil está limitado por lo dispuesto en el artículo 123 del Código de Procedimiento Penal.

Las atribuciones de la parte civil no están determinadas únicamente por lo dispuesto en el artículo 123 citado, pues la intervención de ella es más amplia y se regula por otras disposiciones de la ley de procedimiento penal. Indudablemente, la falta de explicación sobre el uso que pensaba darse a la certificación, fue la causa que influyó en el criterio del Magistrado; para interpretar restrictivamente y con un celo de legalidad exagerado las disposiciones referentes a los derechos que la parte civil tiene dentro del proceso penal,

pero este error no es constitutivo de delito alguno.

"Esta omisión por parte de la peticionaria —dice la Procuraduría— pudo indudablemente hacer incurrir al Magistrado en error respecto a la improcedencia del certificado que se le demandaba, al afirmar en su auto que "la petición se hace fuera del proceso" y que ésta no tenía por finalidad allegar una prueba, en los términos del artículo 123 del Código de Procedimiento Penal.

"....

"Si al pedir el certificado en cuestión, la parte civil hubiese expresado claramente que lo necesitaba para promover el cambio de radicación del proceso, entonces sí la negativa del Magistrado no se hubiese justificado, porque a ello tenía derecho dicha parte, al tenor del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal. Mas lo ocurrido fue otra cosa, según lo visto.

"Además, la solicitud de la parte civil no tendía a obtener copia del proceso, sino un certificado, por lo cual no era aplicable en tal caso el artículo 165 del mismo Código, que considera violado el denunciante, pero sin fundamento.

"En tal virtud, respecto de este cargo, sólo se perfila una simple equivocación del Magistrado, y no la comisión de un hecho punible".

Así, pues, los hechos por los cuales se sindica al Dr. José Gabriel Vargas pueden ser constitutivos de irregularidades procedimentales, pero con ellos no se infringe la ley 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 el concepto del señor Procurador, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del Dr. José Gabriel Vargas, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Popayán, por los cargos que se le imputaron y que fueron motivo de estas dliigencias.

Como lo pide el señor Procurador, en relación con los cargos hechos al Juez Primero Superior del Distrito Judicial de Popayán, pasen estas diligencias al Tribunal Superior del mismo Distrito para que las califique.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

REQUISITOS PARA CONFIGURAR EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD POR ABANDONO DEL CARGO POR PARTE DE UN FUNCIONARIO PUBLICO.

Para que se configure el delito de abuso de autoridad, por abandono que un funcionario público hace de su cargo, es indispensable que con dicho acto, que implica dejación del puesto, se cause como consecuencia lógica un perjuicio, bien sea para la sociedad o para las partes que tienen interés en el negocio o pleito que cursa en el despacho. La falta ocasional del empleado a su oficina, sin intención dolosa de abandonar el cargo y sin perjuicio directo o indirecto en el despacho de los asuntos, no constituye delito.

La ley sólo exige a los funcionarios de la rama jurisdiccional la asistencia a sus oficinas por un número determinado de horas (artículo 180 del C. J.), tiempo necesario para que los negocios no acusen retardo y para que las providencias que ellos requieren, en orden a su normal tramitación, se dicten dentro de los términos legales, para que se tenga por cumplida su misión y se descarte el posible delito de abuso de autoridad, por abandono de sus funciones.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, siete de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena consulta la providencia de diciembre cinco de mil novecientos cuarenta y cinco, por la cual sobresee definitivamente en favor del Dr. Miguel A. Salas, Juez del Circuito de Sincé, por un delito de abuso de autoridad y otras infracciones.

Cumplida la tramitación correspondiente a esta instancia, y recibida la vista del Procurador Delegado en lo Penal, se procede al estudio del auto consultado.

Hechos:

El dos (2) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), los señores Ezequiel Seberiche y Hèctor Espinosa dirigieron una comunicación radiotelegráfica al Presidente del Tribunal Superior de Cartagena, en la cual manifestaban que el Dr. Miguel A. Salas, Juez del Circuito de Sincé, se ausentó del lugar de su residencia, "dejando acéfalo el Juzgado a su cargo, con grave perjuicio de los asociados, quienes se quejan de esa anómala situación".

Seberiche y Espinosa, al ratificarse en su denuncia, manifestaron que dirigieron esa comunicación al Tribunal, teniendo en cuenta los informes que personalmente les suministraron los doctores Juan A. Benavides y Antonio Francisco Merlano U., quienes decían que se perjudicaban en sus negocios por la ausencia del señor Juez del Circuito.

Pruebas

Con el Acuerdo de nombramiento y la correspondiente acta de posesión, se acredita que el Dr. Miguel A. Salas tenía la calidad de funcionario público, como Juez Civil del Circuito de Sincé, y también está demostrado que él se hallaba en ejercicio de su cargo cuando ocurrió el hecho denunciado.

Para comprobar el hecho, el funcionario de instrucción ordenó practicar una inspección ocular sobre los libros y negocios que cursaban en el Juzgado, diligencia que se llevó a efecto en asocio de peritos.

Por esa diligencia se conoció que el día en el cual se afirma que el sindicado abandonó su despacho, se dictaron tres autos, firmados por el Juez y autorizados por el respectivo Secretario, y más adelante, existe la siguiente constancia: "Según dicho examen, se observa que este Juzgado administra justicia dentro de los términos legales".

El doctor Salas al ser indagado dijo que en la fecha en la cual se le acusa, el Juzgado no quedó acéfalo, afirmación que se respalda en las declaraciones de los empleados del Juzgado, quienes sostienen que el doctor Salas estuvo ese día al frente del despacho y dictó varias providencias, hecho que se corrobora con la diligencia de inspección ocular en la cual hay constancia de ser ciertas tales aseveraciones.

Se considera:

Para que se configure el delito de abuso de autoridad, por el abandono que un funcionario público hace de su cargo, es indispensable que con dicho acto, que implica dejación del puesto, se cause como consecuencia lógica un perjuicio, bien sea para la sociedad o para las partes que tienen interés en el pleito o negocio que cursa en el despacho. La falta ocasional del empleado a su oficina, sin intención dolosa de abandonar el cargo y sin perjuicio directo o indirecto en el despacho de los asuntos, no constituye delito.

La ley sólo exige a los funcionarios de la rama jurisdiccional la asistencia a sus oficinas por un número determinado de horas (artículo 180 del C. J.), tiempo necesario para que los negocios no acusen morosidad o retardo y para que las providencias que ellos requieren, en orden a su normal tramitación, se dicten dentro de los términos legales, para que se tenga por cumplida su misión y se descarte el posible delito de abuso de autoridad, por abandono de sus funciones.

La Corte ha dicho que para que haya abandono del empleo y éste pueda ser punible, "la prueba del cargo debe ser digna de credibilidad conforme a las reglas de la crítica del testimonio y referirse a hechos concretos y precisos que establezcan plenamente el número de días y las fechas en que el abandono se produjo. Si fuere testimonial, el testigo debe dar razón aceptable de su conocimiento, para que lo aseverado por él, sea tenido en cuenta y sirva de fundamento probatorio. De lo contrario, podría darse el caso de que una acusación temeraria prosperara, si el funcionario o empleado se retirara o ausentara del lugar donde debe residir o debe desempeñar sus funciones, y el retiro o ausencia se efectuara en días feriados o de vacancia, o con el fin de practicar algunas diligencias en cumplimiento de sus deberes de tal".

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al emitir su concepto, dice:

"Abierta la investigación, no se recibió ninguna prueba de importancia que comprometiera al Juez.

"Este explicó ampliamente su conducta, manifestando que él viajó a Sucre, pero en días feriados, y que su Juzgado estaba marchando correctamente y no había demoras de ninguna clase.

"Sobre el particular se practicó una inspección ocular en el Despacho del doctor Salas, y se comprobó plenamente que el día primero de septiembre de 1944, en que se dice partió para Sucre, había constancia en los libros de la oficina de haber dictado el Juez tres autos.

"Además, los empleados del Juzgado desmienten la acusación formulada contra el sindicado".

Los anteriores razonamientos llevan a la conclusión de que el doctor Salas no realizó el hecho que dio origen a la presente investigación, consistente en haber abandonado el Juzgado del Circuito de Sincé, pues se ha demostrado plenamente que, en la fecha de la acusación, estuvo al frente de su Despacho.

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 su colaborador, CONFIRMA el auto de cinco de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, que ha sido materia de la presente consulta.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO PENAL

El hecho de que la Corte recalque la importancia de dar una severa aplicación al artículo 36 del Código Penal no implica la necesidad de llevar el rigor de la ley hasta el extremo del caso que se estudia. Mucho menos si se considera que el tener en cuenta "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" no consiste en asignarle al acto ilícito una "gravedad" de por sí, independiente de sus modalidades y circunstancias relievantes, porque ya se sabe que la infracción de la ley es en sí misma un hecho peligroso. Cuando la ley dice "tener en cuenta" la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, no se refiere a la gravedad intrínseca que comporta todo delito, sino a las especiales circunstancias que rodeen su comisión, las cuales pueden demostrar una gravedad protuberante, ya sea por los medios insidiosos usados, o por las personas que fueron protagonistas del hecho, o por las particularidades subjetivas y objetivas de la consumación del acto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, junio diecinueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Guillermo Orozco Henao fue condenado por el Tribunal Superior de Manizales a la pena de un año de prisión por el delito de corrupción de menores de que fue víctima la joven María Leticia Cardona.

El fallo nombrado modificó el correspondiente del Juzgado Primero Superior de la misma ciudad por el cual se condenó a Orozco Henao a la pena de seis meses de prisión.

El defensor del reo interpuso recurso de casación el cual sustentó con base en la causal primera del artículo 567 que trata sobre la mala aplicación de la ley penal.

En el libelo del recurrente se lee lo siguiente:

"1º En el caso de autos, la 'gravedad del hecho delictuoso' se confunde con los elementos del delito en sí mismo. Hay pues, un indebido recargo de la pena, proveniente de un error de apreciación sobre la gravedad del hecho delictuoso.

"2º Aun cuando concurran demostradas (sic) en el proceso, circunstancias que demuestren gravedad del hecho delictuoso, si ellas han intervenido de algún modo como modalidades propias del delito, no pueden ameritarse como circunstancias agravantes de la pena, porque ello, a más de ser aberrante, es contrario al espíritu de la ley.

"3º La gravedad y modalidades del hecho delictuoso, son circunstancias desfavorables al ofendido y son modificadoras o constitutivas del delito, elementos esenciales, que en el caso de autos, integran la especie de delito denominada 'Corrupción de Menores'.

"4º El delito, ha dicho el doctor Rafael Escallón, miembro de la Comisión que elaboró el C. Penal, 'es la violación dolosa de la Ley, de modo que un hecho no puede ser a la vez delito y circunstancia agravante'.

"5º Es extraño, que el H. Tribunal de Manizales, haya apreciado de manera tan ligera, los fundamentos de la reforma que hizo a la sentencia de primera instancia, sin detenerse a estudiar, en lo más mínimo siquiera, la razón de ser de la agravación de la pena. Pues, no está de acuerdo esta agravación con las normas de la equidad y de la justicia".

Corrido el traslado legal al señor Agente del Ministerio Público, éste conceptuó que era necesario casar la sentencia y disminuír la pena impuesta por el Tribunal a la cantidad de seis meses de prisión.

Con el objeto de decidir el fondo del asunto, la Sala hace el siguiente análisis:

A los señores Jueces del Tribunal de Conciencia les fue sometida la siguiente cuestión:

"¿El acusado Guillermo Orozco Henao, mayor, natural y vecino de Manizales, soltero y fabricante de muñecos de yeso, es responsable de los siguientes hechos: haber ejecutado actos eróticos sexuales diversos del acceso carnal en la menor

de diez y seis años María Leticia Cardona y con el concurso de ésta, lo que tuvo lugar en una pieza o apartamento situada en el barrio de 'Arenales' de esta ciudad, a eso de las siete y media de la mañana del día veintinueve de septiembre del año de mil novecientos cuarenta y cuatro?".

La respuesta fue afirmativa por unanimidad.

Con base en este veredicto el señor Juez hizo la siguiente consideración:

"El procesado ha violado, pues, el artículo 325 del Código Penal que señala una pena de seis mese a cuatro años de prisión, mas, como en su contra no obran en el proceso circunstancias de mayor peligrosidad, y en cambio sí, las de menor, cual es su buena conducta anterior, la pena que debe aplicársele será el mínimo, o sea la de seis meses de prisión".

En desarrollo del anterior concepto el Juez a quo condenó a Orozco Henao a la pena de seis meses de prisión y a las accesorias correspondientes.

Consultada ante el superior la sentencia nombrada, el Tribunal la reformó subiendo la pena a un año de prisión.

Respecto de la modificación hecha esa Entidad dijo lo siguiente:

"Determina el artículo 36 del Código Penal que dentro de los límites señalados por la ley, se aplicará la sanción al delincuente, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente.

"Y la H. Corte ha dicho que el Juez debe tener en cuenta, 'para ser más o menos severo al calcular o asignar la cuantía de la pena, no sólo las circunstancias de mayor y menor peligrosidad, sino también los demás factores que enuncia el artículo 36 del Código, a saber: la GRAVEDAD y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del agente; de suerte que las circunstancias de mayor o menor peligrosidad no son factor exclusivo para medir o señalar la cuantía de la pena, sino que son uno de los CUATRO elementos puestos por la ley a fin de que el Juez forme criterio sobre la cuantía de la pena'.

"El procesado violó el artículo 325 del C. Penal que señala una sanción privativa de la libertad de seis meses a cuatro años de prisión.

"Teniendo en cuenta lo anterior; que el procesado ha sido de buena conducta anterior, que no cuenta con pasado judicial; la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, la Sala le asigna la pena de un año de prisión".

Nada distinto de esa superficial observación dijo el Tribunal para fundamentar el alza de la pena. Y no podía esgrimir otras razones, porque aun la doctrina de la Corte a que se alude fue interpretada erróneamente.

El hecho de que esta entidad recalque la importancia de dar una severa aplicación al art. 36 del Código Penal, no implica la necesidad de llevar el rigor de la ley hasta el extremo del caso que se estudia. Mucho menos si se considera que el tener en cuenta "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" no consiste en asignarle al acto ilícito una "gravedad" de por sí, independiente de sus modalidades y circunstancias relievantes, porque ya se sabe que la infracción de la ley es en sí misma un hecho peligroso. Cuando la ley dice "tener en cuenta" la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, no se refiere a la gravedad intrínseca que comporta todo delito, sino a las especiales circunstancias que rodeen su comisión, las cuales pueden demostrar una gravedad protuberante ya sea por los medios insidiosos usados, o por las personas que fueron protagonistas del hecho, o por las particularidades subjetivas y objetivas de la consumación del acto.

En el caso de que se trata precisamente, el delito calificado —independiente de la peligrosidad como atentado contra la ley que él encierra— es uno de los ilícitos menos graves dentro de su género. Allí se estructuró un hecho simple y despojado de cualquier característica o modalidad agravante.

Con referencia a este tema el señor Procurador se expresó así:

"En el presente caso, como lo anota el recurrente, la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, apenas configuran el típico delito de corrupción de menores; son, por consiguiente, sus elementos constitutivos, que no pueden tenerse al mismo tiempo como modalidades accesorias del mismo, para elevar la sanción, porque ello rompe la equidad y el principio **non bis in idem.**

"Dentro de la anatomía jurídica del delito, como lo ha dicho la Procuraduría, se encuentran elementos esenciales o constitutivos, y elementos accidentales o accesorios. Los primeros son los presupuestos que la ley señala para que una infracción pueda existir. Los elementos accesorios llamados propiamente circunstancias, son factores que sirven para atenuar o agravar la pena co-

rrespondiente, sin alterar la sustancia del delito; miran únicamente a la individualización de la pena. Los elementos constitutivos de la infracción se hallan colocados en la parte especial del Código, en el catálogo de las figuras delictivas, a diferencia de los accesorios, que se encuentran en la parte general del mismo.

"En general, la gravedad del hecho en sí y todas sus modalidades son el primer requisito para clasificar el delito dentro de un género y una especie determinados de infracciones, teniendo en cuenta, sobre esa base, el objeto jurídico del ilícito, o sea el bien protegido por la norma penal.

"Habrá naturalmente casos en que la excepcional gravedad del delito, aun dentro de su misma especie, deba tenerse en cuenta como índice para elevar la sanción, de acuerdo con el artículo 36 del Código Penal.

"Mas en este proceso no se contempla tal situación, porque ni la edad de la menor ofendida, ni los medios empleados por el agente revelan de su parte una marcada peligrosidad que demande una severa y extraordinaria represión.

"En efecto, la menor María Leticia Cardona estaba casi para cumplir los diez y seis años cuando el delito se consumó; ella penetró voluntariamente al apartamento del acusado y asintió a que éste cerrase la puerta y quedara allí solo con ella; no ejerció sobre ella la menor violencia en su voluntad o en su cuerpo, como se desprende de algunos testimonios y de la exposición pericial; y ni siquiera practicó con la menor el frote perineal, ya que la Cardona conservaba puestos sus pantalones, según lo afirma en su declaración.

"Todas estas circunstancias hacen hasta muy discutible que el acusado hubiera **corrompido** a la menor, ejecutando actos erótico-sexuales, diversos del acceso carnal, con su concurso, o que la hubiera **iniciado** en prácticas sexuales anormales o enseñado actos de tal naturaleza, como lo exige el artículo 325 del Código Penal.

"En tales circunstancias, a lo más puede aceptarse la existencia de un delito común de corrupción, sin ninguna otra modalidad que lo haga extraordinariamente grave y digno de especial sanción.

"Por tanto, el aumento de la pena que hizo el Tribunal no se justifica y la causal primera resulta, así, claramente establecida".

Es importante agregar que aunque la graduación de la "gravedad y modalidades del hecho delictuoso", en el presente caso se ajustaran a una recta interpretación de la ley, aún resultaría una irregularidad en la sentencia que se estudia. Y es la de que el Tribunal aumentó la pena del condenado sin fundamentar esa medida en manera alguna. Por este motivo el señor Procurador adiciona su concepto con los siguientes párrafos:

"La sentencia con que el proceso penal culmina debe ser la fiel expresión de la verdad de los hechos investigados y debe contener, asimismo, una razonada aplicación del derecho. Y tratándose de un fallo condenatorio, con mayor razón hay que precisar clara y jurídicamente cuáles son los hechos demostrados, cuáles las disposiciones penales aplicables y en qué medida se individualizan, porque esa decisión jurisdiccional del Poder Público representa cabalmente el acto del Estado por medio del cual defiende a la sociedad de los delincuentes y priva a éstos de varios derechos.

"Por algo ha dicho la Constitución que toda sentencia debe ser motivada, pues como lo afirma Florián, "la sentencia no ha de ser un acto de fe, sino un documento de convicción razonada".

"Tan preciosa garantía mira al derecho de defensa y a los intereses sociales, porque tiende a evitar la arbitrariedad del juzgador, a darle solidez a la jurisprudencia, firmeza y austeridad a la cosa juzgada y explicación lógica a los mismos interesados en el proceso, a quienes debe dárseles las razones del por qué se imparte la justicia en este o en aquel otro sentido.

"En tales principios se inspira el C. de Procedimiento Penal cuando consagra especiales requisitos para la redacción de las sentencias, entre los cuales figuran los de consignar en los considerandos del fallo 'los fundamentos jurídicos en que se apoye para calificar, respecto de cada procesado, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad, las que lo eximan de responsabilidad, y las que agravan o atenúan la sanción', así como los 'fundamentos jurídicos en que se apoye para imponer una pena o una medida de seguridad' ".

De todo lo analizado se desprende que prospera la causal alegada por el recurrente, por lo cual es necesario casar la sentencia.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el señor

Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA parcialmente la sentencia de fecha julio veinticuatro de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Tribunal Superior de Manizales, por medio de la cual se condenó a Guillermo Orozco Henao a la pena principal de un año de prisión y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de corrupción de menores y en su lugar RESUELVE: la pena que sufrirá el condenado será la de seis meses de prisión, advirtiendo que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es también por el mismo lapso de seis meses.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

COMPETENCIA DE LA CORTE PARA EL CONOCIMIENTO DE LOS DELITOS DE RESPONSABILIDAD

El nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 42, numeral 6º, atribuye competencia a la Corte Suprema, Sala Penal, para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracciones de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; es decir, que sólo para aquellos casos en los cuales se imputa a un Magistrado la comisión de un delito realizado por razón de su cargo o en ejercicio de funciones judiciales, debe conocer la Corte, pero en ningún caso, de las infracciones que cometa sin tener en cuenta para nada esa calidad de funcionario de la rama jurisdiccional.

Las imputaciones falsas de un hecho personal concreto que la ley ha erigido en delito (calumnia), o el ataque al honor, la reputación o la dignidad de una persona (injuria), no son delitos de responsabilidad, sino delitos comunes. La circunstancia de que la calumnia o injuria se hubiera cometido por un Magistrado de Tribunal, no le imprime al hecho el carácter de delito oficial o de responsabilidad, porque el acto no se realiza por razón del ejercicio de atribuciones judiciales o de funciones como administrador de justicia, sino como simple particular.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, ocho de julio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

En memorial de fecha junio trece (13) del presente año (1946), Ramón Becerra Vaca, Personero Municipal de Buga, denuncia ante la Corte al doctor Primitivo Vergara Crespo, Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de esa misma ciudad, por la comisión de un delito de CALUMNIA, consistente en el hecho de haber dirigido al Ministerio de Gobierno el telegrama cuyo texto se transcribe:

"Buga, junio 8 de 1946—Mingobierno—Bogotá.

"Ramón Becerra Vaca, Personero este Distrito, trata por medio amenazas hechas pretexto ejercicio su cargo influír sobre suscrito Magistrado Tribunal Superior este Distrito, fin no objete nombramiento Ramón Becerra Domínguez, hijo aquél, para nombramiento Juez Municipal Darién.

"Con igual finalidad éste háceme cargos calumniosos periódico 'Restauración' dirige Luis Castillo, también hijo Personero.

'Como mi condición Magistrado cohíbeme denunciar hechos delictuosos dejo relatados, ante autoridades judiciales subalternas, respetuosamente solicítole enviar Juez investigador ante quien juraré denuncio correspondiente.

"Servidor, **"Primitivo Vergara Crespo"**

Se considera:

Los funcionarios de la rama jurisdiccional pueden violar la ley penal bajo dos aspectos: como particulares y como empleados públicos. En el primer caso, cometen un delito común, en su condición de simples particulares, con prescindencia de la investidura oficial; por consiguiente, la jurisdicción y competencia para la investigación y represión de su acto ilícito corresponde a los jueces ordinarios. En el segundo caso, al violar la ley como funcionarios públicos, por razón o causa del ejercicio de funciones judiciales, cometen un delito llamado de responsabilidad o delito oficial, cuya competencia, en virtud del fuero especial de que gozan, corresponde a una autoridad de superior jerarquía. Por este aspecto, la ley consagra una excepción al principio general sobre jurisdicción y competencia.

El nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 42, numeral 6º, atribuye competencia a la Corte Suprema —Sala Penal— para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad

por infracción de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; es decir, que sólo para aquellos casos en los cuales se imputa a un Magistrado la comisión de un delito realizado por razón de su cargo o en ejercicio de funciones judiciales, debe conocer la Corte, pero en ningún caso, de las infracciones que cometa sin tener en cuenta para nada esa calidad de funcionario de la rama jurisdiccional.

Las imputaciones falsas de un hecho personal concreto, que la ley ha erigido en delito (calumnia), o el ataque al honor, la reputación o la dignidad de una persona (injuria), no son delitos de responsabilidad, sino delitos comunes. La circunstancia de que la calumnia o injuria se hubiera cometido por un Magistrado de Tribunal, no le imprime al hecho el carácter de delito oficial o de responsabilidad, porque el acto no se realiza por razón del ejercicio de atribuciones judiciales o de funciones como administrador de justicia, sino como simple particular.

La investidura oficial del sindicado, no confiere facultad a la Corte para ampliar las normas sobre jurisdicción y competencia o para aplicarlas con un criterio de analogía y convertir con este criterio en delitos de responsabilidad los simples delitos comunes. El fuero especial de la Corte en lo penal y para estos casos restringidos en virtud del artículo 42, numeral 6º, del Código de Procedimiento Penal, disposición por la cual se suprimió el privilegio de que gozaban los funcionarios públicos que se hallaban comprendidos en los ordinales 5º y 6º del artículo 33 de la Ley 105 de 1931.

La Corte sólo conoce de los delitos de responsabilidad cometidos por Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito, en ejercicio de funciones judiciales y como administradores de justicia, pero no de los delitos comunes realizados por ellos, aunque se hallen revestidos de la calidad de funcionarios públicos de la rama jurisdiccional, al tiempo de cometerlos.

Como los cargos imputados al doctor Primitivo Vergara Crespo podían constituír un delito común, no de responsabilidad, la Sala no puede adelantar la investigación.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, SE INHIBE DE CONOCER del presente negocio, por no ser de su competencia.

Pasen las presentes diligencias al Juzgado Penal del Circuito de Buga (Reparto), para que resuelva lo que sea pertinente, en relación con el denuncio presentado por Ramón Becerra Vaca.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Saratsy M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

IRREGULARIDADES EN LA TRAMITACION DEL SUMARIO.-INTERPRETACION DEL ARTICULO 104 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL.—NULIDAD SUSTANCIAL DEL PROCESO POR NO HABER FIGURADO EN EL LA MADRE DEL MENOR PROCESADO

1.—El sumario, dada su naturaleza y características, hace suponer una tramitación rápida. La circunstancia de no haberse llamado a intervenir en él a la madre del acusado, en el caso de autos, no invalida la nulidad de esa etapa del proceso porque es bien sabido que las nulidades en ese período no se presentan sino en casos sumamente excepcionales, como son la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería en el querellante, cuando el asunto es de aquellos en que no se puede intervenir oficiosamente.

2.—La Corte acoge como doctrina interpretativa del art. 104 del Código de Procedimiento Penal, el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, según el cual, "en el caso de autos, siendo el acusado menor de edad y teniendo su representante nato en la persona de su madre legítima, ésta ha debido concurrir a todas las diligencias judiciales que se practicaron con aquél a partir de la clausura del sumario para que ellas fueran legalmente válidas. Y como ello no se hizo, la actuación está minada de una nulidad sustancial". Aunque las nulidades están previstas de modo imperativo por la ley, fuera de ellas hay otras nulidades supralegales que encuentran su fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional. El hecho de adelantar y realizar un juicio penal sin que se hayan observado todas las formas propias de él, es faltar a una de las garantías individuales prescritas por la Ley Fundamental. No habiendo intervenido en el proceso la madre del menor encausado es obvio que se ha faltado a una de las formas propias del juicio como era la intervención constante del representante legal del menor en todos los actos de él, según lo ordena el artículo 104 del C. de P. P. Así lo ha dicho la Corte en diversas ocasiones y, por tanto, prospera la causal 4ª alegada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, julio nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Con fecha catorce de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Superior de Medellín confirmó la sentencia de primera instancia pronunciada por el señor Juez Quinto Superior en virtud de la cual se impuso a Alfonso Ochoa Velásquez la pena de ocho años de presidio y otras accesorias, como responsable de la muerte ocasionada al señor Alonso Valencia Jaramillo, el día 29 de noviembre de 1942.

Ante la Corte Suprema de Justicia, presentaron un escrito la señora madre legítima del acusado Ochoa Velásquez y su defensor doctor J. Emilio Duque, por medio del cual proponen el recurso de casación contra la citada sentencia. La causal invocada para sustentar dicho recurso ha sido la cuarta del artículo 567 del C. de P. P., que se refiere a la nulidad del juicio.

Los argumentos aducidos por los memorialistas en contra de la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, se resumen así:

"Siendo yo la madre legítima de Alfonso Ochoa Velásquez, su representante legal por muerte de mi esposo y padre del menor, debí 'concurrir a todas las diligencias judiciales que se entendían' con mi hijo menor o nombrarle necesariamente apoderado para que, en asociación conmigo, justicia consiguiera el procesado (artículo 104 del C. de P. P.). La autoridad investigadora pretermitió esta formalidad legal esencial para poder sancionar a un menor. No se me llamó a cumplir mis deberes y a ejecutar mis derechos de madre legítima. La sola lectura de la sumaria da la evidencia de lo que dejo escrito.

"Calificada la sumaria y llamado a juicio mi hijo menor, coadyuvé al nombramiento de un defensor, pero jamás dejé mi calidad de representante legal suyo, ni renuncié al cumplimiento de mi deber legal de asistirle en todas las diligencias posteriores a la notificación del auto de proceder. No le asistí ni pude ayudarle en algo, porque no se me volvió a llamar para nada, ni se me llegó a hacer notificación alguna, ni a mi hijo se le hizo firmar algo en mi presencia".

Se considera:

Iniciado el proceso penal, una vez que Ochoa Velásquez compareció a la indagatoria, se observó, cuestión ratificada con el acta bautismal, que el procesado era menor de veintiún años. En estas condiciones, la diligencia de indagatoria se repuso, nombrando al menor un curador **ad litem** y constituyendo como tal al abogado doctor Duque. Con este representante del menor se adelantaron todas las diligencias del sumario.

El sumario, dada su naturaleza y características, hace suponer una tramitación rápida: La circunstancia de no haberse llamado a intervenir en él a la madre del acusado, no invalida de nulidad esa etapa del proceso porque es bien sabido que las nulidades en ese período no se presentan sino en casos sumamente excepcionales, como son la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería en el querellante, cuando el asunto es de aquellos en que no se puede intervenir oficiosamente. Y como bien lo afirma el señor Procurador: "Si en este negocio la primera diligencia de indagatoria se repuso en forma legal, según se ha visto, y si el sumario se adelantó por funcionario competente en un delito que daba lugar a procedimiento de oficio, síguese que la demanda de casación no tiene fundamento en cuanto sostiene que la fase instructora del proceso está viciada de nulidad".

Otra situación muy diferente se plantea si el asunto de una posible nulidad se examina durante la etapa del juicio.

Al menor Ochoa Velásquez le fue notificado el auto de proceder que contra él se dictó y esta diligencia fue surtida estando presente la madre legítima del menor, quien por ministerio de la ley era su representante legal debido a su menor edad, nombrándose simultáneamente como defensor del acusado a su anterior curador **ad litem**, doctor Duque. De este punto en adelante, ninguna de las actuaciones judiciales se verificó con la anuencia o conocimiento de la madre legítima.

Dispone sobre este particular, el artículo 104 del C. de P. P., lo siguiente:

"Al procesado menor de veintiún años que carezca de representación legal se le nombrará un curador ad-litem para qué concurra a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor. Esto sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tiene derecho conforme a este artículo, el cual será designado por el respectivo representante del menor".

Interpretando el sentido de esta norma, el señor Procurador Delegado en lo Penal, en palabras que la Corte acoge plenamente por estar de acuerdo con ellas dice lo siguiente:

"Dos cosas fundamentales consagra esta disposición: 1º Que todo menor de veintiún años que comparezca ante la justicia penal debe tener su representante legal, o en su defecto, un curador ad-litem; y 2º Que ese representante o curador debe asistir al procesado en "todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor".

"Estas exigencias referentes a la representación del menor por parte de sus padres, o por un guardador cuando ellos falten, es, sin duda alguna, la aplicación de los principios del derecho civil sobre patria potestad y curadurías al campo del derecho penal. Y entonces se aclara así el concepto de que lo que la ley persigue en estos casos es que en el proceso penal se complete la plena capacidad que le falta al menor, para que, en esa forma, adquieran validez las actuaciones practicadas con el incapaz. Por tanto, sólo los representantes legales de éste o su curador **ad litem** integran la personalidad procesal del menor sometido a juicio. De ahí la exigencia de la ley de que esas personas concurran "a todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor".

"Y ello es así, porque todo lo concerniente a la patria potestad y a la guarda de los menores es de orden público, pues esas instituciones miran al estado civil de las personas, al gobierno de la familia y a la conservación del patrimonio moral y material de los incapaces. Por esa razón la ley misma se encarga de reglamentar celosamente qué personas tienen la representación del menor y cuáles son sus obligaciones. Fuera de los padres o de los guardadores del incapaz, ninguna otra persona puede en lo civil y en lo penal ejercitar esa delicada potestad.

"Cierto que el defensor en el proceso penal cumple su misión de dos maneras: asistiendo y representando al procesado en todos los actos de su defensa. Lo asistirá cuando el procesado esté presente en el acto, y lo representará en el caso contrario. Pero esa amplia zona de defensa no es equivalente a la representación que en el sentido estricto y técnico consagra la ley para los menores de edad, puesto que la labor del defensor se concreta a prestar servicios intelectuales dependientes de su preparación científica en las disciplinas jurídicas para justificar la conducta del procesado, o para atenuarle su situación frente a la justicia represiva, cualesquiera que sean las condiciones personales de su defendido, mayor o menor de edad. En tanto que el ejercicio de la patria potestad o el de la curaduría del incapaz persigue, como ya se dijo, completarle su deficiente capacidad como sujeto pasivo de la acción penal.

"Más claro: el defensor, por sí solo, no suple lo que la ley asigna específicamente al representante nato o al curador del menor, para que los actos judiciales por él ejecutados tengan plena validez, a menos que se presente el caso de que el padre, o la madre, o el guardador del procesado, sean también abogados y quieran asumir la función de defensores, hipótesis en la cual concurriría en una sola persona esa dualidad de cargos.

"Tan evidente es que el defensor no absorbe la representación correspondiente a la patria potestad o a la curaduría, que el artículo 104 del Código de Procedimiento Penal dice que la asistencia de esos protectores del pupilo se hará "sin perjuicio del nombramiento de apoderado a que tiene derecho conforme a este artículo, el cual será designado por el respectivo representante del menor". No se explicaría, si hubiera identidad en esas funciones, que la ley creara dos representantes del menor procesado, cuando ella misma prohibe que él tenga más de un apoderado o defensor (artículo 109 del C. de P. P.). Luego hay una destacada diferencia en lo uno y en lo otro, o sea, entre la representación del incapaz y el auxilio técnico que le presta el defensor a todo procesado.

"Y que el citado artículo 104 hable de **apoderado** y no de **defensor,** no es argumento de peso para pensar que la asistencia del representante del menor o la de su curador sea únicamente necesaria durante el sumario, y no en el juicio, bien porque apenas se trata de una diferencia de palabras, pues apoderado y defensor cumplen una misma tarea, y bien porque el hecho fundamental de la incapacidad del menor procesado subsiste en una y otra faz del negocio, salvo el caso de que cumpla la mayor edad en el curso del debate judicial. Y habiendo identidad de razones, debe aplicarse el mismo precepto. Por eso aquella disposición manda perentoriamente que el menor debe ser asistido por su representante legal o por el curador **ad litem en** "todas las diligencias judiciales que se entiendan con el menor" sin hacer distinción alguna entre el sumario y la causa.

"En tal virtud, en el caso de autos, siendo el acusado menor de edad y teniendo su representante nato en la persona de su madre legítima, ésta ha debido concurrir a todas las diligencias judiciales que se practicaron con aquél a partir de la clausura del sumario, para que ellas fueran legalmente válidas. Y como ello no se hizo, la actuación está minada de una nulidad sustancial".

Ante los juzgadores de instancia, el apoderado de Ochoa, en forma insistente (memorial de fls. 167-69-180 y ss., y 185) reclamó de manera oportuna para que se hiciera declaración sobre existencia de nulidad en el proceso, fundándose precisamente en el artículo 104 del C. de P. P. El H. Tribunal Superior, en respuesta a estas solicitudes sostuvo sus puntos de vista iniciales sobre las bases siguientes:

"Las causales de nulidad están establecidas de manera taxativa en los artículos 198 y 199 del C. de P. P. y estudiadas detenidamente no aparece ninguna de ellas en el caso que se estudia. La ley ha querido que el menor tenga siempre un representante legal que ha de asistirlo y representarlo, pero en el caso de autos, no se requiere que la señora madre del procesado, después de haber nombrado ella misma un defensor de su hijo, haya de seguir actuando además del defensor".

Evidentemente, como lo anota el Tribunal sentenciador, las nulidades están previstas de modo imperativo por la ley y fuera de ellas no hay otras señaladas en la misma. Sin embargo, existen —como lo ha dicho en otras ocasiones la Corte— otras nulidades supralegales que encuentran su fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional que dice:

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

El hecho de adelantar y realizar un juicio penal sin que se hayan observado todas las formas propias de él, es faltar a una de las garantías individuales prescritas por la Ley Fundamental. De ahí que existan también nulidades constitucionales que se desprenden en algunos casos de la infracción al texto que impone de modo general y absoluto los principios de legalidad del delito, de la sanción y del procedimiento. En el caso presente, la situación se debe resolver bajo los auspicios de la misma norma: el condenado Ochoa Velásquez, en su condición de menor de edad, situación plenamente comprobada, no podría asumir la plenitud de su capacidad civil y ésta, tenía que ser suplida por su representante legal, en este caso la legítima madre. De consiguiente, se puede afirmar que con respecto a él no se observaron todas las formas propias del juicio, como era la intervención constante del representante legal del menor en todos los actos del juicio como lo ordena el artículo 104 del C. de P. P.

Sobre esta materia, esta misma Sala de la Corte, ha sido constantemente fiel a la misma idea. Por esa causa hubo de aceptar en diversas ocasiones que existía nulidad constitucional que invalidaba el proceso cuando se hubiera infringido la norma que consagra el derecho para el reo de que en él se observen cabalmente todas las formas sustanciales del juicio penal.

Por consiguiente, de todo lo dicho se desprende que la causal cuarta de casación alegada debe prosperar y así habrá de declararlo la Corte en la parte resolutiva del fallo.

Con el objeto de impedir el que pueda prosperar una nueva nulidad, es necesario repetir lo que con tánto acierto afirma el señor Procurador Delegado en lo Penal acerca del cuestionario sometido a los jurados, para que tal error no se cometa dentro de éste mismo proceso en el futuro:

"Finalmente observa la Procuraduría lo siguiente, para fines ulteriores:

"El cuestionario que se sometió al Jurado en esta causa, dice así:

"El acusado Alfonso Ochoa Velásquez es responsable de haber **herido intencionalmente** al menor Alonso Valencia Jaramillo, con arma cortante (cuchillo), a consecuencia de lo cual murió éste momentos después, hechos que tuvieron cumplimiento en esta ciudad el día 29 de noviembre de 1942, así: las heridas en el Bosque de la Independencia y la muerte en la Policlínica Municipal?"

"La pregunta en esa forma concebida dejó por fuera el dolo específico que caracteriza al homicidio intencional, pues únicamente interrogó sobre el propósito de herir (no de matar), quedando así ese homicidio en la especie del ultraintencional que no se le imputó al procesado en el auto de proceder, ni que tampoco planteó la defensa en el curso del debate.

"Por consiguiente, al reponerse el procedimiento y volver el juicio a nueva audiencia, debe formularse el cuestionario de manera que comprenda claramente los elementos del homicidio a que se refiere el artículo 362 del Código Penal, que fue la figura específica determinada en el llamamiento a juicio. Esto con el fin de que se evite una nueva nulidad del juicio. (Véase al respecto la sentencia de la H. Corte de fecha 26 de junio de 1944. Casación de Agustín Barrera Niño. GACETA Nos. 2010 a 2014, pág. 293)."

En mérito de las consideraciones que se han señalado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara nulo todo lo actuado en este proceso a partir de la notificación del auto que declaró cerrada la investigación inclusive y que lleva fecha abril siete de mil novecientos cuarenta y tres y para que se reponga el procedimiento se ordena devolver el presente asunto al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INADMISIBILIDAD DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION

En variadas ocasiones ha repetido la Corte que en los juicios ventilados ante el Jurado es inadmisible la causal segunda, porque si lo fuera el análisis de las pruebas y la discriminación de los hechos implicaría el entrar a estudiar una causal abolida: la de injusticia notoria.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez A.)

Vistos:

El Tribunal Superior de San Gil, en fallo de veinticuatro de octubre del año próximo pasado, condenó a Jesús Santos Silva a la pena principal de ocho años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de homicidio de que fue víctima Juan Rodríguez, providencia contra la cual interpuso el defensor del reo recurso de casación.

El doctor Carlos Augusto Noriega firmó la demanda en la cual se alegan las causales primera, segunda y tercera del artículo 567 del C. de P. P.

Tramitado legalmente el recurso, la Sala entra a resolver el fondo del negocio.

Causal primera.—**Mala interpretación de la ley penal.**

Dice el libelo del recurrente:

"El artículo 29 de la ley 4ª de 1943 establece que los jurados deberán contestar los cuestionarios con un "SI" o un "NO"; pero que si juzgaren que el hecho se ha cometido en circunstancias diversas a las expresadas en el interrogatorio, podrán expresarlo brevemente así en la contestación.

"Del anterior texto legal se desprende claramente que al jurado se le dio amplia facultad para modificar el cuestionario y que cuando así lo hace es preciso consultar el espíritu de la respuesta, ya que cualquier aditamento al "SI" o al "NO" INDICA que el jurado halló circunstancias no contenidas en la pregunta. Y a los jueces de conciencia no puede exigírseles una rigurosa sujeción a las palabras del Código ni una absoluta idoneidad para resolver problemas que, como el de la intoxicación alcohólica, son rigurosamente técnicos.

No le dio ningún sentido el Tribunal al aditamento que el jurado agregó a la respuesta, luego violó la ley 4ª ya citada y por este aspecto prospera la causal de casación primeramente mencionada".

No es exacto el recurrente al hacer la afirmación anterior. El jurado contestó con un "SI" seguido de esta aclaración: "pero en estado de intoxicación aguda producida por el alcohol". Ante esta explícita manifestación, el Tribunal rechazó la hipótesis sustentada por el defensor a través del proceso y las audiencias, de que el hecho se había cometido a causa de intoxicación crónica producida por el alcohol, esto es, que el acusado estaba en el caso previsto por el artículo 29 del C. P. En cambio, el Tribunal optó por la expresión clara del jurado valorando su manifestación como una circunstancia de menor peligrosidad.

A este respecto dijo: "De otro lado, la sentencia proferida en desarrollo de ese veredicto no le merece al Tribunal observación alguna. La intoxicación alcohólica aguda, es decir, la embriaguez aguda, no exime de responsabilidad moral y apenas debe abonarse como una circunstancia de menor peligrosidad, al tenor del numeral 5º del artículo 38 del C. P.".

Con las anteriores explicaciones se observa que el Tribunal sí apreció correctamente el veredicto del Jurado, por lo cual, el ataque del recurrente, por este aspecto, carece de razón. No prospera, de consiguiente, la causal primera.

Causal segunda.—**Mala interpretación o apreciación de los hechos.**

En variadas ocasiones ha repetido la Corte, que en los juicios ventilados ante el jurado, es inadmisible la causal segunda, porque si lo fuera, el análisis de las pruebas y la discriminación de los

hechos, implicaría el entrar a estudiar una causal abolida: la de injusticia notoria.

Como las alegaciones del recurrente se refieren a hechos y pruebas, la Corte desecha la causal segunda.

Causal tercera.—**Estar la sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado.**

Dice el libelo del recurrente:

"Además de todo lo anterior, el H. Tribunal profirió su sentencia en desacuerdo con el veredicto del jurado, al desconocer la circunstancia modificadora introducida por los señores jueces de conciencia y cuya recta interpretación, apoyada por la pericia médica y la prueba testimonial, no puede ser otra que la de aceptar que yo no obré simplemente estando "borracho" sino que padezco una intoxicación alcohólica que me debe hacer objeto de la medida de seguridad, tesis debatida en ambas audiencias. Aquí está la última causal de casación alegada".

El tema de estado de crónica intoxicación alcohólica fue planteado persistentemente por el defensor del reo. En contra de ésta hipótesis el señor Fiscal planteó en las audiencias el estado de intoxicación aguda, esto es, el estado accidental de embriaguez. El jurado simplemente aceptó la tesis del señor Fiscal. Y sobre esta aceptación el Tribunal estructuró la sentencia aludida. No se ve por ninguna parte la contradicción de la sentencia con el veredicto, la cual se dictó con aplicación del mínimo del artículo 362, teniendo en cuenta la circunstancia de menor peligrosidad del "estado de intoxicación alcohólica aguda".

No prospera, por tanto, la causal tercera.

El señor Procurador conceptúa que no es el caso de casar la sentencia del Tribunal. La Sala acepta la manifestación del señor Agente del Ministerio Público y, en tal virtud, no acede a las peticiones hechas en la demanda.

En mérito de las consideraciones hechas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley y de acuerdo con el señor Procurador, NIEGA el recurso de casación interpuesto por el defensor de Jesús Santos Silva contra la sentencia mencionada.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DEL DELITO DE LESIONES PERSONALES

Los elementos constitutivos del delito de lesiones personales son los siguientes: a) Un daño en el cuerpo o en la salud; b) una acción externa violenta o subrepticia; c) intención de herir.

a) El primer elemento de este delito está configurado por toda modificación orgánica o corporal susceptible de menoscabar o disminuir la integridad física o mental de la persona que sufre la acción, pues el bien jurídico que se protege en este delito es la integridad personal.

b) Se habla de acción violenta o subrepticia para expresar así la idea de que una persona (sujeto activo) actúa sobre otra (sujeto pasivo) en el sentido de afectar su integridad corporal, unas veces mediante la violencia material llevada a término por el empleo de las armas, otras de manera insidiosa u oculta como cuando el agente emplea para alcanzar su propósito el suministro de venenos o la misma contaminación venérea.

c) Intención de herir (ANIMUS LAEDENDI). Para que se materialice jurídicamente un delito de lesiones personales no basta que haya existido un daño en el cuerpo o la salud del ofendido, ni que ese menoscabo sea el resultado de una acción violenta, es necesario, además, que en el agente resida de modo concreto y determinado el ánimo de herir, pues de lo contrario se tendría un delito sin dolo, sin causalidad psíquica alguna atribuíble a un sujeto. En el delito de lesiones personales, como en el del homicidio, es rigurosamente necesario, dentro de nuestro sistema legal vigente precisar el dolo específico que en un caso estará constituído por la intención de herir y en el otro por la intención de matar.

Los delitos, en particular, constan todos de ciertos elementos específicos que los caracterizan de tal modo que se distinguen unos de otros no sólo por su aspecto externo u objetivo sino también por su contenido interno o subjetivo. Cuando un hombre armado con instrumento cortante ataca a otro y quiere con ese ataque producirle la muerte, si el resultado se proporciona a lo querido, se está en presencia de un delito de homicidio, específicamente diferente del caso en que el mismo sujeto, queriendo únicamente herir, logra este último resultado. Entre una y otra acción, en los casos propuestos, no sólo hay una diferencia cuantitativa en cuanto al resultado mismo, sino cualitativa desde el punto de vista intencional. Y las consecuencias de los dos hechos, jurídicamente hablando, son también diversas puesto que resulta más peligroso y es más grave la ofensa del homicida que la del heridor. Por estas consideraciones es preciso fijar el alcance que deba darse al artículo 371 del Código Penal cuando inicia su mandato con estas palabras: "El que sin intención de matar..." La frase transcrita es una forma excluyente de regular y prohibir el delito de lesiones personales y su sentido inicial deja en pie una serie de problemas que a la jurisprudencia corresponde esclarecer y determinar. En efecto, generalmente en la redacción del texto citado los jueces plantean a los jurados —cuando les corresponde intervenir— la cuestión pertinente a un delito de lesiones siguiendo de modo servil las palabras de la ley. Esta hipótesis estaría representada por la siguiente pregunta que es la que en la práctica acostumbraban proponer los jueces a los jurados: N. N. es responsable de haber ocasionado a S. S. una lesión personal (aquí se describe la clase de lesión) sin intención de matar? Si el jurado responde afirmativamente la pregunta, pueden sobrevenir diversos problemas que el juez debe discriminar para eludir errores de interpretación. La respuesta afirmativa significa solamente que el procesado procedió sin intención de matar, es decir, que se excluye el dolo homicida; pero ello no significa ni puede significar jamás que la dicha respues-

ta implique necesariamente que el jurado contestó que la intención era de herir. La contestación afirmativa deja sin respuesta lo esencial del asunto, o sea, el elemento psíquico del delito porque con el simple hecho de afirmar que se actuó SIN PROPOSITO HOMICIDA no se está sosteniendo que la lesión se causó CON INTENCION DE HERIR. Esta situación permite la interpretación del veredicto en diversos sentidos, todos arbitrarios e injustos. Al negarse la cuestión relativa al propósito de matar, quedan pendientes las siguientes hipótesis sobre las cuales nada dijo el Jurado: a) la lesión se produjo con intención de herir; b) la lesión se produjo sin intención de matar, pero con intención de herir y se realizó la muerte (homicidio preterintencional); c) la lesión se produjo sin intención de matar pero por descuido, negligencia, impericia, violación de reglamentos; d) la lesión tuvo por causa un simple accidente. Todas estas situaciones tienen origen dentro del sistema del cuestionario múltiple ya abolido por la ley 4ª de 1943.

El elemento subjetivo en el delito de lesiones, como en todos los delitos, asume dos direcciones generales que plantean una división entre actos dolosos y culposos según que los primeros estén informados por la intención y los segundos por la voluntad sin intención en el acto inicial. Por fuera de estos dos extremos está el caso o accidente en el cual desaparece la causalidad psico-física. La intención, el dolo, toma a su vez diversas modalidades y se especializa en razón de la posición que la voluntad asuma en busca de un determinado fin criminoso; por eso se habla de dolo genérico y de dolo específico. El primero comprende la intención general de producir un daño en forma indeterminada, de causar una violación de la ley por medio de una acción injusta, el segundo, dolo específico, dirige la fuerza de la voluntad hacia un mal concreto y determinado. Por eso, es preciso distinguir en la práctica cuál es la intención especial que un delincuente se propuso al ejecutar el hecho dañoso. Cuando un hombre ataca a otro con un cuchillo puede tener la intención de matarlo o de herirlo. Del solo ataque, sin producción de muerte, no siempre puede inferirse que la intención fuera la de matar. Por consiguiente, cuando el Jurado afirma que el hombre ejecutó el hecho sin intención de matar, sin ninguna otra explicación, queda desintegrada totalmente la noción del delito de lesiones, pues no es posible deducir de la misma respuesta si el hecho se produjo con intención de herir (dolo específico) o por culpa o por accidente.

2.—Es bien sabido que el sistema legal adoptado entre nosotros en caso de concurso de delitos es el de la llamada acumulación jurídica, de conformidad con el cual establecida la pena para el delito más grave, ésta se puede aumentar hasta en otro tanto; pero es natural que el aumento por razón del delito de menor entidad no puede sobrepasar a la cantidad máxima de pena señalada para la más leve infracción, pues de lo contrario se incurriría en el error de sumar aritméticamente la pena para acumularla, violando la ley en el sentido de que la pena del delito menor podría llegar a ser superior a la cuantía máxima para él prefijada en la ley. Es claro que para hacer las correspondientes operaciones el Juez debe partir de la pena correspondiente al delito más grave para luego acumular la del delito o delitos más leve, según el caso. Pero no es dable hacer la operación hablando simplemente de la existencia de los dos delitos y señalando la pena sin que se haya dicho previamente cuál sea la pena básica a la que deba sumarse el aumento a que se refiere el artículo 33.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El doctor Jorge Gutiérrez Gómez, actuando como apoderado de Arturo Marín Cifuentes, presentó ante esta Sala de la Corte, demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Cali, de veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, por medio de la cual se impuso al condenado la pena de veinte años de presidio y las correspondientes accesorias, como responsable de los delitos de homicidio y lesiones de los cuales fueron víctimas Jorge Hernán Lasso Mos-

quera y Ernestina González, respectivamente, todo con imputación a los artículos 33, 363 y 372 del Código Penal.

El recurrente ha invocado en su orden las causales primera, tercera y quinta previstas en el artículo 567 del C. de P. P.

La demanda sufrió la tramitación de rigor por haber sido aceptada; acerca de su contenido dio concepto el señor Procurador, del cual se hará mención en la parte correspondiente de esta sentencia.

Antecedentes:

Arturo Marín Cifuentes mantenía relaciones sexuales permanentes con su querida Ernestina González. Durante esa etapa de su vida, Marín hubo de sufrir condenación por un lapso de seis meses de prisión como responsable de un delito de homicidio. Mientras cumplía su condena tuvo conocimiento de que su manceba le era infiel, motivo por el cual, una vez que salió de la cárcel hizo a la González serios reclamos, creándose así, entre los dos amantes, una situación conflictiva de recelos y de disputa. En la noche del 12 de noviembre de 1939, Marín en estado de embriaguez y movido por el estímulo de los celos que habían encontrado en su personalidad campo favorable para su desarrollo, promoviendo primero un altercado y luego bajo el acicate de la cólera tomó un cuchillo que se encontraba dentro de la vivienda y acometió a la González causándole una lesión en la región pubiana izquierda, cerca del pliegue inguinal, que produjo a la lesionada una incapacidad de doce días, sin otras consecuencias. Cuando el menor Jorge Hernán Lasso Mosquera se interponía entre Marín y su amante, fue también víctima de la acometida del primero, recibiendo una herida en la región axilar izquierda que le atravesó el lóbulo izquierdo del pulmón y el ventrículo correspondiente del corazón, produciéndose la muerte del menor algunos instantes después.

Estudio de la causal tercera

Rompiendo el orden de presentación de las causales invocadas, se comienza por estudiar la tercera por parecer más lógico al propósito de decisión que se persigue. Dicha causal se refiere **al desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado.**

El fundamento que el recurrente dá a la aludida causal se resume así:

"...el Jurado afirmó que Arturo Marín causó una herida, sin intención de matar, a Ernestina González. Pero no afirmó que la lesión se hubiera producido con la intención de herir; luego el delito quedó desintegrado por carencia del elemento subjetivo moral o intencional **(animus ferendi).**

"Pero con la respuesta a que me estoy refiriendo tan sólo se puede concluír que Marín no tuvo la intención de cometer homicidio en la persona de Ernestina González, pero no se puede afirmar que el Jurado haya dicho que tuvo la intención de herir a la misma persona.

"Como la sentencia declaró responsable a Marín del delito doloso de lesiones personales causadas a la González, ese fallo del Tribunal está en desacuerdo con el veredicto del Jurado".

Evidentemente, se observa que al Jurado le fueron propuestas con respecto al delito de lesiones inferidas a la González, siete cuestiones relativas a diversos hechos, como son: ejecución material de las heridas; ausencia de intención de matar; estado de ira o de intenso dolor; riña imprevista; estado de enajenación mental del acusado; estado de intoxicación crónica producida por el alcohol y, anomalía psíquica.

De estas siete cuestiones, las dos primeras fueron contestadas afirmativamente y negadas las restantes. Como consecuencia de ello, el sentenciador de primera instancia y el Tribunal Superior de Cali por este sólo concepto, consideraron a Marín como infractor del primer inciso del artículo 372 del Código Penal, en relación con el artículo 371, aplicándole la pena acumulada por el sistema jurídico, junto con la que le correspondía por el homicidio-asesinato en el menor Mosquera, como adelante habrá de verse.

Por cuanto el Jurado afirmó que Marín atacó con el cuchillo a la González y le causó una lesión personal "sin intención de matar" y, asimismo, por cuanto el Tribunal sentenciador condenó al procesado por el delito de lesiones a que se refiere el art. 372 (inciso 1º del C. P.), ¿puede afirmarse que el fallo del Tribunal está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, como lo sostiene el recurrente?

Para resolver este interrogante, es preciso formular las siguientes consideraciones:

El artículo 371 el cual debe concordarse para el caso, con el inciso primero del 372, dice así:

"El que sin intención de matar cause a otro un daño en el cuerpo o en la salud o una perturbación psíquica incurrirá en las sanciones de que tratan los artículos siguientes".

Síguese de aquí que los elementos constitutivos del delito de lesiones personales descritos en la norma anterior son los siguientes: a) Un daño en el cuerpo o en la salud; b) una acción externa violenta o subrepticia; c) intención de herir.

a) El primer elemento de este delito está configurado por toda modificación orgánica o corporal susceptible de menoscabar o disminuír la integridad física o mental de la persona que sufre la acción, pues, el bien jurídico que se protege en este delito es la integridad personal.

b) Se habla de acción violenta o subrepticia para expresar así la idea de que una persona (sujeto activo) actúa sobre otra (sujeto pasivo) en el sentido de afectar su integridad corporal, unas veces mediante la violencia material llevada a término por el empleo de las armas, otras de manera insidiosa u oculta como cuando el agente emplea para alcanzar su propósito el suministro de venenos o la misma contaminación venérea.

c) Intención de herir (**animus laedendi**). Para que se materialice jurídicamente un delito de lesiones personales no basta que haya existido un daño en el cuerpo o la salud del ofendido, ni que ese menoscabo sea el resultado de una acción violenta, es necesario, además, que en el agente resida de modo concreto y determinado el ánimo de herir, pues de lo contrario se tendría un delito sin dolo, sin causalidad psíquica alguna atribuíble a un sujeto. En el delito de lesiones personales como en el del homicidio es rigurosamente necesario, dentro de nuestro sistema legal vigente precisar el dolo específico que en un caso estará constituído por la intención de herir y en el otro por la intención de matar.

Los delitos, en particular, constan todos de ciertos elementos específicos que los caracterizan de tal modo que se distinguen unos de otro no sólo por su aspecto externo u objetivo sino también por su contenido interno o subjetivo. Cuando un hombre armado con instrumento cortante ataca a otro hombre y quiere con ese ataque producirle la muerte, si el resultado se proporciona a lo querido, se está en presencia de un delito de homicidio, específicamente diferente del caso en que el mismo sujeto queriendo únicamente herir logra este último resultado. Entre una y otra acción, en los casos propuestos, no sólo hay una diferencia cuantitativa en cuanto al resultado mismo, sino cualitativa desde el punto de vista intencional. Y las consecuencias de los dos hechos, jurídicamente hablando, son también diversas puesto que resulta más peligroso y es más grave la ofensa del homicida que la del heridor. Por estas consideraciones es preciso fijar el alcance que deba darse al artículo 371 del Código Penal cuando inicia su mandato con las siguientes palabras: "el que sin intención de matar..."

La frase transcrita es una forma excluyente de regular y prohibir el delito de lesiones personales y su sentido inicial deja en pie una serie de problemas que a la jurisprudencia corresponde esclarecer y determinar. En efecto, generalmente en la redacción del texto que acaba de mencionarse, los jueces plantean a los jurados —cuando les corresponde intervenir— la cuestión pertinente a un delito de lesiones siguiendo de modo servil las palabras de la ley. Esta hipótesis estaría representada por la siguiente pregunta que es la que en la práctica acostumbraban proponer los jueces a los jurados: ¿N. N. es responsable de haber ocasionado a S. S. una lesión personal (aquí se describe la clase de lesión) sin intención de matar? Si el jurado responde afirmativamente la pregunta, pueden sobrevenir diversos problemas que el juez debe discriminar para eludir errores de interpretación. La respuesta afirmativa significa solamente que el procesado procedió sin intención de matar, es decir, que se excluye el dolo homicida; pero ello no significa ni puede significar jamás que la dicha respuesta implique necesariamente que el jurado contestó que la intención era de herir.

La contestación afirmativa deja sin respuesta lo esencial del asunto, o sea, el elemento psíquico del delito porque con el simple hecho de afirmar que se actuó **sin propósito homicida** no se está sosteniendo que la lesión se causó **con intención de herir.** Esta situación permite la interpretación del veredicto en diversos sentidos, todos arbitrarios e injustos. Al negarse la cuestión relativa al propósito de matar, quedan pendientes las siguientes hipótesis sobre las cuales nada dijo el Jurado: a) la lesión se produjo con intención de herir; b) la lesión se produjo, sin intención de matar pero con intención de herir y se realizó la

muerte (homicidio preterintencional); c) la lesión se produjo sin intención de matar pero por descuido, negligencia, impericia, violación de reglamentos; d) la lesión tuvo por causa un simple accidente. Todas estas situaciones tienen origen dentro del sistema del cuestionario múltiple ya abolido por la Ley 4ª de 1943.

El elemento subjetivo en el delito de lesiones, como en todos los delitos, asume dos direcciones generales que plantean una división entre actos dolosos y culposos según que los primeros están informados por la intención y los segundos por la voluntad sin intención en el acto inicial. Por fuera de estos dos extremos está el caso o accidente en el cual desaparece la causalidad psicofísica.

La intención, el dolo, toma a su vez diversas modalidades y se especializa en razón de la posición que la voluntad asuma en busca de un determinado fin criminoso, por eso se habla de dolo específico. El primero comprende la intención general de producir un daño en forma indeterminada, de causar una violación de la ley por medio de una acción injusta; el segundo, dolo específico, dirige la fuerza de la voluntad hacia un mal concreto y determinado. Por eso, es preciso distinguir en la práctica cuál es la intención especial que un delincuente se propuso al ejecutar el hecho dañoso. Cuando un hombre ataca a otro hombre con un cuchillo puede tener la intención de matarlo o de herirlo. Del solo ataque, sin producción de muerte, no siempre puede inferirse que la intención fuera de matar. Por consiguiente, cuando el Jurado afirma que el hombre ejecutó el hecho sin intención de matar, sin ninguna otra explicación, queda desintegrada totalmente la noción del delito de lesiones, pues no es posible deducir de la misma respuesta si el hecho se produjo con intención de herir (dolo específico) o por culpa o por accidente.

Aplicando estos conceptos al caso que se viene estudiando resulta que por el hecho de negar el jurado que Marín Cifuentes hirió a la González **sin intención de matar,** no se puede inferir porque esto sería arbitrario, que lo hizo con intención de herir, pues, también sería dable suponer que el hecho fue ejecutado por culpa, o por mero accidente. Esta dificultad proviene en la generalidad de los casos de que los jueces interrogan al Jurado usando la forma negativa empleada en el artículo 371, por medio de las siguientes palabras: "¿El hecho a que se refiere la pregunta anterior (las lesiones) se cometió sin intención de matar?". Otro resultado se producirá si en lugar de la fórmula negativa se interroga mediante la positiva, así: "¿El hecho a que se refiere el punto anterior (las lesiones) se cometió con intención de herir?"; y si los antecedentes del proceso indican que el hecho ha sido realizado por culpa, entonces la interrogación deberá formularse así: "¿Los hechos a que se refiere el punto anterior (las heridas) se cometieron sin intención de herir pero por negligencia, descuido o violación de reglamentos?". Naturalmente, estas dificultades desaparecen con el nuevo sistema ideado por la Ley 4ª de 1943 que cambia la manera de interrogar a los jurados.

De todas las consideraciones que anteceden, resulta que el veredicto del jurado que condenó a Marín Cifuentes por el delito de lesiones dejó las cosas en el estado anterior en que se encontraban porque la negativa de la intención de matar ni afirma ni niega la intención de herir; en otras palabras, sobre este punto, prácticamente no existe veredicto. En tal virtud, la sentencia que condenó a Marín por un delito sobre cuya responsabilidad el jurado no se pronunció, no puede estar adecuada y conformada a un veredicto sin contenido de responsabilidad, luego está en total desacuerdo con él y, la pena del artículo 372 cuya cuantía conminada se desconoce, es también injusta. En estas condiciones, sería preciso decretar la nulidad del proceso. Pero no será ese el camino que la Corte elija para definir este problema, pues, como con gran acierto indica el señor Procurador Delegado en lo Penal, el delito de lesiones a que se refiere este proceso, está reprimido con arresto de dos a diez y ocho meses y multa de diez a quinientos pesos. Para este caso, la acción penal según el artículo 105 del C. P. prescribe en cinco años. En este proceso el auto de proceder quedó ejecutoriado el día 26 de agosto de 1940 y como a partir de esa fecha han transcurrido más de cinco años, siendo la prescripción declarable de oficio, es preciso recurrir a ese procedimiento y afirmarlo así en la presente sentencia de casación como consecuencia de haberse aceptado la causal tercera.

Causal primera.—Mala aplicación de la ley penal

El recurrente afirma también que la sentencia viola la ley penal sustantiva por errónea aplicación de los artículos 33 y 363 del Código Penal. Es decir, que el aludido fallo peca por dos aspectos diferentes:

a) **Primer aspecto:** Dice así el demandante:

".....A Marín se le condenó por el delito de lesiones en la persona de Ernestina González, aplicando el inciso primero del artículo 372 del Código Penal; y por el delito de homicidio, con aplicación del artículo 363 de la misma obra.

"La prudencia consistió en condenar al procesado entre otras penas, a la de veinte años de presidio, pero no se ha podido descubrir cuál fue la pena que le correspondió a Marín por el delito más grave, pena que debía servir de base para el aumento autorizado por el artículo 33 del Código Penal.

"¿Cómo se descomponen los veinte años? ¿Dieciseis por el homicidio y cuatro por las lesiones? ¿Un año por las heridas y diez y nueve por el homicidio?

"Aplicar como lo hizo el señor Juez, el artículo 33 del Código Penal, sin decir cuál fue la sanción que quiso imponer para el homicidio, es un error gravísimo".

Evidentemente, el Juzgado Superior que condenó a Marín, se limita en su fallo a afirmar que las disposiciones violadas por el reo eran los artículos 372 en su primer inciso y el artículo 363 sobre asesinato, acumuladamente en la forma que dispone el artículo 33 de la Parte General del Código. En consecuencia, concluye el mismo Juez, la pena se aplica en un término que no sea "ni el máximo ni el mínimo de la sanción señalada en el artículo 363 de la misma obra, ni el máximo ni el mínimo de la multa que conmina el inciso 1º del artículo 372 ibídem, por no cumplirse cabalmente lo que previene el artículo 39 del mismo estatuto".

El H. Tribunal Superior de Cali, no menciona en su fallo de segunda instancia las modalidades de aplicación de la pena atribuíble a Marín sino que se limita a decir lo siguiente:

"De acuerdo con las normas de la ley penal invocadas por el señor Juez **a quo** en su sentencia la pena corporal de veinte años de presidio impuesta al procesado Marín por el doble delito cometido es la que le corresponde".

Ni la sentencia del juzgado, ni la de segunda instancia acomodaron la sanción con sujeción estricta a la regla fijada por el artículo 33 del Código Penal, en razón del concurso de delitos (homicidio-asesinato y lesiones) que se declararon cometidos por el acusado Marín. El artículo 33 dispone lo siguiente:

"Al responsable de varios delitos cometidos separada o conjuntamente y que se juzguen en un mismo proceso, se le aplicará la sanción establecida para el más grave, aumentada hasta en otro tanto".

Es bien sabido que el sistema legal adoptado entre nosotros en caso de concurso de delitos es el de la llamada acumulación jurídica de conformidad con el cual establecida la pena para el delito más grave, ésta se puede aumentar hasta en otro tanto; pero es natural que el aumento por razón del delito de menor entidad no puede sobrepasar a la cantidad máxima de pena señalada para la más leve infracción, pues, de lo contrario se incurriría en el error de sumar aritméticamente la pena para acumularla, violando la ley en el sentido de que la pena del delito menor podría llegar a ser superior a la cuantía máxima para él prefijada en la ley.

Es claro que para hacer las correspondientes operaciones, el Juez debe partir de la pena correspondiente al delito más grave, para luego, acumular la del delito o delitos más leve, según el caso.

Pero no es dable hacer la operación hablando simplemente de la existencia de los dos delitos y señalando la pena sin que se haya dicho previamente cuál sea la pena básica a la que deba sumarse el aumento a que se refiere el artículo 33.

En el caso presente, como ya se advirtió, ni el Juez Superior ni el Tribunal, hicieron el cálculo de fijación de la pena indicando previamente cuál sería la correspondiente al homicidio, luego, incurrieron en un error grave que sólo para los efectos de la jurisprudencia es preciso aclarar, pues, en este proceso, habiéndose operado el fenómeno de la prescripción y habiendo prosperado la causal tercera, queda automáticamente descartado lo relativo al delito de lesiones quedando vigente para resolver solamente la situación planteada con respecto al homicidio-asesinato.

Refiriéndose a esta materia, el señor Procurador Delegado en lo Penal, después de un estudio minucioso del problema hace las siguientes afirmaciones que por ser exactas la Corte acoge con plenitud:

"De acuerdo con esto, si no se especifica en el fallo la forma y proporción en que se hace el cúmulo jurídico, podría ocurrir que el condenado, a

pesar de hallarse extinguida por prescripción la pena referente a uno o varios de los delitos sancionados, tendría que pagar la condena total, por no ser posible extraer de la sentencia un punto de apoyo para hacer los cómputos correspondientes a la sanción más grave impuesta y a las demás allí aplicadas. Y nótese al respecto que para la prescripción de la pena se tiene en cuenta la sanción fijada en la sentencia, y no la que señala la respectiva disposición penal.

"En estos casos lo que prescribe es la sanción concreta individualizada en la sentencia, y no la que prevé abstractamente la disposición penal aplicable al delito cometido, a diferencia de lo que ocurre en la prescripción de la acción penal.

"Conclúyese, pues, que este cargo contra el fallo de segunda instancia está justificado, aunque sea teóricamente".

b) Segundo aspecto

El recurrente ataca también la sentencia por cuanto ella, al hacer aplicación del artículo 363 y no del 362, se extralimitó e impuso la pena del asesinato y no la del homicidio simple como correspondería. Los argumentos que sustentan esta opinión se refieren concretamente a la acogida que se dio en la sentencia a las circunstancias de asesinato comprendidas en los numerales 5º y 7º del mencionado artículo 363, sin que, en concepto del demandante, tengan arraigo alguno en la realidad. Son éstas sus propias palabras al respecto:

"De esta suerte, me parece, que no puede cargársele como agravante, a un delincuente, reputándolo como asesino, la circunstancia extraña a su voluntad, ajena a su querer, ausente de su ánimo, de inferioridad de la víctima, sino que para llamarlo asesino es preciso que tal circunstancia (la insidia, la asechanza, la alevosía, el envenenamiento) haya sido preordenada por el mismo delincuente con la finalidad proterva de poner a la víctima en indefensión o inferioridad".

"Si de acuerdo con aquella relación de los hechos Marín cegado por la embriaguez y por los celos, en forma impetuosa, sin premeditación "ni aun meditar", atacó a Ernestina González y luego a Hernán, ¿de dónde puede deducirse que el procesado provocó una circunstancia apta para poner en condiciones de indefensión o de inferioridad al occiso? ¿De dónde se deduce que hubo sevicia cuando Hernán sufrió solamente una herida sobre la cual tampoco está bien claro si ella se causó cuando él se interponía entre Marín y su amante?".

En estas apreciaciones tiene perfecta razón el recurrente. En efecto, estudiados los antecedentes del proceso se descubre, en primer lugar, que tanto el juzgado como el Tribunal Superior hicieron una errada aplicación del numeral 7º del artículo 363 del Código Penal, pues estando Marín en estado de embriaguez y habiendo procedido bajo el estímulo de los celos, y, siendo su delito, como quedó claramente expresado, una manifestación del dolo repentino y súbito, mal puede aceptarse que hubiera actuado "poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad". Este evento supone de ordinario que el agente ha preordenado la acción de modo reflexivo y por tanto que la circunstancia objetiva de la inferioridad o las condiciones de indefensión no pueden brotar súbitamente en los casos de dolo repentino sin que haya antecedido una preparación previa. En el caso presente, la muerte producida en el menor Lasso Mosquera lo fue de modo súbito y el simple hecho de haber atacado a un menor de edad no puede significar que Marín hubiera puesto a la víctima en condiciones de indefensión. Probablemente el Juzgado y el Tribunal se equivocaron en la apreciación sobre la situación de minoridad del ofendido y si quisieron valorarla han debido hacerlo más bien con imputación al numeral 6º del mismo artículo 363 que habla de "abusar de las condiciones de inferioridad del ofendido".

En segundo lugar, no está bien claro que Marín haya procedido con sevicia. Consta en el proceso que la lesión que originó la muerte del menor Lasso fue producida por una cuchillada que interesó el corazón. La sevicia consiste en la excesiva crueldad empleada por el agente, en la brutalidad que el criminal manifiesta de manera innecesaria para satisfacer hondos anhelos que expresan la pasión morbosa e incontrolable. Por esta causa ha dicho con tanto acierto esta misma Sala, acerca de la sevicia lo siguiente:

"Si la sevicia es lo mismo que crueldad excesiva, no es acertado deducirla invariablemente del número de golpes dados a la víctima, ni de la ardentía empleada en el asalto, porque se correría el riesgo de tomar por ella movimientos simplemente reflejos o actitudes demostrativas de un recóndito temor del atacante de que su contendor se irguiera de pronto, cambiándose los papeles. La sevicia requiere cierto ánimo frío, deseo

de hacer el daño por el daño mismo, sin ninguna necesidad y únicamente por exteriorizar la capacidad vengativa del ofensor". (Casación de 22 de mayo de 1944).

Sin embargo de lo dicho, la Corte simplemente tiene que limitarse a reconocer el hecho de que la sevicia no existió en el delito cometido por Marín, pues no podría en el recurso de casación desconocer esta circunstancia ni la del numeral 5º del artículo 363 porque el Jurado al pronunciar su veredicto las declaró existentes en el hecho y no podría entonces la Corte desconocer esa situación. Este problema quedó plenamente definido en las instancias en las cuales se solicitó a los funcionarios que despejaran el campo del asesinato por inexistencia de estas dos modalidades. El procedimiento adecuado hubiera sido el de que o el Juez Superior o el Tribunal hubieran declarado injusto el veredicto, pero ellos no lo hicieron así por participar de un criterio diferente. Como en la Casación no puede entrarse a discutir sobre injusticia del veredicto, es forzoso concluír en consecuencia que la causal invocada no puede prosperar para este caso.

CAUSAL QUINTA.—No expresar la sentencia clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados.

Sustentando este motivo de casación, afirma el doctor Gutiérrez Gómez que la sentencia no fijó de manera clara y terminante cuáles fueron los hechos que se estimaron probados "para poder deducir de ellos las figuras jurídicas señaladas como circunstancias modificadoras, de la sevicia y de la indefensión buscada y provocada por el agente".

El fallo del Tribunal sí contiene aunque brevemente formuladas, las apreciaciones en que se funda para deducir las circunstancias de la sevicia y de la indefensión de la víctima. Verdad es, como atrás se advirtió, que sobre esta materia pudo haberse equivocado en la apreciación, pero de aquí no puede deducirse que no se hubiera explicado o fundamentado con claridad los hechos que se estimaron probados. El párrafo pertinente de la sentencia está concebido en los términos siguientes:

"Esas circunstancias dicen muy claro que Arturo Marín, impulsado por los celos y por el alcohol ingerido, pero plenamente consciente de sus actos, le infirió una herida, con cuchillo que expresamente buscó y tomó de dentro de una cómoda en que había sido guardado en la mañana por su manceba, a Ernestina González; y que ejecutó, con gran sevicia y crueldad, un homicidio de propósito en la persona de un menor indefenso, como era Hernán Lasso Mosquera o Jorge Hernán Lasso Mosquera, sin consideración alguna, ni por las condiciones de inferioridad de la víctima, ni por las relaciones de compañerismo y de convivencia que lo ligaban con ésta, ni por la actitud pacificadora de la misma víctima que trató de mediar para que el procesado no hiriera a la mujer que le había servido de madre en el decurso de sus largos años de huérfano".

De conformidad con lo que acaba de verse, resulta que tanto el Juez Superior como el Tribunal de Cali sí hicieron especial mención de los fundamentos que ellos dieron a la imputación de homicidio con circunstancias de asesinato y las bases sobre las cuales consideraron probados esos hechos, aparte de conformarse al veredicto del Jurado popular que para su fuero interno consideró explícita la concurrencia de la sevicia y de las condiciones de indefensión de la víctima en el homicidio por el cual fue condenado el acusado Marín Cifuentes. No hay, por consiguiente, mérito alguno para poder afirmar que esté comprobada la quinta causal de casación que se alegó.

Conclusión

Probada como se encuentra la causal tercera y no siendo necesario entrar a hacer anulación ninguna del proceso por ese concepto sino que simplemente debe declararse existente la prescripción de la condena penal por razón del delito de lesiones, será preciso declararlo así en la resolución. No habiéndose por lo tanto, producido el fenómeno del concurso de delitos, la pena que debe aplicarse al procesado Marín Cifuentes es la del asesinato que fluctúa entre quince y veinticuatro años de conformidad con lo dispuesto por el artículo 363. Mas, como en el hecho concurren dos circunstancias de asesinato, a la vez que una circunstancia de menor peligrosidad consistente en la embriaguez voluntaria no preordenada al delito y que sirvió como estímulo indirecto para la acción, el mínimo de quince años aplicables debe elevarse a un año más.

Resolución

En mérito de las consideraciones anteriores, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en

nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con lo pedido por el señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

INVALIDAR la sentencia del H. Tribunal Superior de Cali de fecha veintiocho de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, y en su lugar dispone:

a) Declárase prescrita la acción penal por el delito de lesiones personales consumado en Ernestina González el día doce de noviembre de mil novecientos treinta y nueve, en la ciudad de Cali;

b) Condénase a Arturo Marín Cifuentes, mayor de edad, vecino de la ciudad de Cali, de las condiciones ya conocidas a cumplir la pena de presidio por un término de diez y seis años en el sitio que el Gobierno determine. Le confirma en todo lo demás, con la advertencia de que la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas es por el mismo término de diez y seis años.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jenaro Cruz, Conjuez — **Jorge E. Gutiérrez Anzola. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.,** Srio.

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL PROCESO PENAL

En el proceso penal, el Ministerio Público ejerce una función jurídico-social. Jurídica, en cuanto lleva la personería de los intereses del Estado; y social, en cuanto asume la representación y defensa de la sociedad, ya para obtener la represión y la correspondiente indemnización de perjuicios en contra de quienes infringen la ley penal, ya en orden a defender los derechos de las personas acusadas sin justa causa, ya en cuanto interviene en la función interpretativa de las leyes, por medio de peticiones y conceptos.

La misión del Ministerio Público no es necesariamente la de acusador para obtener una condena, ni la de perseguidor o contendor de los procesados. Su función es pública y social, no sólo para pedir la sanción del culpable, sino también para obtener la absolución del inocente. En muchos casos, el interés social puede coincidir con el de los sindicados, y entonces, su deber como colaborador de la justicia, es el de apoyar esos intereses para conseguir como resultado la defensa social.

Pero si el Ministerio Público, representado por uno de sus colaboradores (Fiscal del Tribunal), por una apreciación equivocada de la ley, o por error en la interpretación de la misma, llega a extremos contrarios a los de la justicia, el superior jerárquico debe desechar ese resultado y buscar otra solución para evitar la impunidad y cumplir los fines primordiales de la defensa social.

Cuando el Ministerio Público interviene en el proceso penal como representante del Estado y de la sociedad, todos los funcionarios que lo integran forman una sola parte y constituyen, por este aspecto, uno de los sujetos procesales del juicio criminal; de allí que sus actuaciones, en orden a tutelar y proteger los intereses de la defensa social, deben consultar los fines primordiales de unidad y equidad, para que la justicia no sufra quebrantos en su aplicación.

En los juicios de competencia de los Jueces Superiores, quienes representan al Ministerio Público, son los fiscales de esos Juzgados; en los Tribunales, son colaboradores inmediatos de ellos sus respectivos Fiscales; y cuando se trata de negocios de competencia de la Corte, o del recurso extraordinario de casación, la representación del Ministerio Público sólo puede cumplirse por el Procurador General de la Nación, a quien corresponde formular la correspondiente demanda, o coadyuvar o impugnar la del inferior del mismo ramo.

En los asuntos penales susceptibles de casación, puede el Fiscal del Tribunal interponer el recurso (artículo 558 del C. de P. P.); pero si el Procurador General de la Nación, quien lleva la personería del Ministerio Público ante la Corte, no formula la correspondiente demanda, el recurso debe declararse desierto. Puede suceder que el Fiscal del Tribunal, junto con la interposición del recurso, o con posterioridad a este acto, formule demanda de casación. En tal caso, la parte recurrente —ante la Corte— no es el Fiscal, sino el Procurador, y es a este funcionario a quien debe darse el traslado ordenado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, para que formule la demanda o para que sustente la introducida por el Fiscal. Pero si la Procuraduría, lejos de apoyarla, la impugna, por ser contraria a los intereses de la ley y de la defensa social, o porque en sus conclusiones lleva a la impunidad, la Corte no puede estudiar el fondo del problema, por carecer la demanda de base firme de sustanciación, toda vez que la parte recurrente (Procurador) no la formula, ni coadyuva o sostiene la presentada por el Fiscal.

Los conceptos anteriores llevan a la conclusión de que cuando el recurrente es un Fiscal de Tribunal y la respectiva demanda de casación no es sustentada o coadyuvada por el Procurador General, quien representa al Ministerio Público ante la Corte y es par-

te en el juicio penal, la Sala no puede avocar el estudio del negocio, porque la demanda carece de base firme de sustentación.

Aún en el supuesto de que la demanda formulada por un Fiscal de Tribunal, como recurrente, fuera en sí completa, y no necesitara, por consiguiente, de apoyo jurídico por parte del Procurador, como superior jerárquico del Fiscal recurrente, si éste ha pedido cosa distinta de lo estrictamente concedible de acuerdo con la ley, no procedería a considerarla ,como en el caso que la Corte tiene a su estudio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, treinta y uno (31) de julio de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y cinco, condenó a Ernesto Montoya Fonnegra a la pena de dos (2) años de prisión, como responsable del delito de **homicidio** (culposo), cometido en la persona de José Toribio Avendaño.

Contra ese fallo interpuso recurso de casación el Fiscal 2º del Tribunal, funcionario que, en escrito de 3 de octubre de 1945, alega como causales las de los numerales 1º, 2º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

La demanda tiene como finalidad la de que se invalide la sentencia que condenó al reo a dos años de prisión, como responsable de un homicidio culposo (apreciación del Tribunal), y se la reemplace por la que profirió el Juzgado 2º Superior del Distrito Judicial de Medellín, quien impuso al procesado la pena de cinco (5) años de presidio, como responsable de un homicidio preterintencional (apreciación del Juzgado).

La divergencia de criterios en cuanto a la apreciación jurídica del delito, estriba en la interpretación que cada uno de los juzgadores (Juez 2º Superior y Tribunal) dio al veredicto.

Los Jueces de conciencia respondieron a la pregunta del cuestionario, en la forma siguiente:

"Sí, en estado de embriaguez voluntaria y sin propósito de matar".

Para el Juzgado, el veredicto coloca el hecho en la categoría del homicidio preterintencional. Para el Tribunal, el veredicto hace incluír el hecho en la escala de un homicidio culposo.

La circunstancia de que el Jurado hubiese negado el propósito de matar, no autoriza al juzgador para interpretar el veredicto como generador de un homicidio preterintencional o culposo. Cuando el Jurado acepta la realización material o física del hecho y niega la existencia del propósito, o sea el elemento moral o psíquico de la infracción, la figura jurídica del delito queda desintegrada; pues, para su determinación es indispensable la concurrencia de ambos factores: objetivo y subjetivo, material y psíquico.

La Corte, en negocios en los cuales ha estudiado este mismo problema, ha optado por la absolución del reo, y lógicamente habría que aplicarla al caso si la demanda de casación fuera objeto de estudio; pero careciendo ésta de base firme de sustentación, otra es la solución que debe adoptarse, como adelante se verá.

Concepto de la Procuraduría

El Procurador Delegado en lo Penal, al contestar el traslado dice:

".....tratándose en el presente negocio de un homicidio gravísimo cometido por Ernesto Montoya sin atenuación alguna, la Procuraduría no puede patrocinar su absolución, siendo así que el fallo del Tribunal es demasiado benigno para él, y que es el propio Ministerio Público, encargado de la defensa social contra la delincuencia, el que ha interpuesto ante la Corte el recurso extraordinario.

"Si la casación hubiese sido intentada sólo por la defensa, no habría habido otro camino que admitir sus fundamentos y peticiones al respecto, decretando la absolución del condenado, porque esa era la finalidad del recurso: conseguir una situación más ventajosa para el procesado.

"Mas como, al analizar la demanda del Fiscal recurrente, la Procuraduría tendría que ser lógica y llegar a la conclusión de que debe invalidarse la sentencia del Tribunal para absolver al acusado, solicitud no formulada por aquél, y que implicaría, por otra parte, una evidente impunidad, de ahí que este Despacho se abstenga de penetrar en un estudio de fondo sobre la cuestión y se limite únicamente, en defensa del interés

social, a pedirle a la H. Corte que declare desierto el recurso.

"Esta petición es razonable, por varios motivos:

"1º Porque en este caso, la parte recurrente es una, o sea el Ministerio Público.

"2º Porque siendo recurrente en casación dicha parte, prevalece el concepto de la Procuraduría sobre el del Fiscal respectivo que formuló el libelo, por ser ella la entidad suprema del Ministerio Público y la que, a nombre de éste, actúa ante la Corte Suprema de Justicia; y

"3º Porque siendo el Ministerio Público un celoso defensor de la ley y de la seguridad pública y una de las personas que tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal y la represión de los delincuentes, no puede, por ningún motivo, formular demanda en que se pida la absolución de un acusado, cuando hay plena prueba de que éste es responsable.

"Y tal primacía de la Procuraduría sobre el Fiscal recurrente en casación, la ha reconocido expresamente la H. Corte en los siguientes términos:

"'La Sala tiene en cuenta que cuando el Ministerio Público es recurrente y el señor Procurador General de la Nación, lejos de fundar y apoyar el recurso, lo impugna, ello equivale a un desistimiento, o debe tener los efectos de tal. No pueden desconocerse los sentimientos de justicia y de defensa social que inspiraron al señor Fiscal para recurrir en casación; pero la solicitud del señor Procurador General de la Nación, contraria al recurso propuesto, **no permite que éste pueda prosperar'.** (Sentencia de tres de abril de 1936. Gaceta números 1905 y 1906, pág. 205).

"En conclusión: la Procuraduría no acoge la demanda elaborada con tan sano propósito de defensa social por el señor Fiscal del Tribunal, en virtud de que lo pedido en ella (homicidio preterintencional) no se ajusta al veredicto del Jurado; por la misma razón tampoco está de acuerdo con la tesis del homicidio culposo reprimido en el fallo de segunda instancia; y no formula este Despacho la correspondiente demanda, porque al hacerlo, tendría que solicitar la absolución del acusado, para acatar el veredicto, y ello constituiría, aparte del desacierto del Jurado, unà injusticia y un caso de impunidad, que el Ministerio Público, en cuanto esté a su alcance, debe evitar".

Se considera:

El Ministerio Público es un organismo creado por la Constitución Nacional, y se ejerce, bajo la suprema dirección del Gobierno, por el Procurador General de la Nación, los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de Distrito, y por los Personeros Municipales.

Su misión reviste doble carácter: administrativo y judicial (artículo 143 de la C. N.). El primero se relaciona con el cumplimiento de leyes y sentencias dictadas por funcionarios o miembros de las ramas jurisdiccional, administrativa y legislativa, y con aquellas atribuciones señaladas en leyes especiales. El segundo, o sea el judicial, se contrae, en lo civil, a defender los intereses de la Nación, Departamentos y Municipios, en los negocios en que actúan tales entidades, bien sea como parte demandante o como demandada; y en lo penal, a "perseguir los delitos y contravenciones que turben el orden social".

En el proceso penal, el Ministerio Público ejerce una función jurídico-social. Jurídica, en cuanto lleva la personería de los intereses del Estado; y social, en cuanto asume la representación y defensa de la sociedad, ya para obtener la represión y la correspondiente indemnización de perjuicios en contra de quienes infringen la ley penal, ya en orden a defender los derechos de las personas acusadas sin justa causa, ya en cuanto interviene en la función interpretativa de las leyes, por medio de peticiones y conceptos.

La misión del Ministerio Público no es necesariamente la de acusador para obtener una condena, ni la de perseguidor o contendor de los procesados. Su función es pública y social, no sólo para pedir la sanción del culpable, sino también para obtener la absolución del inocente. En muchos casos, el interés social puede coincidir con el de los sindicados, y entonces, su deber como colaborador de la justicia, es el de apoyar esos intereses para conseguir como resultado la defensa social.

Pero si el Ministerio Público, representado por uno de sus colaboradores (Fiscal del Tribunal), por una apreciación equivocada de la ley, o por error en la interpretación de la misma, llega a extremos contrarios a los de la justicia, el superior jerárquico debe desechar ese resultado y buscar otra solución para evitar la impunidad y cumplir los fines primordiales de la defensa social.

Cuando el Ministerio Público interviene en el proceso penal como representante del Estado y de la sociedad, todos los funcionarios que lo integran forman una sola parte y constituyen, por este aspecto, uno de los sujetos procesales del juicio criminal; de allí que sus actuaciones, en orden a tutelar y proteger los intereses de la defensa social, deben consultar los fines primordiales de unidad y equidad, para que la justicia no sufra quebrantos en su aplicación.

El concepto de parte significa unidad e indivisibilidad de uno de los sujetos procesales del juicio penal (Ministerio Público), aunque su representación en el curso del juicio se ejerza por distintas personas, con diversas funciones, según sea la entidad ante la cual colaboran. Cada uno de los funcionarios del Ministerio Público actúa a nombre del Estado y de la sociedad, dentro de una órbita propia de atribuciones, que no puede ser invadida por ningún otro agente del mismo ramo, sea de superior o inferior jerarquía.

Así, el Procurador General de la Nación y los Fiscales de los Tribunales y Juzgados Superiores de Distrito, tienen una esfera propia de funciones. Su actuación no puede, en ningún caso, traspasar los límites fijados por la ley. Pero esta independencia en el ejercicio de atribuciones relativas a la defensa social, no rompe el criterio de unidad que como **parte** tiene el Ministerio Público, pues la ley únicamente determina qué funcionario, dentro de la jerarquía de dicho organismo, debe llevar la personería del Estado y de la sociedad.

En los juicios de competencia de los Jueces Superiores, quienes representan al Ministerio Público, son los Fiscales de esos Juzgados; en los Tribunales, son colaboradores inmediatos de ellos sus respectivos Fiscales; y cuando se trata de negocios de competencia de la Corte, o del recurso extraordinario de casación, la representación del Ministerio Público sólo puede cumplirse por el Procurador General de la Nación, a quien corresponde formular la correspondiente demanda, o coadyuvar o impugnar la del inferior del mismo ramo.

En los asuntos penales susceptibles de casación, puede el Fiscal de Tribunal interponer el recurso (artículo 558 del C. de P. P.); pero si el Procurador General de la Nación —quien lleva la personería del Ministerio Público ante la Corte— no formula la correspondiente demanda, el recurso debe declararse desierto. Puede suceder que el Fiscal de Tribunal, junto con la interposición del recurso, o con posterioridad a este acto, formule demanda de casación. En tal caso, la parte recurrente —ante la Corte— no es el Fiscal, sino el Procurador, y es a este funcionario a quien debe darse el traslado ordenado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, para que formule la demanda o para que sustente la introducida por el Fiscal. Pero si la Procuraduría, lejos de apoyarla, la impugna, por ser contraria a los intereses de la ley y de la defensa social, o porque en sus conclusiones lleva a la impunidad, la Corte no puede estudiar el fondo del problema, por carecer la demanda de base firme de sustentación, toda vez que la parte recurrente (Procurador) no la formula, ni coadyuva o sostiene la presentada por el Fiscal.

Por esto, ha dicho la Corte:

"Considera el señor Procurador que la Ley 94 de 1938 "no autoriza el traslado a la Procuraduría en el recurso de casación"; y que cuando el Código dispone que se entreguen los autos "a las partes no recurrentes" se refirió a las partes que actuaron ante el Tribunal Superior en el respectivo juicio "porque sólo a ellas —dice el señor Procurador— se les notifica la sentencia definitiva de segunda instancia y se les da la oportunidad para interponer el recurso de casación". De donde concluye este alto funcionario que es al Fiscal del respectivo Tribunal a quien debe considerarse como parte, recurrente o no recurrente.

"No comparte esta Sala con el señor Procurador el concepto de que el nuevo Código de Procedimiento haya querido prescindir de la ingerencia de dicho funcionario en el recurso de casación.

"En el juicio penal intervienen como partes el reo, el Ministerio Público y la parte civil. Si el recurrente es el reo, una vez surtido el traslado que a él debe dársele, "se entregarán los autos a las partes no recurrentes, por el término de quince días a cada una, para que contesten la demanda de casación", dice terminantemente el artículo 564 del Código de Procedimiento Penal.

"Verdad es que el nuevo Código omitió atribuír al Procurador de la Nación la facultad especial que le otorgaba el artículo 6º de la Ley 118 de 1931, de suplir la actividad del procesado recurrente en casación y formular, a falta de éste, la respectiva demanda o ampliarla con la invocación de nuevas causales.

"Pero entre esa intervención oficiosa en favor del reo atribuída en 1931 a la Procuraduría, y la total prescindencia de oír al Ministerio Público en casación, existe la posibilidad intermedia de que el Procurador de la Nación intervenga para fundar y sostener el recurso si hubiere sido interpuesto por un Fiscal de Tribunal y si el Procurador lo hallase procedente; o para contestar —en uno o en otro sentido— la demanda de casación, si la parte recurrente no hubiere sido el Ministerio Público. Que ha sido cabalmente lo implantado por el nuevo Código de Procedimiento, pues si así no fuese carecería de objeto, y hasta de sentido, la frase del Código que emplea el número plural en el artículo 564, cuando habla del traslado "a las partes no recurrentes", frase que sin duda incluye el Ministerio Público cuando sea parte no recurrente.

"Sucederá también que en muchos casos el recurrente sea el Ministerio Público, y nadie podrá negar que a dicha entidad debe corrérsele entonces y en primer término el traslado, como parte recurrente que es. De aceptar la posibilidad sugerida por el señor Procurador Delegado no habría en tal evento persona o entidad con quién entenderse, a quién entregar los autos en traslado, ni a quién oír por escrito u oralmente en calidad de parte recurrente, por ser obvio que el Fiscal recurrente no puede comparecer ante la Corte. Resultaría por extremo anómalo pensar en que los Fiscales de los diferentes Tribunales pudiesen estar viniendo a tomar parte en las audiencias ante la Corte.

"El recurso de casación 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?

"En sentencia fechada el tres de abril de mil novecientos treinta y seis (casación de Tomás Becerra), dijo la Corte:

" 'La Sala tiene en cuenta que cuando el Ministerio Público es recurrente y el señor Procurador General de la Nación, lejos de fundar y apoyar el recurso, lo impugna, ello equivale a un desistimiento o debe tener los efectos de tal...'

"Los conceptos transcritos muestran hasta qué punto es visible la identidad moral o jurídica de dos funcionarios del Ministerio Público que, aun cuando de categorías diferentes, hablan ambos en nombre de la sociedad y están encargados de amparar y defender los derechos e intereses de ella, como dos mandatarios de un particular que abogara, el uno en la instancia y el otro ante la Corte, pero representando a un mismo mandante.

"A propósito de la abstención del señor Procurador para intervenir como parte no recurrente en casación, dio esta misma Sala, en sentencia de veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta, entre otras razones, las siguientes:

" 'La escala jerárquica del Ministerio Público no exonera al Procurador General de representarlo ante la Corte, por más que haya sido un Fiscal, inferior suyo, quien actuó como parte recurrente o como no recurrente, pues la representación de dicho Ministerio, por ser de derecho público, es obligatoria y no meramente facultativa. Si el artículo 92 de la Ley 94 de 1938 impone al Ministerio Público el imperativo deber de su intervención necesaria **en todas las diligencias y actuaciones del proceso penal,** ¿por qué se dice que en casación 'Las partes no recurrentes sólo son las que actúan ante el Tribunal Superior?' Y si en la audiencia pública del artículo 566 'se observaran las disposiciones generales al respecto', y si una de esas disposiciones generales es que la audiencia se celebre 'con la asistencia del Agente del Ministerio Público', ¿a cuál agente del Ministerio Público se referirá el artículo 465? ¿Al Fiscal del Tribunal Superior? ¿De modo que la Corte debe citar para una audiencia al Fiscal que intervino en la segunda instancia? Sería un absurdo. ¿Y si el recurrente es la parte civil en el caso del artículo 559, qué papel desempeñaría en casación el señor Procurador Delegado en lo Penal, si se medita en las inevitables cooperación e intervención que imponen los artículos 93 del Código Penal y 24 de la Ley 98 de 1938? ¿Y si el recurrente es un Fiscal de Tribunal Superior nada haría en casación el señor Procurador porque el Ministerio Público ejercido por el Fiscal es un Ministerio Público diverso del de la Procuraduría?'.

(Casación de Justo Pastor García).

"Las reflexiones que preceden van encaminadas a precisar el parecer de la Corte, decididamente favorable a la tesis de que la ley de procedimiento penal no excluye y antes supone la intervención del señor Procurador General o de su Delegado en lo Penal". (G. J. Tomo LIV, páginas 158 y sigs.).

Los conceptos anteriores llevan a la conclusión de que cuando el recurrente es un Fiscal de Tribunal y la respectiva demanda de casación no es sustentada o coadyuvada por el Procurador General, quien representa al Ministerio Público ante la Corte y es parte en el juicio penal, la Sala no puede avocar el estudio del negocio, porque la demanda carece de base firme de sustentación.

Aun en el supuesto de que la demanda formulada por un Fiscal de Tribunal, como recurrente, fuera en sí completa, y no necesitara, por consiguiente, de apoyo jurídico por parte del Procurador, como superior jerárquico del Fiscal recurrente, si éste ha pedido cosa distinta de lo estrictamente concedible de acuerdo con la ley, no procedería a considerarla, como en el caso que la Corte tiene a su estudio.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador, NO INVALIDA la sentencia de agosto diez y siete de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por la cual se condenó a Ernesto Montoya Fonnegra a la pena de dos (2) años de prisión, como responsable del delito de homicidio (culposo), cometido en la persona de José Toribio Avendaño.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

INFLUENCIA DE LOS CELOS SOBRE LA VOLUNTAD—INTERPRETACION DE LA FRASE "GRAVE ANOMALIA PSIQUICA" EMPLEADA POR EL ARTICULO 29 DEL CODIGO PENAL. — NOCION JURIDICA MODERNA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

1.—Los celos, inclinación de ánimo, forma de la envidia, temor de haber perdido lo que se quiere, transformados en pasión, pueden obnubilar la voluntad y suprimir su dominio, tornándose la personalidad en una verdadera fuerza incontrolable. Desde este punto de vista ya puede afirmarse que el sujeto que ha obrado a través de un desequilibrio de sus fuerzas anímicas está procediendo de manera anormal.

2.—Es bien probable, y esto se deduce de los antecedentes de formación del nuevo Código Penal, que sus redactores al hablar de anomalía psíquica se refirieron a las irregularidades que implica un desequilibrio de las actividades psíquicas que produce resultados opuestos y antisociales. Entendida así esta expresión, queda pendiente el conocimiento sobre el contenido de la palabra "grave", que se aplica a una determinada categoría de anormalidades psíquicas. En otras palabras, ¿cuáles son las graves anormalidades psíquicas? ¿Cuáles son los procesos o estados psico-patológicos que alcanzan ese calificativo? ¿Cuál, en otros términos, la línea divisoria entre las anormalidades graves y las que no lo son? Es bien difícil fijar a priori y la psiquiatría no lo ha logrado aún, el cuadro definitivo que determina la gama inmensa de las anormalidades mentales y, sobre todo, la calidad de GRAVES que en un momento dado pueden asumir. Entre lo patológico y lo normal hay una enorme zona de estados intermedios que no constituyen la locura o demencia definitiva y completa, ni tampoco la normalidad absoluta y de los cuales hay que afirmar siempre la anormalidad. Pero para deducir un juicio sobre si cualquiera de esos estados intermedios constituye una grave anormalidad psíquica es preciso recurrir al caso concreto, sometido a estudio. ¿A quién corresponde esta labor? No obstante lo dispuesto por el artículo 374 del C. de P. P. es en último término a un Jurado compuesto de personas inexpertas en la ciencia médica y desconocedoras, por regla general, de la técnica médico-legal a quien ha deferido nuestra ley para que defina el estado de normalidad o anormalidad de las personas, irregularidad a la cual debe poner dique el legislador colombiano.

3.—Cuando el Tribunal afirmó que la procesada "no podía actuar en las condiciones de un verdadero estado de responsabilidad" expresa un concepto arcaico en relación con la idea que se tiene de lo que es la responsabilidad dentro del nuevo sistema legal colombiano. En efecto, todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera que sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el Código Penal derogado desapareció por completo de la nueva ley. De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca más adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

En su condición de apoderado de Leonor González v. de Rodríguez el doctor Jorge Uribe Truque ha interpuesto ante esta Sala de la Corte el recurso extraordinario de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, en virtud de la cual se impuso a la mencionada mujer una pena de cinco años de presidio y las accesorias consistentes en la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, y a la pérdida de la patria potestad y publicación especial de la sentencia. Igualmente se condenó al pago de los perjuicios civiles ocasionados con el delito.

Los motivos señalados por el recurrente han sido los previstos en los numerales 1º y 3º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

Antecedentes

Leonor González de Rodríguez, legítimamente casada con Hernando Rodríguez, de quien tiene cinco hijos, acometió a su esposo al cual causó la muerte instantánea por medio de una cuchillada, al amanecer del día primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres. Como motivos inmediatos de la acción se pueden fijar dos: las libaciones alcohólicas de la procesada en la noche del homicidio, y los celos provocados por el occiso debido a sus manifestaciones de desdén con su esposa, con la aseveración reiterada de que ésta no le satisfacía ya como compañera, aparte de anteriores disensiones por causas diversas en torno a la vida matrimonial.

Remotamente, como determinante de ese homicidio, se consideró durante el proceso que la infractora en la época en la cual mató a su marido se hallaba en estado de embarazo que evolucionaba entre el octavo y noveno mes. Leonor González fue examinada por los médicos legistas, quienes después de varias observaciones afirmaron la existencia del dicho embarazo y sobre su estado psíquico dieron las siguientes conclusiones:

"1º Leonor González v. de Rodríguez no presenta ninguna alteración en sus facultades mentales; 2º Es de constitución emotiva, que probablemente se acentúa en los estados de embarazo".

Durante las audiencias públicas a que dio lugar el proceso se sostuvo por parte de la defensa la tesis de que la acusada había obrado en "estado de grave anomalía psíquica" producida por el embarazo y que por consiguiente no podía juzgársele como a una persona normal. El jurado atendiendo a esa opinión decidió en su veredicto afirmar lo siguiente: "Sí es responsable, pero hallándose en estado de **grave anomalía psíquica** producida por los celos y probablemente agravada por su estado de preñez".

Con base en el veredicto anterior, el señor Juez Primero Superior de Bogotá dictó la correspondiente sentencia, sosteniendo, en síntesis, que la respuesta del jurado se ajustaba a la verdad procesal y que, por cuanto se había afirmado que la procesada al momento de ejecutar el hecho se hallaba en estado de grave anomalía psíquica era necesario inponérle una de las medidas de seguridad establecidas por el Código, siendo aplicable al caso la reclusión en un manicomio criminal por un lapso de quince años, como pena principal.

La anterior sentencia fue apelada y el H. Tribunal de Bogotá después de un estudio bastante extenso del problema, sin hacer declaración alguna sobre injusticia del veredicto, interpretando la declaración del jurado popular, afirmó que lo que se quiso decir en dicho fallo no fue lo relativo a la "anormalidad psíquica" de la acusada sino que había procedido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación y, que de consiguiente, la sanción imponible no era el manicomio criminal sino la pena de presidio por un lapso de cinco años, con imputación a los artículos 28 y 363 del Código Penal.

No se sometió a esta Resolución la acusada, quien por medio de su apoderado, propuso el recurso cuya decisión corresponde ahora a la Corte.

ESTUDIO DE LA CAUSAL TERCERA

Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del Jurado

Para sostener sus puntos de vista, en cuanto a que la sentencia del Tribunal de Bogotá está en desacuerdo con el veredicto del Jurado, discurre el demandante de la siguiente manera:

"El H. Tribunal afirma que el Jurado de conciencia al decir que Leonor González de Rodríguez, sí es responsable, pero en estado de grave anomalía psíquica, tan sólo quiso consagrar una atenuación de la responsabilidad, puesto que la afirmó al decir sí y en vista de esta consideración entra a interpretar acomodaticiamente el vere-

dicto para concluír que los señores jueces, que son legos en derecho, emplearon en su veredicto en forma equivocada la frase anomalía psíquica grave y que lo que quisieron decir fue que la procesada había cometido el delito en estado de intenso dolor o de ira injustamente provocada y en tal virtud y por sí y ante sí aplica la disposición del artículo 28 del C. P. en relación con el 362 ibídem y el 58 para las penas accesorias".

Finalmente, sostiene el recurrente que a Leonor González no pueden aplicársele penas comunes sino medidas de seguridad como lo dispone el Código Penal en su Cap. II, Título II, del Libro 1º.

Dos temas de singular interés se ofrecen a la Corte, los cuales deben examinarse con la mayor exactitud posible para el efecto de la decisión que deba tomarse con posterioridad, ellos son: 1º Definir el alcance y significado del veredicto que se pronunció por el jurado en la causa contra Leonor González v. de Rodríguez, cuestión que será objeto de estudio al examinar la causal tercera de casación, y 2º Determinar las consecuencias jurídicas y legales de esa declaración, tema sobre el cual habrá de incidirse en el estudio de la causal primera.

Considera la Corte:

Al Jurado de conciencia se le propuso por el Juez de la causa la siguiente cuestión:

"¿La acusada Leonor González de Rodríguez, es responsable de haber dado muerte a su legítimo esposo, señor Hernando Rodríguez, mediante una herida causada con arma corto-punzante, hecho que tuvo su cumplimiento en el sitio denominado 'Alicachín', de la jurisdicción del municipio de Soacha, comprensión de este distrito judicial, al amanecer del primero de enero de mil novecientos cuarenta y tres?".

El Jurado respondió así:

"Sí es responsable, pero hallándose en estado de grave anomalía psíquica producida por los celos y probablemente agravada por su estado de preñez".

Aun cuando no es tema propio del presente recurso de casación, con el solo propósito de desentrañar y entender el alcance de la declaración hecha por los jueces de conciencia, conviene examinar si los hechos probados en el proceso y que fueron sometidos a su consideración se apartan o no de la realidad del veredicto o si por el contrario encajan en él de manera que no pueda admitirse duda alguna.

Dos causas determinantes de la grave anomalía psíquica en Leonor González, dio el Jurado: los celos y el estado de preñez. ¿Es posible, pregunta la Corte, afirmar que una persona pueda transformarse de normal en anormal por razón de los celos y de la preñez?

Partiendo del supuesto—que está probado completamente en los autos—de que Leonor González se hallaba embarazada y muy próxima a dar a luz y de que el motivo determinante inmediato del homicidio fue la situación creada por el marido con sus repetidos actos de desdén para la persona que se le había dedicado en cuerpo y alma, que había cumplido con fidelidad todos sus deberes de esposa, consagrándose a una maternidad que la naturaleza le había impuesto y que ella aceptó siempre con gusto, rechazando las insinuaciones que su marido le hacía para evitar la procreación, resultaba ante estos hechos indigno desde el punto moral e injusto además, que se ofreciera a la mujer como retribución por su admirable conducta de casada, la amenaza real o ficticia de que otra mujer debiera cobrar el afecto debido a ella, suplantándola no sólo en su dignidad, sino en torno a los deberes del hogar, intimidándola inclusive con un posible abandono que no merecía y que no encontraba explicación de ninguna naturaleza. ¿Era posible que una mujer de tan buenas condiciones sufriera de manera fría e inerte semejantes consecuencias y que no naciera en ella el justificado resentimiento y que los celos no encontraran terreno abonado en persona afectiva, "emotiva", amante fiel de su marido?

Los celos, inclinación del ánimo, forma de la envidia, temor de haber perdido lo que se quiere, transformados en pasión, pueden obnubilar la voluntad y suprimir su dominio, tornándose la personalidad en una verdadera fuerza incontrolable. Desde este sólo punto de vista ya puede afirmarse que el sujeto que ha obrado a través de un desequilibrio de sus fuerzas anímicas, está procediendo de manera anormal. Encuentra estímulo al aludido desequilibrio, la ingestión alcohólica que en una persona débil, no sólo por su condición de mujer sino por la situación avanzada de preñez en que se encontraba contribuyó notablemente a aumentar la perturbación psico-fisiológica.

Aparte de esto, hay constancia también, como antes se afirmó, de que la acusada, cuando come-

tió su delito, se encontraba en estado de embarazo que evolucionaba alrededor del octavo mes. En el curso del proceso, pero especialmente durante la audiencia, sostuvo el defensor que en Leonor González v. de Rodríguez se operó una verdadera psicosis del embarazo, de carácter transitorio y reductible y, que por consiguiente, su delito había sido cometido en estado de grave anomalía psíquica.

De manera explícita el jurado aceptó que la procesada había actuado en estado de grave anomalía psíquica y atribuyó esa situación a los celos y a la preñez, dando así una calificación que envuelve un conocimiento técnico por su contenido y por sus consecuencias, con la responsabilidad que es presumible en un Tribunal que obra, no precisamente de acuerdo con razones científicas en todos los casos sino de conformidad con la noción adquirida a través del debate judicial que encuentra su culminación en el acto de la audiencia pública. No cabe la menor duda de que el jurado que declaró la responsabilidad y la grave anomalía psíquica de la procesada atendió como fundamento de su determinación a los diversos factores que le fueron expuestos por la defensa, los cuales le llevaron a formarse una conciencia sobre el caso, que se armoniza correctamente con lo debatido en la audiencia. Desde este punto de vista no es posible explicar ese veredicto como planteamiento de una situación distinta —como pretende hacerlo el H. Tribunal fallador— que lo interpretó en sentido diferente y ajeno de la realidad procesal que sirvió de base al jurado.

Es verdad que el Tribunal de conciencia pudo haberse equivocado, y probablemente se equivocó, al afirmar la existencia de una **grave anomalía psíquica** deduciéndola de antecedentes un tanto vagos e imprecisos. En efecto, no puede afirmarse que los estados de embarazo conduzcan necesariamente a la psicosis, así como tampoco puede afirmarse que la constitución emotiva reaccione forzosamente como expresión de una personalidad gravemente anormal; ni una ni otra, fatalmente y en todos los casos pueden estimarse como manifestaciones de grave "anomalía psíquica".

La grave anomalía psíquica

Al llegar a este punto es conveniente escudriñar así sea de manera breve cuál es el entendimiento que deba darse a la expresión "grave anomalía psíquica" empleada por el artículo 29 del C. P.

Es bien probable y esto se deduce de los antecedentes de formación del nuevo código penal que, sus redactores al hablar de anomalía psíquica se refirieron a las irregularidades que implica un desequilibrio de las actividades psíquicas que produce resultados opuestos a lo normal pudiéndose por lo mismo calificar de morbosos, peligrosos y antisociales. Entendida así esta expresión, queda pendiente el conocimiento sobre el contenido de la palabra "grave" que se aplica a una determinada categoría de anormalidades psíquicas. En otras palabras, ¿cuáles son las graves anormalidades psíquicas? ¿Cuáles son los procesos o estados psicopatológicos que alcanzan ese calificativo? ¿Cuál, en otros términos, la línea divisoria entre las anormalidades graves y las que no lo son?

Es bien difícil fijar a priori y la psiquiatría no lo ha logrado aún, el cuadro definitivo que determina la gama inmensa de las anormalidades mentales y sobre todo, la calidad de **graves** que en un momento dado puedan asumir. Entre lo patológico y lo normal hay una enorme zona de estados intermedios que no constituyen la locura o demencia definitiva y completa, ni tampoco la normalidad absoluta y de los cuales hay que afirmar siempre la anormalidad. Pero para deducir un juicio sobre si cualquiera de esos estados intermedios constituye una grave anormalidad psíquica es preciso recurrir al caso concreto, sometido a estudio. ¿A quién corresponde esta labor?

De acuerdo con las normas vigentes en nuestra legislación penal, concretamente, con lo dispuesto por el artículo 374 del C. de P. P.:

"Si el funcionario descubriere en el procesado indicios de grave anomalía psíquica o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia venenosa, lo someterá inmediatamente a la observación de facultativos en el establecimiento en que se hallare el detenido, o en un manicomio adecuado si fuere más a propósito o si el procesado estuviere en libertad. Sin perjuicio de este reconocimiento, el funcionario recibirá información del estado psíquico del procesado a las personas que pudieren dar detalles precisos por razón de sus circunstancias especiales o de las relaciones que hayan tenido con aquel procesado antes y después de haberse ejecutado el hecho".

Sobre la base indicada anteriormente, es decir,

si el funcionario encontrare indicios de grave anomalía psíquica, procederá a hacer observar al sindicado de facultativos. Los exámenes consiguientes constituyen entonces un dato o base aproximado para deducir las consecuencias posteriores. ¿Cuáles son ellas?

Si el diagnóstico formulado por los facultativos es indicativo de la existencia de una grave anomalía psíquica bajo cuya influencia hubiere podido ejecutarse la acción delictuosa, entonces, el Juez, someterá la cuestión definitiva, es decir, el fallo sobre normalidad o anormalidad grave a las personas a quienes la sociedad confía la misión de actuar como jueces de conciencia. En fin, pues, es a un jurado compuesto por personas inexpertas en la ciencia médica y desconocedoras, por regla general, de la técnica médico-legal a quien ha deferido en último término nuestra ley para que defina el estado de normalidad o anormalidad de las personas. Si una determinación de esta índole es difícil aún para los más expertos médicos, especializados en cuestiones de medicina mental, ¿cómo no ha de serlo para los profanos?

Por razón de este mandato de la ley se están produciendo gravísimos problemas a los cuales no se les puede dar una solución plenamente satisfactoria en el estado actual de las cosas. Así, sucede y ha sucedido, que un jurado desconocedor de los fundamentos científicos de la medicina forense, aún en contra del dictamen de médicos expertos, ha deducido en su juicio la presencia de una anomalía grave muchas veces inexistente, resultando como consecuencia que personas no afectas de anormalidad sean sometidas al tratamiento del manicomio como medida de defensa social.

Tiempo es ya de que el legislador colombiano ponga dique a esta irregularidad y establezca medidas legales con el objeto de que, en aquellos casos en los cuales el procesado presente indicios de adolecer de una anormalidad psíquica y ésta sea declarada como grave por los médicos legistas en el examen que verifiquen durante el desarrollo del proceso, sean sometidos a un procedimiento extraordinario que con el concepto de los médicos busque la individualización de la medida apropiada prescindiendo del juicio del jurado.

En el caso que actualmente ocupa a la Corte, relativo al recurso de Casación de Leonor González de Rodríguez, el examen verificado por los médicos legistas durante la etapa del sumario indicó que la procesada NO PRESENTA NINGUNA ALTERACION EN SUS FACULTADES MENTALES. ¿Cómo compaginar la técnica declaración de los médicos con aquella otra, pronunciada por el jurado de conciencia de conformidad con la cual la misma procesada EJECUTO EL HECHO EN ESTADO DE GRAVE ANOMALIA PSIQUICA?

El jurado tuvo como antecedente para formular su juicio sobre grave anomalía psíquica el concepto médico-legal conforme al cual la misma procesada **es de constitución emotiva,** QUE PROBABLEMENTE (Subraya la Corte) **se acentúa en los estados de embarazo.** Es decir, que el jurado obró en la creencia de que los antecedentes presentados sobre los procesos fisiológicos de la embarazada al momento de ejecutar el hecho se encontraba en estado de grave anomalía psíquica. Pero esta declaración, científicamente hablando, es un tanto sospechosa, pues habiéndola encontrado los médicos sin alteración ninguna de sus facultades mentales queda el temor de que los jurados se hayan equivocado acerca de la calidad de **grave** que le atribuyeron a la evidente anormalidad de que adolecía la procesada. La sola circunstancia de ser de temperamento emotivo que se puede acentuar (probablemente) en los estados de embarazo, no es indicativa en forma precisa de que en el momento de cometer el hecho se encontraba en estado de grave anomalía psíquica.

Sin embargo, como ya se ha visto, el jurado hizo semejante declaración y ella que constituye el veredicto que es fuente inmediata de la sentencia, no fue desconocida por el señor Juez Superior ni puede serlo por la Corte en el presente caso. Hay que aceptar, por consiguiente, esa manifestación con todos sus efectos y consecuencias.

En cambio, el H. Tribunal Superior de Bogotá en su sentencia de segunda instancia, sin declarar contrario a la evidencia de los hechos el veredicto del jurado, lo que hubiera resultado más lógico conforme a su parecer, decidió desconocerlo dando a éste una interpretación distinta y afirmando que la procesada actuó en estado de normalidad psíquica pero en la situación prevista por el artículo 28 del C. P. Para mayor precisión, es conveniente destacar las argumentaciones de aquella entidad:

"Para la mayoría de la Sala la "grave anomalía psíquica" de que habla la respuesta del jurado, no se debe ni se puede tomar en el sentido en que se contempla en el artículo 29 del código penal sino en cuanto a que la acusada, en el momento

de cometer el delito, estaba poseída de la pasión de los celos, pasión que alteró en esos momentos sus facultades mentales, produciéndole una grave anomalía psíquica, pero en el sentido de que no podía actuar en las condiciones de un verdadero **estado de responsabilidad**, pues esa pasión de los celos le produjo dentro de su psiquis la ira y en esas condiciones esa mujer tronchó la vida de su marido.

"Si el jurado hubiera considerado que la "grave anomalía psíquica" es la que contempla científicamente el artículo 29 del C. P., **se puede estimar esa frase como no existente** (subraya la Corte), como si no se hubiera escrito, porque no tiene respaldo científico en el proceso y de consiguiente, carece de valor.

"Se podrá argumentar que el criterio que se ha dictado es equivocado, porque se le desconoce el pensamiento al jurado, mas esa crítica no es jurídica, porque los jueces populares **claramente aceptaron la responsabilidad** de la acusada, pero atenuándola para que el delito no quedara sin sanción.

"El H. Magistrado doctor del Río asevera que por haber considerado el jurado, que la acusada había obrado en estado de "anomalía psíquica", el veredicto es notoriamente contrario a la evidencia de los hechos; pero para la mayoría de la Sala, este criterio no se puede aceptar y atentamente disiente de esa opinión, porque sería contra-evidente el veredicto si los jueces del pueblo hubieran reconocido que Leonor González no padecía de grave anomalía psíquica y si esa opinión de los psiquiatras hubiera sido expresamente reconocida en el dictamen que le practicaron, y entonces en ese caso, sí sería contraevidente, porque iría contra una prueba técnica de obligante aceptación.

"Pero discurriendo un poco más sobre el pensamiento del jurado, se determina que empleó la frase "anomalía psíquica", no en el sentido científico, como ya se ha dicho porque es sabido que la mayor parte de las personas que forman dichos tribunales, nunca está compuesta por psiquiatras, sino que el veredicto dado en esa forma, no es más que una simple explicación al estado de celos que reconocieron en la procesada y de que hablaron los médicos en la parte motiva de su dictamen y que los celos bien podían estar agravados por la situación de preñez en que dicha señora se hallaba en momentos en que mató a su esposo; celos y preñez que sí fueron reconocidos por aquellos técnicos y que aquí no se pueden ni se deben desconocer, porque fueron el móvil del delito y están suficientemente probados y por esa circunstancia vino la provocación y la grave ofensa que le infirió su cónyuge el occiso y que llevó a doña Leonor a darle muerte. El Jurado aceptó la responsabilidad de dicha mujer, como ya se ha repetido en varias ocasiones, pero con sus atenuaciones respectivas, que no son otras que las contempladas por el artículo 28 del C. P. que dice:

"Cuando se cometa el hecho en estado de ira o de intenso dolor, causado por grave e injusta provocación..."

"No es un dislate jurídico considerar que el delito porque se acusa a la procesada encaja dentro de esta disposición, porque Leonor obró en estado de ira o de intenso dolor y fue injustamente provocada, cuando Hernando, su esposo, le dijo que no le "servía para nada, que no deseaba tener más familia en ella y que tenía otra mujer que lo podía hacer feliz y a quien le tributaba sus afectos". Estas frases no se puede negar que son ofensivas y productoras de celos, dirigidas a una mujer del temperamento de la procesada y ante ellas reaccionó trágicamente; por manera, que interpretando el veredicto del jurado, que está en un todo de acuerdo con la realidad procesal, cuando dijo que era responsable por la grave anomalía psíquica que le produjeron la pasión de los celos y su estado de preñez, no es que vengan a justificar el ilícito, sino que se le debe sancionar, reconociéndole las atenuantes que le aminoran la pena".

En otra parte de la misma sentencia dice el Tribunal fallador, lo siguiente:

"Los mismos médicos legistas en la parte motiva de su concepto, dicen que Leonor padece de una taquicardia emotiva y que existe una neurotonia marcada en su organismo y que les ha declarado que siempre que está en los estados de embarazo se torna irritable y colérica, por causa de los celos, por la conducta de su esposo; y que todas estas circunstancias pudieron aumentar la irritabilidad que experimentó en la noche del drama. Teniendo en cuenta todos estos antecedentes, sería una grave equivocación desconocerla a la procesada que cometió el homicidio por estar dominada por los celos y también por la irritabilidad consiguiente que le producía el embarazo.

"La procesada **es una mujer normal** (subraya la Corte) pero tiene un temperamento emotivo; es-

to se confirma con el dictamen rendido por los médicos legistas y también por el contenido del proceso, porque ella habla con naturalidad y discurre con entero discernimiento sobre los antecedentes de su delito; reconoce su grave falta y después se torna melancólica y desolada, por la situación en que ha quedado y por el desamparo de sus hijos; se dá cuenta de su responsabilidad, no la niega ni busca disculpas que aminoren su pena; reconoce que fue víctima de una grave ofensa o provocación, porque su marido la despreció y ante esta situación reaccionó de manera brutal".

Cuando el Tribunal afirmó que la procesada "no podía actuar en las condiciones de un verdadero estado de responsabilidad" expresa un concepto arcaico en relación con la idea que se tiene de lo que es la responsabilidad dentro del nuevo sistema legal colombiano. En efecto, todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera que sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el código penal derogado desapareció por completo de la nueva ley. De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues, si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca más adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal.

Es grave error del Tribunal sentenciador el pensar y creer que el jurado que declaró responsable a Leonor González de Rodríguez al afirmar que obró en "estado de grave anomalía psíquica" no quiso referirse a la situación expresa y concisamente prevista en el artículo 29 del C. P. sino a la indicada por el artículo 28 de la misma obra. En efecto, esta interpretación del veredicto está reñida con los hechos. En primer lugar, debe recordarse que el Tribunal de conciencia dictó su veredicto sobre la base de algunos desarreglos o trastornos producidos en la acusada durante la época del embarazo, aparte del móvil de los celos que contribuyó indudablemente, desarreglos éstos que fueron determinados por la experticia médica, aunque sin valorarlos como lo hizo el jurado, es decir, sin expresar en su concepto el estado de grave **anomalía psíquica.** Pero la calidad del trastorno psico-fisiológico fue dada por el Jurado, indudablemente, aceptando la tesis de la defensa que promovió durante el curso de las audiencias, en forma muy especial el tema de la grave anormalidad psíquica y pidió a los jueces de conciencia que dieran una respuesta sobre ese estado. Además, si bien es cierto que no se trataba de un jurado de expertos en psiquiatría, sí había entre ellos personas como el doctor Juan Samper Sordo bien entendido en las disciplinas penales y conocedor del significado jurídico de las palabras con que habría de concluír el veredicto.

Es tan evidente que el Jurado no quiso referirse a un homicidio en estado de ira e intenso dolor, sino a un homicidio cometido en estado de grave anomalía psíquica, que ni en el auto de proceder, ni en parte alguna del proceso se planteó esa hipótesis y no podía plantearse sin arraigo alguno en la realidad puesto que jamás se estableció que en los momentos inmediatos al homicidio hubiera existido provocación grave e injusta del marido de la procesada. Otra pudo haber sido la situación jurídica de ella si se estima no ya como habiendo actuado en estado de ira o de intenso dolor, sino en un estado pasional por razón de los celos, y, a pesar de que con buenos argumentos el señor Fiscal del Juzgado Primero Superior durante la audiencia promovió ese tema, el Jurado lo desechó. Por último, no debe olvidarse que, concretamente el defensor de la acusada, explicó al Jurado la anomalía que en su concepto invadió o trastornó a Leonor González y le pidió concreta y deliberadamente que declarara el Jurado que Leonor González de Rodríguez había obrado en estado de grave anomalía transitoria.

Por tanto, el Tribunal de Bogotá no tenía base cierta para interpretar como lo hizo en sentido opuesto a la verdad procesal el veredicto del jurado. Si el Tribunal creía que se trataba de una respuesta que tan sólo debiera acomodarse en sus consecuencias y en su contenido jurídico al artículo 28 del C. P. (estado de ira o de intenso dolor) el camino que debió tomar en este caso, sería el de la declaratoria de ser contrario a la evidencia de los hechos, mas como no procedió de esa manera, entonces debió acomodar su sentencia al veredicto y sancionar a Leonor González de acuerdo con la respuesta del Tribunal popular para aplicarle las medidas de seguridad que fueran pertinentes.

Para la Corte es dudoso que Leonor González de Rodríguez hubiera procedido en estado de "grave anomalía psíquica", pues los antecedentes del proceso hacen suponer más bien que la acusada acometió a su esposo en estado pasional por celos, pero con relativa normalidad. Mas, como en casación no es materia de estudio lo relacionado con el desacierto del veredicto, será preciso aceptar entonces ese hecho, que es fuente próxima de la sentencia y, proceder en consecuencia, a señalar la sanción de conformidad con lo previsto por el artículo 29 del C. P. en su parte final.

Muy de acuerdo con las anteriores ideas, en concepto que la Corte cree necesario transcribir en su parte pertinente por estar muy ajustado a la realidad científica y expresado con una gran técnica, concepto e ideas que esta entidad comparte y acoge enteramente, el señor Procurador Delegado en lo Penal, se ha expresado de la siguiente manera:

"...Este veredicto es claro y contiene dos cosas inseparables, la una como consecuencia de la otra: 1ª Que Leonor González es responsable del delito de homicidio, pero "en estado de grave anomalía psíquica"; y 2ª Que esa grave anomalía psíquica sobrevino como consecuencia de la pasión de los celos, que pudo agudizarse por la situación de gravidez de la acusada.

"Es decir, sentaron los jurados, que la grave anomalía psíquica de la González fue causada por los celos y agravada por el embarazo. Se tiene, pues, aquí el reconocimiento de un estado anormal de la acusada en el momento de delinquir, y asimismo la explicación de las causas anímicas y biológicas que produjeron tal estado. En lo dicho por el Jurado hay una relación inexorable de causa a efecto.

"Por tanto, ese veredicto no se puede desarticular en ninguna forma, como lo hizo el Tribunal, tomando únicamente la parte explicativa referente a la pasión de los celos para encajarla dentro del artículo 28 del Código Penal, pero dejando por fuera la otra parte esencial de lo resuelto por el Jurado, o sea el "estado de grave anomalía psíquica" en que se hallara la acusada cuando segó la vida de su esposo.

"Y el Jurado, en realidad, no cometió un dislate jurídico, ni mucho menos psicológico, al sostener que la grave anomalía psíquica de la González provenía del intenso estado pasional de celos que la embargaba.

En efecto, las pasiones son grados subidos o exagerados de gustos e inclinaciones, que crean en el sujeto una idea fija y un sentimiento fijo, con una tiranía tal, que absorben la psiquis toda de la personalidad humana. La pasión es un sólido haz de fuerzas cooperadoras que arrastran, en provecho suyo, la energía total del individuo. Por eso, tales estados tienen un poder avasallador y obsesionante que puede conducir a la locura, sobre todo en personas constitucionalmente predispuestas a las psicosis.

"De ahí que las investigaciones científicas no cuenten hoy con argumentos decisivos para diferenciar en absoluto la pasión de la locura: esas son oscilaciones de un mismo péndulo. Ya decía el gran psicólogo Ribot que la pasión es en el orden afectivo lo que la idea fija en el orden intelectual, sabio principio hasta hoy no contradicho.

"Leonor González, recuérdese, fue clasificada por los médicos legistas de Bogotá como de "constitución emotiva".

"Esta constitución se caracteriza por la exageración difusa de la sensibilidad y por la insuficiencia o incapacidad de inhibición motriz (refleja o voluntaria). Es la constitución de la angustia, que produce reacciones anormales por su vivacidad, extensión y duración. Los hiperemotivos vibran desmesuradamente en intensidad y duración. Esa sobrecarga de emotividad les impide adaptarse a circunstancias repentinas, a situaciones imprevistas.

"Pero lo más grave es que esta constitución, como toda otra constitución psicopática, es propicia para acantonar en la afectividad del sujeto que la sufre una determinada psicosis. Cuando la exageración de la emotividad llega a sus límites máximos, nace la psicosis hiperemotiva o enfermedad de Dupré, cuyo punto culminante son la angustia y la ansiedad, con producción de crisis nerviosas, obsesiones, impulsiones, dudas, escrúpulos y fobias.

"Tal tensión psíquica es, por consiguiente, el horno encendido donde se fraguan las descargas huracanadas y coléricas del individuo, los actos impulsivos, la obnubilación mental y, como término final, la ejecución de delitos contra las personas. En estos casos, hay propiamente un estado pasional delirante, una reacción patológica.

"Con los estados pasionales —afirman Delmas y Boll— rozamos los estados patológicos, y es muy exacto que se comprueban las formas pa-

roxísticas más intensas y más duraderas, esto es, los estados pasionales que pertenecen a la esfera psiquiátrica, en los sujetos anormales dotados de constitución psicopática, **especialmente de constitución paranoica e hiperemotiva'.** (Subraya este Despacho).

"En el presente asunto, el veredicto no hizo otra cosa que captar inteligente y humanamente las especiales circunstancias anímicas que dominaban el alma de Leonor González cuando dio muerte a su esposo, considerándola responsable del hecho, pero en un estado singular de "grave anomalía psíquica". Conclusión ésta del Jurado que no resulta empírica, por lo ya dicho, máxime cuando, como lo anota el demandante, entre los miembros del tribunal popular había uno —el doctor Juan Samper Sordo—ilustrado en las ciencias penales por sus estudios de especialización en ellas hechos en la Universidad de Roma.

"Al decir el Jurado que la acusada dio muerte a su esposo, pero hallándose en estado de grave anomalía psíquica, aceptó indudablemente la responsabilidad en ella, pero no como persona normal, sino como delincuente anormal, a quien deben aplicarse medidas de seguridad, y no penas propiamente dichas".

Por las razones que hasta aquí se han expresado, es preciso declarar que prospera la causal tercera de casación propuesta.

Primera causal.—Mala aplicación de la ley penal.

El recurrente doctor Uribe Truque fundamenta su solicitud en este aspecto de la demanda con las siguientes razones:

"De manera que teniendo como base el fallo acusado, el único veredicto que se ha dictado en este proceso, que fue el anteriormente transcrito, erró el H. Tribunal en la interpretación de la Ley Penal y en la aplicación de la misma, puesto que el C. P. establece para las personas que cometen un ilícito cualquiera en estado de grave anomalía psíquica o de enajenación mental o de intoxicación crónica por el alcohol, u otra sustancia, un estatuto, por decirlo así, especial ya que no le aplica pena sino medidas de seguridad que jurídica y prácticamente son distintas, mandato que consigna en el artículo 29, la citada obra".

El señor Procurador Delegado en lo Penal, por su parte, afirma:

"Esta causal, por ser una consecuencia necesaria de la anteriormente estudiada, debe también prosperar.

"En verdad, habiendo el veredicto calificado la responsabilidad de la acusada en la categoría de las personas anormales, hay que aplicarle a ella el artículo 29 del Código Penal, en relación con el 61 al 64 de la misma obra.

"Lo que quiere decir que la González debe ser internada en un manicomio criminal por un término no menor de dos años y hasta que deje de ser un peligro para la sociedad, a causa de su grave anomalía psíquica reconocida por los jueces de conciencia.

"A este respecto, replica el demandante que, como la anormalidad de la acusada fue apenas transitoria y desapareció con la consumación misma del delito, la González no debe ser recluída en el manicomio criminal por no ser ya peligrosa para la convivencia en común, y por lo mismo, debe dársele inmediatamente su libertad.

"Esta solicitud debe rechazarse, por ahora, porque de acuerdo con el inciso segundo del artículo 64 del Código Penal, la reclusión en el manicomio no podrá cesar sino condicionalmente en virtud de decisión judicial, con audiencia del Ministerio Público y **previo dictamen de peritos, que declaren desaparecido el peligro de que el enfermo vuelva a causar daño.** (Subraya la Corte).

Tiene razón el señor Procurador en cuanto hace relación a que la sanción aplicable a la González no sea una pena sino una medida de seguridad, pero la Corte difiere de ese ilustrado concepto en cuanto a la medida que en concreto deba imponerse.

Definido ya el alcance y significado del veredicto pronunciado contra Leonor González de Rodríguez, es preciso examinar las consecuencias jurídicas del mismo, es decir, todo lo relativo a la sanción aplicable.

Sobre la base de la interpretación que el H. Tribunal de Bogotá señaló al veredicto dictado contra Leonor González v. de Rodríguez, considerándola como autora de un homicidio en estado de ira o de intenso dolor, la pena fijada por esta entidad fue la de cinco años de presidio. La parte pertinente del fallo, dice así:

"d) Son disposiciones aplicables los artículos 28 del C. P. y 363 del mismo código. La calificación de la delincuencia debe hacerse en el grado mínimo, por tratarse de una mujer de buena conducta anterior, madre de familia y contra quien no existen circunstancias de mayor peligrosidad. Dicha pena es la de cinco años de presidio. Las

accesorias impuestas en el fallo revisado, son las que corresponden. Y la condenación en abstracto del pago de los perjuicios causados por el delito, es legal, por no existir base para hacerla en concreto".

Ya se vio cómo no era correcta ni acertada la interpretación del H. Tribunal de Bogotá en cuanto no se sometió a la definición de "grave anomalía psíquica" que según el Jurado existía en la procesada al momento de ejecutar el hecho. Para la Corte, en cambio, tal situación es incuestionable y no encuentra motivo alguno para descalificar el sentido de esa declaración y se afirmó por eso que debe ser respetada. Otra cosa será que el Jurado haya podido equivocarse. Y si se equivocó ello se debe como antes se ha afirmado a la institución misma, a la facultad que se da a cinco ciudadanos, por lo general inexpertos y desconocedores de estas disciplinas, para convertir a su arbitrio en normal o anormal a una persona, muchas veces desatendiendo la voz autorizada de los médicos psiquiatras que prestan su concurso en la dilucidación de esos problemas. En todo caso, mientras el sistema no sea modificado dejando el fallo sobre normalidad o anormalidad a la justicia secundada únicamente por expertos, es preciso conformarse a esas decisiones anticientíficas y cumplir la ley. Sobre estas bases debe considerarse que Leonor González v. de Rodríguez al momento de dar muerte a su esposo, procedió en "estado de grave anomalía psíquica".

Dispone el artículo 29 del C. P., lo siguiente:

"Cuando al tiempo de cometer el hecho, se hallare el agente en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol o por cualquiera otra sustancia, **o padeciere de grave anomalía psíquica,** se aplicarán las sanciones fijadas en el Capítulo II del Título II de este Libro".

Las sanciones a que se refiere la disposición antes transcrita, son las medidas de seguridad. El artículo 61 del C. P., a su vez, dispone:

"Son medidas de seguridad:

"a) Para los delincuentes a que se refiere el artículo 29:

"La reclusión en un manicomio criminal o en una colonia agrícola especial.

"La libertad vigilada.

"El trabajo obligatorio en obras o empresas públicas.

"La prohibición de concurrir a determinados lugares públicos".

.....

Desde luego, es importante manifestar que para las personas que al momento de cometer el hecho se encuentren en estado de enajenación mental o de intoxicación crónica producida por el alcohol, o por cualquiera otra sustancia, o padeciere de grave anomalía psíquica, se aplicará una de las medidas de seguridad previstas en el artículo 62 del C. P. Pero, esas medidas de seguridad no se pueden aplicar indiscriminadamente y en cualquier forma. En el proceso de individualización de la sanción, y es éste un atributo fundamental de la Reforma Penal Colombiana, la medida debe adecuarse a las condiciones psicológicas y sociales del sujeto, a los antecedentes de su personalidad vista a través de todos sus aspectos y a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso. La individualización de la sanción, punto culminante de la labor judicial, tiene por objeto buscar la readaptación del delincuente, su reeducación, y su mejora mental en los casos de anormalidad, de tal manera que la sociedad tenga por lo menos la probabilidad de que ese sujeto una vez cumplida la medida que le corresponda no será ya más peligroso para convivir con sus conciudadanos. Así, por ejemplo, es lógico que al delincuente enajenado mental, la medida que debe aplicársele será la segregación en un manicomio criminal, institución ésta que, por lo menos teóricamente entre nosotros, tiene como objetivo cuidar al enfermo, procurar restaurar su salud mental y rehabilitarlo de tal forma que en un futuro más o menos lejano pueda nuevamente incorporarse a la vida ciudadana sin peligro para nadie. Lo propio puede decirse de los intoxicados por el alcohol o por sustancias químicas "estupefacientes". Y lógico es también afirmar que ese tratamiento de segregación y de terapéutica debe realizarse en las mejores condiciones técnicas posibles y con la intervención de los más humanitarios **preceptos.** El Estado al cumplirlos ha de tener en cuenta que está en presencia de una persona normal y enferma, de una desgraciada víctima de irregulares condiciones antropológicas y sociológicas, muchas veces creadas por el propio Estado y de consiguiente, al ejercer esa vigilancia y ese cuidado tiene que actuar con las debidas consideraciones por la persona y con el respeto que merece como ciudadano. Esto que es un axioma cuando se trata

de anormales, también debe serlo con respecto de los sujetos normales que cumplen penas en las diversas cárceles del país. La pena no puede tener por objeto causar al delincuente más aflicción de la que ella por su propia naturaleza pueda contener.

Pero si lo anterior se predica de las personas que adolecen de una normalidad psíquica o mental cuyas características averiguadas en el proceso revelan una situación de permanencia relativa susceptible de modificarse con el tratamiento posterior, resultaría ilógico y absurdo que la medida propuesta (manicomio criminal) corresponde como resultante del proceso de individualización a personas cuya normalidad descubierta en los antecedentes procesales revele ser de corta duración, o mejor dicho, de carácter transitorio. Es decir, si al momento de imponerse la sanción que corresponda al delincuente, éste revela estar de nuevo en situación normal, y esa rehabilitación mental es una cosa averiguada, resultaría inútil, injusto y sobre todo sumamente perjudicial someter a la segregación del manicomio criminal a una persona cuya peligrosidad ya ha desaparecido y con respecto a la cual sería inhumano colocarla en el sitio y con el tratamiento correspondiente a una anomalía de que ya no padece.

Es sabido que nuestra ley distingue dos variedades de enfermedad mental que son las que se refieren en primer lugar a la llamada "enajenación mental" propiamente dicha y las que objetivamente pueden representar una menor peligrosidad criminal y que en la misma disposición el código denomina estados de intoxicación crónica producida por el alcohol u otra sustancia y grave anomalía psíquica, formas estas últimas que no encuadran exactamente dentro de los estados de enajenación mental.

El tratamiento de unas y otras en la práctica, alcanza lo mismo que las formas clínicas, una variedad específica en razón de la mayor importancia que revisten y del mayor o menor peligro social que entrañan. Por eso, para las más graves como la enajenación mental se ha indicado y señalado dentro de preceptos científicos el manicomio criminal. Las otras, en cambio, comprenden esa extensa zona de anomalías que en casos concretos y típicos pueden considerarse como graves y los cuales son estimados en algunas leyes como casos de semi-responsables, o semi-locos, tal como se enuncian por algunos autores. Es dentro de estas últimas formas específicas, por la aparente normalidad que revelan los sujetos activos de infracciones penales, en las cuales se pueden colocar los sujetos que delinquieron en evidente estado de grave anomalía psíquica o de locura transitoria y que recobrada su conciencia y la plenitud de sus poderes intelectuales, ni alcanzan al grado de enajenados ni tampoco de normales. En previsión de estas situaciones, el Proyecto de Código Penal ideado por Ferri en Italia creó una medida de seguridad que no tiene el nuestro, a pesar de haberse inspirado en esa obra; se trata de las Casas de Custodia, en las que se recluyen para observarlos, y someterlos a un tratamiento adecuado a su condición personal. Nuestro Código asimiló las Casas de Custodia del Proyecto Ferri a los establecimientos que más apropiadamente deben estar destinados para intoxicados, como son las Colonias Agrícolas Especiales. Cabe, pues, suponer que es a esos sitios a donde se deben remitir para su readaptación los delincuentes que sin ser enajenados delinquieron en estado de grave anomalía psíquica.

Parece suceder que en previsión de estos casos de anomalía psíquica de carácter transitorio el legislador haya creado también teóricamente las llamadas Colonias Agrícolas Especiales que, al decir del Código Penal en su artículo 62, lo mismo que para los manicomios criminales:

"...son establecimientos organizados de acuerdo con las prescripciones de la ciencia médica, separados de las instituciones similares para enfermos de la mente comunes, dirigidos por psiquiatras, y en donde en cuanto sea posible, deberá establecerse el trabajo industrial o agrícola".

Es natural que, conforme a las prescripciones de la ciencia médica, los delincuentes de esta especie serán sometidos a un tratamiento más que todo de observación y de trabajo con la finalidad de que al restituírlos a la sociedad se pueda afirmar de ellos con alguna probabilidad, que ha desaparecido la causa de su perturbación y que ya no ofrecen peligro alguno.

Ahora bien, si los institutos de readaptación de carácter técnico, tales como los manicomios criminales o las Colonias Agrícolas Especiales, o medidas como la libertad vigilada son de difícil cumplimiento por inexistencia de los mismos o por dificultades económicas imponderables, ello es un problema que no corresponde examinar a los jueces que deben limitarse a cumplir las disposiciones de la ley, sino a la administración que

debe dar aplicación a las órdenes y medidas que los jueces señalen.

Por cuanto se refiere al caso de Leonor González v. de Rodríguez en concreto, dada la circunstancia que ya se analizó de que a ésta debe imponerse necesariamente una medida de seguridad y de que esta medida asegurativa no puede ser el manicomio criminal sino la Colonia Agrícola Especial, es preciso tener en cuenta para optar por esta determinación la circunstancia de que en el proceso obra un detenido examen médico realizado por expertos en la materia y conforme al cual, la procesada **no presenta ninguna alteración en sus facultades mentales.** Dicho examen médico de carácter oficial es una prueba de gran valor que lleva a la Corte a concluír, como lo hará en la parte resolutiva de la sentencia, a sustituír la equivocada pena de presidio de cinco años que le impusiera el Tribunal Superior de Bogotá, por la medida asegurativa que más se acondiciona al estado de normalidad que actualmente revela.

Por mandato del artículo 63 del C. P.:

"El manicomio criminal se destina para recluír a los alienados que cometan delitos para los cuales se señalan penas de presidio, o cuyo estado los haga especialmente peligrosos".

Esta norma no es aplicable a Leonor González, pues si bien es cierto que el delito por ella cometido, en el caso de haberse ejecutado en condiciones de normalidad psíquica, tendría como sanción una pena de presidio, en cambio, ni ella es una alienada ni su estado actual la demuestra como especialmente peligrosa.

El artículo 64 del C. P. sí es aplicable al caso, pues la Colonia Agrícola Especial, como atrás se dijo, precisamente parece instituída para recluír a personas que hayan recobrado la normalidad, según concepto médico, a la hora de determinarse la sanción, y es un sitio en donde el tratamiento no tiene por objeto rehabilitar mentalmente a la persona, sino ponerla en observación para poder formular un juicio sobre peligrosidad probable de la misma. El mínimo imponible de esa medida de seguridad es el de un año, según reza la parte final del primer inciso del artículo antes nombrado.

En consecuencia, prospera la causal primera y debe casarse el fallo acusado y de conformidad con lo dispuesto por el ordinal a) del artículo 570 del C. P. se dictará el que deba reemplazarlo.

Resolución:

En mérito de las consideraciones que se han expuesto, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, obrando de acuerdo en parte con lo solicitado por el señor Procurador Delegado en lo Penal, **Resuelve:**

INVALIDASE la sentencia de fecha veinte de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, que impuso a Leonor González v. de Rodríguez la pena de cinco años de presidio y las penas accesorias decretadas por el señor Juez Primero Superior de Bogotá, y en su lugar se dispone:

1º La sanción que corresponde a Leonor González v. de Rodríguez es la reclusión en una Colonia Agrícola Especial por el término de un año. Como existe constancia de que la acusada ha sido privada de su libertad por mayor término del señalado, se le otorga la libertad condicional previo el cumplimiento del requisito exigido por el inciso 2º del artículo 64 del Código Penal.

2º Una vez concedida la gracia a que se refiere el anterior ordinal, la condenada será sometida a la medida de libertad vigilada por el lapso de dos años, confiándola al cuidado de su familia a efecto de saber que su peligrosidad ha desaparecido por completo y bajo la inspección del Consejo de Patronato.

3º Condénase a Leonor G. v. de Rodríguez, en abstracto, al pago de los perjuicios civiles que haya ocasionado con su acción delictuosa.

Cópiese, notifíquese y publíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

JUZGAMIENTO DE LOS FISCALES DE DISTRITO JUDICIAL POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Si de conformidad con el artículo 142 de la Constitución Nacional los Fiscales de los Tribunales Superiores deben llenar las mismas condiciones de los Magistrados de los Tribunales para ser nombrados, se sigue que tienen la misma categoría y que, correspondiendo a la Corte el juzgamiento de éstos, también le corresponde la de aquéllos. En consecuencia, los Fiscales de los Tribunales no pueden ser juzgados por un Juez Superior, que no tiene la categoría de aquéllos. Es necesario concluír, dice el Procurador Delegado en lo Penal, que el Código de Procedimiento Penal no rige en lo concerniente a la competencia para conocer de los negocios penales contra los Fiscales de los Tribunales Superiores, sino la Constitución misma.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal. — Bogotá, agosto doce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

En providencia de fecha tres de los corrientes, esta Sala de la Corte decidió que no era competente para conocer del proceso que debe iniciarse contra el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, doctor Rafael Flórez Camacho. Al serle notificado ese auto al señor Procurador Delegado en lo Penal, éste solicitó que la Corte repusiera su propia providencia antes citada para que, previa la revocatoria correspondiente, se avoque el conocimiento de los hechos denunciados.

Los fundamentos sobre los cuales reposa la solicitud de la Procuraduría, por su gran importancia para la jurisprudencia, es preciso reproducirlos textualmente a continuación:

".....La Carta, en su artículo 142 dice terminantemente que los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo.

"¿Cuál fue el espíritu de este canon?

"Indudablemente que el de elevar la dignidad de los Agentes del Ministerio Público al mismo plano de los Magistrados y Jueces ante quienes aquéllos ejercen su cargo. Y esto por la potísima razón de que la Carta se preocupó con cuidadoso esmero de hacer una selección del personal del Ministerio Público, exigiendo las mismas calidades que deben llenar los Magistrados y los Jueces ante quienes colaboran. De ahí que exija perentoriamente que el Procurador General de la Nación debe reunir "las mismas condiciones que los Magistrados de la Corte Suprema de Justicia"; que los Fiscales de los Tribunales Superiores deben llenar las que son menester para ser Magistrados de los Tribunales Superiores; y que los Fiscales de los Juzgados Superiores sólo podrán serlo cuando tengan los requisitos que se exigen para los Jueces Superiores o Jueces del Circuito. (Artículo 144).

"Por eso se explica que la Constitución concediera a los funcionarios del Ministerio Público la misma "categoría" de los Magistrados y Jueces ante quienes intervienen.

"¿Y qué consecuencias estableció el mismo Constituyente al hacer esa nivelación en la **categoría** de los funcionarios del Ministerio Público? Sencillamente las de otorgarles la misma remuneración, los mismos privilegios y las mismas prestaciones de los respectivos Magistrados y Jueces, pues si exigía especiales condiciones de idoneidad y preparación jurídica, era natural que les otorgara también prerrogativas y derechos.

"Entre esas prerrogativas y derechos estatuyó los 'privilegios'.

"El privilegio, según lo define Escriche, es 'la gracia o prerrogativa que se concede a uno libertándolo de alguna carga o gravamen, **o confiriéndole** algún derecho de que no gozan otros'.

"Entre las varias acepciones del término 'privilegio' se encuentra la de 'privilegio del fuero'.

"El **fuero,** dentro de los sistemas republicanos de Estado, como el nuestro, no tiene otro alcance

que el de jurisdicción especial o privativa para conocer de determinados asuntos. En este sentido, fuero tanto quiere decir como conocimiento exclusivo de un negocio por razón de la calidad de la persona **sub judice.** Y tratándose de juicios de responsabilidad, de acuerdo con nuestra Constitución, esa calidad del procesado ha de complementarse con la exigencia relativa a la extralimitación de funciones públicas o a la omisión en el cumplimiento de ellas, para determinar la competencia del Juez que ha de juzgarlo.

"Y que privilegio y fuero son equivalentes, lo enseña claramente el maestro Carrara. Este, al hablar de la jurisdicción extrínseca y de las razones que hicieron prevalecer en lo penal la jurisdicción del domicilio del reo sobre la del lugar del delito cometido, dice lo siguiente:

" 'Esta regla puede sufrir limitaciones por tres causas diversas: el **privilegio,** la prevención y la prórroga. **Cada una de tales causas puede en ciertos casos ser causa especial de jurisdicción extrínseca, y hacer cesar incluso la competencia derivada del lugar del delito.** (Subraya la Procuraduría).

" 'El privilegio produce tal efecto todas las veces que un orden legislativo asigna a una clase de **personas** un tribunal especial. En los distintos Estados tenemos ejemplos de esto: para los militares; para ciertas órdenes de caballeros; para los estudiantes; para los eclesiásticos; para los senadores y para los diputados a las asambleas legislativas'. (Programa. Parte General. Volumen II. Pág. 264).

"Queda, pues, claramente establecido que en el privilegio queda incluído lo referente a la jurisdicción y competencia, y, por lo tanto no era necesario que la Constitución hablase expresamente sobre éstas. Le bastaba sólo emplear ese término genérico y comprensivo para consagrarlas. Hubiera sido redundante hablar de privilegios y al mismo tiempo de competencia para juzgar a los Agentes del Ministerio Público.

"Ahora bien, si la Constitución dispuso que los Magistrados y Jueces no pueden ser suspendidos en el ejercicio de sus destinos sino en los casos y con las formalidades que determine la ley, ni depuestos por causa de infracciones penales, sino a virtud de sentencia judicial proferida **por el respectivo superior** (artículo 160), quiere ello decir que la Ley Fundamental estableció, así, un **privilegio** para esos funcionarios, consistente en no poder ser juzgados por jueces inferiores a ellos, sino por una jerarquía más alta y respetable. Y, naturalmente, de este privilegio deben gozar también los Agentes del Ministerio Público, por mandato expreso de la misma Carta. En esto radica "la gracia o prerrogativa" que implica el privilegio, confiriendo "algún derecho de que no gozan otros", como dice Escriche.

"Y esta prerrogativa se violaría en el presente caso, si el Fiscal del Tribunal fuera juzgado por un Juez Superior, el cual no tiene siquiera su misma categoría".

Y más adelante agrega el señor Agente del Ministerio Público:

"Dice la H. Corte que mientras el artículo 142 de la Constitución no sea reglamentado por la ley, habrá que estarse al Código de Procedimiento en lo atinente a jurisdicción y competencia.

"Atentamente replica este Despacho:

"La reglamentación de un precepto legislativo supone un complemento del mismo para su cumplida ejecución; pero en manera alguna esa reglamentación puede salirse del contenido mismo de la norma, no puede traspasarla en ningún caso, porque entonces el acto reglamentario carece de valor y no obliga.

"Y este principio, adquiere suprema trascendencia tratándose de la Constitución, desde luego que ésta 'es ley reformatoria y derogatoria de la legislación preexistente. Toda disposición legal anterior a la Constitución y que sea claramente contraria a su letra o a su espíritu, se desechará como insubsistente' (artículo 9º Ley 153 de 1887); fuera de que la misma Carta dispone que 'en todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley, se aplicarán de preferencia las disposiciones constitucionales". (Artículo 215).

"Por consiguiente, la ley que viniera a reglamentar el inciso tercero del artículo 142 del estatuto fundamental no podría menoscabar en lo más mínimo el principio allí establecido, de que 'los funcionarios del Ministerio Público tendrán la misma categoría, remuneración, privilegios y prestaciones que los Magistrados y Jueces ante quienes ejercen su cargo'. Y como en este mandato, según se deja visto, quedó claramente comprendido lo relativo al fuero de los Agentes del Ministerio Público, no es necesaria la previsión legislativa para que ese canon pueda cumplirse.

"Por eso dice con todo acierto el Magistrado doctor Gómez Prada: 'Ningún precepto estatuye que las disposiciones de la Carta no se cumplan hasta tanto que una ley no las haya reafirmado y desarrollado. Eso sería darles preeminencia a las leyes sobre aquella que se ha llamado por an-

tonomasia 'Ley fundamental', que ha de obedecerse de inmediato en cuanto sea posible, es decr, si la Constitución no ha deferido a la Ley reglamentaria su observancia o si la naturaleza misma del mandato impide su cumplimiento sin reglamentación especial: los preceptos reglamentarios se dictan precisamente para mejor guardar los estatutos que desarrollan'.

"Es evidente que cuando la Carta requiere reglamentación, ella misma la delega en la ley de manera expresa. Así, por ejemplo, dispone: 'Se garantiza el derecho de huelga, salvo en los servicios públicos. La ley reglamentará su ejercicio'. (Artículo 18); 'La asistencia pública es función del Estado... La ley determinará la forma como se preste la asistencia y los casos en que deba darla directamente el Estado'. (Artículo 19); 'Toda persona es libre de escoger profesión u oficio. La ley puede exigir títulos de idoneidad y reglamentar el ejercicio de las profesiones'. (Artículo 39); 'Nadie podrá litigar en causa propia o ajena, si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones'. (Artículo 40); 'Todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones patrias. La ley determinará las condiciones que en todo tiempo eximen del servicio militar'. (Artículo 165), etc., etc.

"En tal virtud, si el artículo 142 comentado nada dijo sobre su reglamentación; y siendo así que ese precepto es tan claro y perentorio, el juzgador no puede aplazar su aplicación, mayormente tratándose de la H. Corte, a quien la misma Carta 'le confía la guarda de la integridad de la Constitución'.

"Además, es conveniente anotar que el Código de Procedimiento Penal no hizo otra cosa, en materia de fueros, que reconocer expresamente los consagrados por la Constitución en favor de los altos funcionarios del Estado. De manera que la competencia de la Corte en este sentido la fija propiamente la Ley Fundamental, y no el Código de Procedimiento.

"Lo cual quiere decir que el artículo 142 de la Carta no ha hecho otra cosa que seguir ese criterio del constituyente, de fijar él mismo el Juez que ha de juzgar a los funcionarios de más alta categoría, como lo señala el artículo 151.

"Si, pues, conforme a la letra y al espíritu de la Constitución Nacional, la H. Corte debe conocer de los procesos por responsabilidad contra los Magistrados de los Tribunales Superiores; si los Fiscales de éstos tienen la misma categoría y privilegios que tales Magistrados; si toda disposición legal anterior a la Constitución que sea claramente contraria a su letra **o a su espíritu,** se desechará como insubsistente; y si en caso de incompatibilidad entre la Carta y la ley, debe prevalecer la primera, es necesario concluír que el Código de Procedimiento Penal no rige en lo concerniente a la competencia para conocer de los negocios penales contra los Fiscales de los Tribunales Superiores, sino la Constitución misma".

La Corte había venido sosteniendo con anterioridad, que tratándose de los Magistrados de los Tribunales Contencioso-Administrativos, no existía competencia de ella para su juzgamiento y, estos funcionarios lo mismo que los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito quedaban en la misma situación anterior a la Reforma Constitucional, pero son tan poderosas y bien fundadas las argumentaciones de la Procuraduría y tan exactas las consecuencias que se desprenden del texto constitucional que equipara a los Fiscales de los Tribunales Superiores con los Magistrados de las mismas entidades, que la Sala después de haberlas meditado muy seria y profundamente, reconoce que es preciso atender a la solicitud de revocatoria solicitada por aquella entidad.

En consecuencia, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, de acuerdo con la petición formulada por el señor Procurador Delegado en lo Penal,

Resuelve:

REVOCASE el auto de fecha tres de agosto de mil novecientos cuarenta y seis y en su lugar dispone avocar el conocimiento de los hechos denunciados en estas diligencias, en las cuales aparece como sindicado el doctor Rafael Flórez Camacho, Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

DELITOS DE PECULADO Y FALSEDAD

La palabra ADMINISTRAR no equivale necesaria y únicamente a EMPLEAR o a INVERTIR en transacciones para las cuales se está facultado, puesto que también significa CUIDAR. Que es lo que hace un Juez con los elementos que llegan a su Despacho. Y los valores en efectivo que se envían a una oficina judicial como dependientes de una determinada acción, quedan bajo la custodia del Juez, de la misma manera que el juicio se somete a su dirección y aun puede decirse a su administración, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Va la Sala a decidir del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, del Tribunal Superior de Pamplona, en la cual se condenó a Pedro Alvarez Peña, autor de los delitos de falsedad y peculado, a las siguientes sanciones: ocho años de presidio; interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; y publicación especial de la sentencia, de conformidad con el artículo 52 del Código Penal.

Resume ese fallo los cargos que se le formularon al mencionado Alvarez Peña en los autos de proceder de diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres y de ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, uno y otro del Tribunal Superior de Pamplona, quien el veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco resolvió acumular los procesos correspondientes, que se venían adelantando por separado, y que dan cuenta de actividades delictuosas de Pedro Alvarez Peña cuando éste ejerció en interinidad el cargo de Juez Penal del Circuito de Ocaña, del veintinueve de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno al veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

Auto de proceder de diez y siete de septiembre

Los hechos ahí analizados y por los cuales se le dedujo responsabilidad a Pedro Alvarez Peña, son los siguientes: a) Haber dicho procesado dispuesto de la cantidad de $ 340.00 depositados en el Juzgado Penal del Circuito de Ocaña, dinero de propiedad de Aura Elisa Quintero de Clavijo, a quien se los sustrajo su hermana Carmen Elena Quintero —el 24 de noviembre de 1941— de cuyo poder lo recuperó el Inspector de Policía Municipal Miguel Angel Fajardo y lo pasó al Juzgado del señor Alvarez Peña; y b) Haber tratado de ocultar este hecho (apropiación de la cantidad ya mencionada) valiéndose de supuestos depósitos de esa suma en las personas de Eustoquio Quintero y de Aura Elisa Quintero de Clavijo.

Auto de proceder de ocho de septiembre

Consiste el cargo de falsedad que en este auto se le hace a Pedro Alvarez Peña, en haber variado total o parcialmente los textos de unas declaraciones en las diligencias sumarias adelantadas en la averiguación de un delito de estafa denunciado por Juana Barbosa vda. de Barbosa y en las que aparecían como sindicados Elvira Montaño y Abel Quintero. Los documentos a que se refiere la adulteración son, según el auto de proceder, la declaración de Alejandrino Vega o Barbosa y la indagatoria de Elvira Montaño.

Análisis de las pruebas

El comportamiento del Juez Alvarez Peña, quien de manera ostensible gastaba dinero en holgorios y jaranas en forma incompatible con sus recursos económicos y con la remuneración de que gozaba, fue lo que movió a varias personas de Ocaña a sospechar de la pulcritud del Juez. Y se acentuaron tanto estas sospechas, que pronto se

tuvo la certidumbre de que Alvarez Peña invertía en aquellas diversiones los depósitos existentes en su Juzgado. Y fue así como el diez y siete de febrero de mil novecientos cuarenta y dos Oscar Camargo le hizo la imputación de haberse apropiado la cantidad de $ 340.00, pertenecientes a Aura Elisa Quintero de Clavijo; hecho que resultó comprobado. Porque aun cuando el Juez, que tomó rápidamente la defensiva, se puso de acuerdo con la interesada Aura Elisa Quintero para que le ayudara a salvar su comprometedora situación, en vista del cariz que habían tomado los rumores, a la vez que con ese acuerdo Aura Elisa amparaba la suya propia, no tardó en descubrirse la inexactitud de esas diligencias de depósitos, en las que aparecían como depositarios parientes de Aura Elisa y ella misma. De ese modo el Juez quedaba a cubierto del cargo de peculado y Aura Elisa, a quien no le convenía la destitución del funcionario, lo que equivalía a la imposibilidad de recuperar lo suyo, resolvió mezclarse en el enredo creyendo que de esa manera se protegía a sí misma. Pero con este ardid, tan mal urdido, el Juez empeoró su posición ante la ley, porque cayó en otro delito: el de falsedad.

Que fue contraria a la verdad la narración hecha en la diligencia de depósito de los $ 340.00 en la persona de Eustoquio Quintero, lo dio a entender éste cuando dijo que él había firmado la diligencia como depositario pero sin recibir dicha suma. Y aquí cabe destacar una singular circunstancia: que Eustoquio Quintero era quien guardaba la prueba del supuesto depósito; o sea, que el Juez le entregaba los $ 340.00 y no conservaba en su poder la constancia correspondiente, sino que también se la dejaba al pseudodepositario.

Que no hubo tal entrega de igual suma a Aura Elisa Quintero de Clavijo, se deduce de lo siguiente: a) de las cartas dirigidas por ella a su esposo Julio Clavijo, en las cuales le daba cuenta de las angustias que estaba pasando con motivo de la conducta del Juez Alvarez Peña, que no parecía dispuesto a devolver los $ 340.00. Estas cartas fueron escritas con posterioridad a la fecha en que ella parecía recibiendo tal cantidad, como depositaria; b) del hecho de haberle entregado Alvarez Peña a Aura Elisa Quintero la cantidad de $ 70.00, según afirmación de ella y de Pedro Navarro, y según lo refiere la misma Aura Elisa en carta a su marido, documento que se halla al folio 112 del primer cuaderno; y c) del pagaré suscrito por el Juez Alvarez Peña como deudor de Aura Elisa Quintero de Clavijo de la cantidad de $ 270.00. Dato muy importante éste porque si ya el Juez le había dado a Aura Elisa Quintero $ 70.00 a buena cuenta de los $ 340.00, esa suma ($ 270.00) era lo que precisamente faltaba para completar el total ($ 340.00).

Considera, pues, la Sala que las dos infracciones que figuran en el auto de proceder del diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres están suficientemente establecidas con pruebas indiciales es cierto, pero de tal manera firmes, que no lograron ser desvirtuadas en el curso del juicio, al cual se allegó, a manera de **ultima ratio**, la constancia de que Pedro Alvarez Peña se hallaba a paz y salvo con Aura Elisa Quintero de Clavijo. Documento que apenas tiene una importancia y una utilidad: la de saber que el delincuente indemnizó a la víctima de la cantidad apropiada, aun cuando no de los perjuicios a que el tejemaneje de la investigación y del reclamo dio lugar.

El otro delito de falsedad se consumó en el proceso por estafa que se adelantó en virtud de denuncia de Juana Barbosa vda. de Barbosa, como ya se dijo, y consistió en haber variado el Juez Alvarez Peña —en cuyo Juzgado se practicaron las primeras diligencias informativas— el texto de la declaración de Alejandro Vega o Barbosa y el de la indagatoria de Elvira Montaño, la principal sindicada de ese delito de estafa.

Quienes han asegurado este hecho son los señores Jorge Tacilla, portero-escribiente del Juzgado, y Salomón Sabbagh, escribiente de la oficina judicial nombrada.

Dijo aquél:

"...A las cinco menos cinco minutos de la tarde del treinta de abril del año en curso, se presentó al Despacho de la Secretaría del Juzgado Primero de este Circuito Penal, la señora Juana Barbosa v. de Barbosa, acompañada por el señor Alejandrino Barbosa, con el fin de formular un denuncio criminal contra varias personas por el delito de estafa, en cuantía mayor a mil pesos, según ellos así lo expresaron. En la Secretaría nos encontrábamos el secretario Manuel Guerrero Alvarez, el oficial mayor Salomón S. Sabbagh

y el que declara, como portero-escribiente. Además, estaba allí el doctor Jorge Zurek Meza. Después del juramento de rigor tomado por el señor Juez doctor Pedro Alvarez Peña, el oficial mayor se sentó en la máquina con el fin de recibirle a la señora viuda de Barbosa el denuncio a que hice alusión. Una vez se comenzó el acta del denuncio, y siendo las cinco de la tarde, me retiré del Juzgado y conmigo el doctor Zurek Meza porque tenía urgencia de hacer algunas diligencias personales, quedándose en la Secretaría, el Secretario y el Oficial Mayor practicando las diligencias que fueren del caso. El día siguiente como era la fiesta del trabajo, primero de mayo, no hubo oficina. Al salir de mi casa de habitación, la cual queda a una cuadra de distancia del Juzgado en que trabajo, con dirección al correo aéreo, en el mencionado día del Trabajo, y viendo aglomeración de gente en la puerta del Despacho del señor Juez, cambié de rumbo y me dirigí a la oficina del Juzgado, para indagarme de lo que allí estuviera sucediendo. Tan pronto como llegué encontré al señor Juez y al Oficial Mayor e inmediatamente me dijeron que precisamente me estaban necesitando para ayudarles a practicar las diligencias necesarias para el esclarecimiento del delito a que se contrae la denuncia ya mencionada. En el patio de la casa que ocupa el Juzgado se hallaban los señores Abel Quintero, Jesús Humberto Lemus y Felipe Montaño. En seguida el Juez Alvarez Peña me entregó un interrogatorio y me dijo que le recibiera declaración de acuerdo con él, al señor Alejandrino Barbosa y a otro cuyo nombre se me escapa por el momento. Yo procedí a recibirles el testimonio en la Secretaría del Juzgado. Como es de ley, el Juez presenció a ratos estas deposiciones porque el Oficial Mayor también estaba recibiendo otros testimonios y el Juez quería vigilar si nosotros estábamos cumpliendo punto por punto con los interrogatorios por él formulados. Como a las diez y media de la mañana del mismo día, el doctor Alvarez me ordenó mandara citar a la señora Elvira Montaño y le recibiera indagatoria de conformidad, también con otro interrogatorio que él detalló para el efecto. Una vez presente en el Juzgado la referida señora le recibí la instructiva, por delante del señor Juez y el apoderado nombrado por la sindicada doctor Valentín Piñeres Andrade. Hago la aclaración de que yo, como portero escribiente del Juzgado Primero, intervine en las tres diligencias a que me he referido porque el señor Secretario, Manuel Guerrero Alvarez, después de firmar y leer el denuncio tántas veces citado se informó de que en él se sindicaba al señor Jesús Humberto Lemus y a la señora Elvira Montaño se declaró impedido para seguir actuando, por tener enemistad capital con esas personas. De conformidad con disposiciones penales el señor Oficial Mayor Salomón S. Sabbagh, lo sustituyó en toda la actuación de ese proceso. Repito. Yo intervine, por orden del señor Juez para ayudar al Oficial Mayor en las varias diligencias que legalmente tenía que llevarse a cabo en ese día. El Secretario señor Guerrero Alvarez, a pesar de haberse declarado impedido siempre estuvo en el Juzgado con el fin de absolvernos cualquier duda que se nos presentara en el procedimiento, pero sin intervenir absolutamente en nada en la práctica de las diligencias. Debido a que en esa mañana, por todas las personas a que me referí anteriormente, y que se hallaban presentes en el Despacho del Juzgado, se estaba ingiriendo gran cantidad de licor y, por consiguiente, el Juzgado presentaba una situación crítica y deplorable, me indigné y me retiré del mismo como a eso de las doce meridiano. Consecuencialmente, no tuve conocimiento de lo más que se hiciera en el precitado día, y en los sucesivos me abstuve por completo por conocer siquiera, muy veladamente todos los detalles de esa investigación. El quince de mayo del año que corre, se me nombró para un cargo en el Juzgado Civil de este Circuito, en el cual estuve hasta el diez y seis de julio del mismo año. Al regresar al Juzgado Primero encontré en la mesa de la Oficialía Mayor, cargo que hoy desempeño, las diligencias a que se ha hecho referencia anteriormente. Por curiosidad quise estudiar ese sumario, y cuál sería mi sorpresa cuando al estudiar las piezas que obraban en autos me dí cuenta de que la indagatoria que le recibí a la señora Elvira Montaño, las declaraciones que les tomé a Alejandrino Barbosa y a la persona que dije arriba no recordaba su nombre y apellido, las cuales fueron también recibidas por el que declara, no estaban conformes con las que yo había tomado el primero de mayo del corriente año, pero sí figuraban otras que estaban lejos de la realidad. Esta aseveración la baso en lo siguiente: El doctor Ismael Vásquez, quien estaba ese día también en el Juzgado, firmó a ruego de Alejandrino Barbosa y en la declaración actual que consta en el proceso, no está figurando el doctor Vásquez como firmante a ruego. Por la indagatoria y la otra declaración induzco que no son las que yo recibí por la redacción que yo utilizo y por otros

detalles de estética que son mi norma en toda diligencia que escribo..."

El señor Sabbagh dijo:

"...El día treinta de abril del año en curso, como a eso de las cuatro y media de la tarde, se presentó la señora Juana Barbosa v. de Barbosa al Juzgado Primero del Circuito Penal y relató lo que le sucedía, manifestando luego que quería se le recibiera el denuncio con respecto al hecho que le había sucedido a su hijo adoptivo Alejandrino Barbosa, y que consistía en lo siguiente: Que el mencionado Alejandrino Barbosa, en compañía de otros, habían sido contratados por el Padre Sánchez Chica para que extrajeran un hormiguero, que se encontraba en una huerta que colinda con el cementerio católico de la ciudad y que según decires es de propiedad del mismo Padre Sánchez Chica; que obedeciendo Barbosa y la otra persona el mandato del Padre, Barbosa y la otra persona cuyo nombre no recuerdo, se trasladaron al sitio indicado y después de breves excavaciones hallaron una vasija que contenía cierta cantidad de monedas, que según manifestaba la señora, éstas eran de oro; que entre Barbosa y la otra persona, en forma amigable hicieron el reparto de las monedas y Alejandrino se dirigió hacia la casa de Juana Barbosa, que era donde él vivía y le hizo entrega a dicha señora de las monedas que le había correspondido en el reparto, las cuales recibió y procedió a lavarlas con agua caliente, si mal no recuerdo, y luego las empacó y las guardó en un baúl; que como a eso de las siete p. m. se presentó a la casa de habitación de la mencionada señora, Elvira Montaño y que después de varias amenazas consistentes en que las autoridades prohibían la tenencia o posesión de monedas de oro, y que para evitarle el decomiso y sanción lo mejor era que se las vendiera, a lo cual la Barbosa, en vista de tales circunstancias, anotadas por la Montaño, la primera habida la consideración de su ignorancia sobre el respecto, optó por venderle las monedas en una suma de dinero, no recuerdo cuánto, y luego de haberle hecho tal venta, la misma Barbosa tuvo conocimiento de que dichas monedas tenían un valor supremamente mejor al que la Montaño le había dado y por lo cual, en virtud de ese mal negocio lo consideró como estafa. En estos términos fue presentado el denuncio a que hace referencia la pregunta que se me hace. Este denuncio lo recibí en mi condición de Oficial Mayor del Juzgado Primero Penal y firmado a ruego por no saberlo hacerlo la señora, por el doctor Jorge Zurek Meza". Preguntado: Diga quién actuó como secretario en la investigación del delito de que se viene hablando. Contestó: En la investigación a que se refiere la pregunta que se me hace, actuó el suscrito por la circunstancia de que como el secretario, señor Manuel Guerrero Alvarez tenía enemistad capital con Jesús Humberto Lemus, hijo de la denunciada Elvira Montaño, el señor Juez me ordenó que actuara como tal. En esta actuación mía, como secretario, creo no haber tomado posesión. Preguntado. Diga si en la declaración rendida en ese negocio por el señor Alejandrino Barbosa, aparece el doctor Ismael Vásquez, como firmante a ruego del mentado Alejandrino Barbosa? Contestó: Comoquiera que el sucrito no recibió tal declaración, es el caso de que no tengo seguridad plena, de si fue el señor Ismael Vásquez quien firmó a ruego del señor Alejandrino Barbosa. Preguntado. Diga quién o quiénes recibieron esta declaración y quién le recibió juramento e hizo las preguntas contenidas o que sugieran de dicha declaración? Contestó: Como dije antes, en virtud de no haberla recibido el suscrito, no puedo aseverar si se le recibió o no al declarante Barbosa, juramento. Con respecto a la recepción del testimonio, creo haya sido el señor Jorge A. Tacilla, empleado del mismo Juzgado, conocimiento que obtuve en el mismo Despacho. Preguntado: Diga si presume o ha tenido conocimiento de que las actas referentes a la diligencia de indagatoria de Elvira Montaño y declaración de Alejandrino Barbosa, hayan sido sustraídas o adulteradas? Contestó: Con respecto a lo que se me pregunta, me permito hacer el siguiente relato: La indagatoria rendida por la señora Elvira Montaño fue recibida por el escribiente señor Jorge A. Tacilla, si mal no recuerdo, el primero de mayo del corriente año, lo mismo que la declaración de Barbosa. No recuerdo el día, pero lo cierto es que el doctor Pedro Alvarez Peña, en su condición de Juez Primero me llamó a su Despacho y me dijo que tomara papel y me sentara en la máquina y escribiera lo que me iba a redactar. En virtud de que él era el jefe de la oficina, yo procedí al acto a cumplir lo que se me ordenaba y me ordenó que escribiera el encabezamiento de una indagatoria en la cual aparecía declarando la señora Elvira Montaño. En vista de que tal señora Montaño no se hallaba en el acto de la indagatoria, hube de increparle al mencionado Dr. Alvarez Peña, que tal procedimiento podría acarrearle alguna responsabilidad y éste con palabras im-

ponentes rehusó de un todo mi insinuación y me dijo que en su Despacho él mandaba y que por lo cual se debía cumplir lo que él ordenara, ya que la responsabilidad del Juzgado estaba a su cargo. Después de acalorada discusión escribí lo que él me redactó y terminada la diligencia, yo me fuí hacia la Secretaría y él se apoderó de la diligencia escrita, salió hacia la calle sin saber a qué dirección y luego al rato volvió, me llamó a su Despacho nuevamente y me puso la diligencia aludida para que la firmara el suscrito, lo cual así hice después de estar firmada por él y por la indagada. Comoquiera que el sumario a que se hace referencia siempre permanecía al Despacho del Juez, por exigirlo éste así, es el caso de que no me consta si fue él quien sustrajo la primera diligencia de indagatoria recibida u otra persona, porque después yo no volví a ver adherida al proceso la primera indagatoria rendida por la Montaño. Lo mismo ocurrió con respecto a la declaración de Barbosa. Para corroborar las constantes controversias de las anomalías anotadas, cito al señor Manuel Guerrero Alvarez, secretario del Juzgado en propiedad, para que se le reciba declaración y refiera el caso sucedido entre él, el doctor Alvarez Peña, en su condición de Juez, y el suscrito, en su condición de Oficial Mayor, para que manifieste cuál fue el móvil de que tanto él como el que declara presentamos renuncia de nuestros cargos y si esto fue debido al hecho de haberle sorprendido a Alvarez Peña en su Despacho, por cierto un día feriado, cometiendo un acto ilícito, consistente en cambio de unas declaraciones en este mismo asunto, hecho que fue increpado a Alvarez Peña por el mencionado Guerrero Alvarez, para hacerle saber el error en que estaba incurriendo. A esta insinuación, el Juez Alvarez Peña, manifestó las mismas palabras que usó para con el suscrito en el momento de obligarme a que escribiera la indagatoria de Elvira Montaño y la declaración de Barbosa, esto es, que él, Alvarez Peña, como Jefe hacía cumplir sus órdenes, ya que la responsabilidad del Juzgado estaba siempre a su cargo. La renuncia presentada por el señor Guerrero Alvarez fue escrita por el suscrito y redactada por el doctor Valentín Piñeres Andrade y puesta oportunamente a la mesa del Despacho del señor Juez. Hago constar que la renuncia de Guerrero Alvarez y la mía fueron ambas exigidas por el mismo Juez..."

Estas declaraciones no ofrecerían duda alguna y fueran de por sí prueba convincente de los hechos que en ellas se describen, si no se presentara una circunstancia que las debilita, no porque la Sala suponga en los declarantes ánimo de faltar a la verdad, sino porque en todo análisis probatorio debe desecharse hasta el más pequeño factor que induzca o pueda inducir a restarle fuerza al testimonio. Así lo exige la crítica del mismo, que es labor en la que debe emplearse la mayor ponderación.

Esa circunstancia a que alude la Sala, no es otra que la tirantez de relaciones entre los testigos (empleados del Juzgado del señor Alvarez Peña) y el Juez. Que ello se debiera a actuaciones indelicadas o incorrectas del Jefe de la oficina, o a otra causa menos valedera, no importa al caso. Lo que interesa es el mal concepto en que los empleados tenían al Juez; y esta apreciación sí podía influír en ellos —de manera subconsciente al menos— para rendir un testimonio que no tuviera todos los acentos de una completa serenidad.

El hecho de haber ellos presentado renuncia de los cargos que desempeñaban, está indicando cuánto les desagradaba trabajar a la orden de quien no sabía llevar con decoro la investidura de administrador de la justicia.

Y por eso es preciso acudir a otros elementos de juicio en lo atinente a la demostración de ese cargo. Y así se trató de hacer, sin resultado. Porque Ismael Vásquez, quien según lo aseguró Jorge Tacilla, fue la persona que firmó a ruego la declaración de Alejandrino Vega o Barbosa, por no saber éste hacerlo, manifestó no recordar nada con relación a esa ocurrencia. E igual cosa sucedió al preguntar sobre el mismo incidente a Humberto Lemus y a Elvira Montaño.

Era claro que ésta, si era verdad que su primera indagatoria (la destruída o suplantada) le resultaba perjudicial, no iba luego a sostener que en efecto las cosas habían pasado como las refirió Jorge Tacilla. Pero si la adulteración era con el objeto de mejorar la posición de la sindicada Montaño ¿qué razón había para mudar también la declaración de Alejandrino Vega o Barbosa, que, sin embargo, apareció de acuerdo con lo afirmado por la denunciante Juana Barbosa vda. de Barbosa? Porque es apenas natural concederle algún propósito al Juez, en quien se suponía por parte de sus empleados un torcido manejo en la investigación para repartirse con la sindicada el fruto de la estafa. Si esta finalidad no llegó a revelarse con hechos indiscutibles, el supuesto de la

falsedad pierde su mejor —y quizás su único— punto de apoyo.

Así, pues, estima la Sala que este cargo no está suficientemente probado y que respecto de él debe absolverse al procesado Alvarez Peña.

Aspecto jurídico de las infracciones

La sentencia condenatoria es un corolario del auto de proceder. Cuando se llega a ese resultado se tiene entonces un obligado presupuesto: el de la comprobación de los cargos. Porque es con relación a ellos como puede el proceso sufrir transformaciones. No así en lo referente al delito, cuya estructura fue materia de análisis al abrirse el debate judicial, acto para el cual se exige la prueba completa del cuerpo del delito.

De manera que habiendo quedado como evidente, en aquella etapa del proceso, que por el hecho de haber dispuesto el Juez de una suma de dinero subordinada a una investigación que él debía adelantar, incurrió precisamente en el delito de peculado; y que por haber simulado diligencias que no se habían realizado cometió un delito contra la fe pública, nada cabe agregar sobre ese particular.

Se dijo entonces, al rebatir un argumento del apoderado de Alvarez Peña, que la palabra **administrar** no equivale necesaria y únicamente a emplear o a invertir en transacciones para las cuales se esté facultado, puesto que también significa **cuidar.** Que es lo que hace un Juez con los elementos que llegan a su Despacho. Y los valores en efectivo que se envían a una oficina judicial como dependientes de una determinada acción, quedan bajo la custodia del Juez, de la misma manera que el juicio se somete a su dirección, y aún puede decirse a su administración, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución.

Concepto de la Procuraduría

Dos únicos reparos le hace el señor Procurador Delegado en lo Penal al fallo apelado. El primero se refiere a indebida estimación de una circunstancia de mayor peligrosidad, y el otro, a haber omitido condenar en abstracto al pago de perjuicios. No obstante, el señor Procurador pide que se confirme la sentencia.

Dice así la parte pertinente de la Vista:

"...En cuanto a la pena impuesta, el Tribunal optó por aplicarla en un término superior al mínimo e inferior al máximo, teniendo en cuenta las siguientes circunstancias de mayor peligrosidad: a) El haber obrado Alvarez Peña por motivos innobles, "ya que cometió estos delitos con el fin de obtener los medios para satisfacer vicios indecorosos y bajas pasiones"; b) Haber especulado torpemente con la administración de justicia en su personal provecho; c) Haber cometido un delito para tratar de ocultar o encubrir otro; y d) Su posición distinguída que ocupaba en la sociedad por su alta investidura de Juez que no supo respetar.

"La primera circunstancia es clara, puesto que, como lo anota el Tribunal, Alvarez Peña "hacía gastos desmedidos en francachelas y orgías, desproporcionados con sus posibilidades económicas y de esa suerte para procurarse los medios necesarios para satisfacer sus vicios y bajas pasiones no vaciló en vender sus sueldos varias veces a distintas personas y lo que es más grave y censurable aún en aprovecharse del producto de los delitos que como Juez estaba encargado de investigar y reprimir".

"Las circunstancias b) y c) no están previstas como tales por el artículo 37 del Código Penal, y en cuanto a ellas no cabe la analogía (artículo 40 **ibidem**).

"Además, la especulación a que hace referencia el Tribunal en la circunstancia b) configura precisamente el delito de peculado, y por lo mismo ella no puede tenerse nuevamente como elemento accesorio de la infracción para aumentar la pena. Y el haber cometido Alvarez Peña una de las falsedades para encubrir el peculado, implica un concurso material de delitos que queda ya reprimido con la aplicación del artículo 33 del Código Penal.

"Y la agravante consistente en la posición distinguida del procesado por virtud del cargo de Juez que desempeñaba, tampoco es procedente computarla aquí, pues esa calidad de funcionario es cabalmente uno de los requisitos esenciales del peculado y de las falsedades en documentos públicos sobre que versa la condenación de Alvarez Peña.

"Pero a pesar de esto, la pena de ocho años de presidio aplicada al acusado debe mantenerse en pie, porque en este caso es evidente la circunstancia de mayor peligrosidad consistente en hacer más nocivas las consecuencias del delito, desde luego que por virtud de la conducta antisocial de

Alvarez Peña, se ha ordenado una investigación por perjurio contra los hermanos Eustoquio Quintero y Aura Elisa Quintero de Clavijo, quienes, con el fin de favorecer al procesado, faltaron a la verdad en declaración jurada. Asimismo, el padre de éste sufrió perjuicios al tener que resarcir la suma materia del peculado cometido por su hijo.

"Por otra parte, es indiscutible que Alvarez Peña demuestra una profunda atrofia en su moralidad; sus fuerzas inhibitorias o reductores psíquicos son casi nulos. Ello se hace patente por la facilidad con que él delinque, pues ya en estos procesos acumulados se le reprimen tres delitos, y se halla también enjuiciado por otro nuevo y grave hecho punible constitutivos de concusión, según aparece del proceso que actualmente cursa en esa H. Corte. Lo que quiere decir que el acusado es un sujeto altamente peligroso.

"Y si a esto se agrega que el delito de falsedad cometido por Alvarez Peña en la investigación por estafa contra Elvira Montaño, Abel Quintero y otros revistió dentro de su especie una gravedad excepcional, pues el Juez no sólo sustrajo unos documentos de ese negocio, sino que los elaboró nuevamente en diverso sentido, síguese que, juntamente con las dos circunstancias de mayor peligrosidad previstas por los numerales 3º y 12º del artículo 37 del Código Penal, debe evaluarse también la personalidad del agente y la gravedad y modalidades del hecho delictuoso para la imposición de la pena, tal como lo manda el artículo 36 de la misma obra.

"Finalmente cabe observar que el Tribunal omitió hacer en abstracto la condenación por perjuicios.

"A este respecto acaba de decir la H. Corte lo siguiente:

"'Las normas sobre condenación en perjuicios son de obligatorio cumplimiento, de suerte que toda sentencia condenatoria, sin excepción alguna, debe contener dicho pronunciamiento, por exigirlo así el artículo 92 de la ley penal. Cuando no se determinan en la respectiva investigación, la condenación se hace en forma abstracta". (Sentencia de 26 de junio de 1946. Casación de Fortunato Cuervo, por homicidio).

Personalidad del acusado

La estudia y reseña el Tribunal, así:

"...se sabe que el procesado, que a la fecha cuenta treinta años de edad, más o menos, es hijo legítimo de Escipión Alvarez H. y Herminia Peña. Cursó bachillerato en los Colegios Provincial de San José en Pamplona y de Ramírez en Bogotá. En forma nada brillante y sí harto deficiente hizo estudios de Derecho en el Externado de Colombia y de ahí la incompetencia que demostró en el ejercicio del cargo de Juez 1º Penal del Circuito de Ocaña. No tiene ilustración alguna a pesar de los estudios que ha hecho y es lamentable ver cómo ignora hasta la ortografía, pues ni siquiera sabe escribir bien las más comunes y corrientes palabras. Falta de inteligencia y falta de moralidad son los dos rasgos característicos de su personalidad y constituyen la razón de ser o la causa explicativa de toda la trayectoria de su delincuencia. Demostró singular torpeza en la ejecución de los delitos y no menos grande en el empleo de los medios con que trató de ocultarlos. Llevó en Ocaña una vida licenciosa, entregado a toda clase de vicios y en lugar de buscar la compañía de las personas honradas, sanas y sensatas que tánto abundan allí prefirió rodearse de los elementos más indeseables que en esa ciudad los hay como en todas partes, su falta de sentido moral, de ética, de una noción exacta del deber y de la responsabilidad lo condujo a cometer un sinnúmero de excesos y de indelicadezas. Hacía gastos desmedidos en francachelas y orgías, desproporcionados con sus posibilidades económicas y de esa suerte para procurarse los medios necesarios para satisfacer sus vicios y bajas pasiones no vaciló en vender sus sueldos varias veces a distintas personas y lo que es más grave y censurable aún en aprovecharse del producto de los delitos que como Juez estaba encargado de investigar y reprimir. Mancilló y rebajó hasta límites extremos la administración de justicia que fue en sus impuras manos cruel sarcasmo, irrisión e ironía. No tuvo el más mínimo respeto por el Juzgado, noble y severo templo de la justicia, convirtiéndolo en teatro de orgías y en miserable taberna para embriagarse con los propios sindicados en los procesos que instruía. Dio mal ejemplo con su execrable conducta, perdió su autoridad y ascendencia con los empleados subalternos que se vieron obligados a increparle muchos veces sus infames procederes y a renunciar indignados los cargos que desempeñaban. Criado en el ambiente plácido, sencillo y tranquilo del campo, en un hogar modelo por muchos títulos, por el ejemplo edificante de un padre honrado y laborioso, por las eximias y aus-

teras virtudes de la madre, no tuvo en cuenta esos antecedentes y volviéndole la espalda al pasado y cerrando los ojos al porvenir se precipitó fatalmente en los negros abismos de la delincuencia. Con todo, no es un criminal nato como lo calificó, en ocasión anterior, otra Sala de este mismo Tribunal, en forma por demás gratuita, ligera, aventurada e injusta, que no tiene fundamento alguno en el proceso y que es preciso rectificar como en efecto se hace ahora por motivos obligantes de la más elemental equidad, diciendo que Pedro Alvarez Peña es apenas un delincuente ocasional, víctima desgraciada del medio impropicio en que le tocó actuar y cuya completa y definitiva regeneración talvez sea fácil lograr si se encausan y dirigen convenientemente las reservas morales latentes de que tuvo que hacer acopio en su hogar, por la limpia y pulcra tradición de su familia, en hora infausta quebrantada por él. Tal es a grandes rasgos, trazada con caracteres sombríos, la personalidad del procesado Pedro Alvarez Peña, cuya historia delincuente es única en los anales de este Distrito, donde todos los Jueces han sabido distinguirse siempre por su inmaculada probidad y competencia para honra y decoro de la administración de justicia".

Nada tiene sobre este particular que añadir la Sala. Sólo lamenta que un Juez de Colombia, en donde se tiene por la justicia un respeto muy fundado y merecido y en donde es preciso reconocer que los funcionarios que la administran no carecen de resortes morales para resistir a las incitaciones de la venalidad, exista o haya existido un Juez que en mala hora perdió toda noción de pundonor y de respeto en el desempeño de su delicada y trascendental misión.

Finalmente, no hay alegato al cual referirse en esta segunda instancia.

Conclusiones:

Como ha quedado en pie una circunstancia de mayor peligrosidad (3ª del artículo 37 del C. P.) no se puede imponer el mínimo de la sanción que señalan los artículos 152 y 231 del Código Penal, en relación con el artículo 33 ibidem. Así, pues, como las falsedades de que es responsable el procesado al simular depósitos que en verdad no tuvieron realización en el sumario en que fue denunciante Oscar Martínez Camargo, han sido bien sancionadas con cinco años de presidio, sólo falta por indicar la pena correspondiente al peculado. Y la Sala considera que, dentro de la autorización que le dá el artículo 33 del Código Penal, queda equitativamente sancionado este hecho con un año más, o sea, seis años de presidio en total, en lugar de ocho que fija la sentencia apelada, por haberse descartado en la presente el delito de falsedad que fue materia del proceso iniciado en virtud de denuncia de Juana Barbosa viuda de Barbosa.

Fallo

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo en parte con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal.

Resuelve:

a) CONDENAR, como en efecto condena, a Pedro Alvarez Peña, como responsable de los delitos de falsedad y peculado que se le dedujeron en el auto de proceder de diez y siete de septiembr de mil novecientos cuarenta y tres, del Tribunal Superior de Pamplona, a las siguientes sanciones: seis años de presidio que cumplirá, descontando el tiempo que hubiere permanecido en detención preventiva, en el establecimiento penitenciario que designe el Gobierno; a la interdicción del ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo; a pagar los perjuicios que hubiere ocasionado con las infracciones; y a la publicación especial de la sentencia; y

b) ABSUELVESE al mismo procesado del cargo de falsedad que se le formuló en el auto de proceder de ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, del Tribunal nombrado.

Queda así reformada la sentencia de cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, que ha sido materia del recurso de apelación.

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.

SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO. —NOCION JURIDICA DE PREVARICATO.

El prevaricato consiste en administrar justicia parcialmente, movido el funcionario por sentimientos de simpatía o animadversión para con los interesados y a sabiendas de ello.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

El doctor Pedro Manuel Escorcia, acusó al Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta doctor Miguel A. Vence, por los delitos de falsedad y prevaricato, y debe ahora esta Sala de la Corte calificar el mérito de las diligencias adelantadas al respecto.

Dice el denunciante que el sindicado perpetró esos delitos al proferir el auto de 2 de diciembre de 1944, por medio del cual se confirmó el auto de desembargo de los bienes de Juan B. Calderón y del doctor Roberto Castañeda, que preventivamente habían sido embargados por Azael Admeadé, mandante del doctor Escorcia. Ese desembargo lo ordenó el Magistrado Vence —dice— "por simpatía al señor Juan B. Calderón y sus hijos y por enemistad para conmigo" y "a sabiendas de que era resolución contraria a la ley, manifiestamente injusta".

Al disponer la Corte que especificara o aclarara los cargos, expresó el doctor Escorcia, en síntesis:

Que en el año de 1936, siendo el doctor Miguel A. Vence, Fiscal del Juzgado Primero Superior de Santa Marta, fue nombrado Subsecretario de la Asamblea del Departamento del Magdalena y que por tal motivo fue designado el denunciante Escorcia como Fiscal, con carácter de interino. El doctor Vence, al terminar las sesiones de la Asamblea quiso ocupar su antiguo puesto de Fiscal, pero como el doctor Escorcia creía tener derecho al empleo, se opuso a que lo ocupara aquél, y de la lucha en que los dos se empeñaron por ese motivo se originó una visible enemistad. Y no obstante la animadversión que se profesaban, el doctor Vence había conocido del negocio en que Escorcia era apoderado, sin haberse declarado impedido, por lo cual se vio obligado a recusarlo.

En cambio, la amistad del doctor Vence para con el señor Juan B. Calderón provenía de que cuando este ciudadano había sido Diputado a la Asamblea, o interviniendo con los miembros de ella, lo había hecho nombrar primero Fiscal, y más tarde Magistrado del Tribunal.

Respecto de la falsedad explica que consiste en haber afirmado que el pagaré presentado como base de la acción no tenía vencimiento, siendo así que el documento expresaba que debía ser cubierto el 13 de septiembre de 1931.

Se considera:

Se halla acreditado el carácter oficial del acusado en el tiempo en que ocurrieron los hechos que dieron base para este proceso. (Fls. 5 v., 6 y 7).

También está probado que el doctor Vence y el doctor Escorcia desempeñaron los cargos de Fiscal, y de Subsecretario de la Asamblea del Magdalena y que el primero, como Magistrado dictó el auto de 2 de diciembre de 1944, hechos de que habla el denunciante.

Pero, como lo observa la Procuraduría, no está probado el prevaricato de que se acusa al Magistrado Vence. En efecto, el prevaricato consiste en administrar justicia parcialmente, movido el funcionario por sentimientos de simpatía o animadversión para con los interesados y a sabiendas de ello. Y resulta que de los testigos citados por el denunciante para demostrar aquellos sentimientos que hubieren movido el ánimo del Magistrado a faltar a los deberes de su ministerio, sólo Juan de Dios del Villar declaró de conformidad, pues los otros manifestaron que nada les constaba al efecto (fls. 57, 80 y 81).

El doctor Vence, por su parte, expone lo siguiente, que explica de manera cabal la sinrazón del doctor Escorcia:

"Quiero de una vez destacar la significativa circunstancia de que cuando yo dicté mi referido auto de 2 de diciembre de 1944, el apelante y apoderado del demandante era el doctor Ricardo A. Lasso C., quien sólo con posterioridad al pronunciamiento de tal providencia sustituyó su poder en la persona del doctor Escorcia. Este, sin embargo, refiriéndose a dicha providencia, dice en su libelo de acusación o denuncia contra mí ante la Corte que yo pronuncié tal auto por **enemistad para con él.**

"Presuntivamente sería aceptable que tal cargo me lo hubiera formulado el doctor Lasso, parte en el juicio a quien desfavorecía la decisión; pero ¿a qué viene esa aseveración de Escorcia que he subrayado, cuando ni siquiera había él aparecido en la escena judicial con ocasión de la alzada?".

Pero todavía hace desechar más la existencia de la animadversión para con el doctor Escorcia, el relato de lo acontecido en relación con el puesto de Subsecretario de la Asamblea y de Fiscal del Juzgado Primero Superior de Santa Marta, que según el denunciante fueron el motivo para el nacimiento de aquella malquerencia. Dice así el Magistrado Vence:

"En el año de 1936, a principios, desempeñaba yo el cargo de Fiscal del Juzgado Primero Superior de esta ciudad. Reunida la Asamblea Departamental, se me ofreció un alto cargo en la secretaría de dicha corporación. Lo acepté, y para desempeñarlo obtuve licencia previamente del expresado cargo de Fiscal por 60 días.

"Clausuradas las labores de la Asamblea y con el sólo fin de participar por breve término en unas famosas audiencias públicas ante el jurado que iban a celebrarse en el Juzgado Superior del cual me había separado como Fiscal mediante licencia obtenida, estando dentro del término de ésta, quise reincorporarme a mi cargo para los fines que antes dije, pues yo tenía el propósito de regresar sin pérdida de tiempo a Bogotá, a recibir mi título de abogado en la Facultad Nacional de Derecho.

"Al concedérseme la aludida licencia, fue designado en mi reemplazo el doctor Pedro Manuel Escorcia. Cuando quise volver a ocupar mi cargo de Fiscal, previo aviso y asentimiento de la Gobernación del departamento, el doctor Escorcia se negó rotundamente a entregarme el cargo y no valieron para hacerlo desistir de su denegación, ni insinuaciones ni reconvenciones del Gobernador del Departamento y Secretario de Gobierno. Escorcia alegaba que yo había perdido el puesto. En torno de este asunto formó él un escándalo que trascendió a la prensa. Yo me apresuré a renunciar irrevocablemente la Fiscalía y comuniqué al Gobernador mi deseo de dejarlo en libertad para que él resolviera como estimara más conveniente el problema creado por Escorcia, quien abrigaba la esperanza de que continuaría ejerciendo el cargo de Fiscal. Pero no resultó así, pues el Gobernador del Departamento, mi personal amigo el doctor Ciro Pupo Martínez, haciendo uso de la facultad legal de proveer interinamente tal cargo, destituyó a Escorcia y nombró en su lugar un tercero. Escorcia ha alimentado la creencia de que yo influí ante el Gobernador para que lo destituyera. Pero su presunción en tal sentido es completamente infundada, pues es lo cierto que yo nunca sugerí al Gobernador que lo destituyera".

El acusado doctor Vence niega igualmente que tuviera amistad o simpatía especiales por el señor Juan B. Calderón, pues afirma:

"Nunca he tenido gran amistad con el señor Calderón ni con sus hijos. A duras penas una amistad superficial y pasajera me ha ligado con dichos señores" (f. 89 v.)

Además, no aparece ni el menor indicio de que el Magistrado Vence hubiera procedido "a sabiendas", tal como lo exige el código para que el prevaricato se configure.

Y a todo ello añade la Procuraduría este último argumento, que aparece como definitivo para descartar totalmente la responsabilidad por el prevaricato de que lo acusa el denunciante:

"...leyendo el auto proferido por el Juzgado Segundo del Circuito Civil de Ciénaga, por el cual revocó el embargo preventivo que había decretado primeramente; el auto de 2 de diciembre de 1944, que lo confirmó y que es aquel por el cual ha sido acusado su autor; y la providencia que negó la reposición de este último proveído, dictada después de haberse negado por el Tribunal la recusación incoada contra el doctor Vence, se encuentra que en tales providencias existe un manifiesto deseo de acertar y un propósito de servir a la justicia. Los argumentos allí presentados tienen fundamentos legales y jurídicos y aun se basan en fallos y jurisprudencias anteriores del mismo Tribunal y de otros del país, como lo afirma el sindicado en su informe. Esto pone de presente, además, que siendo las tesis del abogado o abogados y la del fallador discutibles y

cada una digna de fundamentos diferentes y respetables, no puede decirse que esas diversas opiniones sean contrarias a la ley, expresa o manifiestamente injustas.

"La diferencia de criterios nunca puede dar nacimiento a la acción penal contra el funcionario que resulte equivocado de buena fe".

Por consiguiente, hay que concluír que este primer cargo no está demostrado.

Sobre el segundo cargo, o sea, el de falsedad, afirma el doctor Escorcia que el Magistrado Vence, en su providencia de 2 de diciembre de 1944 había asegurado que el documento (pagaré) que aparecía copiado en la denuncia no tenía vencimiento, cuando su texto mismo reza en forma clara que debía ser pagado el día 13 de septiembre de 1931.

Nada es más inexacto, porque, como lo anota el Ministerio Público, lo que conceptuó el Magistrado Vence en su providencia de 2 de diciembre, y lo reforzó en la de 23 de marzo siguiente, es que debía discutirse en juicio ordinario si la obligación existía o no existía y que, mientras tal cosa no se resolviera, no podía decirse que el documento base del pleito tuviera el carácter de instrumento negociable y, particularmente, que debía "ser pagadero a su presentación, o a un tiempo futuro fijo o determinable". (Fls. 27 y 28).

"Sostener esta tesis —dice la Procuraduría— es muy distinto a decir que el documento no tenía vencimiento, como lo afirma caprichosamente el denunciante".

El segundo cargo tampoco está, pues, acreditado.

Como aparece de las presentes diligencias que no se han realizado los hechos delictuosos que dieron lugar a la investigación, deberá dictarse sobreseimiento definitivo en favor del sindicado, como lo pide la Procuraduría.

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, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Miguel A. Vence, por los cargos de prevaricato y falsedad que le formuló el doctor Pedro Manuel Escorcia en su denuncia de 15 de febrero de 1945, de los cuales se ha venido hablando.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

Como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, la causal 2ª no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, porque la apreciación de las pruebas en esos casos la hace el tribunal popular y la declaración de injusticia notoria del veredicto o de contraevidencia de los hechos es cuestión propia de las instancias y no de este recurso extraordinario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: El Tribunal Superior de Medellín, por sentencia de veintinueve de octubre del año pasado, confirmó la del Juzgado 5º Superior del mismo distrito, por medio de la cual Abel María Orrego Zapata fue condenado a sufrir la pena principal de diez y seis años de presidio, por haber dado muerte a José David Arroyave Roldán, en el sitio de Cuatro Esquinas, del Municipio de Angostura (Antioquia), el día 10 de enero de 1942.

Contra esa sentencia interpuso el recurso de casación el defensor del procesado, y alega al efecto la causal segunda del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, o sea, la errada interpretación o apreciación de los hechos.

Dice el demandante que el veredicto del jurado se basó únicamente en la exposición del menor Juan de Dios Giraldo Arroyave, que no merece crédito, ya por las circunstancias de lugar, tiempo y modo que describe, ya también por las contradicciones en que incurre y ya, en fin, por los factores psicológicos que influyeron en su ánimo para declarar lo que declaró, que no sólo debilitan, sino que excluyen por completo la certidumbre necesaria para basar en sus dichos una sentencia condenatoria.

Pero, como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos y lo advierte la Procuraduría, la causal segunda no es procedente alegarla en los juicios en que interviene el jurado, porque la apreciación de las pruebas en esos casos la hace en conciencia el tribunal popular y la declaratoria de injusticia notoria del veredicto o de contraevidencia de los hechos, es cuestión propia de las instancias y no de este recurso extraordinario.

En fallo de 3 de noviembre de 1944, transcribió la Corte los siguientes pasajes de las Actas de la Comisión redactora del Código de Procedimiento Penal:

"Al establecer el artículo 570 del proyecto (567 del código) las causales de casación, tuvo especial cuidado la comisión de que quedara definido el carácter de este recurso, de tal manera que no se la vaya a confundir, como ha venido sucediendo, con una nueva, ya que si de esto se tratara no tendría razón de ser el recurso.

"La casación no es el juicio del procesado, sino, como muy acertadamente se ha observado, **el juicio de la sentencia de segunda instancia**; en realidad, durante este recurso ni se han allegado nuevas pruebas ni se discuten los hechos que se han declarado probados en la sentencia; se discute, eso sí, el valor jurídico de la misma y por tanto la ley que le es aplicable.

"Por eso la primera causal, que por decirlo así sintetiza la razón de ser del recurso, se funda en que la sentencia sea violatoria de la ley penal por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

"La segunda causal está en armonía con los mismos principios, exceptuando una parte en que la comisión considera necesario modificarlos, como un supremo recurso para ciertos casos en que el juzgador se empeña en no tomar en cuenta hechos fundamentales del proceso a pesar de estar debidamente acreditados".

Prosiguió la Corte considerando si de la última frase no podía colegirse que la Comisión sí quiso extender la causal segunda a los juicios en que el jurado ha intervenido. Pero tal hipótesis desaparece ante la siguiente afirmación de las Actas, que no deja lugar a dudas:

"Según nosotros mismos, **cuando haya veredic-**

to, no podrá alegarse en casación sobre hechos que declaró y que, como consecuencia de ello declaró también la sentencia (subraya la Sala); de modo que si en casación no se puede alegar sobre los hechos que el jurado declaró y que la sentencia también declaró, y si la segunda causal se refiere, precisamente, a la errada apreciación de los hechos, se concluye que dicha causal no es aplicable a los juicios por jurado, y que la excepción del principio de que la casación no es el juicio del procesado sino el juicio de la sentencia de segunda instancia, a que se aludió en la exposición de motivos, sólo comprende a los juicios en que el jurado no ha intervenido".

Por eso concluyó la Corte:

"En resumen: si el pensamiento de la Comisión, claramente reafirmado durante todo el debate sobre el recurso de casación, fue excluír toda controversia sobre los hechos no declarados probados en la sentencia; si éstos no son otros que los aceptados por el jurado; si la contradicción entre los hechos y el veredicto, por ser cuestión únicamente atribuída a los falladores de instancia, no puede considerarse en casación; y si la causal segunda conduce inevitablemente al examen jurídico de los hechos y al riesgo, en consecuencia, de convertir el fallo de casación en fallo de instancia, riesgo que la Comisión deliberadamente quiso excluír para no desnaturalizar el recurso extraordinario, conclúyese lógicamente que aquella causal sólo puede invocarse en los recursos contra sentencias dictadas en juicios en que el jurado no interviene.

"Es evidente que en un juicio de éstos podría suceder el caso extraordinario de que, como lo anotó la Comisión en la exposición de motivos del proyecto de Código de Procedimiento Penal, "el juzgador se empeñe en no tomar en cuenta hechos fundamentales del proceso", pero tal riesgo se previene si se consideran los múltiples y diversos recursos y derechos que la ley concede al procesado en las instancias, suficientes para poder subsanar en su oportunidad los eventuales errores en que los falladores de instancia hayan podido incurrir, entre ellos el de alegar la contradicción entre el veredicto y la evidencia de los hechos, la nulidad, la apelación y reposición del enjuiciamiento, la práctica de pruebas en el sumario y en el juicio, la apelación de la sentencia de primer grado, y, posteriormente, la casación y revisión, recursos éstos que tienden, el primero a subsanar los errores de derecho y el segundo, errores de hecho". (G. J. números 2010 a 2014, pág. 745).

De esta suerte, forzoso es concluír que el recurso basado en la causal invocada no puede prosperar.

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.

CAUSAL 2ª DE CASACION—CUANDO PUEDE DECIRSE QUE EL VEREDICTO ES CONTRADICTORIO

1.—La Corte Suprema ha establecido que en los juicios sometidos a intervención del Jurado no es procedente la alegación de la causal segunda de casación, pues si ella se admitiera este recurso de tan estricta técnica se vería convertido en una tercera instancia.

2.—Ya había dicho la Sala que "contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia y oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia". (Casación de 19 de junio de 1941, G. J. Nos. 1971-72).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en fallo de once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, condenó a Juan de Dios Bulla Chabur a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes, como responsable del delito de tentativa de homicidio en la persona de Vidal Cifuentes, fallo contra el cual interpuso el defensor del reo recurso de casación.

El recurrente invoca las causales 2ª y 7ª del artículo 567 del C. de P. P.

La Sala observa:

La Corte Suprema ha establecido que en los juicios sometidos a intervención del jurado no es procedente la alegación de la causal segunda de casación, pues si ella se admitiera este recurso de tan estricta técnica se vería convertido en una tercera instancia. Por tanto, de la demanda presentada, tan sólo se analiza en seguida la relativa a la causal séptima invocada.

CAUSAL SEPTIMA—**Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio.**

Sobre este punto dice el recurrente que el veredicto es contradictorio, pues la única pregunta sometida al Jurado contenía dos elementos completamente diferentes, la imputabilidad y la responsabilidad, por lo cual han debido ser dos las preguntas sometidas al tribunal de conciencia y dos las respuestas dadas por él. De consiguiente en el caso a que se alude el único interrogante propuesto es contradictorio y contradictorio por tanto el veredicto.

Respecto del argumento anotado dice el señor Procurador:

"El cargo, así concebido, está mal enfocado en la causal séptima, ya que ésta trata de veredicto evidentemente contradictorio; y no se ve por qué haya un antagonismo u oposición en la respuesta del Jurado cuando se somete un solo interrogatorio en vez de dos para inquirir sobre los elementos materiales y morales de un hecho criminoso único, y cuando el veredicto contiene escuetamente una afirmación o negación rotunda sobre la responsabilidad del acusado.

"De tener fundamento jurídico el reparo del demandante, más bien podría pensarse en una irregularidad de carácter procedimental atinente a mala redacción del cuestionario, anomalía propia de la causal cuarta; pero no de que el veredicto sea evidentemente contradictorio.

"En realidad, no hay razón para patrocinar la tesis del recurrente acerca de la elaboración de dos cuestionarios tratándose de un solo delito y de un solo delincuente.

"Es cierto que, desde el punto de vista doctrinario, no son equivalentes las imputabilidad y la responsabilidad penal, porque la primera consiste en atribuír jurídicamente un hecho a un hombre como a su propia causa; en tanto que la responsabilidad es la obligación que tiene el autor o partícipe del evento criminoso, de sufrir las consecuencias de su acto ante las leyes penales.

"Mas entre la imputabilidad y la responsabilidad hay una relación necesaria, una dependencia indubitable, la una como fundamento de la otra, cuando se trata de hacer efectiva la sanción. Realmente, el tercer objetivo de la investigación penal, supuesta la existencia del hecho averiguado y su carácter delictuoso, es y será siempre allegar la prueba concerniente al autor del delito; es decir, establecer ante todo la imputabilidad, o sea la posibilidad de atribuír materialmente una acción física determinada al hombre que efectivamente la ha ejecutado. Y demostrado esto, viene ya el juicio valorativo de la conducta del agente frente a la ley penal para deducir su responsabilidad. Por eso dice Florián que "procesalmente, la responsabilidad penal se traduce en la declaración de que el individuo es **imputable** y está efectivamente obligado a sufrir las consecuencias jurídicopenales de un hecho punible como autor o partícipe del mismo".

"Ahora bien: el código penal colombiano, basado en los principios de la escuela positiva, acogió el criterio de la responsabilidad legal, según el cual todo el que cometa una infracción prevista en la ley penal será responsable, salvo los casos expresamente exceptuados en el mismo código. (Artículo 11).

"Y como el delito es un producto de la actividad psíquica del agente y del proceso material que adelanta para consumar el hecho criminoso (actividad psico-física), síguese que la imputabilidad, y, por consiguiente, la responsabilidad penal, están basadas en esos dos elementos constitutivos de toda infracción: la acción anímica y la acción física.

"De ahí que, al formular el cuestionario que debe resolver el Jurado, haya establecido lógicamente la ley que se haga una sola pregunta sobre los presupuestos materiales y espirituales del ilícito".

Así lo dice el artículo 28 de la Ley 4ª de 1943, concebido en los siguientes términos :

"El cuestionario que el Juez someterá al Jurado, al principiar la audiencia pública, se formulará así: el acusado N. N. **es responsable** de los hechos (aquí se determinará el hecho o hechos materia de la causa conforme al auto de proceder **determinando las circunstancias que lo constituyen,** sin darles denominación jurídica)".

"Por lo tanto, si en el cuestionario va envuelta expresamente la indagación sobre la responsabilidad del procesado en el hecho punible materia del auto de proceder, con las correspondientes modalidades; si la responsabilidad presupone necesariamente la imputabilidad; y si ni ésta ni aquélla pueden predicarse sino de la acción del hombre como producto de su actividad psico-física, es por demás evidente que al responder el Jurado afirmativamente la pregunta, queda configurado en su veredicto todo lo referente a la existencia de la infracción y a la responsabilidad de su autor o partícipe, sin que, por lo mismo, sea indispensable romper la unidad del fenómeno jurídico, elaborando distintas interrogaciones a ese respecto.

"La tesis del demandante se hubiera justificado de acuerdo con el sistema de la serie de cuestionarios consagrado por el Código de Procedimiento Penal; entonces sí habría sido de rigor formular varias preguntas al Jurado sobre los elementos materiales de la tentativa de homicidio; sobre los elementos constitutivos o excluyentes de la responsabilidad; y sobre las circunstancias que hubieran podido influír en la determinación de la pena, según lo disponía el artículo 498 de esa obra.

"Pero como tal disposición fue derogada por la Ley 4ª de 1943 para corregir la gravísima situación que venía creando el sistema de los cuestionarios múltiples sobre un solo delito, ya hoy resulta impertinente querer revivir ese criterio.

"En el presente negocio, el interrogatorio sometido a los jueces de conciencia fue elaborado con la técnica del caso. Dice así:

"CUESTION UNICA

"¿El acusado Juan de Dios Bulla es responsable de haberle causado a Vidal Cifuentes una herida con arma de fuego de pequeño calibre (revólver), a consecuencia de la cual tuvo una incapacidad

de quince días para el trabajo, y en la ejecución de ese hecho, ocurrido el cuatro de julio de mil novecientos cuarenta y cuatro en la vereda de La Mesita, jurisdicción municipal de San Juan de Rioseco, dentro de la comprensión de este Distrito Judicial, procedió con el propósito de causarle la muerte, la que no se produjo por circunstancias ajenas a la voluntad del acusado?".

"El Jurado contestó: "Sí es responsable".

"El veredicto es diáfano. ¿Dónde está la contradicción?

"Lo contradictorio es la negación misma de la verdad, porque implica una imposibilidad física, moral, lógica o jurídica de conciliar dos proposiciones que se destruyen mutuamente, ya que la una afirma lo que la otra niega. La contradicción es, pues, el caso, la confusión, el absurdo, el desconocimiento mismo del principio de contradicción, conceptos éstos totalmente ajenos a la respuesta dada aquí con tanta nitidez por el tribunal popular.

"En tal virtud, la causal séptima tampoco tiene fundamento".

El análisis expuesto por el señor Agente del Ministerio Público está de acuerdo con el pensamiento de la Sala. Tan sólo por vía de amplitud esta Corporación transcribe una jurisprudencia anterior en la cual se dijo lo siguiente:

"Contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia y oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia. (Casación de 19 de junio de 1941. G. J. 1971-72). En el presente caso se incluyeron dentro de una misma proposición dos elementos que se asimilan y se compenetran, sin oponerse en lo más mínimo, por lo cual no se advierte la tacha alegada por el recurrente.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y 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 Bogotá de fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco, por medio de la cual se condenó a Juan de Dios Bulla Chabur a la pena principal de cuatro años de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable del delito de tentativa de homicidio de que fue víctima Vidal Cifuentes.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECUSACION DE UN MAGISTRADO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Subsanada la irregularidad anotada por esta Sala de la Corte, con respecto a la providencia dictada por el H. Tribunal Superior de Tunja, con fecha nueve de abril del corriente año, esto es, firmada la resolución correspondiente por todos los magistrados de la Sala, se entra a resolver en el fondo la recusación propuesta por el doctor Rafael Humberto Bernal contra el Magistrado doctor Miguel Roa Medina en el incidente promovido por el primero contra el segundo actuando en su calidad de apoderado de la parte civil en el proceso penal que por el delito de homicidio contra Marco Tulio Murcia se adelanta en la actualidad en el Tribunal Superior de Tunja.

Se advierte que aun cuando esa Corporación no calificó claramente la recusación propuesta contra el doctor Miguel A. Roa Medina, la Sala con el fin de evitar más demoras en la tramitación de este incidente resuelve considerarlo.

En memorial de fecha diez y ocho de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, el doctor Rafael Humberto Bernal (fl. 24, c. 3), en su condición antes expresada en el proceso de que se ha hablado, propuso recusación contra el Magistrado del Tribunal Superior de Tunja doctor Roa Medina, fundándose en las siguientes dos razones:

"a) El señor doctor Roa Medina está casado con una prima hermana mía (Causal tercera), y

"b) A pesar de lo anterior, el doctor Roa Medina me retiró el saludo desde hace algún tiempo y, es natural que a una persona ligada por vínculos familiares no se le retira el saludo como muestra de deferencia".

Conocedor de la recusación anterior el Magistrado doctor Roa Medina, en un extenso auto, refuta las dos proposiciones afirmando con respecto al primer tema de la recusación que sí es evidente que está casado con una prima hermana del recusante y que desde este punto de vista estaría impedido si, por otra parte, el doctor Bernal estuviera legítimamente constituído en el proceso al momento de la recusación, porque según constancias, afirma el recusado, resulta que el apoderado de la parte civil no lo es tal por falta de la debida posesión del cargo hecha en forma oportuna.

En relación con la segunda causal de recusación propuesta, o sea la enemistad grave, hace el Magistrado doctor Roa Medina una larguísima disertación encaminada a mostrar cómo no existe enemistad de su parte contra el doctor Rafael Humberto Bernal. La sola circunstancia de no haberle saludado en la calle no es, en concepto del recusado, motivo que pueda causar extrañeza al doctor Bernal y mucho menos causal de recusación prevista por la ley.

Considera la Corte que efectivamente hubo algunas irregularidades en la tramitación del reconocimiento y posesión de los apoderados de la parte civil en el proceso que se estudia. Sin embargo, por la confrontación de las diligencias que a este tema se refieren, se deduce que el doctor Rafael Humberto Bernal está actualmente reconocido y en actuación legal como apoderado de la parte civil del negocio aludido.

En efecto, a folio 6, cuaderno 3º, aparece un memorial presentado personalmente por Rafael Humberto Bernal y firmado por Cristóbal Silva —parte civil— por medio del cual ésta nombra a aquél su apoderado.

A folio 13 del mismo cuaderno aparece otro memorial en el que el doctor Bernal —sin haber sido reconocido como apoderado ni tomado posesión del cargo— sustituye la facultad otorgada por su poderdante en la persona del doctor Alfonso Avila Cárdenas, escrito de fecha 10 de abril de 1945, firmado también por el interesado Cristóbal Silva. Para dar trámite a este documento y para subsanar la irregularidad consistente en no haber reconocido a Bernal como apoderado cuando éste ya había nombrado sustituto de su cargo, el ma-

gistrado ponente dictó el siguiente auto: (folio 14).

"Tunja, abril dieciseis de mil novecientos cuarenta y cinco.

"En este negocio venía desempeñando últimamente la personería de la parte civil el doctor Eduardo Castro Martínez, pero el interesado señor Cristóbal Silva, por memorial de enero de este año (sin fecha), le confirió poder al doctor Rafael Humberto Bernal, el cual no ha sido decretado porque la Secretaría olvidó pasarlo al despacho oportunamente. Ahora el doctor Bernal por memorial fechado el diez de los corrientes sustituye tal poder al doctor Alfonso Avila Cárdenas y por su parte el señor Silva lo firma manifestando que confirma la sustitución. Por tanto, se RESUELVE: reconócese al doctor Rafael Humberto Bernal como apoderado del señor Cristóbal Silva, actor como parte civil en este negocio y reconócese a la vez al doctor Alfonso Avila Cárdenas como apoderado sustituto designado por el doctor Bernal para representar al señor Silva".

Como se observa en este auto se reconoció como apoderado principal de la parte civil al doctor Bernal y por lo mismo ya tenía facultad para sustituír su poder en el doctor Avila Cárdenas, quien por la misma providencia fue reconocido como apoderado sustituto en el mismo cargo.

En esta situación el doctor Avila Cárdenas tomó posesión de su cargo, según consta a folio 14 vuelto del cuaderno 3º. Con esta base continuó actuando como apoderado hasta que el doctor Bernal tomó posesión —con el carácter de principal— del cargo de apoderado de la parte civil con apoyo en el auto de reconocimiento de fecha 16 de abril de 1945, providencia que atrás se transcribió. El auto de posesión tiene fecha veinticinco de octubre del mismo año y obra al folio 20 vuelto del cuaderno tercero. De consiguiente desde esta fecha está legalizada su condición de apoderado de la parte civil y por ende, el memorial de recusación tiene fundamento.

Las irregularidades anotadas por el doctor Roa Medina no alcanzan a invalidar las actuaciones de los apoderados ni su actuación frente al proceso. Ellas más bien se refieren a descuidos y olvidos de la Secretaría —como bien lo afirma el Tribunal—; por otra parte la aceptación expresa del poderdante Silva y el consentimiento de esa Corporación a la actuación constante de los apoderados sustituto y principal dan mayor consistencia a la situación legal del recurrente en el presente negocio.

Mirado por otro aspecto el asunto, si el doctor Roa Medina consideraba desde un principio la recusación como no fundada legalmente, era innecesario que se excediera en consideraciones para explicar esa situación, pues le había bastado no oír al recusante que estaba actuando sin la debida base legal. Pero el doctor Rafael Humberto Bernal legalizó su actuación en el proceso; su poderdante señor Silva ratificó lo actuado y el Tribunal Superior de Tunja ordenó enviar los autos a la Corte para decidir sobre la recusación, por tanto, es necesario decidir la solicitud legalmente propuesta. Como resulta que el parentesco existente entre la señora esposa del doctor Miguel Roa Medina y el doctor Rafael Humberto Bernal está comprendido en el numeral 3º del artículo 73 del C. de P. P., es preciso declarar que sí existe impedimento legal para que el doctor Roa Medina siga conociendo en su carácter de magistrado del negocio que se trata, mientras el doctor Bernal continúe en su condición de apoderado en el mismo proceso.

No hay prueba alguna en el asunto que indique remotamente la existencia de enemistad grave entre el recusante y el recusado. Aparentemente, por las afirmaciones del doctor Roa Medina y las que hizo el doctor Bernal, resulta que el primero no saludó al segundo a pesar de existir entre los dos vínculos de familia que ambos reconocen. Este hecho apenas indica una situación de recelo o susceptibilidad que hace más relación a ciertas normas de cortesía que a la existencia de enemistad que pueda tomarse en cuenta para los efectos legales.

En virtud de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

Declarar separado del conocimiento al doctor Miguel A. Roa Medina para seguir interviniendo en el proceso penal que se adelanta en el Tribunal Superior de Tunja contra el señor Marco Tulio Murcia, por estar acreditada la causal tercera de recusación prevista por el numeral 3º del artículo 73 del Código de Procedimiento Penal.

Cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

HOMICIDIO INTENCIONAL

En el caso del proceso la tesis sostenida por el defensor del recurrente es admisible en cuanto pueda existir compatibilidad entre la modalidad atenuativa de la responsabilidad prevista por el artículo 28 del C. P., y un homicidio preterintencional (artículo 365). Es posible que una persona, sin intención de matar, hiera a otra produciéndose la muerte como consecuencia obligada de la lesión y que ese atentado se haya producido en un estado de súbita exaltación del ánimo causado por grave e injusta provocación. Pero en el presente proceso esta concreta situación no fue actualizada precisamente por el Jurado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre doce de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Por sentencia de cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, impuso a Arnulfo o Arnolfo Muñoz Gil la sanción principal de cuatro años y ocho meses de presidio y las correspondientes accesorias como responsable de la muerte que causó a Ester Julia Alvarez.

El defensor del procesado recurrió en casación ante esta Sala de la Corte, invocando las causales primera y tercera del artículo 567 del C. de P. P.; los argumentos invocados son los mismos con respecto a cada una de las causales, por lo cual, siguiendo el mismo método de estudio propuesto por la Procuraduría, se considerará únicamente la causal tercera, pues, sobre ella incide forzosamente la causal primera.

Hechos

En la tarde del día treinta de julio de 1939 se dirigían a su casa de habitación situada en el paraje "El Mulato", jurisdicción del municipio de Pueblo Rico (Antioquia), los señores Canuto Muñoz, Felipe Santiago y Arnulfo o Arnolfo Muñoz. El primero estaba embriagado y todos tres portaban armas en actitud agresiva. Según lo relata el proceso, al llegar a la casa de Félix Alvarez, los antes mencionados ciudadanos, atacaron en forma sorpresiva la morada de éste, hiriendo a algunos de los que allí estaban, principalmente a Ester Julia Alvarez, esposa de Alvarez, la cual murió pocos instantes después a consecuencia de un tercer disparo que con su escopeta le hiciera Arnulfo Muñoz. Según los procesados, fueron provocadores los Alvarez con motivo de la agresión de que fue víctima Canuto Muñoz por parte de Ester Julia Muñoz. Los hijos de Canuto Muñoz dijeron haber procedido en defensa de su padre ofendido. En todo caso, es lo cierto que entre los Muñoz y los Alvarez existía una vieja enemistad que tuvo su culminación el día que se deja relatado.

Estudio de la causal tercera.—Desacuerdo de la sentencia con el veredicto del jurado.

Para determinar la responsabilidad de Muñoz Gil, el Juez de la causa propuso al Jurado la siguiente cuestión:

"El acusado Arnolfo o Arnulfo Muñoz Gil es responsable de haber herido intencionalmente y con el propósito de matar, con arma de fuego (escopeta) a Ester Julia Alvarez, a consecuencia de la cual herida murió ésta pocos instantes después, hechos que ocurrieron en el paraje "El Mutato" o "Mulato", de la jurisdicción del Municipio de Pueblo Rico, en las horas de la tarde del día treinta de julio del año de mil novecientos treinta y nueve?".

El Jurado contestó: "El acusado Arnolfo o Arnulfo Muñoz Gil es responsable de haber herido intencionalmente pero influenciado por las circunstancias de ese momento y la herida de su padre".

El apoderado del recurrente afirma que la sentencia del Tribunal Superior de Medellín está equivocada porque la respuesta del Jurado se refiere concretamente a un homicidio preterintencional. Son estas sus palabras:

"En este veredicto es notoria la intención del jurado, al copiar la parte del cuestionario que creyó necesaria para la cabal expresión de su pensamiento. Por esto, no es aventurado, y sí da en los ojos, la afirmación de que quiso situarse dentro de los términos de un homicidio ultraintencional, esto es, que quiso negar el propósito de matar, mayormente si se piensa que yo, durante mi intervención, demostré el por qué en esos momentos de grande y justificada emoción no podría aceptarse el propósito de matar, pues este fenómeno requiere especiales condiciones de ánimo, como que tiene que ser elaborado dentro de una atmósfera de serena libertad intelectual".

Adelante agrega en su demanda:

"Así, pues, calificando la delincuencia de Muñoz en el grado mínimo, como lo hace el H. Tribunal, hay que establecer la relación legal necesaria y justa entre el artículo modificativo de la responsabilidad —28 del C. Penal— no con el artículo 362 **ibídem**, sino con el 365 del mismo código".

La tesis sostenida por el señor defensor del recurrente es admisible en cuanto pueda existir compatibilidad entre la modalidad atenuativa de la responsabilidad prevista por el artículo 28 del C. P., y un homicidio preterintencional (artículo 365). Es posible que una persona, sin intención de matar hiera a otra produciéndose la muerte como consecuencia obligada de la lesión y que ese atentado se haya producido en un estado de súbita exaltación del ánimo causado por grave e injusta provocación. Pero en el presente proceso esta concreta situación no fue actualizada precisamente por el jurado. Si así hubiera sucedido, es bien seguro que el Jurado al dar su respuesta hubiera fijado los elementos comprensivos de un homicidio preterintencional, excluyendo de modo inequívoco la ausencia de intención de matar que como es sabido, constituye la esencia misma de ese fenómeno. No lo hizo así el jurado y su respuesta es lógica referencia a un homicidio intencional producido por la acción de Muñoz Gil. Es más, si tal entendimiento quisiera darse al veredicto ello habría de hacerse sobre bases más firmes, como serían las que se plantearan si por ventura esa hipótesis hubiera sido referida en las audiencias, pero hay que recordar que el señor defensor del acusado fue enfático en que el jurado contestara negativamente la cuestión propuesta como si se tratara de una legítima defensa o en subsidio de un exceso en la legítima defensa. En el acta de la segunda sesión de las audiencias públicas (fl. 266/56) aparecen las siguientes palabras pronunciadas por el defensor de Muñoz Gil:

"Este (se refiere al defensor) después de una larga disertación analizó a la inversa del señor Fiscal las pruebas existentes en el expediente y terminó solicitando a los señores Miembros del Jurado que contestaran el cuestionario referente a Arnulfo o Arnolfo Muñoz Gil con un nó porque fue en defensa de su padre y en subsidio "Sí" por exceso en defensa de su padre".

Es muy probable que si se tratara de un homicidio preterintencional, situación que por otra parte no se planteó en el auto de proceder, el señor defensor hubiera solicitado a los jurados que contestaran sobre esa precisa forma del homicidio. De concordar los hechos con ese fenómeno concreto, seguramente los jurados lo habrían afirmado en su veredicto. Por consiguiente, por este aspecto resulta indudable que no fue esa la situación confrontada por los señores Jueces de hecho y ni el Juez Superior ni el H. Tribunal de Medellín tendrían fundamento alguno, como no lo tiene tampoco la Corte, para interpretar el veredicto en este sentido.

La Corte comparte la extrañeza del señor Procurador Delegado en lo Penal acerca de la interpretación que hace el H. Tribunal Superior de Medellín en lo relativo al estado de ira e intenso dolor causado por grave e injusta provocación, porque examinados los antecedentes de este proceso resulta muy claro que esta modalidad atenuativa de la responsabilidad y de la sanción no está nítidamente concebida en ninguno de los actos de mayor trascendencia del proceso. Ni fueron objeto de consideración especial en el auto de proceder, ni menos en la audiencia pública se debatió ni trató esta cuestión, seguramente porque el conjunto de pruebas no dio asidero para plantear ese fenómeno. Probablemente el Tribunal Superior basándose en la agregación que hizo el jurado a su respuesta y que se concreta en las siguientes palabras: "....pero influenciado por las circunstancias de ese momento y la herida de su padre", creyó que podía fundar la atenuación como si se tratara de un homicidio cometido en estado de ira o intenso dolor causado por grave e injusta provocación. Pero ello no es así porque para tomar ese camino hubiera sido preciso que el jurado en su respuesta lo hubiera dicho de modo terminante; si no lo dijo, probablemente ello fue debido a que no existía base probatoria

para establecer la existencia de la injusta y grave provocación causada a Muñoz Gil que sirviera para explicar su reacción súbita. Por lo tanto, la agregación hecha por el jurado solamente ha debido tomarse para acomodarla en la sentencia simplemente como circunstancia reveladora de una menor peligrosidad.

Como la Corte no podría por razón del recurso propuesto, modificar la sentencia agravando la sanción impuesta por el Tribunal, es preciso dejar las cosas en el estado en que se encuentran.

Las consideraciones que anteceden indican, por consiguiente, que el recurso de casación por las causales invocadas no puede prosperar.

En consecuencia, 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 cuatro de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco proferida por el Tribunal Superior de Medellín, por medio de la cual se condenó a Arnulfo o Arnolfo Muñoz Gil a la pena principal de cuatro años y ocho meses de presidio y a las accesorias correspondientes como responsable de la muerte que causó a Ester Julia Alvarez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

SE CONFIRMA EL AUTO DE PROCEDER POR EL DELITO DE CONCUSION

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre trece de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El día once de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, el H. Tribunal Superior de Pamplona dictó auto de proceder contra el señor Pedro Alvarez Peña por el delito de concusión. El propio procesado interpuso el recurso de apelación ante esta Sala de la Corte y en ejecución de ese derecho se entra a revisar la providencia de que se hizo mención.

Hechos.—El señor Pedro Alvarez Peña fue designado como Juez Primero Penal del Circuito de Ocaña, en interinidad, cargo que ejerció desde el 29 de septiembre de 1941 hasta el primero de septiembre de 1942. El señor Alvarez Peña no es abogado titulado por Universidad alguna del país, tan sólo cursó algunos años de estudios en el Externado de Derecho de Bogotá.

Durante el tiempo en que ejercía el cargo **ad interim** de Juez de Ocaña, le correspondió conocer entre otros, del proceso penal que por el delito de injuria se inició contra el señor Juan de la Cruz Romero Díaz por imputaciones hechas contra Valentín Piñeres Andrade. El Juez Alvarez Peña, calificó ese sumario, llamando a juicio al sindicado Romero Díaz por providencia del 17 de junio de 1942.

El señor José Isidro Quintero, vecino del Municipio de Río de Oro (Departamento del Magdalena), tuvo conocimiento de que el mencionado Alvarez Peña y Valentín Piñeres Andrade se encontraban en ilícitos entendimientos para perjudicar a Romero Díaz y con el objeto de averiguar mejor lo que pasara, se dirigió a su hijo Emiro Quintero Chica residente en Bogotá para que éste, en su calidad de amigo de Romero Díaz y de Alvarez Peña, averiguara al segundo lo que sobre el particular ocurriera.

Efectivamente, Quintero Chica escribió a Alvarez Peña una carta pidiéndole información al Juez sobre el curso del proceso contra Romero Díaz, advirtiéndole que esa información debía dársela hasta donde lo permitiera la reserva del sumario y particularmente sobre las razones que hubiera tenido para revivir un asunto que había estado archivado durante varios años y si era cierto que se había dictado auto de detención contra Romero Díaz y por qué motivos.

El mismo señor Quintero Chica recibió una misiva escrita en papel con membrete del Juzgado Primero del Circuito Penal de Ocaña, firmada por Pedro Alvarez Peña en Ocaña el día 23 de julio de 1942. El texto de dicho documento, que obra al fl. 38 del cuaderno 1º está escrito a máquina y dice textualmente lo que sigue:

"Estimado Emiro:

"Pensarás que no le di importancia atú (sic) pero no es así, pues era que no estaba aquí pues he tenido varias comiciones; (sic) pero hoy lo hago con mucho gusto. Referente al asunto de que trata tu carta te diré que aunque es cierto que se dictó auto, no vale la pena afanarse tanto, para mi lo que me parece mas practico es que arregle eso lo mas pronto pues más tarde puede tener con plicaciones y bastate perjudiciales esto te lo cuento por tratarse de tí; dile a se señor que si se compromete a con seguirme un juzgado o un puesto regular alla que yo me en cargo de que desaparezca todo eso sin que quede rastro e inclusive se lo puedo entregar a él si quiere, eso se lo dices como cosa tuya que tu me vas aproponer amí. No te imaginas lo aburrido que estoy aquí pues son enemigos míos todos los personages (sic) más sobresalientes de esta capital de provincia el puesto que sea con tal que el sueldo no sea muy malo sino superior que estoy ganando aquí que sea igual tú saves mucho de eso, y eslo más le con viene a él que se quite ese pereque de en sima sino quiere tener más dolores de cabeza. Espero me conteste lo mas pronto posible mira si no an quitado la Inspección del Trabajo de Convención me gustaría ese puesto y es muy fácil conseguirlo. Salúdame atodas las ami-

gas y que pronto estoy de nuevo con ellas tu amigo que te desea muchos triunfos. Pedro Alvarez Peña".

En la investigación que se ordenó abrir contra el Juez Alvarez Peña, a fl. 46 del expediente se encuentra la indagatoria que rindió el sindicado y en la cual, al preguntársele sobre la carta cuya transcripción se hizo atrás, contestó: "No sé y nunca acostumbraba a escribir mis cartas particulares en papel con el membrete del Juzgado ni mucho menos en máquina. Leída la aprobó. Preguntado: ¿Cómo se explica usted que aparezca su nombre y apellido puesto al pie de esa carta y que quien la escribiera usara papel timbrado con el membrete del Juzgado? Contestó: Corresponde al nombre y apellido mío sin que pueda autenticarla que haya sido puesto por mí".

En relación con la mencionada carta, Quintero Chica afirma ser respuesta a la que él le dirigió y que recibió a mediados 1942. "...la recibí —dice el testigo— dirigida a mi apartado aéreo que era entonces el número 4374; presumo que era de Pedro Alvarez Peña por cuanto está firmada por él y porque antes de recibir esta carta yo le había escrito a Alvarez Peña a Ocaña solicitándole información sobre ese negocio de que se trata en la carta y del cual mi padre José Isidoro Quintero (ya finado) me recomendaba me informara por cuanto le preocupaba la suerte que en él pudiera correr su amigo personal don Juan de la Cruz Romero Díaz, el cual también me había recomendado me informara sobre ese mismo negocio que él ya creía prescrito, al recibirla, digo, se la mostré al señor Romero, quien me solicitó se la dejara, a lo cual yo no tuve inconveniente, sin que hubiera de mi parte malicia o suposición de que fuera a figurar más tarde en algún denuncio; de suerte que la carta a que me vengo refiriendo es la misma que yo recibí, como he dicho". (Fl. 143).

La negativa expresada por el ex-juez Alvarez Peña en relación con la autoridad de su carta a Quintero Chica, hizo necesario que por expertos del Gabinete Central de Identificación y Grafología de la Policía Nacional se hiciera un estudio sobre el particular. Los peritos rindieron el siguiente dictamen:

"Seis características signaléticas de mucho valor hemos destacado en la firma de 27 de febrero de 1942 (documento desglosado de un legajo de oficios de 1942) que encontramos reproducidas fielmente en la firma de la carta al doctor Emiro Quintero Chica; y apoyados en ellas, tenemos que concluír que en nuestra opinión la firma de esa pieza epistolar fue ejecutada por la mano del sindicado doctor Alvarez Peña".

Al concepto terminante de los expertos viene a darle mayor fuerza la circunstancia de estar escrita la carta en papel con membrete del Juzgado a cuyo cargo estaba el sindicado. Además, debe tenerse en cuenta que este documento es respuesta lógica a la información solicitada por el señor Quintero Chica a su amigo Alvarez Peña, con quien mantenía relaciones permanentes de amistad y con quien llevaba correspondencia con alguna frecuencia.

La calificación del hecho delictuoso.—De conformidad con la providencia encausatoria del H. Tribunal Superior de Pamplona el hecho imputado al señor Alvarez Peña es el previsto por el Código Penal en el capítulo sobre concusión y referente a la acción de constreñir o inducir a alguien a dar o prometer al mismo funcionario o a un tercero, dinero, o cualquier otra utilidad cuando ese constreñimiento proviene de parte de un funcionario o empleado público o encargado de un servicio público.

En el expediente se encuentra la prueba de que el señor Alvarez Peña desempeñaba el cargo de Juez **ad interim** del circuito penal de Ocaña y del correspondiente ejercicio del cargo. Igualmente se ha demostrado que la carta fechada el 23 de julio de 1942 en la ciudad de Ocaña, dirigida al señor Emiro Quintero Chica como respuesta a la de éste y en virtud de la cual, en forma que podría decirse directa aunque con un intermediario, se ofrece ejecutar un acto contrario a los deberes, que entraña un ilícito en virtud de la satisfacción del pedido que hace el ex-juez de que se le consiga un empleo a cambio de "que desaparezca todo eso sin que quede rastro, e inclusive se le puede entregar a él si quiere...." Esta manifestación u ofrecimiento hecho al señor Romero Díaz con la mediación del señor Quintero Chica constituye una acción de constricción psicológica en contra del procesado que se complementa con aquella otra frase de la carta que dice: "...lo que me parece más práctico es que arregle eso lo más pronto pues más tarde puede tener complicaciones bastante perjudiciales".

En estas condiciones, las frases transcritas de la infortunada carta de Alvarez Peña constituyen de modo claro una amenaza contra el sindicado Romero Díaz a la vez que el anhelo de con-

seguir mediante ese recurso una utilidad manifiesta por su inicuo proceder.

Las pruebas demostrativas de estos asertos constituyen fundamento suficiente para confirmar el auto de proceder apelado y así habrá de hacerlo la Corte.

Por lo demás, el señor Procurador Delegado en lo Penal observa lo siguiente:

"Finalmente, observa este Despacho que el denunciante Romero Díaz amplió su denuncia imputándole al sindicado dos nuevos hechos punibles: abuso de autoridad y prevaricato, consistentes en haber dictado el Juez Alvarez Peña el llamamiento a juicio por injuria contra él, sin haber solicitado permiso a la respectiva Cámara del Congreso (Romero Díaz era senador de la República); y en haber mostrado el doctor Piñeres Andrade, en reunión particular, el proyecto de auto de proceder que el Juez Alvarez Peña iba a proferir contra Romero Díaz en el mismo negocio.

"Sobre estas dos imputaciones, nada se investigó en el presente sumario. Pero como ya éste fue calificado y hay mérito para confirmar la providencia recurrida, lo procedente es que se ordene sacar copia para que, por separado, se haga la respectiva investigación".

Evidentemente, como lo manifiesta el señor Procurador, hubo una omisión en la actividad investigativa con el objeto de determinar si de parte del ex-juez Alvarez Peña existió alguna otra actividad delictuosa y es preciso sacar copia de lo conducente para que así se haga.

Por las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte, de acuerdo en un todo con el señor Procurador Delegado en lo Penal y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

1º Confírmase en todas sus partes el auto de fecha once de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, en virtud del cual el Tribunal Superior de Pamplona dispone abrir causa criminal contra el señor Pedro Alvarez Peña por uno de los delitos de que trata el Capítulo II, Título III del Libro Segundo del Código Penal, y

2º Ordénase sacar copia de lo conducente para que se investiguen los cargos formulados por el señor Juan de la Cruz Romero Díaz contra el señor Pedro Alvarez Peña por los posibles delitos de abuso de autoridad y prevaricato a que se refiere en la ampliación del denuncio que figura a fls. 12 y 13 del expediente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

RECURSO DE HECHO

Según el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal el recurso de hecho para la casación (de que habla el artículo 562 del citado estatuto) debe interponerse y tramitarse como se ordena en el Código de Procedimiento Civil. (Artículos 513, 516 C. J. y 556 a 559 del C. de P. P.).

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, diez y ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos: Gilberto Gil Arenas recurre de hecho para que la Corte le conceda el recurso de casación que el Tribunal Superior de Bucaramanga le negó contra la sentencia de esa entidad, sentencia que confirmó la del Juzgado Tercero del Circuito Penal del mismo lugar, por medio de la cual fue condenado a sufrir la pena de veintisiete meses de prisión, por el delito de fuga.

Se considera:

Según el artículo 193 del código de procedimiento penal, el recurso de hecho para la casación (de que habla el artículo 562 del estatuto citado), debe interponerse y tramitarse como se ordena en el código de procedimiento civil.

Y de acuerdo con este último código, para que prospere el recurso de hecho, es necesario:

1º Que la casación sea procedente conforme a la ley, esto es, que la sentencia sea de aquellas contra las cuales se haya concedido este recurso extraordinario, que la haya solicitado parte legítima, y, en fin, que se haya interpuesto en tiempo oportuno, o sea, dentro de los quince días siguientes a la notificación del fallo (artículos 516 del Código Judicial y 556 a 559 del Código de Procedimiento Penal);

2º Que se haya pedido reposición del auto que deniega el recurso y, en subsidio, las copias pertinentes para recurrir de hecho ante el superior (artículo 513 del Código Judicial); y

3º Que dentro de los tres días siguientes más la distancia, el procesado presente al superior un escrito en que funde el derecho que cree tener a que se le conceda la casación denegada.

En el caso presente, se tiene:

El delito de fuga porque fue condenado Gil Arenas tiene señalada una sanción privativa de la libertad de cinco años en su máximo (artículo 203, inciso segundo del C. P. y 557 del C. de P. P.) y, además, el recurso fue interpuesto por parte legítima (artículo 558 del C. de P. P.). Pero no puede prosperar, porque la casación no fue interpuesta en tiempo oportuno, según la constancia de la secretaría del Tribunal, que hace fe, a menos de demostrarse lo contrario. Dicho de otro modo, es forzoso presumir que la notificación de la sentencia le fue hecha al procesado en debida forma y que éste no recurrió contra ella dentro del término legal. Y como se contentó con dirigirse directamente a la Corte, habrá de negarle el recurso impetrado.

Para la prosperidad del recurso habría sido necesario que al llegarle al peticionario las copias de las sentencias, hubiera pedido que se dictara el auto denegatorio o de otorgamiento de la casación, alegando estar dentro del término; y, en el caso de negativa, haber pedido reposición y en subsidio las copias necesarias y, entonces sí, que hubiera acudido de hecho ante esta Sala.

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, NIEGA el recurso de casación que de hecho ha interpuesto Gilberto Gil Arenas contra la sentencia de tres de mayo del presente año, del Tribunal Superior de Bucaramanga.

Cópiese, notifíquese personalmente al peticionario y transcríbase al Tribunal Superior de Bucaramanga.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

POR HABER INTERVENIDO EN LA POLITICA EL JUEZ ACUSADO, SE CONFIRMA LA SENTENCIA RECURRIDA

En concepto de la Corte no es necesario que se acuda de modo permanente a los actos manifiestamente políticos; basta que la asistenciá sea accidental si el acto mismo, por privado que resulte, constituye una acción de carácter político. Los funcionarios de la rama jurisdiccional que concurran a esa clase de certámenes o deliberaciones, aunque sean de carácter privado, incurren en la violación de la ley penal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal—Bogotá, septiembre veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Por sentencia del veintidós de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, el H. Tribunal Superior de Pasto dispuso condenar al doctor Julián Silva, mayor de edad, vecino del Municipio de Ipiales, en su carácter de Juez 1º Promiscuo del Circuito de Barbacoas, a la pena de un mes de arresto y a la interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término de la condena, pena que mediante la misma providencia fue suspendida condicionalmente, con sujeción a lo dispuesto por el artículo 80 del Código Penal, por un período de prueba de dos años y con caución de cincuenta pesos.

El aludido fallo que fue apelado por el doctor Silva y por su defensor, tiene como causa la infracción a lo dispuesto por el artículo 180 del Código Penal, esto es, por haber intervenido en política durante el ejercicio de las funciones de Juez del Circuito.

El proceso que ha dado lugar a la condenación del doctor Silva —el cual por imperativo de la ley revisa ahora la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia— se originó en el denuncio ratificado por el señor Samuel Ordóñez, en el cual se dijo:

"El doctor Julián Silva, Juez Mixto del Circuito de Barbacoas, ha estado interviniendo directamente en política durante el tiempo del desempeño de su cargo sin respeto alguno por la neutralidad oficial, que debe tener todo funcionario, especialmente los del **Poder Judicial**, como lo establecen claras disposiciones legales.

"**Hecho concreto:** El día siete (7) de febrero del presente año concurrió a la casa del señor Gabriel Ortiz P., que tiene en esta población para en su carácter de Concejal Principal liberal de este Municipio integrar el Colegio Electoral liberal, que debía designar los Delegados a la Convención liberal del Departamento, que se reunió en Pasto en el presente mes de marzo, para acordar las elecciones del veintiuno (21) del presente mes.

"**Otro hecho:** El día diez y seis (16) del presente mes de marzo buscándolo el doctor Luis F. Molineros R., para ponerle un denuncio de abuso de autoridad que había cometido uno de los Guardas de Rentas Departamentales, lo encontró en una de las piezas bajas de la casa del señor Rosendo López, donde funciona el centro electorero del Comité lorentista, empacando votos e impartiendo órdenes para la organización del próximo debate electoral, en compañía del señor Personero Municipal, del Resguardo Departamental, del agente central de rentas y de innumerables empleados departamentales y municipales, así como también del Agente de Rentas de Ñambí, señor Manuel Ortiz Cortés y de otros electoreros de la localidad".

Como consecuencia de la anterior denuncia, el Tribunal Superior de Pasto comisionó al Alcalde Municipal de Barbacoas y luego al Juez Municipal de dicho lugar para adelantar las diligencias propias de la investigación. Como resultado de esa actividad, se produjeron las declaraciones de los señores Jorge Daniel Arteaga (fl. 12), Luis Felipe Molineros (fl. 12 v.), Luis Avelino Pérez (fl. 15), Pedro Fruto Cortés (fl. 15 v.) Jorge Tulio Quiñones (fl. 15 v.), con su correspondiente ratificación y de todas ellas se concluye con absoluta claridad y nitidez que son ciertos los cargos que le formu-

lara el denunciante en su primitiva información acusadora.

Por su parte el propio procesado doctor Julián Silva, en la declaración indagatoria que le fue recibida el diecinueve de julio de mil novecientos cuarenta y tres por el señor Juez Municipal de Barbacoas, dice lo siguiente:

"En mi condición de miembro principal y Presidente del Concejo Municipal, tocóme intervenir en el Colegio Electoral de este Municipio para nombrar los Delegados a la Asamblea que se reuniría en Pasto, pero lo hice convencido de que no había ninguna incompatibilidad legal para concurrir a dicha reunión, ya que no se trataba de formar parte de una junta de carácter permanente que es el caso que contempla la ley, para prohibir a los funcionarios públicos que puedan formar parte de dichas corporaciones".

No cabe, por consiguiente, la menor duda de que el Dr. Julián Silva, siendo Juez Promiscuo del Circuito de Barbacoas, hubiera intervenido en las deliberaciones del Colegio Electoral del mismo Municipio para nombrar Delegados a la Asamblea que posteriormente habría de reunirse en Pasto para la elección de candidatos a la Cámara y a la Asamblea Departamental. Tuvo pues, entera razón el Tribunal Superior de Pasto y la Corte al ratificar la medida llamando a juicio al acusado por intervención en actividades de carácter marcadamente político, así como también al condenarlo, la primera entidad, como responsable del delito de intervención en política.

Durante el período de la segunda instancia, el defensor del acusado, doctor Guillermo Peñaranda Arenas solicitó oportunamente que se recibieran las declaraciones de los señores Félix Velásquez Herrera y Pedro Casabón Ch., y así se hizo. Los aludidos declarantes no infirman la asistencia del doctor Julián Silva a la reunión del Colegio Electoral de Barbacoas, sino que por el contrario la confirman, aunque advierten en sus respectivas exposiciones que la actitud del doctor Silva fue pasiva pues en lo que se refiere al hecho de dar nombres o presentar candidatos para Delegados a la Convención Liberal, él no tuvo una participación activa porque él no conocía el personal de Barbacoas y "porque no quería oponerse a los formulados en la nómina presentada".

Según la afirmación de los declarantes Jorge Tulio Quiñones, Pablo Llorente Cruz, Elías Morcillo y Polidoro García, quienes, respectivamente ocuparon los cargos de Miembros del Directorio Liberal se desprende que de la reunión habida en casa del señor Ortiz para la elección de Delegados a la Asamblea Liberal que habría de reunirse en Pasto, se dejó un acta que por ellos fue suscrita. Las averiguaciones en torno a la consecución de dicho documento no produjeron resultado alguno porque tales actas según lo afirman algunos se perdieron posiblemente en los diversos incendios que ha habido en Barbacoas.

No obstante, estos detalles están en pie sin que hayan sido contradichos en forma alguna los testimonios rendidos durante la investigación de las personas que vieron al doctor Julián Silva participando en una junta de carácter político como era la de elegir Delegados a la Asamblea Liberal que habría de verificarse en Pasto. El mismo sindicado no lo negó, aunque quiso disculpar su actitud afirmando: "...lo hice convencido de que no había incompatibilidad legal para concurrir a dicha reunión, ya que no se trataba de formar parte de una junta de carácter permanente, que es el caso que contempla la Ley, para prohibir a los funcionarios públicos formar parte de dichas corporaciones".

No es en modo alguno aceptable la disculpa del doctor Silva por cuanto él, en su condición de Juez y de abogado titulado, estaba obligado a conocer las prescripciones de la ley que en lo atañedero al caso —desde el año de 1930 (Ley 60, artículo 8º) estatuía: "Ninguno de los funcionarios del Poder Judicial, de lo Contencioso-Administrativo y del Ministerio Público, ni ningún empleado administrativo nacional, departamental o municipal, podrá formar parte de directorios o comités políticos, ni poner al servicio de la política las funciones que ejerza".

La ley 105 de 1931, por su parte, había establecido ya la prohibición que posteriormente fue incluída en la ley 95 de 1936 por medio de su artículo 180, que dice:

"En la misma sanción establecida en el artículo anterior (arresto de un mes a dos años e interdicción de funciones públicas hasta por el mismo término)," incurrirá el funcionario o empleado público que forme parte de directorios políticos e intervenga en debates de este carácter". Esta norma como es sabido, fue elevada también a canon constitucional. El doctor Silva por su condición y conocimientos no podía ignorar esas prohibiciones. Su sola asistencia a esas corporaciones de carácter exclusivamente político y no como simple asistente sino como miembro que era dada su condición de Concejero Municipal le hace responsable del delito que tiene previsto el Código Penal en su artículo 180.

Tampoco es disculpa que pueda admitirse como valedera la que dice el Dr. Silva al sostener que por cuanto una corporación como la que con el nombre de Colegio Electoral se reune no de modo permanente sino accidental, no puede entenderse que la asistencia a ella aunque sea como miembro del Concejo Municipal quede comprendida en las prohibiciones de la ley. En concepto de la Corte no es necesario que se acuda de modo permanente a los actos manifiestamente políticos, basta que la asistencia sea accidental si, el acto mismo, por privado que resulte constituye una acción de carácter político. Y en el proceso seguido con el Juez doctor Silva ha quedado establecido de manera sumamente notoria que la intervención del doctor Silva lo era nada menos que para elegir Delegados a una Convención Departamental de un determinado partido político para que éstos, a su vez, designaran candidatos a la Asamblea Departamental y a la Cámara de Representantes.

Las funciones del Colegio Electoral de Barbacoas eran de carácter político y para fines estrictamente políticos. Sobre esto no cabe la menor duda. La circunstancia de que ellas hubieran tenido lugar en forma privada, no le quitan ni desvirtúan su naturaleza. Los funcionarios de la rama jurisdiccional que concurran a esa clase de certámenes o deliberaciones, por mucho que sean de carácter privado, incurren en la violación de la ley penal porque sobre esto no se ha hecho excepción alguna dado que lo que quiere evitarse con esta prohibición es que estos funcionarios sean de una manera radical, definitiva y absoluta ajenos a todo movimiento que pueda mezclarlos en las luchas de carácter banderizo o electoral que los hacen perder su independencia y ser mirados sin el debido acatamiento y respeto que merecen por parte de la ciudadanía.

En consideración a actuaciones de esta naturaleza, es conveniente reproducir lo que sobre el particular ha venido afirmando ahincadamente esta Sala de la Corte, para una mayor claridad y entendimiento de quienes se dedican a la labor de la política sin parar atención alguna en la gravedad de los actos que ponen mengua a toda la organización jurisdiccional del país. La Corte dijo:

"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 e interés para que prevalezca en las actuaciones de gobierno una determinada tendencia que será 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 sus fuentes 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 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 político. 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, aparte 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 política 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 consisten 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 esas 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 que 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 esto 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 7ª 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 concejeros 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 ello cuán insensato es el procedimiento indicado y cuán expuesto a peligros para la integridad de la función judicial".

El doctor Guillermo Peñaranda Arenas ha presentado a la Corte un alegato impugnatorio de los argumentos reseñados en la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Pasto. La Corte ha estudiado con la debida serenidad y cuidado las razones expuestas por el apoderado de la defensa y hubiera deseado que las tesis del señor abogado tuvieran cumplido efecto. Sin embargo, acceder a ello no es posible dada la cruda realidad de los hechos imputados al doctor Silva y la naturaleza del delito cometido. Además, no está la Sala en condiciones de aceptar que los actos imputados al doctor Silva no constituyeron una actuación marcadamente política. El mismo Dr. Peñaranda Arenas en su alegato de conclusión dice lo siguiente:

"Los testimonios, que constituyen la base de la sentencia, pueden analizarse así: dice Jorge Daniel Arteaga, que le consta que el Dr. Silva, Juez del Circuito, asistió al "Consejo Electoral o **Asamblea Deliberante**", que se efectuó en la casa de habitación del señor José Gabriel Ortiz y tomó parte como miembro actuante en dicha Asamblea, seguramente en representación del Concejo Municipal que ha venido ejerciendo. Tantas inexactitudes como palabras. Véamoslo: en primer lugar, parece que tanto los testigos interesados en perjudicar al Dr. Silva, como el Tribunal fallador, por falta de información adecuada, ignoran en qué consiste lo que antes se llamaban Colegios Electorales Liberales, cuestión que es indispensable determinar para apreciar el pretendido delito que se le imputa a mi representado. En efecto, en los Estatutos del Partido, se introdujo por el Sr. Alfonso López una reforma consistente en que, para lanzar candidatos a las Asambleas Departamentales y al Congreso, era preciso que se constituyera una Asamblea Liberal Departamental, formada, entre otras personas, por delegados de los miembros liberales de los cabildos del respectivo Departamento. Se decía allí, que dichos concejeros debían acordar en cada distrito los nombres que debían representarlos en la respectiva Asamblea Liberal Departamental. Esta Asamblea Liberal Departamental, era pues **la única entidad** que lanzaba los candidatos a la Asamblea y al Congreso. En estas circunstancias, los nombres que debían dar los concejeros municipales, eran acordados en reuniones particulares o consultados telefóni-

camente o por carta. No era, pues, necesario constituír para la adopción de dichos nombres "Concejos Electorales o Asambleas Deliberantes", términos que, como puede apreciarlo la H. Corte Suprema de Justicia, resulta un error gravísimo del testigo, error que no puede compartir la alta Entidad a quien me dirijo. Es igualmente inexacto que el Dr. Silva, ni ningún miembro del Concejo pudiera en este caso actuar en nombre o "representación" de él, pues tal nombramiento tenía un carácter extraño a las funciones naturales y legales del Cabildo".

El aparte transcrito está demostrando cómo, aun tratándose de funciones privadas de los concejeros municipales, siempre que se trate de componentes de un mismo partido político y con una finalidad política, esa actividad ya está constituyendo una infracción a la norma del C. Penal que perentoriamente la veda y de un modo tan expreso para los funcionarios de la rama jurisdiccional. Por otra parte, no aparece acreditado que los testigos de cargo hubieran actuado en el sentido de desfigurar la verdad y para causar un perjuicio al Dr. Silva, pues ni éste ni persona alguna durante el proceso se preocupó por demostrar que los dichos de aquellos testigos fueran falsos y no merecieran credibilidad. Por su parte la Corte no encuentra fundamento alguno para demeritar dichas declaraciones, las cuales están ceñidas a la realidad procesal y de acuerdo con las propias afirmaciones del doctor Silva en la declaración indagatoria, parte de la cual se transcribió atrás. Ya se vio cómo, según lo afirman los testigos y el propio denunciado, existía una entidad llamada Colegio Electoral que tenía o tiene por función la de nombrar a determinadas personas para que luego concurran a la Asamblea Liberal Departamental a sostener éstos o aquéllos nombres para determinados cargos de representación electiva. En estas condiciones, resulta evidente que los Colegios Electorales tienen una intervención política definida y por lo menos indirecta en la postulación de los elementos que luego han de ser candidatos para los dichos cargos de representación; por tanto, la concurrencia o asistencia a dichos Colegios Electorales constituye intervención en política que la ley considera delictuosa para los funcionarios públicos y para la que conmina sanciones penales.

Estando, por consiguiente, aclarado en este proceso que el Dr. Silva concurrió en su carácter de concejal y naturalmente siendo Juez del Circuito de Barbacoas a los actos políticos celebrados en casa del señor Gabriel Ortiz, el día siete (7) de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, es obvio sostener como lo hizo el Tribunal Superior de Pasto que incurrió en la infracción prevista por los artículos 179 y 180 del Código Penal.

En mérito de las consideraciones que anteceden, la Sala Penal de la Corte Suprema, de acuerdo con el señor Procurador y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, confirma en todas sus partes la sentencia de fecha veintidós de junio del año próximo pasado, dictada por el Tribunal Superior de Pasto en contra del doctor Julián Silva, por la cual se le impuso la pena de arresto por un mes, interdicción para el ejercicio de funciones públicas por el mismo término y se le confiere la gracia de la condena condicional en los términos de la aludida providencia.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jenaro Cruz V.—Ricardo Jordán Jiménez—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Julio E. Argüello R., Srio.

SOLICITUD SOBRE CAMBIO DE RADICACION DE UN SUMARIO

Así como para que una causal de impedimento o recusación prospere, exige la ley que el parentesco sea próximo, la amistad íntima, la enemistad grave, el interés directo, el prejuzgamiento concreto, la vinculación, en fin, inmediata, también debe reclamarse que las causas que han de inducir a sustraer un proceso del conocimiento de sus jueces ordinarios sean poderosas; así en tratándose de las influencias sociales, políticas o económicas de una familia, que son las que generalmente se invocan, deben ser tan sobresalientes y visibles, que hagan temer que la honestidad de los jueces, sometida a ellas, no habrá de salir airosa de la prueba, según acontece de ordinario; porque a la posibilidad de faltar al cumplimiento de sus deberes debe oponerse la presunción de rectitud que ampara con mayor eficacia a los administradores de justicia, por las funciones de su ministerio, que al común de los ciudadanos.

La Corte insiste en pensar que la sola preeminencia social, demostrado que existe, pero no en forma dinámica de influencia sobre los administradores de justicia, no puede autorizar un cambio de radicación.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Los señores Alejandro y Salomón Vargas Insignares le pidieron al Gobierno el cambio de radicación del proceso que contra ellos se adelanta en el Juzgado Primero Superior de Barranquilla, por homicidio en la persona de Wilfrido Donado Casalina. Esta solicitud se apoyaba en el hecho de que el señor Alejandro Vargas Insignares padecía de algunas novedades de salud que exigían su traslado a un clima frío.

La Corte dio concepto desfavorable y el Gobierno negó el cambio de radicación en septiembre del año pasado.

En diciembre del mismo año pidió nuevamente el apoderado de los señores Vargas Insignares —doctor Pablo Salah Villamizar— que se cambiara de radicación el proceso que contra ellos se adelanta, fundado entonces, no en motivos de salud, sino en la influencia social de la familia de la víctima, que puede perjudicar la recta administración de justicia en esa causa.

La Corte, después de analizar una a una las declaraciones de testigos que fueron traídas al efecto, dio concepto desfavorable a la solicitud y el Gobierno negó el cambio pedido, en resolución ejecutiva número 27, de 8 de febrero del año en curso.

El doctor Jorge Gutiérrez Gómez, apoderado de los señores Vargas Insignares en esta ocasión, hace al Ministerio de Gobierno una nueva solicitud de cambio de radicación del proceso, y esta entidad envió nuevamente las diligencias para que la Corte dé su concepto sobre la solicitud de que se acaba de hablar. A ello se procede ahora.

Está de acuerdo la Sala con el solicitante al pensar que un cambio de radicación de un proceso no significa que se tenga una duda positiva sobre la rectitud de los funcionarios que han de juzgar al procesado. Se trata de una simple medida de precaución en frente de una posibilidad, esto es, para evitar que éstos se vean expuestos a faltar al cumplimiento de sus deberes por seguir el impulso de intereses, sentimientos o vínculaciones muchas veces tan legítimos y nobles como los de la sangre o de la amistad.

La ley misma, como tinosamente lo anota el peticionario, ha establecido causales de impedimento o recusación, sin que el separarse del conocimiento de un negocio implique que al abocarlo hubiese cometido prevaricato el funcionario. Pero es que la experiencia enseña que si el hombre gusta de cumplir con sus obligaciones por amor a la verdad y al bien, con frecuencia se extravía cuando obran en su ánimo impulsos egoístas que deslumbran su criterio y lo fuerzan a obrar con injusticia.

Pero así como para que una causal de impedimento o recusación prospere exige la ley que el parentesco sea próximo, la amistad íntima, la ene-

mistad grave, el interés directo, el prejuzgamiento concreto, la vinculación, en fin, inmediata, también debe reclamarse que las causas que han de inducir a sustraer un proceso del conocimiento de sus jueces ordinarios sean poderosas. Así, en tratándose de las influencias sociales, políticas o económicas de una familia, que son las que generalmente se invocan, deben ser tan sobresalientes y visibles, que hagan temer que la honestidad de los jueces, sometida a ellas, no habrá de salir airosa de la prueba, según acontece de ordinario; porque a la posibilidad de faltar al cumplimiento de sus deberes debe oponerse la presunción de rectitud que ampara con mayor eficacia a los administradores de justicia, por las funciones de su ministerio, que al común de los ciudadanos.

La Corte ha dicho en recientes conceptos:

"El derecho que la ley otorga al sindicado o al procesado para pedir el cambio de radicación de un proceso, de un distrito judicial a otro distinto de aquél en que se cometió el delito, se funda en una razón de orden público y social, como es la de que la justicia se aplique en forma serena e imparcial, de modo que se garanticen plenamente los derechos de la sociedad y los de la persona a quien se acusa por la comisión de un ilícito.

"Pero ese derecho tiene que fundarse en circunstancias o motivos que justifiquen, aunque sea indirectamente, la necesidad del cambio de radicación, para la recta administración de justicia. La simple enunciación del hecho, o las afirmaciones que los testigos hagan de que por influencias de éste o aquél género se presume la posibilidad de que los intereses del procesado o del sindicado pueden sufrir algún menoscabo, no son razones suficientes para la demostración de las circunstancias exigidas por el artículo 58 del C. de P. P.

"Una cosa es la posición social, o sea la categoría o condición que posee determinada familia o persona en sus diversas actividades dentro de la sociedad, y otra muy distinta la influencia o predominio moral que ellas puedan ejercer para que se impongan sus determinaciones, con preferencia a las de la persona sobre la cual se tiene ese ascendiente moral. (Concepto de 19 de junio de 1946).

Y en el de 30 de agosto del presente año:

"El criterio de la Corte en relación con las circunstancias que obliguen a adoptar una medida de carácter excepcional, como es la de sustraer del conocimiento de los jueces naturales un determinado proceso criminal, es ya suficientemente conocido. Conforme a ese criterio, no se justifican los cambios de radicación sino cuando verdaderamente resaltan con toda claridad los motivos que imponen tal decisión, que no puede estar fundada en simples temores o en sospechas de que no se va a hacer justicia, por el supuesto juego de influencias que no se han precisado o concretado previamente.

"Por otra parte, si cada vez que por la mera afirmación de que la víctima del delito ocupaba una destacada posición social en el sitio en que el hecho ocurrió se temiera —por eso nada más— una situación desventajosa para el infractor y por ello hubiera que acudir al traslado del proceso a otro lugar, se establecería una práctica viciosa y ya la medida no sería extraordinaria sino ordinaria o común.

"También hay que tener en cuenta que en medios poblados, en grandes ciudades en donde no es fácil indicar qué grupo o agrupación de la sociedad es la verdaderamente influyente y en donde la posibilidad de que ella juegue u obre en los procesos penales se reduce muchísimo, aquél factor no tendrá nunca el mismo acento que en otros de escasa población".

Pues bien, ni en las anteriores declaraciones que el solicitante invoca y analiza, ni en las que con la solicitud que se estudia fueron allegadas, se afirma algo preciso y determinado que relacione la influencia de la familia Donado con los funcionarios que han de intervenir en el proceso contra los señores Vargas Insignares.

En efecto, los testigos citados en el concepto anterior de la Corte, se limitaron a responder el interrogatorio que les hizo el señor Juez Primero Municipal de Barranquilla siguiendo las preguntas, para decir, en el punto de la influencia social de la familia Donado, que ésta, en realidad goza de prestigio en Barranquilla por su posición y que por eso el sentimiento o concepto es "marcadamente adverso a los señores Vargas", (f. 72) por lo cual opinan que el proceso debe radicarse en otro distrito.

Contrainterrogados los testigos, explican así lo de la influencia de la familia de la víctima:

Romelio Martínez no dice nada concreto sobre la influencia de la familia Donado y contesta que los "Vargas Insignares y los familiares de éstos gozan en Barranquilla de buena estimación" (f. 51).

Electo Consuegra reafirma su concepto de que el proceso debe seguirse en otro distrito porque los miembros de la familia Donado "son personas

decentes e influyentes, tiene lo que llaman "vara alta". (f. 52 v.).

Rafael P. Jiménez asegura que los Vargas Insignares no gozan de estimación "y tienen pocas amistades"; pero aclara que uno de ellos fue Inspector de Policía y tuvo un negocio de café (f. 54). Sobre la familia Donado nada agrega entonces.

Carlos Macías dice que al proceso debe cambiarse de radicación porque la familia de los Vargas es "muy pobre" y no cree que en Barranquilla "se le haga justicia a los pobres"; pero interrogado si sabía algún caso de injusticia, dice que le consta el de un amigo de quien no recuerda el nombre, pero que nunca ha leído un expediente en lo civil o en lo penal (f. 60 v.).

Marcelo de la Cruz dice que la familia de los Donados tiene más influencia que la familia de los Vargas (f. 57).

Pedro S. Cazes asevera que los Donados "son personas cultas y de influencia circunscrita a sus amigos por su peculiar don de gentes" y, además, "por su bondad y buenas costumbres" (f. 59 v.).

En fin, el Padre Alfredo de Totana, explica que la familia Donado "es influyente en Barranquilla" por su "posición social, moral e intelectual que le recomiendan como personas prestantes en la ciudad" (f. 65). Y al final contradice su anterior concepto sobre el cambio de radicación para opinar que no es necesario.

Rafael Escobar y Juan Manuel Torres no fueron repreguntados, y en sus declaraciones afirman el prestigio o alta posición social de la familia Donado, que tienen muchas amistades.

En esta nueva oportunidad se trajeron las exposiciones de los señores Francisco E. Prieto, Gabriel Consuegra, Eduardo Hernández Montes y Antonio Luis Mendoza, pero de ellas nada nuevo se deduce en relación con el punto que se averigua. Dichos declarantes explican simplemente que el prestigio de que goza la familia Donado se debe a ser ella muy numerosa y al hecho de haber ocupado algunos de sus miembros altas posiciones, tales como el doctor Juan Antonio Donado, que fue Magistrado del Tribunal, Gobernador del Departamento y Presidente de la Corte Suprema de Justicia, los abogados doctores Rafael Angel y Roberto Donado, los señores Víctor y Mauricio Buitrago, y el doctor Pedro Juan Navarro.

El peticionario agrega un certificado del Tribunal Superior de Barranquilla, en el cual consta que el doctor Rafael Angel Donado es abogado titulado e inscrito y que, además, es conjuez en esa entidad.

De esta suerte, la afirmación de que la familia Donado ocupa una distinguida categoría social, puede darse por plenamente establecida. Pero la Corte no ha negado esa circunstancia; por el contrario, en su anterior concepto, la dio por evidente. Pero lo que no aparece de modo tan palmario que haga temer por la rectitud de los jueces, es que esa influencia llegue hasta ellos y pueda extraviar su criterio.

La Corte, a pesar de las razones tan oportunas y tan bien presentadas que alega el señor apoderado de los sindicados, insiste en pensar que la sola preeminencia social, demostrado que existe, pero no en forma dinámica de influencia sobre los administradores de justicia, no puede autorizar un cambio de radicación. Y piensa así, porque le parece casi imposible que ocurra la circunstancia de que los miembros del jurado y los jueces y magistrados que hayan de conocer del proceso, sean todos o la mayoría de la propia condición social de la familia Donado, o amigos íntimos o con relaciones o dependencia o de favores con la misma. Ahora, y llegando el caso de que alguno o varios tengan nexos con ella, bien sabido es que la ley concede la facultad de recusar a los miembros del tribunal popular y a los jueces y magistrados en quienes concurran causales de impedimento, tales como el parentesco, la amistad, la enemistad o el interés de cualquier género. (Artículos 493, 74, 510 y 511 del C. de P. P.).

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, emite concepto desfavorable al cambio de radicación del proceso penal que en el Distrito Judicial de Barranquilla se adelanta contra los señores Alejandro y Salomón Vargas Insignares.

Cópiense y devuélvanse estas diligencias al Ministerio de Gobierno.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

RECURSO DE SUPLICA

Habiendo sido señalados como demandados la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a lo cual no se opone ningún texto legal, cada parte puede hacerse representar por su respectivo mandatario legal, teniendo en cuenta que la Nación, como entidad de derecho público, es persona distinta del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, octubre once de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Dentro del juicio ordinario seguido por el señor Gilberto Alzate Avendaño contra la Nación y otros, que ha venido a la Corte en apelación del auto proferido por el Tribunal del conocimiento, el magistrado sustanciador doctor Víctor Cock, dictó con fecha veinticuatro de marzo del corriente año una providencia por medio de la cual ordena correr traslado del asunto al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales y al señor Procurador Delegado en lo Civil.

El Agente del Ministerio Público ha recurrido en reposición de lo resuelto, fundado en que la Nación aparecería entonces doblemente representada, lo que va contra la disposición expresa del artículo 268 del Código Judicial.

El Magistrado que profirió el auto, con fundamento en la doctrina sentada por la Corte en casos semejantes concedió, no el recurso propuesto por no ser pertinente, sino el de súplica que era el indicado.

Antes de resolver se considera:

La demanda se presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales; y de acuerdo con el escrito respectivo aparecen como demandados la Nación, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, "Uribe, García Alvarez & Cía. S. A." y Julián Villaveces, por responsabilidad extracontractual con motivo de un siniestro ocurrido por la explosión de algunos materiales destinados a la construcción, entre otros sectores, el del trayecto "La Virginia"-"El Pintado" del Ferrocarril Troncal de Occidente.

Aceptada la demanda por el Tribunal, se ordenó correr traslado de ella al señor Fiscal, como representante de la Nación, al Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales y a los demás demandados.

La providencia suplicada dice así: "Teniendo en cuenta la forma como fue instaurada la demanda, dirigida a la vez contra la Nación y contra el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, que en la primera instancia ha intervenido no sólo un representante del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales sino también el señor Fiscal del Tribunal respectivo, y que en actuaciones anteriores ante la Corte hubo de intervenir el señor Procurador Delegado en lo Civil, se dispone: Córrase traslado de este asunto al señor Procurador Delegado en lo Civil por el término de cinco días (artículos 502 y 503 del Código Judicial").

El señor Procurador Delegado en lo Civil apoya el recurso propuesto en los siguientes términos: "La Nación aparece demandada por ser propietaria de los Ferrocarriles Nacionales y por la intervención que pueda tener en el Consejo Administrativo de los mismos ferrocarriles. De tal modo que los demandados son en realidad tres solamente: la Compañía "Uribe, García Alvarez & Cía.", el señor Julián Villaveces y la Nación; esta última como propietaria de los Ferrocarriles. Ocurre que cuando la Nación es demandada por relaciones jurídicas existentes entre el actor y los Ferrocarriles Nacionales, aquélla es representada siempre por el señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, conforme a los decretos que reglamentan la materia. Por esto, considera este despacho que si en este juicio se tiene, por un

lado, como representante de los Ferrocarriles Nacionales al señor Administrador de los mismos, y por otro, se tiene como representante de la Nación al Procurador Delegado en lo Civil, se produce en realidad el fenómeno de que los intereses nacionales aparezcan doblemente representados. Pero tal fenómeno es ilegal, ya que la Nación no puede tener al mismo tiempo dos representantes, punto que conforme al artículo 268 del Código Judicial "en ningún caso pueden gestionar dos o más apoderados de una misma persona".

Hasta aquí las razones que invoca el señor Agente del Ministerio Público.

.....

La Nación, como entidad de derecho público, es una persona distinta del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. Por este motivo ambos organismos pueden comparecer en juicio separado o conjuntamente como demandantes o demandados, según los casos. No se opone a ello que la ley y los decretos que crearon y organizaron el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales hayan encomendado a éste la administración de una parte de los bienes que constituyen el patrimonio nacional y la representación del Estado en los negocios jurídicos en que se ventilen cuestiones relacionadas con las funciones que se le han adscrito expresamente a aquella institución.

En el presente juicio, el actor señaló como demandados al Estado y al Consejo Administrativo, haciendo uso de un derecho, al cual no se opone ni puede oponerse ningún texto legal; de suerte que por este aspecto ninguna objeción merece el auto recurrido.

Pero hay más, y es que no se trata aquí de ningún problema jurídico en que puedan confundirse las dos entidades demandadas, porque su relación no es la ordinaria de administración de bienes del Estado y representación judicial de éste en la forma ordinaria prevista para estos efectos en la ley o el reglamento, sino la de relaciones de dos personas públicas vinculadas por las cláusulas de un contrato de construcción de una obra pública.

En efecto, en el hecho cuarto del libelo de la demanda se lee: "En virtud de un contrato verificado entre el Gobierno y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, fechado el 22 de enero de 1937, cuyo texto aparece inserto en el numeral 23411 del "Diario Oficial", el Consejo se hizo cargo de llevar a cabo, por cuenta del Gobierno, la construcción de varias obras nacionales, inclusive el sector "La Virginia"-"El Pintado" del Ferrocarril troncal de Occidente".

De todo esto resulta que cada parte, ligada con respecto a la otra a las consecuencias de su relación contractual, puede hacerse representar por su respectivo mandatario, legal o convencional.

El artículo 268 del Código Judicial, en que se apoya el recurrente, expresa que "en ningún caso pueden gestionar dos o más apoderados de una misma persona"; pero la fuerza de este argumento desaparece si se acepta, como es forzoso, que las entidades demandadas son distintas y no una misma como lo considera el funcionario recurrente.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sala de Decisión, mantiene la providencia suplicada y, en consecuencia, ordena su cumplimiento.

Notifíquese, cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

CAUCION DE SANEAMIENTO

Claramente se deduce del artículo 1016 del C. J. que la facultad que la ley otorga al demandado en el juicio ejecutivo tiene por fin darle un medio de defensa, a fin de impedir que le sean embargados bienes en cantidad mayor a la necesaria para cumplir con la obligación que se reclama; y de otra parte, constituye la caución de saneamiento una garantía para el ejecutante en el sentido de que con ella el demandado responde por la propiedad de los bienes manifestados por él y de que éstos son suficientes para cubrir el monto de la ejecución y las costas procesales. Si el demandado no hace uso de su derecho de manifestar bienes para atender a las resultas del juicio o lo hace deficientemente, no puede privarse al ejecutante de la facultad de denunciar los que estime convenientes para asegurar el cumplimiento efectivo del crédito objeto del cobro; ni mucho menos resulta jurídico aplazar el ejercicio de esta facultad bajo pretexto de que no se hubiera otorgado término para que el deudor preste la garantía de saneamiento.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre nueve de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

La señora Virginia H. de Ripoll presentó ante el Tribunal Superior de Barranquilla acción ejecutiva contra el Departamento del Atlántico para el pago de la suma de dos mil doscientos cincuenta pesos ($ 2.250.00) que esta entidad le adeuda por concepto de pensiones de jubilación reconocida a favor de la demandante.

La petición fue resuelta conforme a las pretensiones de la actora, librándose al efecto orden de pago por la vía ejecutiva, por medio de providencia que lleva fecha 7 de septiembre de 1944. Al ser notificado el señor Agente del Ministerio Público del auto anterior y requerido para el correspondiente pago, manifestó que no tenía fondos del demandado para cubrir la suma que de éste se reclama y denunció, para responder por ella, el bien denominado "Castillo de Salgar", de propiedad del Departamento del Atlántico.

El apoderado de la parte demandante solicitó posteriormente que se diera cumplimiento a lo establecido en el numeral 6º del artículo 999 del Código Judicial, pidiendo "el embargo, secuestro y retención de la suma de tres mil pesos ($ 3.000), de los fondos que tiene a su orden el Departamento del Atlántico en el Banco de Bogotá, Sucursal de Barranquilla, con destino a atender el pago de la obligación demandada y sus intereses". Fundó su solicitud en el hecho de que la propiedad manifestada por el Fiscal está destinada a la instrucción pública y no puede, por tanto, ser legalmente embargada. En consecuencia con la solicitud anterior, el Tribunal profirió el auto de 16 de octubre de 1944, que es del tenor siguiente:

"Pide el apoderado de la parte demandante en este juicio ejecutivo que se decrete el embargo, secuestro y retención de la suma de tres mil pesos ($ 3.000.00) de los fondos que tiene a su orden el Departamento del Atlántico en el Banco de Bogotá, sucursal de Barranquilla, con destino a atender el pago de la obligación demandada y sus intereses, rogando, en consecuencia, el libramiento del correspondiente oficio a la entidad bancaria mencionada, y ofreciendo prestar el juramento de no proceder de malicia.

"Todo esto lo pide en atención a que el representante de la parte demandada no ha pagado la suma exigida, ni presentado bienes embargables, ni prestado caución de saneamiento".

"Para resolver se considera: que al deudor no se le ha señalado término prudencial para otorgar la caución de saneamiento de acuerdo con lo ordenado por el inciso 6º del artículo 999 del Código Judicial; y que mientras eso no ocurra no es posible acceder a la petición de embargo de bienes denunciados por el ejecutante. En consecuencia, señálase el término de cinco días para que la entidad ejecutada preste la caución de saneamiento en cantidad suficiente a (sic) cubrir la deuda con intereses según providencia de siete

de septiembre del presente año; y, para el caso de que no constituya esa caución se adelanta la petición del ejecutante en el sentido de recibirle el juramento de no proceder de malicia con el fin de resolver su solicitud de embargo en oportunidad".

No conforme con esta resolución el apoderado de la actora pidió reposición de ella, y dentro del término que se concedió a la contraparte para alegar en el recurso, se opuso el Agente del Ministerio Público, solicitando que se negaran las pretensiones del recurrente y denunciando la cantidad de dos mil doscientos cincuenta pesos ($ 2.250.00) "que tenía el Departamento del Atlántico en el Banco Comercial Antioqueño en una cuenta especial que se llama "Fondos de Beneficencia", con el fin —dice— de llenar la exigencia señalada en el numeral 3º del artículo 999 del Código Judicial, citado.

Así las cosas, el Tribunal accedió a reponer su auto anterior, mediante el proveído de 4 de diciembre último. En ella reconoce que los bienes presentados por el Agente del Ministerio Público para responder por el pago de la deuda que se cobra al Departamento no son susceptibles de embargo, por lo que el denuncio de ellos ha carecido de objeto; y que, en tales condiciones, el actor puede denunciar los bienes de propiedad del Departamento que considere suficientes para la cancelación de la cantidad debida, bajo el requisito previo de jurar no proceder maliciosamente. Notificado del auto anterior el representante de los intereses departamentales interpuso el recurso de apelación para ante la Corte, sin que posteriormente presentara escrito alguno en sustentación de aquél.

Para resolver lo que fuere de ley, la Sala considera:

El artículo 1016 del Código Judicial —inciso 2º— establece que la caución de saneamiento tiene por objeto impedir que se embarguen otros bienes del ejecutado distinto de los denunciados por éste, y el de responder de que ellos son propios del deudor y suficientes para el pago de la deuda y las costas. Claramente se deduce del contenido de esta disposición que la facultad que la ley otorga al demandado en el juicio ejecutivo tiene por finalidad darle un medio de defensa, a fin de impedir que le sean embargados bienes en cantidad mayor a la necesaria para cumplir con la obligación que se reclama; y de otra parte, constituye la caución de saneamiento una garantía para el ejecutante en el sentido de que con ella el demandado responde por la propiedad de los bienes manifestados por él y de que éstos son suficientes para cubrir el monto de la ejecución y las costas procesales.

Ahora bien, si el demandado no hace uso de su derecho de manifestar bienes para atender a las resultas del juicio o lo hace deficientemente, no puede privarse al ejecutante de la facultad de denunciar los que estime convenientes para asegurar el cumplimiento efectivo del crédito objeto del cobro; ni mucho menos, resulta jurídico aplazar el ejercicio de esta facultad legal, bajo pretexto de que no se hubiera otorgado término para que el deudor preste la garantía de saneamiento, la cual entre otras razones no tendría efecto ninguno en el caso que aquí se decide, ya que los bienes declarados no son aptos por su calidad de inembargables para los objetivos del juicio. En el caso **sub lite,** no hubo propiamente denuncia de bienes, ni la entidad demandada por conducto de su representante legal ofreció caución de saneamiento, circunstancias ambas que dejan intacta en el demandante su plena facultad para hacer la denuncia correspondiente. Por este motivo el auto del Tribunal que así lo reconoce es jurídico y debe mantenerse. Con esta decisión la Sala no hace sino confirmar las reiteradas doctrinas de la Corte a propósito del tema objeto del presente recurso, y especialmente la contenida en la siguiente resolución:

"Cuando el ejecutado no presente bienes suficientes para satisfacer lo que se le demanda, dando caución de saneamiento para garantizar que tales bienes le pertenecen y que son de valor suficiente para la cancelación de la deuda y las costas, es legal el embargo que se haga de bienes del mismo ejecutado mediante denuncio del acreedor. La suficiencia del valor de esos bienes la aprecia o califica el Juez ejecutor; pero esto no quiere decir que deba prescindirse de la caución de saneamiento, pues la ley la exige sin distinción alguna. Es ésta la recta interpretación de los artículos 999 (numerales 4º y 6º) y 1016 del Código Judicial. Fuera de la caución de saneamiento tiene el ejecutado otro medio para impedir el embargo de bienes y hacer cesar el que se haya hecho: consignar una cantidad suficiente como caución para el pago de la deuda y las costas, como lo dispone el artículo 1018 del mismo Código. Lo dispuesto en el artículo 66 del Decreto número 1020 de 1936, no está en oposición con estas nor-

mas del Código Judicial". (G. J. números 1996 y 1997, pág. 378).

Por las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales, CONFIRMA la providencia de 4 de diciembre de 1944, proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

AVISO SOBRE EXPLORACION DE PETROLEOS.—ENTREGA DE BIENES REALENGOS—POSESION DE TIERRAS ADJUDICADAS

La diligencia de entrega de los realengos enajenados era indispensable para el perfeccionamiento del título de adjudicación durante la época en que tuvo aplicación la Cédula Instrucción de San Lorenzo, según lo dijo la Corte en sentencia del 5 de agosto de 1942, en la cual se sentó lo siguiente: "Obsérvase además que de las tierras adjudicadas había que recibir POSESION. Si se daban títulos y no podía posesionarse el interesado es claro que el título que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y consecuencialmente los sucesores de quienes son base en la posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título sólo no suponía la posesión".

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cuarenta y cinco.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

El día 5 de diciembre de 1940, el doctor Benjamín Acosta Sánchez en ejercicio de poder conferido por el doctor Marco T. Mendoza Amarís, presentó un escrito ante el Ministerio de Minas y Petróleos sobre aviso de que su poderdante, en calidad de contratista con el Municipio del Cerro de San Antonio del Departamento del Magdalena, deseaba efectuar trabajos de exploración con taladro en busca de petróleo de propiedad particular, en un lote de terreno perteneciente al municipio expresado y que constituye parte integrante de un globo de mayor extensión, todo él de propiedad particular del municipio dicho.

Y manifestó también el peticionario en su solicitud dar, en atención a lo establecido en el artículo 6º de la Ley 160 de 1936, los siguientes datos:

"a) Las exploraciones con perforación van a hacerse por cuenta y para el doctor Marco T. Mendoza Amarís.

"b) El lote respectivo es de propiedad exclusiva del Municipio del Cerro de San Antonio y está ubicado en el Municipio del mismo nombre y en el de Pedraza, Departamento del Magdalena, y tiene una extensión de nueve mil quinientos sesenta y una, ocho (9.561.8) hectáreas;

"c) El lote respectivo fue rematado en la ciudad de Santa Marta el día 9 de diciembre de 1775 ante el Juez Subdelegado de Tierras y en la diligencia de mensura previa consta la determinación y medidas de dicho lote, el remate respectivo fue aprobado y confirmado y luego se hizo entrega real y material del mismo, cuyos linderos, según pruebas que obran en la escritura número 15 de 9 de abril de 1925, pasada en la Notaría del Cerro, corresponden a los siguientes: 'A partir del caño de Isidro en la margen derecha del río Magdalena, caño que es lindero de otro globo de tierra de propiedad del mismo municipio y tomando aguas arriba dicho río hasta llegar al caño llamado de Moreno, que es lindero con tierras nombradas de San Luis Beltrán; de allí tomando en dirección para el Este hasta la parte alta de la tierra y colindando con terrenos pertenecientes al mismo municipio del Cerro de San Antonio, de allí siguiendo en dirección Norte, hasta llegar a la Ciénaga del Cerro de San Antonio, y de allí para el Oeste hasta llegar al caño de Isidro'. Este lote hace parte actualmente de un globo de mayor extensión que igualmente pertenece al Municipio del Cerro de San Antonio y que está comprendido bajo los siguientes linderos: (Aquí ellos).

"d) Las exploraciones con perforación, desea iniciarlas el doctor Marco T. Mendoza Amarís tan pronto como el Ministerio declare que se ha dado cumplimiento a lo dispuesto en la Ley de Petróleos y que no hay reparo que hacerles a la titulación y está listo para emprender dichos trabajos el día primero de abril (1º) de mil novecientos cuarenta y uno (1941)".

Manifestó igualmente el autor del escrito de que se viene hablando acompañar varios documentos, cuya relación detallada hace en el mismo escrito, y entre esos documentos, presentados,

figuran los siguientes acerca de los cuales interesa hacer mención especial desde ahora en el presente fallo:

"1º Certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados del Circuito de Plato, referente a la propiedad del lote mencionado y que abarca un período mayor de treinta años;

"2º Copia de la escritura número 15 de fecha 9 de abril de 1925, pasada en la Notaría del Cerro de San Antonio, que tiene la protocolización del mencionado remate verificado en el año de 1775, con su medida preventiva, la aprobación impartida a dicho remate y la entrega consiguiente del inmueble rematado y donde aparecen además insertas unas declaraciones para establecer la identidad de dicho lote; todo lo cual demuestra la propiedad particular del suelo y subsuelo del lote en cuestión, de acuerdo con la Ley 160 de 1936;

"3º Copia de la escritura número 48 de 16 de diciembre de 1938, otorgada en la Notaría del Cerro de San Antonio, que contiene el contrato celebrado entre el Municipio del Cerro de San Antonio y el doctor Marco T. Mendoza Amarís, sobre exploración y explotación de petróleo en terrenos pertenecientes a dicho Municipio, y donde está inserto el Acuerdo número 19 de 1938 expedido por el Concejo Municipal del Cerro de San Antonio, que contiene la autorización correspondiente para celebrar dicho contrato".

Una vez recibida en el Ministerio de Minas y Petróleos la solicitud documentada de que se viene hablando, dispuso este Despacho que pasara el asunto al estudio del servicio técnico para su estudio e informe.

Rindió ese informe la mencionada sección de Servicio Técnico el 14 de enero de 1941. En dicho informe se llega a las siguientes conclusiones:

"a) La extensión del lote de terreno a que se contrae el aviso, según el memorial y el plano topográfico es de 9.561.8 hectáreas;

"b) El avisante manifiesta que ese lote hace parte de un globo de mayor extensión de propiedad del Municipio y cuyos linderos indica y que figura en menor escala en el plano, el que al ser allí medido resulta tener cerca de 100.000 hectáreas;

"c) Entre los documentos presentados no se encuentra título emanado del Estado sino para una extensión de 4.402 hectáreas aproximadamente;

"d) El área y el perímetro del lote objeto del aviso indicados en el plano topográfico no corresponden con los del lote cuyo remate se verificó en el año de 1775; y

"e) No está el terreno de que se trata, precisamente determinado por el aspecto de la salida del Estado".

En seguida el Ministerio, fundado en el artículo 6º de la Ley 160 de 1936, solicitó concepto del señor Procurador General de la Nación, quien hubo de rendirlo en exposición que trae la siguiente conclusión:

"Por todo lo expuesto la Procuraduría es de concepto que no está acreditada en manera alguna la propiedad privada del petróleo en el aviso que formula el doctor Benjamín Acosta Sánchez en nombre del doctor Marco Tulio Mendoza Amarís como contratista con el Municipio del Cerro de San Antonio, en el Departamento del Magdalena".

Habiendo pasado luego el asunto al estudio del servicio legal del Ministerio de Minas y Petróleos, el abogado de esta sección del mencionado despacho, después de un análisis de los títulos acompañados con la solicitud sobre aviso de exploración con taladro, hubo de conceptuar que el asunto debía ser enviado a la Corte para los fines del artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

Y así lo dispuso el señor Ministro, a cuyo estudio había pasado el conocimiento del asunto, por Resolución número 202, de 5 de marzo de 1941, Resolución de la cual el interesado pidió oportunamente reposición que fue negada por otra Resolución ministerial, la de 26 de noviembre de 1941.

Es de importancia puntualizar en el presente fallo, las razones que los señores Ministros firmantes de las Resoluciones de que se acaba de hablar hubieran tenido para disponer que el asunto pasara al conocimiento de la Corte, es decir, por no estimar el Gobierno suficientemente comprobado el derecho del solicitante para que administrativamente se le reconociera dominio privado sobre los terrenos petrolíferos en consideración.

Las razones referidas, según resulta principalmente de la primera Resolución ministerial, esto es, de la de 5 de marzo de 1941, se hallan expresadas en los siguientes términos:

"Ya se ha visto que el único título de propiedad alegado por el doctor Benjamín Acosta Sánchez consiste en el remate efectuado en el año de 1775 que él mismo afirma que el lote a que el aviso se refiere forma parte, y es de menor extensión por consiguiente, del lote rematado.

"Aparece claramente en las diligencias de mensura, de avalúo, de remate y de entrega, que aquel lote consistía en un rectángulo de 10.500 varas castellanas de base por 6.000 de altura, lo que equivalía a 525 fanegas, o sea a 10 y media caballerías. Teniendo como fundamento las medidas que en aquellos tiempos se usaban, la Sección Técnica del Ministerio de Minas llegó a la científica conclusión, de que ese lote tenía una cabida aproximada de 4.401 hectáreas y 9.915 metros cuadrados. Como el lote a que el aviso se refiere tiene más de 9.000 hectáreas y es apenas una parte del lote de propiedad del Municipio del Cerro de San Antonio, es indiscutible que no se ha demostrado ni la identidad, ni siquiera la similitud entre el terreno rematado y el que es materia del aviso. Tampoco existen elementos suficientes de juicio para determinar sobre el terreno el lote rectangular rematado, lo que hace hoy imposible cumplir lo dispuesto por el numeral c) del artículo 28 de la Ley 37 de 1931, en la forma en que lo dejó redactado el artículo 7º de la Ley 160 de 1936.

"Las consideraciones que preceden hacen innecesario estudiar otros aspectos del negocio como serían: la autenticidad de los documentos protocolizados en 1925 y su preciso valor jurídico; los puntos de vista del señor Procurador General de la Nación en cuanto a las reservas para la corona española de las minas de petróleos en la época del remate, el valor que puedan tener las declaraciones testimoniales, protocolizadas también en 1925, la contradicción que existe al afirmar por una parte que el lote pertenece al municipio de Cerro de San Antonio y por otra que está ubicado en Cerro de San Antonio y Pedraza, etc."

Por otra parte, en la Resolución de 26 de noviembre de 1941, se lee lo que a continuación se copia respecto a la reposición pedida:

"En primer término arguye el recurrente que ha habido error en la apreciación del memorial de aviso de perforación, porque en ninguna parte de éste se afirma que el lote materia del remate verificado el 9 de diciembre de 1775, y a que se contrae el aviso, cobije todo el globo general alinderado en el mismo, sino que aquél hace parte de éste, sobre el cual el Municipio del Cerro de San Antonio tiene otros títulos de propiedad.

"El Ministerio acepta el reparo y rectifica la errada apreciación a que se refiere el memorialista, pero como punto meramente adjetivo en la cuestión que se debate, porque la providencia reclamada no se apoya en dicha apreciación, sino en el hecho de que no se ha demostrado la identidad o similitud entre el globo de terreno a que se circunscribe el aviso y el que fue objeto del citado remate de 9 de diciembre de 1.775".

Posteriormente y en la misma providencia expresó el señor Ministro lo que a continuación se transcribe:

"Para resolver se considera:

"Tanto en las diligencias de mensura y avalúo de los terrenos, como de las correspondientes al remate, aprobación y confirmación del mismo y de pago del importe, protocolizadas en la escritura pública Nº 15 de 9 de abril de 1925, otorgada ante el Notario del Cerro de San Antonio, aparece que lo rematado el 9 de diciembre de 1775 ante don Féliz de Almarza, abogado de las Reales Audiencias de Santa Fé, por el apoderado de los vecinos del Cerro de San Antonio, fueron **diez y media caballerías de tierras;** de consiguiente, en concepto del Ministerio es inadmisible la tesis del doctor Acosta Sánchez, de que el remate recayó sobre un cuerpo cierto que tiene toda la extensión cualquiera que sea, que resulte comprendida entre el río Magdalena, el caño Isidoro y el caño Moreno, y es inadmisible también, la analogía que pretende establecer entre el caso que aquí se contempla y el que fue decidido por la Corte Suprema en la sentencia de 13 de diciembre del corriente año, porque en éste, el objeto del remate fue la finca de Fierro Arriba y Fierro Abajo, señalada por linderos claros y determinados o determinables, y la única referencia que se hizo a su cabida de cien fanegadas, fue la consignada en los pregones para el remate, al paso que en aquél, como ya se dijo y se repite ahora, en todas las diligencias se habla de la extensión de diez y media **caballerías,** que equivalen según la conversión verificada por el Servicio Técnico a cuatro mil cuatrocientas dos (4.402) hectáreas aproximadamente, es decir, acerca de cinco mil (5.000) hectáreas menos que las que comprende el aviso y que en este caso son indeterminables.

"En cuanto al argumento de que en la venta por cabida con indicación de linderos, el objeto del contrato es toda la extensión por ellos comprendida, observa el Ministerio que la legislación de petróleos no lo autoriza para reconocer, por la vía administrativa la propiedad particular sobre el subsuelo de un terreno en mayor extensión de la

que reza el título emanado del Estado, es decir, para resolver problemas de derecho civil, como éste y como el planteado en el punto anterior, cuya solución por las competentes autoridades del Organo Judicial, a la luz de las disposiciones civiles que reglan la materia, es en este caso, la base precisamente indispensable para la aplicación de aquélla.

"Como se deduce del siguiente aparte del informe de 14 de enero de este año, el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos fundamenta sus conclusiones, no en una pretendida falta de precisión y exactitud que no exige sino en las enormes discrepancias que existen entre el perímetro del lote cuyo remate se verificó en el año de 1775 y en el que es materia del aviso, y que no se explican aun aceptando las naturales deficiencias del sistema de medida de la época colonial.

'No es mi intención que se exija una orientación rigurosamente exacta de la línea atendiendo a la época en que se hizo el trabajo, pero dada la magnitud de la desviación, merece anotarla. La longitud de esa línea le resultó al Agrimensor de 10.500 varas castellanas, y sabiendo que la vara castellana o de Burgos era de 0.8359 metros, resulta de 8.776.95 metros, mientras que la longitud indicada en el plano que acompaña el memorialista es de 12.777 metros, es decir, 4.000 metros o cerca de la tercera parte de diferencia por exceso. Lo más notorio es que tal diferencia de existir debiera ser por defecto, no por exceso; porque es de suponer que la medida hecha en el año de 1775 no siguió rigurosamente la línea recta sino las sinuosidades de la orilla del río y porque aun cuando el terreno allí lo creo en lo general plano sin embargo no dejará de tener sus ondulaciones, y entonces se acostumbraba medir siguiendo éstas en la forma que se llamaba de cabuya pisada, todo lo cual indica que la medida hecha en aquella época debiera resultar de mayor longitud que la actual. En consecuencia, o hay equivocación notoria en alguna de las dos medidas de las distintas épocas a que me refiero, o alguno de los caños mencionados o ambos que limitan la línea han sido diferentes de la una medida a la otra'.

"Lo dicho en los considerandos anteriores lleva a la conclusión de que el área y el perímetro del globo de terreno que salió del patrimonio del Estado por medio del remate de 9 de diciembre de 1775, no corresponden a los del lote detallado en el memorial de aviso y por tanto que no existe entre uno y otro, la similitud y aun la identidad que pretende el recurrente en contra de lo afirmado en la resolución recurrida. Al decir el Ministerio en esta providencia que no se ha demostrado 'ni la identidad, ni siquiera la similitud entre el lote rematado y el que es materia del aviso, da a entender claramente que cualquiera de las dos comprobaciones, sería suficiente para establecer la determinación legal y en manera alguna, como sugiere el doctor Acosta Sánchez, que para este efecto exija precisamente la primera'.

"Por último, estima el Ministerio que no es de su resorte, sino de la Corte Suprema de Justicia, cuando decida el juicio sumario que aquí ha de presentarse, el estudio relativo a la autenticidad de los documentos protocolizados en la escritura número 15 de 9 de abril de 1925 y su preciso valor jurídico; los puntos de vista del señor Procurador General de la Nación en cuanto a la validez de los títulos expedidos con anterioridad a 1858, y el valor que puedan tener las declaraciones protocolizadas también en 1925".

Llegado el proceso a la Corte, ha seguido en esta Sala la tramitación correspondiente y se halla en ella en estado de ser fallado.

Antes de continuar la presente exposición es de interés anotar que el Municipio de Cerro de San Antonio hubo de apersonarse directamente en el juicio y por medio de apoderado y ya que la gestión inicial del doctor Mendoza Amarís ante el Ministerio y ante la Corte hubo de hacerla no como propietario del subsuelo petrolífero, del cual trata el juicio, sino como contratista con el Municipio para la exploración y posible explotación de los yacimientos.

Parece que, en la actuación cumplida ante la Sala, presenta especial importancia lo concerniente a las pruebas pedidas por la parte demandante durante el término probatorio del juicio sumario que hoy se falla, así como lo atinente a las practicadas merced al auto para mejor proveer dictado por la Sala con fecha 28 de octubre de 1943.

Y cumple advertir, en cuanto a lo primero, que durante el término probatorio del juicio la parte interesada en el aviso de exploración, o parte demandante en el juicio se limitó a solicitar la recepción de algunas declaraciones de testigos y la práctica de otras pruebas tendientes, en especial manera, a esclarecer el punto de la autenticidad de los títulos de propiedad privada del petróleo, presentados por el demandante. De su lado el representante de la Nación en el juicio, en absoluto se abstuvo de solicitar la práctica de pruebas.

Por lo que respecta al auto para mejor proveer, al cual antes hubo de hacerse referencia, su par-

te dispositiva, la cual fue precedida en aquél de consideraciones pertinentes, es del siguiente tenor:

"1º Por medio del señor Juez Civil del Circuito de Plato, Departamento del Magdalena, a quien para ello se comisiona, de peritos, y de testigos si se presentaren, practíquese una diligencia de inspección ocular sobre los terrenos situados en el Municipio del Cerro de San Antonio, Departamento del Magdalena, para rehacer, en cuanto ello fuere posible, las diligencias de mensura, posesión y entrega de tierras a ese Distrito, en aplicación de los documentos presentados con el memorial de aviso y a que se ha hecho referencia en la parte motiva de este auto.

"2º Nómbrase peritos para la diligencia de que trata el punto anterior y para el dictamen a que dé lugar, a los señores ingenieros doctores Peregrino Ossa y Belisario Ruiz Wilches.

"3º Por medio del mismo señor Juez comisionado y en asocio de los doctores Miguel Aguilera y Jesús Antonio Uribe, a quienes se designa como peritos grafólogos, practíquese una inspección ocular en los archivos de la Notaría del Cerro de San Antonio con el fin de establecer si son originales los documentos relativos a la mensura, remate, aprobación de éste y entrega de las tierras adjudicadas al Municipio del Cerro de San Antonio, Magdalena, con fecha nueve de diciembre del año de mil setecientos setenta y cinco, a que se refiere el certificado notarial, que obra a fólios 10 vuelto a 11 del cuaderno de pruebas, número 3 del presente juicio".

En reemplazo del ingeniero doctor Belisario Ruiz Wilches, quien no aceptó el cargo de perito agrimensor, hubo de actuar el ingeniero doctor Pablo E. Lucio en asocio del otro perito, designado por la Corte, ingeniero doctor Peregrino Ossa.

Se practicó la correspondiente inspección ocular sobre el terreno y en el proceso obran las actas levantadas de tal diligencia, y con inclusión de las conclusiones a las cuales hubieron de llegar dichos peritos agrimensores.

Igualmente el señor Juez del Ct. de Plato practicó en asocio de los peritos grafólogos doctores Aguilera y Uribe, la correspondiente inspección ocular en la Notaría de Cerro de San Antonio y al proceso fue agregado el concepto pericial rendido por los expresados peritos.

Ahora bien: parece que el orden lógico que debe seguirse para el estudio de ciertos problemas planteados en este litigio, tales como los revela la parte resolutiva antes transcrita del auto para mejor proveer dictado por la Corte, es el de analizar en primer término lo concerniente a la autenticidad de los documentos de propiedad, en los cuales funda su derecho la parte demandante, para terminar luego en el análisis referente a la determinación de los terrenos que se dice están amparados con dichos títulos.

De manera que hay lugar a observar en primer término que, según el parecer fundado y razonado de manera amplia por los peritos grafólogos. los títulos dichos atrás están constituídos por documentos auténticos y no por documentos falsos o falsificados, que carezcan de mérito probatorio sobre el dominio del subsuelo petrolífero.

Empero para el perfecto dominio de los temas que fueron encomendados al estudio tanto de los peritos grafólogos, como de los peritos agrimensores, así como para el efecto de fijar, con su mejor inteligencia, el alcance de las conclusiones a las cuales habrá de llegar la Corte en el presente fallo, se hace preciso copiar en su integridad, y no obstante su considerable extensión, el título colonial en el cual sustenta su derecho el Municipio de Cerro de San Antonio.

TITULO

"El doctor don Féliz de Almarza, abogado de las Reales Audiencias de Santa Fé, en este Nuevo Reino de Granada y de Santo Domingo, en la Isla Española Teniente General, Auditor de la gente de guerra, y Juez subdelegado privativo de Tierras, sus ventas y composiciones en esta ciudad de Santa Marta y su Provincia, &. Por cuanto habiéndose ocurrido a este Juzgado por parte de Don Nicolás Villa Real, vecino del sitio de Na. Sa. de la Candelaria del Cerro de San Antonio, en esta provincia como apoderado de los de dicho sitio, representando haber poseído una posesión de Tierras de cría y labrar en aquel Distrito, desde el caño de Isidro hasta el caño de Moreno, que compondría una legua más o menos, solicitándome sirviese mandarlas medir, o deslindar, amojonar y justipreciar, para que practicadas estas diligencias se procediera a su pregón y remate. En cuya virtud comisioné a Don Juan Rosales; quien evacuadas me las devolvió en cuya vista con fecha siete de diciembre, de setecientos setenta y cinco, mandé sacar a pregón y remate las referidas Tierras, como así consta de las diligencias aquí insertas, que son del tenor siguiente:

MEDIDA:

En veintiseis días del mes de octubre de este presente año de mil setecientos setenta y cinco:

YO, Don Juan Francisco Del Rozal, Juez Agrimensor, acompañado de Don Antonio José Vélez, Januario Camacho, Manuel Pacheco y Antonio Aragón, vecinos de este dicho Sitio por testigos, con más veintitrés hombres que fueron para abrir picas y testigos por parte del vecindario y para la actuación y dar principio a lo prevenido del Superior despacho de mi comisión, cuyo efecto hice traer una cabuya que medida en presencia de los dichos vecinos que me acompañaban tuvo cien varas castellanas, la que atada a un extremo en una estaca, se puso en la boca del caño que nombran de 'Ysidro', siendo dicho caño el lindero de las tierras pertenecientes al ante dicho sitio de Na. Señora de la Candelaria, y Cerro de San Antonio, y teniéndose por el ángulo recto del punto meridiano del Norte para el Sur, se midieron DIEZ MIL QUINIENTAS varas castellanas, que terminaron en el caño que nombran de 'Moreno', lindero de las tierras que pertenecen al Glorioso San Luis Beltrán, y para mayor abundamiento se demarcó un palo grande nombrado 'CARA' que está inmediato a la boca de dicho caño, con diferentes señales que le hicieron los dichos acompañados a causa de no haber en estos parajes material con qué hacer mojones como se manda, y cambiando el rumbo del ángulo para noventa grados para el Oeste, para los noventa del Leste, división de los cuatro cuadrantes haústicos, se midieron SEIS MIL varas castellanas en donde se encontró la tierra más áspera de lo más, y algunas quebradas que la inutilizaban para el fin que la solicitan estos dichos vecinos, por lo que paró la mensura, y se demarcó por lindero un palo bastante grueso nombrado "Carreto" poniéndolo por marca, lindero y año en letra y en número setenta y cinco, y cambiando el rumbo directo para el punto Norte, meridiano de él, del Sur, se midieron las mismas DIEZ MIL QUINIENTAS varas castellanas que finalizaron, en una ciénaga que llaman de San Antonio, lindero interior de las de nuestro Citio; y volviendo a cambiar para el Oeste, por el rectángulo hasta encontrar con la boca del caño ya mencionado de "Ysidro", de donde tomé principio a dicha mensura quedando dicho caño por perpetuo lindero, con lo que cerré la mensura y la firmé con los testigos que me acompañan. Juan Francisco del Rozal.—Antonio José Vélez.—Januario. Camacho. Manuel Pacheco.—Antonio Aragón.—En treinta y uno de octubre de este año de mil setecientos setenta y cinco: Yo, dicho Juez Agrimensor, para el pleno cumplimiento a la figura que contiene el plano que antecede, se debe suponer lo primero que ha permitido el ángulo de los cuatro cuadrantes, por línea recta del punto meridiano polo Norte, Sur de su nominación DIEZ MIL Y QUINIENTAS varas castellanas y por consiguiente el del Oeste, por la división de los cuatro cuadrantes, por el rectángulo noventa grados al Leste por noventa grados se midieron SEIS MIL varas castellanas, y cambiando al punto Norte por el meridiano polo del Sur, se hallan las mismas DIEZ MIL Y QUINIENTAS varas castellanas del primer Angulo, y, volviendo por el rectángulo noventa grados del Oeste por la división de los cuatro cuadrantes náuticos de los noventa del Leste, se hallaron las mismas SEIS MIL varas castellanas, que en el anterior Rectángulo; y siendo esta figura cuadrilonga, según la nominación geométrica y por su regla pura y punto de Regla se debe multiplicar un lado por otro, bien entendido el mayor por el menor, y habiéndolo así ejecutado de seis cuentos y trescientas mil varas superficiales, las que llamadas a partición según orden de dicha mensura y haciéndolo por la área de mil y doscientas varas, geométrica superficiales que componen una fanega, sale al cuociente quinientas y veinticinco fanegas y que volviendo a partir por cincuenta que componen una caballería, sale ser, citio y solar de DIEZ Y MEDIA caballerías; sirviendo ésta para siempre que se quicieren medir, o tomar una distancia de la que compone la figura expresada cuadrilonga, haciéndose cargo de la reducción correspondiente y próxima en lo reducido de él, y la Rosa Naútica Rescripta para graduar el Rumbo o Rumbos de la división de las medidas conforme a las Reglas Generales ante dichas geométricas según los ángulos de sus composiciones, y para ello se pone por ejemplo: La primera diligencia dio principio en el caño de "Ysidro" y siguiendo por el recto del meridiano Polo Norte, para el Sur, y se midieron DIEZ MIL Y QUINIENTAS varas castellanas, y terminó en el caño que llaman de "Moreno", lindero antes dicho, de las tierras del Glorioso San Luis Beltrán donde los que me acompañaron pusieron diferentes marcas, a un palo nombrado "Cara", que está a la inmediación de la boca de dicho caño y cambiando para el Leste por noventa grados de los noventa del Oeste, que dividen por rectángulo los cuatro cuadrantes de la Flor Náutica se midieron SEIS MIL varas castellanas y se le puso por lindero un palo nombrado "carreto" bastante grueso, marcándolo con letras que se le hicieron en la corteza, lindero y

año en números setenta y cinco y volviendo a tomar cambiando el cuadrante para el recto de la línea que divide el Meridiano Polo, del Sur para el punto Norte, se midieron DIEZ MIL Y QUINIENTAS varas castellanas las mismas que en la primera recta de la figura hasta encontrar con una ciénaga que llaman de San Antonio Lindero interior de las Tierras de este dicho Citio, cuyos Títulos tengo vistos y dados en Santa Marta, por el señor Juez Primero (sic) de Tierras, el mismo que a mí me ha comisionado, y volviendo a cambiar el cuadrante, por rectángulo a los noventa grados, de los del Leste para el Oeste, división de los cuatro ante dicho cuadrante, Náutico y se midieron las mismas SEIS MIL varas castellanas, hasta llegar al antes mencionado caño de "Ysidro" en donde dí principio a dicha mensura; y en inteligencia que estos dichos caños tienen su origen el río grande la "Magdalena" que según parece deslinda la primera recta por el Oeste y para más seguro véase la figura, y la primera paralela marcada con la letra A a la segunda B, como así mismo la de la segunda B a la tercera C y la de la tercera C a la cuarta D y de esta a la primera A por lo que multiplicado un lado por otro sale según regla geométrica el total de SEIS cuentos y trescientas mil varas superficiales que partidas por MIL Y DOSCIENTAS que es área de una fanegada sale al cuociente quinientas veinticinco fanegadas y siendo la segunda área de CINCUENTA fanegas, una caballería, sale al cuociente por Citio y Solar de DIEZ Y MEDIA caballerías, por lo líquido de su partición salvo yerro de pluma, suma o reducción que podrá reconocerlo cualquiera facultativo a que me remito.—ROZAL. Januario Camacho.—Antonio José Vélez.

AVALUO

"En dicho día, mes y año Yo, dicho Juez comisionado y agrimensor en estas diligencias, teniendo como tengo concluída la medida, deslinde y amojonamiento, de las tierras citadas desde el lindero de las tierras pertenecientes a este dicho Citio, que corren aguas arriba del río grande la Magdalena por estas en sus laderas, siguiendo dichas laderas, hasta encontrar con las tierras del Glorioso San Luis Beltrán según estoy informado por este vecindario, y como lo testifica la carta que antes tengo acumulada a estas diligencias del Alcalde de la Villa de Tenerife en la citación por mí hecha a dicho Alcalde y vistas la calidad de dichas tierras y usando de la comisión que se me ha conferido por el señor Juez Privativo de Tierras de esta Provincia de Santa Marta según mi leal saber y entender y atendiendo al mayor aumento que pueda en favor de SU MAGESTAD, que Dios guarde, avalúo las primeras SEIS caballerías colindantes con las de San Luis Beltrán porque como dicho tengo en la primera diligencia son poco útiles, a OCHO pesos caballerías, y por tener una ciénaga que se inunda por el caño de este lindero, y se mantiene abundante todo el año según me informan los supradichos vecinos que me acompañaron, y las otras cuatro y medias caballerías colindantes con las de este Citio aunque tienen una ciénaga en el centro me dicen que no es permanente su hondura y algunas lomas, son más llevaderas a DIEZ pesos caballerías que juntas las dos cantidades montan NOVENTA Y TRES pesos, pareciéndome ser bastante precio por ser estas dichas tierras tan invadidas de los indios bárbaros, Chimilas, que a cada paso los encuentran estos dichos vecinos, porque tienen cruzada dicha tierra con diferentes picas; y concluída esta diligencia paso a dar los pregones como se manda en el Despacho de mi comisión y lo firmo ut-supra. — Juan Francisco del Rozal. Antonio Jph. Vélez.—Januario Camacho.

DECRETO

Santa Marta siete de diciembre de mil setecientos setenta y cinco. Constando por las diligencias antecedentes exhibida por el comisionado en este Juzgado haberse subcesivamente a la mensura y aforo de las tierras del asunto dados los treinta pregones conforme a derecho de dichas tierras, sítese a remate de ellas para que se asigna el día nueve del presente mes y sea con citación de los vecinos del Citio de San Antonio y por ellos con la de su apoderado Dr. ALMARZA.—Ignacio Dodino.—Pedro Jph. de Feria.

NOTIFICACION:

En el mismo día yo Pedro Jph. de Feria, de Orden del señor TENIENTE GENERAL Y AUDITOR de Guerra y Juez Subdelegado privativo de Tierra, hice saber el Decreto antecedente y, cité como en él se manda a Don Nicolás Villarreal y para que conste lo firmó conmigo de que certifico.—Feria.—Nicolás Joaquín Angel de Villarreal. Y habiéndose verificado el remate en los referidos vecinos del Cerro de San Antonio lo aprobé por Decreto de once de Diciembre del año pasado

de setenta y cinco mandando se enterase en Reales Cajas la cantidad de noventa y tres pesos en que fueron rematados lo que aí se ejecutó con la media "Annata" y diez y ocho por ciento de conducción y avería a los Reinos de España, según se me hizo constar por certificación de los señores Oficiales Reales. En cuya virtud proveí auto en veinte y ocho de Enero del presente año previniendo pasen los autos al Tribunal de Real Hacienda para que haciéndose por el interesado el servicio pecuniario, correspondiente a la gracia de confirmación se actuase ésta por dicho Tribunal lo que así practicado haciéndoseme constar tuve abién por Decreto de cuatro de Febrero del mismo año mandar se librase el título de propiedad, como todo se examina de las diligencias siguientes.

REMATE

En la ciudad de Santa Marta a nueve días del mes de Diciembre de mil setecientos setenta y cinco años el señor doctor Don Féliz de Almarza, Abogado de las Reales Audiencias de Santa Fé en el Nuevo Reino de Granada y de Santo Domingo en la Isla Española Teniente General Auditor de Guerra de esta ciudad y Provincia y en ella Juez subdelegado Privativo de Tierras por el señor Juez General de ellas: Estando en Audiencia pública que celebra en esta de su morada a efecto de sacar el pregón y público remate las diez y media caballerías de tierra las que mandó Smrd. dicho señor Teniente se fuesen pregonando con expresión de su avalúo que es el de noventa y tres pesos, lo que así se ejecutó por voz de Silvestre, negro esclavo que hizo oficio de pregonero por no haberlo público en esta ciudad diciendo en altas e inteligentes voces, 'Quien quisiere hacer postura a diez y media Caballerías de Tierra, citas en la rivera del Río grande de la Magdalena se comprenden desde el caño de 'Ysidro' hasta el caño de 'Moreno', aguas arriba que se hallan avaluadas en cantidad de noventa y tres pesos, y se venden por cuenta de Su Majestad comparezca se le admitirá la que hiciere que se han de rematar hoy en este día a la hora acostumbrada, por ser el asignado y estar para ello citado el Apoderado de los postores, y aunque dicho pregón se repitió varias y distintas veces en el discurso de la mañana de este día no pareció quien mejorase la postura y siendo ya dadas las doce del medio día mando Smrd. avisar la voz del Pregonero dijo: 'Quien quisiere mejorar la postura de noventa y tres pesos que está hecha a las diez y media caballerías de Tierras, citas en la rivera del Río grande la Magdalena y se comprenden desde el caño 'Ysidro' hasta el caño de 'Moreno', aguas arriba, cuya cantidad, se ha de pagar de contado en estas Reales Cajas verificado que sea el remate comparezca se le admitirá la que hiciere y apercibo para el remate a la una, a las dos, a la tercera, que buena, que buena, que buena y verdadera pro le haga a quien las tiene puestas', con lo cual quedó hecho este remate a D. Nicolás Villarreal como apoderado de los referidos vecinos del Citio de San Antonio y Smrd. el señor Teniente de Gobernación Auditor de Guerra y Juez subdelegado de Tierras dijo: que usando de la facultad que le es conferida debía de aprobar y aprobó este remate el que afirmó Smrd. y los testigos que lo fueron Don Ignacio Dodino, Don Alejandro de Ortega, Pedro Jhp. de Feria con quienes actúa por falta de escriba, Doctor Don Féliz de Almarza. Nicolás Ibaguin, Angel de Villarreal.—Ignacio Dodino.—Pedro Jph. de Feria.—Santa Marta, once de Diciembre de mil setecientos setenta y cinco.—Estando aprobado el remate celebrado en Don Nicolás Villarreal, como apoderado de los vecinos del Citio de San Antonio de las diez y media caballerías de Tierras citas en la cordillera del Río de la Magdalena que se comprenden desde el caño de "Ysidro" hasta el de "Moreno" aguas arriba se hará constar en este Juzgado haberse enterado en las Reales Cajas de esta ciudad la cantidad de noventa y tres pesos, en que fueron rematadas con rebaja de lo que corresponde a Smrd. por razón del dos por ciento que le asigna Su Majestad y asímismo la media Annata, y diez y ocho por ciento de conducción y avería a los Reinos de España.—Doctor Almarza.—Ignacio Dodino.—Pedro Jph. de Feria. Don Santiago López de Castilla, Contor y don Basilio García Tesse. Ofiz. de la Rl. Hacienda de esta ciudad de Santa Marta y su Provincia, por el Rey Nuestro Señor certificamos que Don Nicolás Villarreal vecino del Citio de Nuestra Señora la Candelaria del Cerro de San Antonio de esta Gobernación como apoderado de los vecinos de dicho Citio enteré en estas Reales Cajas NOVENTA Y SEIS pesos cinco rs. mrs., los noventa y un pesos un rs. cuatro mrs. que con rebaja de un peso seis rs. treinta mrs. que corresponde al señor Juez subdelegado de Tierras por razón del dos por ciento, que por ayuda de costas le asigna Su Magestad en el capítulo catorce de la real Instrucción componen noventa y tres pe-

sos, valor en que se le remataron las Tierras citas en la ribera del Río Grande de la Magdalena y se comprenden desde el caño de 'Ysidro' hasta el de 'Moreno' aguas arriba, que se comprenden de diez y media caballerías; los cuatro pesos conco rs. seis y tres cuartos mrds. por el Real derecho de media Annata y los seis rs. veintitrés cuartos mrds. por el de diez y ocho por ciento de avería y conducción a los Reinos de España, y de los dichos noventa y seis pesos y medio mrds. quedamos hecho cargo en los Libros Reales del mzo. y derechos correspondientes. Y para que conste damos y firmamos la presente en esta Real Contaduría de Sta. Marta a veintisiete días del mes de Enero de mil setecientos setenta y siete años. Don Santiago López de Castilla. Basilio García. Sta. Marta, Enero veintiocho de mil setecientos setenta y siete. Vista la certificación de los señores Oficiales Reales, que acredita el entero en Reales Cajas de la cantidad del remate de las Tierras del asunto con los demás derechos pertenecientes a Su Magestad vuelva el expediente al Tribunal de Real Hacienda para que haciéndose por el interesado el servicio pecuniario por la Gracia de confirmación se actúe por dicho Tribunal a consecuencia de la Real Cédula instructiva y devolviéndose los Autos a este Juzgado se proveerá lo que corresponda a su justicia.—Dor. Almarza.—Manuel Jph. Estan. Francisco Xavier Manjarrés. En la ciudad de Santa Marta a veintiocho días del mes de Enero de mil setecientos setenta y siete a los señores Don Nicolás Díaz de Perea, Teniente Coronel de Infantería de los Reales Ejércitos Gobernador Comandante General de esta plaza y Provincia. — Don Santiago López de Castilla, Contador y Don Basilio García Tssso. Ofics. de la Real Hacienda de esta dicha ciudad y Provincia por el Rey Nuestro Señor.—Habiendo visto las diligencias precedentes remitidas a este Tribunal de Real Hacienda por el señor Juez subdelegado de Tierras para el efecto de actuar la confirmación de diez y media caballerías de Tierras citas en las orillas del Río Grande de la Magdalena comprendidas desde el caño de Ysidro hasta el de Moreno, aguas arriba constando por la certificación que antecede de estos Reales Oficios haber satisfecho el monto de su avalúo media Annata, y diez y ocho por ciento de avería y conducción a España, acordaron que para proceder con arreglo a lo prevenido por la Real Cédula Instrucción, librada para este efecto se dé vista de este expediente al señor Tesorero Oficial Real para que como debe hacer el oficio de defensor de la Real Hacienda exponga lo que a favor de ella, hayara convenir en razón a la dicha confirmación. — Así lo proveyeron, mandaron y formaron dichos señores, Gobernadores y Oficiales Reales con testigos por defecto de Escribano. Nicolás Díaz de Perea.—Don Santiago López de Castilla. — Basilio García, Jph. Morron Escobedo. Josef de Arias.—Señores Gobernador y Contador Oficial Reales.—El Tesorero Oficial Real de estas Reales Cajas de Santa Marta, por el Rey Nuestro Señor, a la vista que se le da por el Auto antecedente de los obrados sobre la confirmación que se solicita por los vecinos del Citio de San Antonio de las diez y media caballerías de Tierras, comprendidas desde el caño de Ysidro hasta el de Moreno, aguas arriba en las orillas del Río Grande de la Magdalena; dice que atendiendo a la calidad de dichas tierras propensas a inundaciones, como acreditan las circunstancias que expresa el Juez Comisionado en el avalúo de ellas y redundando en beneficio del vecindario del dicho Citio de San Antonio; cuyo fomento, (S. M.) (Dios le guarde) encarga tanto; no encuentra reparo, para que Sumrds. los señores Gobernador y Contador Oficial Real, usando de la facultad que se le franquea por el Capítulo doce de la Real Instrucción expedida sobre este asunto se les despache la confirmación que solicitan mandando exhibir en Cajas Reales la tercera parte de su principal valor por el indulto del servicio pecuniario arreglado a lo que se manda por el Capítulo nueve de dicha Real Instrucción y habiéndose hecho práctica dicha exhibición de tercera parte por el tal indulto importando el avalúo de esas dichas tierras la cantidad de noventa y tres pesos, deben exhibir por el citado indulto, treinta y un pesos, que es cuanto el Tesorero Oficial Real, como Fiscal de la Real Hacienda debe exponer en Justicia.—Santa Marta, veintinueve de Enero de mil setecientos setenta y siete.—Basilio García.—Visto lo que en razón de la confirmación de las Tierras de que se trata ha expuesto el señor Tesorero Oficial Real y que no se ofrece reparo alguno, para su concesión, los Señores Gobernador y Contador Oficial Real dijeron, que usando de la Real facultad que se les confiere por el Capítulo doce de la Real Cédula Instrucción, dada en San Lorenzo, a quince de Octubre de mil setecientos cincuenta y cuatro:—Aprueban y confirman dichas Tierras en los vecinos del Citio de San Antonio y en su consecuencia mandaron que precediendo hacer constar por certificación de éstos Reales Oficios haber enterado los treinta y un pe-

sos en Reales Cajas, que dicho señor Tesorero reguló por el indulto y servicio pecuniario se devuelva este expediente al señor Juez Subdelegado de Tierras para que en su vista delibere en conformidad de lo dispuesto en el Capítulo décimo de la referida Real Cédula lo que sea concerniente, así lo proveyeron, mandaron, y firman dichos señores Gobernador y Contador Oficial Real en Santa Marta a veintinueve de Enero de mil setecientos setenta y siete años.—Nicolás Díaz de Perea.—Don Santiago López de Castilla.—Josef Morron Escobedo.,

CERTIFICACION

Jph. de Arias.—Los Oficiales de la Real Audiencia de esta Ciudad y Provincia, por el Rey Nuestro Señor, Contador Don Santiago López de Castilla.—Josef Morron Escobedo y Tssº. Don Basilio García certificamos haber recibido por parte de los vecinos del Citio de San Antonio; y treinta y un peso los mismos que yo el Tssº. regulé por el servicio pecuniario de la Gracia de la confirmación de las diez y media caballerías de tierras que en estos Autos se mencionan de cuya cantidad nos hicimos cargo en los Libros Reales Nro. y dro correspondiente. I para que conste damos y firmamos la presente Real Contaduría de Santa Marta, y Febrero tres de mil setecientos setenta y siete años. Don Santiago López Castilla.—Basilio García.

DECRETO:

Santa Marta cuatro de Febrero de mil setecientos setenta y siete. Vista la certificación de los señores Oficiales Reales que acreditan el entero en Reales Cajas, de la cantidad, que se reguló por la Gracia de confirmación celebrada en los vecinos del Citio de Na. Sa. de la Candelaria del Cerro de San Antonio, de las diez y media caballerías de tierras, líbresele el Título correspondiente.—Doctor Almarza.—Josef Antonio Díaz.—Vicente Calderón.—Por tanto libro el presente y por él en nombre del Rey Nuestro Señor (que Dios guarde) y en virtud de la Real facultad, que me tiene conferida por la Real Instrucción, dada en San Lorenzo a quince de Octubre del año pasado de mil setecientos cincuenta y cuatro y Subdelegación que se me hizo por el señor Doctor don Benito de Cazal y Montenegro Alcalde de la Corte de la Real Audiencia del Distrito y Juez General de Tierras en este Reino para esta intendencia; y a tener la parte de los vecinos del Citio de Nuestra Sa. de la Candelaria del Cerro de San Antonio cumplido con lo preceptuado de haber enterado en estas Reales Cajas, el equivalente valor de noventa y tres pesos en que se verificó el remate de las diez caballerrías y media de tierra, con más el importe de la media Annata correspondiente a dicha cantidad y diez y ocho por ciento de conducción de avería a los Reinos de España, como asimismo treinta y un pesos por la gracia de confirmación de las precitadas tierras, según me hizo constar por las certificaciones de los señores Oficiales Reales.—Desde luego hago merced de ellas a los referidos vecinos del Cerro de San Antonio para que en su virtud las gocen ellos, sus herederos y subcesores, como suyas propias por todos los días de sus vidas habidas y adquiridas con justo y derecho título sembrándolas, labrándolas y cultivándolas como mejor les convenga; cuya merced y gracia les confiero, con todas sus entradas y cabidas, aguas, pastos, abrevaderos, usos, costumbres y demás dros. de servidumbre bajo los límites, y linderos que se comprenden en la mensura de las consabidas tierras entendiéndose esta gracia sin perjuicio de los Naturales, patrimonio Real ni de otro tercero que mejor derecho tenga; en cuya consecuencia todas y cualesquier justicia y Jueces del Distrito donde se halla las memoradas tierras y demás Jueces y Ministros que fuesen requeridos por otra persona idónea ante quien se presentaren dichos vecinos, y pidieren posesión se la daran bastante de ella amparándole y manteniéndoles, sin permitir sean despojados, desposeídos, molestados ni en manera alguna inquietados ni removidos de su goce, posesión y propiedad, sin primero ser oídos y vencidos por fueros y por derecho mediante a tener cumplido con lo prevenido; pues yo por el presente en virtud de la Real facultad que me es conferida les amparo y mantengo en dicha propiedad y posesión, lo que así se efectuará y cumplirá precisa y puntualmente, pena de doscientos pesos, aplicados enteramente a su Magestad, que para todo lo doy, firmado de mi mano, y sellado con el sello de mis armas y autorizado con los testigos con quienes actúo, por falta de escribano. En esta ciudad de Santa Marta a seis de Marzo de mil setecientos setenta y siete.—Doctor Don Felix Almarza, con una rúbrica.—José Antonio Díaz, con una rúbrica.—Gaspar Antonio González, con una rúbrica.—En este Paraje del caño de Ysidro, enveinte días del mes de Marzo de mil setecientos setenta y siete años, habiéndoseme re-

querido y entregado por varios vecinos de él, como encomendado de Justicia para el efecto de la posesión que se solicita, la tomaron y recibieron real- Corporal y verdaderamente vedando a varios de estos de cortar ramos, picar árboles, pasearse y dar voces por ellas, y haciendo en las demarcaciones, las mismas diligencias que consta de diez y media caballerías judicadas desde este al caño de Moreno, por el señor Juez Privativo de Tierras, Teniente de Gobernador, Doctor Don Felix Almarza, y en su cumplimiento de él, se obedece en la forma ordinaria y para que conste lo firmo, con algunos vecinos y por los que no saben firmar. Antonio José de Vélez.—por Juan Tomás de Villa, y Jervacio Muñoz, y Manuel de León y por mí Januario Camacho.—Por Casimiro de Villa, Juan de Aragón y por mí, Bernabe de VILLA.—Por Manuel Pacheco y Feliz Rodríguez y por mí, DOROTEO DE VILLAS".—GOBERNACION de la Provincia en la visita. Cerro de San Antonio, Junio 7 de 1836. Visitados los presentes títulos: hallándose legales y corrientes pásense al Archivo de la Alcaldía Parroquial de este Distrito para su archivo.—Juan Antonio Gómez.—El Oficial primero encargado de la Secretaría FRANCISCO ROBLES".

Volviendo ahora al experticio de los peritos grafólogos habrá de observarse en primer término que concuerdan ellos en las siguientes conclusiones redactadas por el perito doctor Aguilera:

"1).—Examinadas minuciosamente las hojas de papel en que se encuentra extendido el título protocolizado en la Notaría del Cerro de San Antonio, y comparadas con muchas otras empleadas en documentos públicos y privados, correspondientes a los años de 1776 y 1777, que se hallan en los anaqueles del Archivo Histórico Nacional, se vio una cabal igualdad que conduce necesariamente a la conclusión de que las primeras corresponden a la época mencionada.

"2).—Los sellos reales impresos en las hojas de papel examinadas y los de agua o filigrana que indican su fabricación, contienen en los documentos del protocolo de la Notaría de Cerro de San Antonio, exactamente las mismas características de tamaño, de conformación y de disposición que los que exornan las hojas que reposan en el archivo Nacional.

"3).—Su caligrafía clara, elegante, armoniosa, proporcionada, artística procede de la mano del pendolista Jossef Antonio Díaz que junto con el Dr. Almarza y el testigo Gaspar Antonio González, suscriben la parte original del texto analizado. En el Archivo Nacional se encuentran varios instrumentos en que se destacan idénticas características.

"4).—La firma del Juez Subdelegado de tierras Dr. Félix de Almarza coincide, en todos sus atributos morfológicos y kenetográficos, con las firmas del propio funcionario en los varios expedientes vistos e individualizados en algunos volúmenes de la sección de Tierras del Magdalena. La misma observación cabe en cuanto a las firmas de los testigos Gaspar Antonio González y Jossef Antonio Díaz que acompañaron al doctor de Almarza en el acto judicial y administrativo de la expedición del título a favor de los vecinos del Cerro de San Antonio.

"5).—.....

"6).—La actuación obrada en juicio de 1836 por el Gobernador de la Provincia de Santa Marta y su secretario, contiene todos los signos peculiares de las escrituras trazadas durante la visita practicada en las dependencias de Cerro de San Antonio, así como la firma del señor don Juan Antonio González coincide exactamente con las que estampó el mismo Gobernador en las varias comunicaciones que reposan en el Archivo Nacional, y muy particularmente con las que suscriben documentos de la propia fecha, o sea el 7 de junio de 1836.

"7).—Salvo insignificantes errores de copia, el texto original del documento protocolizado en Cerro de San Antonio, corresponde con la copia que obra en el expediente que en estos momentos se halla al estudio de la H. Corte".

Igualmente concuerdan los peritos grafólogos en las **Conclusiones** siguientes que aparecen en el informe redactado por el perito Dr. Uribe:

"PRIMERA.—Las hojas de papel sellado en que está escrito el documento materia de la investigación, son de la época mencionada en los sellos respectivos y los membretes (escudos y leyendas impresos) son auténticos.

"SEGUNDA.—Las firmas de Feliz de Almarza, de Gaspar Antonio González y de Antonio Josef Díaz que autorizan la expedición del título de tierras a favor de los vecinos del Cerro de San Antonio, fueron puestas por las mismas personas que en otros títulos semejantes, que reposan en el Archivo Histórico Nacional, obraron con el propio carácter de Juez Subdelegado de Tierras y testigos actuarios.

"TERCERA.—La firma que dice "JUAN ANTo. GOMEZ", trazada en la última hoja del legajo de títulos, y al pie de la actuación fechada en Cerro

de San Antonio el 7 de junio de 1836, fue trazada por la misma persona que con el propio nombre y en su carácter de Gobernador de la Provincia en Santa Marta, suscribió varios despachos y comunicaciones que se encuentran archivados en varios volúmenes de la época, del Archivo Histórico Nacional".

Se sigue de lo expuesto que ambos peritos grafólogos coinciden en la autenticidad del título invocado por el Municipio del Cerro de San Antonio y de ahí que aparezca establecido el buen éxito logrado a este respecto con el auto para mejor proveer dictado por la Corte.

Empero, para el más completo estudio del tema de la autenticidad de los títulos referidos, interesa observar que se presentó alguna discrepancia entre el parecer de uno de los peritos grafólogos, el Dr. Aguilera, y el del perito Dr. Uribe acerca de un detalle en una de las diligencias que constituyen parte integrante del instrumento referido.

En efecto, el Dr. Aguilera bajo el número 5 de las Conclusiones, número 5, que **ex-profeso** hubo de ser omitido en la transcripción hecha por la Corte, para el efecto de reproducirlo aquí, reza así:

"5).—La diligencia de entrega de las mismas tierras se encuentra extendida al reverso de la misma hoja del documento examinado, pero en opinión mía tal acta no reúne las calidades de autenticidad que son de suponerse, por los motivos brevemente anotados en la primera parte de este informe. Sin embargo, debo advertir que en lo exterior tal texto no compromete en nada la esencia del título mismo, como que proceda de personas y funcionarios extraños a la expedición de él".

Los motivos a los cuales hace alusión el Dr. Aguilera para presentar dudas acerca de la autenticidad del acta de posesión, los puntualiza el mencionado perito grafólogo en los siguientes términos:

UNA DILIGENCIA CONTROVERTIBLE

"A la vuelta del folio donde se hallan las firmas autógrafas del Juez Delegado de Tierras Dr. Almarza, y de los dos testigos actuarios por falta de escribano, se lee con gran dificultad por la calidad de la escritura, por lo descolorizado de su tinta, por la destrucción de la hoja de papel y por la imbibición de los pigmentos colorantes en el tejido de aquél, una diligencia de entrega de las tierras concedidas que lleva fecha del 20 de marzo de 1777. Tal acta aparece firmada por don Antonio José Vélez, como 'encomendado de Justicia para el efecto de la posesión que se solicita, etc.' Junto con él firman otros vecinos, unos a ruego, y otros como Januario Camacho, Bernabé Camacho y Doroteo de Villas, por sí mismos y en representación de los rogantes.

"Varios son los motivos que tiene uno de nosotros, Aguilera, para dudar de la originalidad y de la autenticidad de este documento o parte del legajo protocolizado. Es cierto que dicho texto presenta las características de antigüedad, y que en ningún caso podría suponérsele posterior al año de 1836 en que se cumplió otra interesante y vital función gubernamental con el título de Cerro de San Antonio. Lo que induce al perito Aguilera a concebir una sospecha de simulación se resume en las siguientes observaciones:

"1).—La firma del 'encomendado de Justicia' Antonio Jph. Vélez, no coincide en sus elementos esenciales con las muchas firmas que de tal personaje se han consultado en los volúmenes de Tierras del Magdalena del Archivo Nacional. Hay sin duda, para Aguilera, una imitación bastante hábil de la auténtica, pero sin reproducir aquellos atributos morfológicos y kinetográficos peculiares en toda firma.

"2).—La firma del vecino Januario Camacho tampoco coincide con las varias firmas del propio personaje que obran en varios expedientes conservados en los anaqueles del Archivo Nacional. Las imita en verdad, pero sin lograr una equivalencia que engañe al experto.

"3).—Estando presentes en el momento de la entrega del inmueble dos sujetos que poseían una caligrafía sobria, clara, firme, curialesca, como eran los señores Vélez y Camacho, no se explica cómo hayan puesto a escribir tan trascendental acta a un hombre poseído de las más elementales nociones de caligrafía oficial. La fotografía que acompañamos, superior a las condiciones de legibilidad del documento, explica la extrañeza del perito Aguilera.

"4).—A Aguilera le parece que la única firma auténtica es la de Doroteo de Villas, y aún llega a creer que él es el autor de la diligencia con que remata el título en cuestión.

"Anota Aguilera que consultando papeles de la época, extendidos en Cerro de San Antonio por aquel tiempo, se encuentran ejemplares bellísimos de escritura documental que le llamaron poderosamente la atención. Esto se explica desde el punto de vista histórico y social si se tiene en

cuenta que aquel lugar era centro de grande actividad en los tiempos de la Colonia.

"No quiere Aguilera afirmar de modo enfático un parecer específico sobre la autenticidad de la diligencia de entrega de tierras, pues, se repite, el aniquilamiento de su texto no permite un examen minucioso y profundo. La bondad de la cámara y de los materiales fotográficos usados pudieron más de lo que nuestros propios ojos desentrañaron en ese manuscrito laberíntico y difuso.

"En la segunda parte de este trabajo el perito Uribe anotará brevemente los motivos que tiene para conceptuar que el acta de entrega comentada es rigurosamente auténtica".

Se transcriben en seguida las razones que presenta el perito grafólogo Dr. Uribe para sustentar la tesis de la autenticidad de las firmas de Antonio Jph. Vélez, Januario Camacho y Doroteo de Villa que aparecen en el acta de la diligencia de entrega de las tierras vendidas:

Expresa así, en efecto, el Dr. Uribe:

LA DILIGENCIA DE ENTREGA

"A continuación del documento firmado por el doctor Feliz de Almarza y los señores Gaspar Anto. González y Josef Antonio Díaz se encuentra, en una hoja de papel no sellado una diligencia de entrega material de las tierras que por remate y adjudicación adquirieron los vecinos del Cerro de San Antonio, diligencia fechada el 20 de marzo de 1777, y suscrita, en primer término, por don Antonio Jph. Vélez como 'encomendado de Justicia para el efecto de la posesión que se solicita'; firman también aquella diligencia, en su propio nombre y por otros, en su calidad de vecinos del Cerro de San Antonio, los señores Januario Camacho y Doroteo de Villa. En el Archivo Nacional encontramos autógrafos de los mismos firmantes de dicha diligencia de entrega, en los folios y diligencias que citaremos adelante.

"Sobre la autenticidad de esta diligencia de entrega material, los peritos no hemos estado acordes, aunque no le concedemos importancia a ese documento desde el punto de vista probatorio y en cuanto se refiere a la originalidad del título esencial. El perito Aguilera ya expuso algunas razones para no considerar auténtico aquél papel; y el perito Uribe pasa a dar brevemente las suyas en apoyo de la tesis contraria.

"Los facsímiles marcados con la letra C fueron tomados de la diligencia protocolizada en la Notaría del Cerro de San Antonio; y los marcados con la letra A, de las firmas de iguales nombres en documentos del tomo 6º de TIERRAS DEL MAGDALENA, del Archivo Nacional.

"La firma de Januario Camacho, se halla al folio 00834, en un poder a Juan Narváez, fechado el 10 de febrero de 1785, es decir, 8 años después de la fecha de la diligencia de entrega (1777); la firma de Antonio Jph. Vélez se halla en una diligencia al folio 00818, del año de 1784, es decir, 7 años después de la de entrega (1777); y la firma de Doroteo Villa se halla al folio 0.0.765, en diligencia fechada el 3 de junio de 1783, es decir, 6 años después de la entrega (1777).

"Considera el perito Uribe que estas distancias cronológicas explican las diferencias formales que median entre firma y firma del mismo nombre pero que la calidad del trazado no sufrió modificaciones profundas. En la hipótesis de que tales firmas fueran falsas, no se puede negar que se procedió por imitación libre de firmas auténticas que sirvieran de modelos para las suplantaciones puesto que el parecido formal entre las del Cerro y las del Archivo es bien notorio. Pero aparte de la comparación de las primeras con las segundas, Uribe considera que las de la diligencia del Cerro de San Antonio tienen condiciones intrínsecas de sinceridad y no halló en ellas los signos característicos de una ejecución laboriosa, lenta, esforzada, con atención exclusiva a la puntual imitación servil de modelos que se hubieran tenido a la vista con tal propósito.

"Considera Uribe que la firma de Antonio Jph. Vélez, es de una vulgaridad notable, por la fea expresión de las mayúsculas, especialmente; y que el texto de la diligencia, que Uribe atribuye a la mano del mismo Vélez comprueba esa calidad de vulgar que tiene la firma, porque tal manuscrito es de la misma baja categoría caligráfica, desordenado, muy poco versado y de una simplicidad que denota un deficiente aprendizaje; y escrito con la misma negligencia de las firmas de Vélez que Uribe examinó en el archivo. Considera también que solamente hay un momento de superación del estilo en la movilidad extraordinaria de la rúbrica y en los trazos violentos con que ha sido exornada, hechos con una impulsividad muy espontánea.

"Considera Uribe que la firma de Januario Camacho en la diligencia de entrega es por su longitud, una voluntaria reducción de esta medida, con relación a la mayor extensión que muestra la del Archivo. Que no se puede calificar como

escritura organizada y experta aunque sí superior a la de Antonio Jph. Vélez; y que la sencillez de la rúbrica y de la mayúscula J fueron condiciones accidentales de aquella firma; pues teniendo, como tiene, un buen parecido con las firmas de Camacho vistas en el Archivo, hubiera sido una grave torpeza de suplantador la de introducir esas dos simplificaciones vistosas, habiendo tenido a la observación firmas indiscutibles de Camacho en las cuales no se hallaban esas variantes. Luego tales diferencias son para Uribe de las que solamente el **dueño** de su propia firma puede introducir a sus autógrafos en un momento dado.

"La firma de Doroteo Villa en la diligencia de entrega es verdaderamente rudimentaria. Podría decirse que su autor diseñaba apenas los elementos constitutivos de su nombre escrito, pero que fuera de él, no estaba en capacidad de formar un extenso manuscrito, por ignorancia caligráfica. Considera Uribe que la firma de Villa en la diligencia de entrega no tiene un solo rasgo desconcertante por superioridad sobre los otros, sino que es uniforme en cuanto a la inferioridad manifiesta de todos sus componentes. Cabría la hipótesis, entonces, de que el suplantador tenía una escritura tan rudimentaria como la del propio Doroteo Villa, lo cual parece inverosímil. La firma del Archivo no es para Uribe, por ningún aspecto, superior ni inferior en cuanto a la categoría del trazado y demás condiciones intrínsecas de espontaneidad".

La diligencia de entrega de los realengos enajenados era indispensable para el perfeccionamiento del título de adjudicación durante la época en que tuvo aplicación la Cédula Instrucción de San Lorenzo, y según hubo de admitirlo esta Sala en sentencia de 5 de agosto de 1942, en donde se halla el siguiente pasaje:

"Obsérvase además, que de las tierras adjudicadas había que recibir **posesión.** Si se daban títulos y no podía posesionarse el interesado es claro que el título que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y consecuencialmente los sucesores de quienes con base en la posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título sólo no suponía la posesión. (Véase GACETA JUDICIAL Nº 1.987, septiembre de 1942, T. XIII, pág. 854, Nº 82).

Ya se vio, sin embargo, que los peritos grafólogos, no obstante, su calidad también de peritos, no le señalaron trascendental importancia al tema de su controversia sobre posible falta de autenticidad de la diligencia de posesión y entrega del lote rematado; y, en cuanto declaran que el referido punto dudoso no merma por el aspecto probatorio como título auténtico, el mérito del presentado para comprobar el derecho de propiedad del Municipio de Cerro de San Antonio.

Considera la Sala que, a este propósito, la opinión de los referidos expertos grafólogos puede considerarse como bien cimentada, si se toma la debida nota del siguiente pasaje del informe redactado por el perito doctor Aguilera y con respecto a cuyas apreciaciones se hallan en pleno acuerdo ambos peritos grafólogos.

El pasaje referido está concebido así:

OTRA CONSTANCIA ORIGINAL Y AUTENTICA

"Adherida al legajo de papeles coloniales, obra allí una hoja complementaria ya del tiempo de la República, extendida en papel sellado de la Nueva Granada, según se expresa en una de las actas de la inspección ocular. No hay solución de continuidad entre las primeras diez hojas y la última, como que en la base de la postrera cara de los títulos expedidos por el doctor Almarza, aparece en los mismos caracteres de la totalidad del texto oficial de junio de 1836, la sílaba inicial de la palabra "Gobernación". Es la actuación estampada por el Gobernador de la Provincia de Santa Marta y su secretario durante la visita practicada a los archivos y dependencias del Cerro de San Antonio. Del tenor de la fotografía que acompañamos y de las observaciones que después haremos, se desprenden los siguientes hechos: a) Que el Gobernador y su Secretario inspeccionaron los papeles relativos a las tierras del Cerro de San Antonio; b) Que los hallaron legales y corrientes; y c) Que ordenaron guardarlos en el archivo de la Alcaldía Parroquial de ese distrito.

"Para mejor inteligencia del documento original y auténtico, lo reproducimos a continuación:

'Gobernación de la Prova en la visita.—Cerro de San Antonio, junio 7 de 1836.

'Visitados los presentes títulos: hallándose legales y corrientes pásense al archivo de la Alcaldía Parroquial de este distrito para su archivo. (Fdos y robdos.) Juan Anto. Gómez.—El ofl. 1º encargado de la Sría. Franco Robles'.

"Para asegurar que esta actuación es original nos hemos servido de los medios técnicos que en el examen de documentos permiten conocer si la información precede de primera mano y es el resultado de una actuación legal. La autenticidad

la hemos deducido de la naturaleza de las funciones de los dos signatarios, quienes, conforme a constancias fidedignas que obran en los volúmenes correspondientes del Archivo Histórico Nacional, sí estuvieron presentes en el Cerro De San Antonio en la fecha estampada en la actuación que comentamos. He aquí algunos comprobantes: (Aquí ellos)".

Y más adelante agregan los mismos peritos:

"En otra parte insertaremos dos documentos muy importantes sobre el móvil que guiaba al Gobernador de Santa Marta durante la visita, en lo concerniente a títulos de tierras, para que se infiera con criterio histórico si examinó cuidadosamente los expedidos por don Felix de Almarza".

Acerca de los documentos aludidos en el párrafo transcrito, se halla luego lo siguiente perteneciente a la exposición de los mismos peritos grafólogos, redactada por el Dr. Aguilera:

"Prometimos atrás la comprobación de que en materia de títulos territoriales, desde que el Gobernador Gómez salió de Santa Marta anduvo siempre animado de un propósito revaluador y estabilizador. Así, pues, no tiene nada de extraño que al revisar en Cerro de San Antonio los que se le presentaron, hubiese anotado al pie de ellos; 'Hallándose legales y corrientes pásense al archivo etc.' Por el tenor de la siguiente consulta dirigida desde Valle Dupar al Secretario de Estado en el Despacho de Hacienda, doctor Francisco Soto, el 23 de marzo de 1836, se comprende que el Gobernador don Juan Antonio Gómez era sujeto versado en leyes y hábil y expedito en el examen de títulos de propiedad inmueble:

"En la averiguación de títulos legales de tierras que está haciendo la Gobernación en esta ciudad hay varios poseedores sin ellos por haberlos perdido con motivo de los sucesos de la guerra o incendio; pero tiene en su poder una información justificativa con testigos idóneos, de que otros poseedores anteriores a ellos obtuvieron títulos con las formalidades legales de mensura, etc. Se consulta al Gobierno si a éstos les comprende el artículo 4º de la ley de 13 de octubre de 1821 sobre enajenación de tierras baldías o se les declara el dominio y propiedad por virtud de la información expresada. Hay también otros poseedores que sin perturbación alguna por muchos años están en posesión de tierras, sin tener títulos algunos; Se consulta al Gobierno si están en el caso del artículo 5º. Se encuentran igualmente otros poseedores de tierras con sólo diligencias preliminares praticadas en tiempo del Gobierno español para obtener el título de propiedad, pero que por falta de requisitos sustanciales se mandaron practicar otras diligencias por el Rey o por la Audiencia, las cuales verificadas no se obtuvo el título por algún acontecimiento de la transformación política, o bien por negligencia de algunas autoridades; pero que no obstante las han poseído por muchos años también sin perturbación alguna: Se consulta al Gobierno si por virtud de dichas diligencias y posesión puede expedírseles el título y propiedad que previene el artículo 11 de la citada ley, o que debe hacerse con los que están en ese caso y los dos anteriores.—Dios guarde a VS. (Fdo.) JN. ANTO. GOMEZ' (Folios 512 y 513 Vol. IX.—Gobernación de Santa Marta)".

Concluye la Corte de las consideraciones y transcripciones que preceden que, ante la duda manifestada por uno de los peritos grafólogos de si las firmas puestas al pie del acta de la diligencia de entrega, ocurrida en el año de 1777, son o no auténticas y la convicción del otro perito doctor Uribe de ser indiscutible tal autenticidad, el documento, incontrovertible, auténtico, emanado del señor Gobernador Gómez, datado en el año de 1836, que constituye parte integrante o componente del instrumento de propiedad de las tierras del Cerro de San Antonio, es documento que, para los efectos del presente juicio breve y sumario sobre propiedad de petróleo particular, brinda un elemento de convicción suficiente para admitir la presunción en este fallo de la autenticidad, en general, del título antiguo que ha servido de base principal y de fundamento para la solicitud de la parte demandante.

Habiéndose llegado a este resultado, corresponde ahora entrar en un estudio detenido acerca del dictamen rendido por los peritos agrimensores y de las actas de la inspección ocular practicada sobre el terreno por el señor Juez del Circuito de Plato, con intervención de los peritos aludidos.

Por razón de su importancia manifiesta hay lugar a transcribir en su integridad el informe pericial aludido, que es del siguiente tenor:

"Informe pericial de la diligencia de localización e identificación de los caños "Isidro" y "Moreno" y "Ciénaga de San Antonio", y mensura del perímetro del terreno a cabuya pisada, comprendido entre estos puntos arcifinios.—Area aproximada de los cuadriláteros resultantes.

"Por el auto de veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), al folio

43 vuelto del cuaderno segundo (2º), quiere la H. Corte Suprema de Justicia que los peritos procedan en su cometido'... haciendo éllos las aclaraciones, rectificaciones o ratificaciones que consideren científicamente conducentes de conformidad con sus observaciones personales sobre el terreno y con las demás informaciones que puedan obtener de acuerdo con lo que se deja expuesto en el presente auto... para rehacer (folio 44), en cuanto ello fuere posible, las diligencias de MENSURA, POSESION y ENTREGA de tierras a ese Distrito...'.—En consonancia con este mandato se imponen las observaciones siguientes, teniendo en cuenta todas las diligencias practicadas con el Juzgado del Circuito de Plato, comisionado: Son factores de imprecisión y consecuencialmente de diferencias, imperfecciones y errores, en la mensura de un terreno a cabuya tendida: 1º MANERA DE PATRONAR LA CABUYA:—Actualmente y para el caso que contemplamos, hemos usado la vara castellana o de Burgos de 0836 m.m. de longitud para patronar la cabuya de cien (100) varas como de ochenta y tres, sesenta metros (83.60 mts.) en magnitud; pero cabe observar que, a este resultado, o sea el patrón de 0.836 m.m. se ha llegado por una serie de tanteos, comparaciones, compensaciones, etc., después de conocido, difundido y aceptado universalmente el sistema métrico decimal, con el fin de tener alguna base de presunción geométrica a qué referirse en el caso de las medidas antiguas.—No así en épocas anteriores a la aparición del sistema métrico, como es la en que se verificó la mensura que tratamos de reconstruír, de la cual sólo se tiene noticia que se patronaba por brazadas o pasos asimilables a múltiplos o submúltiplos de varas: Sistema a todas luces incorrecto y perturbador hasta lo indecible;

2º.—LA NATURALEZA O ESTRUCTURA DE LA CUERDA CABUYA EMPLEADA.—Que por el material de que está formada, su diámetro o grueso, estado de humedad, consistencia o finura de su tejido, etc., producen, en cada caso alargamientos y deformaciones sucesivas, sin restricción ni medida; de suerte, dos (2) cabuyas de distinta naturaleza y forma, aplicadas en épocas distintas habrán de producir diferencias sustanciales;

3º.—TENSION DE LA CABUYA AL VERIFICAR LA MEDIDA.—Caso éste tan palmario, que permite asegurar sin discusión que, en una trocha abierta en montaña, de longitud apreciable, no se mide dos (2) veces con el mismo resultado; huelga considerar épocas distintas próximas o distantes;

4º.—FORMA Y CONSTITUCION DEL TERRENO.—No es posible conseguir longitudes geométricamente iguales en terrenos pariados y que sean: Quebrado e irregular el uno, y sensiblemente horizontal el otro; enlagunado y fangoso el uno y seco el otro; montuoso y enzarzalado el uno y empradizado y limpio el otro; y, en fin, con características distintas cuya variedad se multiplica hasta lo indescifrable;

5º.—INCONSISTENCIAS INSTRUMENTALES. Bien conocido e indiscutible es el hecho de que en la época colonial no eran conocidos los instrumentos topográficos de precisión y era de uso común únicamente la brújula, no la prismática sino la más rudimentaria, o sea la de mano, y es de conocimiento elemental que las fluctuaciones y variaciones de DECLINACION en la aguja son complejas e irregulares, de tal suerte que no es posible en épocas distintas y sólo con el azimut magnético, trazar los mismos alineamientos;

6º.—ERRORES PERSONALES.—Si con instrumentos de precisión se impone la repetición de operaciones para eliminar los movimientos y apreciaciones vagas y confusas del operador por su parte sensible, cuál no será la amplitud de estas confusiones y dislates con elementos tan indefinidos e inseguros. Tales consideraciones o enumeraciones de posibles errores, nos autorizan para concluír que la identidad entre la práctica sobre el terreno, hoy, de las operaciones descritas en la leyenda de la DILIGENCIA DE MENSURA y la efectuada en mil setecientos setenta y cinco (1775), es de todo punto imposible y que, en términos geométricos, el polígono formado hoy no puede cerrar, así como no cerró ni pudo cerrar en la época aludida. Es decir, que es de tolerancia forzosa la diferencia encontrada y anotada en los dos (2) últimos lados del cuadrilátero que describe esta leyenda o sea, de 597 varas castellanas, por defecto, notorio para el lado oriental y de 320 varas castellanas, por exceso, para el lado Sur. Siempre que a esto sólo, o sea, a las dimensiones del cuadrilátero se concrete la reconstrucción de tal mensura. Pero, reza la aludida diligencia de mensura de veintiséis (26) de octubre de mil setecientos setenta y cinco (1775), "se puso en el caño que nombran de "Ysidro" y del Norte para el Sur se midieron DIEZ MIL QUINIENTAS (10.500) varas castellanas que terminaron en el caño que nombran de "Moreno" y para mayor abundamiento se marcó un palo grande nombrado

cara que está inmediato a la **boca de dicho caño.** Anomalía por demás manifiesta, porque, reconocidos e identificados como están en la primera parte de esta acta y en los planos adjuntos los caños de "Isidro" y de "Moreno", del primero no se llega al segundo por la línea rigurosa Norte-Sur y aún menos con diez mil quinientas (10.500) varas castellanas; así como tampoco con la misma longitud se llega por la línea recta que une virtualmente los dos (2) puntos; y ésta, además no es propiamente una recta Norte-Sur. De todo esto queda claro el hecho de que del caño de "Isidro" hay que llegar al caño de "Moreno", o más claramente, que el caño de "Isidro" y el caño de "Moreno" son dos vértices del polígono que determina y precisa un lindero. Así lo interpretaron y ratificaron los que actuaron luego en la diligencia de remate el nueve (9) de diciembre de mil setecientos setenta y cinco (1775), en donde con insistencia se repite: "... cita en la ribera del río grande de la Magdalena y se comprenden desde el caño de "Isidro" hasta el caño de "Moreno", aguas arriba..."; y en la de APROBACION del remate: en la CONFIRMACION que dice: "...de tierras comprendidas desde **el caño de "Isidro" hasta el de "Moreno",** aguas arriba en las orillas del río grande de la Magdalena"; en la de POSESION; y, en fin, en todas las diligencias practicadas para ADJUDICAR, MEDIR, APROBAR, CONFIRMAR, AVALUAR, POSESIONAR, etc., de manera precisa y clara dichas tierras.— Siendo esto así, de la figura "CUADRILONGA" que dice formó **el señor Juez Agrimensor, o más** claro en el polígono de cuatro (4) lados, tenemos que: Un lado, es el río Magdalena en el sector comprendido entre el caño de "Isidro" y el caño de "Moreno", o sea, el lado Occidental; el lado Norte, está bien definido y claro, pues que dice que: "...de la 'Ciénaga de San Antonio'... volviendo a cambiar para el Oeste, por el rectángulo y división de los cuatro (4) cuadrantes del Este noventa (90) grados, se midieron las mismas seis mil (6.000) varas castellanas del primer rectángulo hasta encontrar con la boca ya mencionada de "Isidro", en términos más claros: De San Antonio al Oeste; seis mil (6.000) varas hasta el caño 'Isidro', y que nosotros invertiríamos para tener mejor base, así: Lindero Norte de caño de 'Isidro' línea recta al Oriente: seis mil varas. El costado Oriental está fijado "...del palo bastante grueso llamado Carreto.... cambiando el rumbo directo para el punto Norte meridiano de él, del Sur, se midieron las mismas diez mil quinientas (10.500) varas castellanas que finalizaron en una ciénaga que llaman de 'San Antonio'...", o sea: Del Carreto, que hoy no existe, línea recta al Norte a la "Ciénaga de San Antonio", que invertido como dijimos antes, tendríamos: Del punto fijado en la "Ciénaga de San Antonio" línea recta en dirección al Sur hasta interceptar el costado Sur; porque, este lado Sur también lo define "...del caño que nombran de 'Moreno'.... cambiando el rumbo del ángulo para noventa grados (90) para el Oeste, para los noventa (90) de Este... se midieron seis mil (6.000) varas castellanas..."; galimatías que quiere decir: Del caño de "Moreno" al Oriente seis mil (6.000) varas castellanas, y que nosotros, suprimiendo el término seis mil (6.000) varas, pondríamos: hasta su intercepción con el ladó Oriental. Más concretamente, el cuadrilátero, lo concretamos así: Lado Occidental. Ribera derecha del Río Magdalena desde la boca del caño de "Isidro" hasta la boca del caño de "Moreno"; lado Norte: Una línea recta de seis mil varas de longitud a partir de la boca del caño de "Isidro" hacia el Oriente; lado Oriental: Línea recta de la extremidad Oriental del lado Norte hacia el Sur hasta su intersección con el lado Sur, definido éste por una recta que parte del caño de "Moreno" hacia el Oriente y termina en la intersección dicha con el lindero Oriental. Resulta pues que el cuadrilátero formado siguiendo en la leyenda sólo las magnitudes lineales, está en desacuerdo con el que resulta de considerar sólo las alinderaciones sin subordinación a las primeras. Los errores en longitud son explicables por causas varias: Las deficiencias y errores de la mensura a cabuya pisada, por las imperfecciones e irregularidades que arriba anotamos; por el criterio o ligereza del operador que asimila o aproxima por modo irresponsáble, esto es, calcula al ojo, como fácilmente se colige del hecho de que 33.000 varas o 330 cabuyas, teniendo que abrir trocha, es imposible medirlas en dos (2) o tres (3) días como se lee en la reseña que hace de la operación del señor Juez Agrimensor y, en fin, porque el error que engendra en superficie es de tan poca significación que una hectárea de terreno valía $ 0.012, un poco más de un centavo actualmente, según el avalúo que fue de noventa y tres (93.00) pesos para diez y media (10 ½) caballerías. Bien de anotar es también el hecho de que si seguimos con rigor las magnitudes lineales de la mensura descrita formamos un polígono deformado de más de cuatro (4) lados en el que uno (1) de éstos

parcialmente se repite. Por lo que no es aceptable tampoco el cuadrilátero insinuado por el Ministerio, de lados normales a la recta que une virtualmente las bocas de los caños de "Isidro" y de "Moreno", que alterarían sustancialmente lo único estable que son los linderos y dejaría en peor estado el conflicto entre ésos y las magnitudes. Todo lo cual nos colocaría en la obligante solución de dar toda la fuerza a los linderos que son bases inalterables, prescindiendo de las magnitudes lineales en donde éstas presentan vaguedades o desacuerdos con aquéllos; de esa manera quedamos en consonancia con el aparte a) del auto proferido por la H. Corte de veintiocho (28) de octubre de mil novecientos cuarenta y tres (1943), que a la letra dice: "...a) Que según los documentos coloniales que en copia ha presentado el Municipio avisante, en el presente juicio y que se tendrán en cuenta para las diligencias que por este auto se ordena practicar, el lote concedido a dicho Municipio y que fue medido, rematado y entregado en mil setecientos setenta y cinco (1775), tiene como linderos arcifinios las **riberas del río Magdalena y los caños denominados "Isidro" y "Moreno" y la "Ciénaga de San Antonio"** y constaba de diez y media (10½) caballerías según la mensura que en esa época se practicó.

Sólo que, por todo lo expresado anteriormente, al fijar el polígono determinado por los linderos, las longitudes varían sustancialmente y en esta forma el área no es la misma fijada en mil setecientos setenta y cinco de diez y media (10½) caballerías o de cuatro mil cuatrocientas dos hectáreas que con lógico procedimiento saca el Ministerio, sino la del polígono A-B-C-D, conforme está en el croquis con las magnitudes medidas que acompañamos; esto es, que se compone de 2 porciones: La del cuadrilátero con 6.000 y 15.000 varas en sus dos lados que da 6.416 hectáreas y la comprendida entre el río Magdalena y el lado Occidental de aquel cuadrilátero que es de 3.273 hectáreas. El área total es pues de 9.689 hectáreas.

CONCLUSIONES

1ª El cuadrilátero reconstruído sobre el terreno a cabuya pisada y formado por los linderos arcifinios "ribera del río Magdalena, boca del caño de "Isidro", boca del caño de "Moreno" y "Ciénaga de San Antonio", unidos los dos últimos por líneas rectas, con los azimutes que rezan las diligencias de 1775, marcado en el croquis A-B-C-D, es el único posible de formar sin irregularidades y anomalías. 2ª Tal cuadrilátero armoniza con el del aviso, sólo que como aquél ha sido formado a **cabuya pisada** su área difiere un tanto de la de éste y es de 9.689 hectáreas.

Estas son las conclusiones y observaciones a que hemos llegado hoy veinticuatro (24) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro, las cuales firmamos nosotros los peritos dentro de esta acta que se está redactando. (Firmados), **Pablo E. Lucio—Peregrino Ossa V.**"

En calidad de complemento y respaldo de las conclusiones a las cuales llegaron los peritos agrimensores, se copian igualmente en seguida las conclusiones presentadas por el Juzgado que practicó la ya referida inspección ocular:

"CONCLUSIONES DEL JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE PLATO

"En consideración a los documentos coloniales que en copia obran en el expediente, cuad. principal, y que fueron presentados por el avisante, y teniendo además en cuenta lo dispuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en su aparte a), folio 42 vuelto, donde acepta como linderos arcifinios la ribera del río Magdalena y los caños denominados 'Isidro' y 'Moreno' y la ciénaga de 'San Antonio', como asimismo las diligencias o actas suscritas desde el día ocho (8) de los corrientes, hasta el día veinticuatro (24) de los mismos y el informe pericial que precede, este despacho hace las apreciaciones siguientes: Si se aceptan como valederos los puntos arcifinios de los caños de 'Isidro' y de 'Moreno', en sus bocas; la orilla derecha del río Magdalena y la ciénaga de 'San Antonio', es indudable que la superficie o extensión de terreno adjudicado al Municipio del Cerro de San Antonio en virtud del remate llevado a cabo en la ciudad de Santa Marta el día nueve (9) de diciembre de mil setecientos setenta y cinco (1775), no puede ser otro sino el encerrado o comprendido dentro del polígono que tiene por perímetro la siguiente longitud: Del mojón número 1 o boca del caño de 'Isidro' al mojón número 2, en el Corregimiento de Chengue, jurisdicción del Municipio del Cerro de San Antonio, seis mil varas castellanas; de este mojón en línea recta al número 4, quince mil trescientas (15.300) varas castellanas, diferencia en relación con la medida de mil setecientos setenta y cinco (1775), por las anomalías apreciadas en su infor-

me por los señores peritos, sobre longitud, magnitud, etc., de la cabuya empleada en aquel entonces y en la de ahora, como las demás circunstancias visibles en el respectivo informe pericial. Del mojón número 4, de Oriente a Occidente hasta el mojón distinguido con el número 3, once mil doscientas ochenta y cinco varas castellanas (11.285) y de éste al punto de partida o mojón número 1, siguiendo la orilla derecha del río Magdalena, diez y siete mil (17.000) varas castellanas, cuya superficie se encuentra precisada en el informe rendido por los señores peritos. Si de conformidad con la mensura de mil setecientos setenta y cinco (1775) ha de apreciarse un cuadrilátero de seis mil varas castellanas de base con diez mil quinientas (10.500) ibídem de altura, las líneas vendrían a quedar determinadas desde el mojón número 1, boca del caño de "Isidro", al mojón número 2, en el Corregimiento de Chengue, con una longitud de sesenta (60) cabuyadas; de aquí en dirección Sur a la estaca marcada con el número ciento cinco (105), de donde torciendo hacia el Occidente en línea recta, se llegaría al pie de la estaca también número 105 y de este lugar hacia el Norte, en línea recta, 105 cabuyadas, hasta encontrar el mojón número 1 en la boca del caño de "Isidro", cuya superficie o área fácilmente obtiene basado en el concepto pericial, pero como es obvio los puntos arcifinios de la boca del caño de "Moreno", la orilla derecha del río y aun la misma Ciénaga de "San Antonio", en tierra firme, en el Corregimiento de Chengue, quedarían despreciados, lo que equivaldría a desconocer los documentos públicos en los cuales se habla tantas veces de la orilla del río Magdalena, boca del caño de "Moreno" y Ciénaga de "San Antonio", explicaciones precedentes que se permite formular el Juzgado en atención a las diligencias de mensura operadas de acuerdo con las actas levantadas y con el croquis ilustrativo de la reconstrucción de mensura en la diligencia de mil setecientos setenta y cinco (1775), que se acompaña a estas actas.

Siendo las nueve de la mañana del día veinticinco (25) de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944), habiéndose terminado la diligencia de mensura en el día de ayer, para continuar hoy la grafológica y rendido el dictamen de los peritos, la presente acta se firma como aparece por todos los que en ella han intervenido. (Firmados), El Juez, **Tomás** —ilegible—. Los peritos, **Pablo E. Lucio—Peregrino Ossa.**—El apoderado de los interesados, **Alberto Paredes**—El conocedor de la región, **Joaquín T. Sánchez**—El Oficial Mayor, **Víctor Ríos Lince**".

Sea el momento de advertir ahora que tanto el dictamen pericial presentado por los peritos grafólogos como el de los peritos agrimensores, fueron puestos en conocimiento de las partes interesadas en el juicio, sin que ellas hubieran formulado objeción alguna a tales experticios.

Estima la Corte además que el resultado de la inspección ocular y del peritazgo encomendado a los ingenieros agrimensores fue, en general, favorable a las pretensiones de la parte actora, y que llenó, además, cumplidamente la finalidad perseguida por la Corte en su auto para mejor proveer, es decir, el de la determinación del terreno que salió del dominio del Estado desde el año de 1777. (Véase artículo 7º de la Ley 160 de 1936).

Mas habrá de observarse ahora que a juicio de la Corte no aparece de las presentes constancias de los autos que el titular actual del derecho de dominio sobre los hidrocarburos existentes en el terreno mencionado sea en realidad el Municipio del Cerro de San Antonio, en términos tales de poder autorizar judicialmente a dicho Municipio y merced a la claridad y certeza de ese dominio, para proceder en consecuencia a la exploración, con perforaciones, de los yacimientos referidos.

Si se examina cuidadosamente el título antiguo de que se ha venido hablando en el presente fallo, se llega a la conclusión de que existe duda fundada de si la venta se hizo en realidad en beneficio de intereses comunales del Sitio mismo de **Nuestra Señora del Cerro de San Antonio** y merced a la representación del apoderado de sus vecinos en aquella época, o si por el contrario los vecinos a cuyo favor se hizo la enajenación obraban en su nombre individual, constituyéndose así en favor de ellos y por cuotas partes un título de dominio en comunidad.

La primera solución podría hallar un apoyo aparente en las voces en general de las distintas diligencias que vinieron a integrar el título de la enajenación del terreno hecha por la Corona española.

Empero se encuentran pasajes en tal titulación que inducen, por el contrario, a creer también sostenible la segunda solución o sea la de la efectiva constitución de una comunidad entre particulares, cual ocurre con el siguiente pasaje contenido en el **Decreto de Confirmación:**

"Desde luego hago merced de ellas a los referidos vecinos del Cerro de San Antonio para que

en su virtud las gocen ellos, sus herederos y subcesores, como suyas propias por todos los días de sus vidas habidas y adquiridas con justo y derecho título sembrándolas, librándolas y cultivándolas como mejor le convenga...".

E induce también a la creencia de ser sostenible esta segunda solución el contenido de la diligencia de posesión con la cual remata la titulación y en la que figuran ya individualizados, por sus nombres propios, algunos vecinos que intervinieron en la diligencia referida. Y a esta consideración puede agregarse la que se trata de una adquisición hecha no a título gratuito sino a título oneroso mediante el pago de un precio de compra.

Y es obvio que ante la duda anotada y ocurriendo además que la cuestión no fue planteada en el debate del juicio, mal podría la Corte llegar a conclusión favorable a las pretensiones del Municipio de Cerro de San Antonio en materia de propiedad de hidrocarburos. Y es que duda con tales características, no disipada en este juicio, requiere para su solución acertada del debate, que tanto en materia de hecho como de derecho, pueda venir luego como consecuencia jurídica del presente fallo, o sea en el juicio ordinario ulterior sobre propiedad de los yacimientos petrolíferos.

Pero aun en el supuesto de que la simple inspección del título, y no obstante la necesidad del debate que como ya se dijo falta sobre el tema referido, pudiera conducir a la positiva interpretación de aquél en la presente providencia, interpretación naturalmente llamada a ser orientada por la legislación vigente cuando tal título fue expedido, se presenta aquí una nueva circunstancia que constituye también óbice para pronunciarse la Corte en este juicio breve y sumario acerca del tema dudoso de que se viene hablando, cual es la de aparecer de manera incontrovertible de los autos que el territorio del aviso de perforación con taladro se halla también dentro de los límites de otro Municipio o sea del de Pedraza.

Y así que entonces la duda, y aunque pudiera llegar a admitirse como cierto que el título colonial no fue expedido a favor de comuneros particulares, es duda que en el presente caso se desplazaría hacia el extremo, falto desde luego de comprobaciones en el presente proceso, y falto también de la necesaria discusión procesal, de si realmente hay identidad jurídica entre el Sitio de Nuestra Señora del Cerro de San Antonio a favor del cual se pudiera admitir, por vía de hipótesis como ya se dijo, que hubo de operarse la venta a fines del siglo XVIII, y la entidad municipal legalmente organizada y denominada hoy Cerro de San Antonio.

Como bien se comprende, el reconocimiento del derecho del Municipio de Cerro de San Antonio excluiría el de todo posible derecho de parte del Municipio de Pedraza y si éste último existe territorialmente dentro del globo de terreno de la venta colonial y si, por otra parte, no se ha esclarecido siquiera en el expediente actual cuándo fue hecha la erección de este último municipio, es decir, si fue anterior o posterior a la del Municipio de Cerro de San Antonio, resulta de todo ello que está muy lejos de aparecer definido y claro en el proceso que los intereses del primer municipio desalojan en absoluto todo posible interés del de Pedraza.

En otros términos, no puede prosperar la acción instaurada por el Municipio de Cerro de San Antonio sin una comprobación y discusión adecuada de que efectivamente es sucesor y subrogatario perfecto en el hecho y en el derecho del antiguo sitio denominado de Nuestra Señora del Cerro de San Antonio y, en concreto también, del lote de terreno que hubo de ser vendido por la Corona española, conservando así un dominio de derecho privado tanto sobre el suelo como el subsuelo petrolífero.

Pudiera pensarse sin embargo que el certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados que ordena producir en este género de negocios la letra b) del artículo 7º de la ley 160 de 1936 sería un documento apto para llevar al esclarecimiento del punto obscuro e indefinido al cual se viene haciendo referencia.

Mas no es ello así, toda vez que dicho documento, que efectivamente figura en el proceso, se limita a expresar lo que en seguida se verá, que dicho sea de antemano, en lugar de contribuír al esclarecimiento deseado, es factor aún de mayor obscuridad y desde luego por cuanto exclusivamente se refiere a cierta extensa propiedad situada sólo en el Municipio de Cerro de San Antonio y sin que allí se haga referencia alguna al de Pedraza.

El mencionado certificado está concebido en los siguientes términos:

"REGISTRADURIA DE INSTRUMENTOS PUBLICOS Y PRIVADOS.

"El infrascrito Registrador de Instrumentos Públicos y Privados a solicitud de parte interesada,

Certifica:

"Primero. — Que el día treinta de abril de mil novecientos veinticinco (1925) bajo el número 14, y a las páginas veintinueve (29) a (77) setenta y siente del L. número 1 de instrumentos públicos, tomo 1º, de la extinguida oficina de registro del Municipio del Cerro de San Antonio, aparece registrada la primera copia de la escritura número 15 del protocolo de mil novecientos veinticinco (1925) de la Notaría del Circuito del mismo Municipio, contentiva de varios documentos referentes a la propiedad de ese distrito, sobre un globo de terreno ubicado en ese Municipio (Cerro de San Antonio) adquirido por remate público verificado en Santa Marta, en el año de mil setecientos setenta y cinco (1775), como también otros que justifican la misma propiedad y cuyos linderos son: Por el Norte, una línea que limitando con los terrenos del antiguo Guimaro parte desde la boca del Caño Hondo, a orillas del río Magdalena (frente al Caño Rosario, que está en lo que 'Loma Bolaño' y por la 'Ciénaga Las Quemadas', hoy es Departamento del Atlántico), pasa por la hoy llamado 'Hicacos', en dirección a la ciénaga 'La Soledad', pasando por 'Caño Colorado' a la boca de la Zanja al dividibal de 'Gegen', y de allí al punto de las Islas Canarias hasta terminar en el 'Bongo de Angostura', donde limita con el Distrito de Pivijay; por el Oriente, una línea que partiendo de 'El Bongo de Angostura', en dirección S. E. pasa por los ejidos del caserío 'San Basilio', 'La Quietud o Palma', por las posesiones del 'Toro' y 'Santa Rosa', camino a las 'Canoas', de este punto, siguiendo la dirección S. O. y pasando al Oriente de 'Basural' hasta llegar al caño de 'Algodonal', en la ciénaga de 'Sapayán'; por el Sur, partiendo del caño de 'Algodonal' por la orilla norte de la ciénaga de 'Sapayán', hasta llegar al punto denominado 'Punta del Guácimo', y de allí hacia el occidente hasta llegar a la boca del 'Caño Moreno' en el río Magdalena, pasando cerca del caserío de 'Bahíahonda', y por el Occidente, desde la boca del 'Caño Moreno', en el río Magdalena tomando la orilla de este río aguas abajo, hasta encontrar la boca de 'Caño Hondo', punto de partida de estos linderos. Segundo—Que el derecho de dominio del Municipio del Cerro de San Antonio, sobre el globo de terreno descrito está vigente y no ha sido cancelado por ninguno de los medios de que trata el artículo 789 del Código Civil, y que en un lapso de quince años antes del año de mil novecientos veinticinco (1925) no existe inscripción alguna que limite el dominio en referencia, por consiguiente, su tradición es de treinta años o más. Y Tercero.—Que el día veintiocho (28) del mes de diciembre de mil novecientos veintiocho (1928) se registró la primera copia de la escritura 48, la cual fue registrada también el día veintidós del mes de diciembre de mil novecientos treinta y nueve (1939) bajo el número 58, folios 133 a 141 del Tomo 1 del Libro número 2º y bajo el número 271 a folios 256 a 260 del Libro número 1º, Tomo 1º, respectivamente; dicha escritura fue otorgada en la Notaría del Cerro de San Antonio, contentiva del contrato celebrado entre el Municipio del Cerro de San Antonio y el Dr. Mendoza Amarís, sobre arrendamiento del globo de terreno de propiedad del mencionado Municipio, descrito anteriormente, y que en virtud de tal contrato el Dr. Mendoza Amarís, ha adquirido el derecho a explorar y explotar los yacimientos de hidrocarburos y otros minerales que pudieran encontrarse en el mencionado globo de tierra, durante treinta años y una prórroga de diez años más. A petición de parte interesada expido el presente en la ciudad de Plato a los seis días del mes de noviembre de 1940—El Registrador (Fdo.), **José del C. de León.** Hay un sello y unas estampillas de timbre nacional".

Pero hay algo más y es que de las varias actas de la inspección ocular practicada en asocio de los peritos agrimensores aparece que, dentro del territorio del aviso de perforación y tanto en jurisdicción del Cerro de San Antonio como en el de Pedraza, existen haciendas cultivadas con respecto a las cuales no resulta claro que sus ocupantes, cuyos nombres son conocidos, hayan hecho la ocupación a título distinto de propietarios territoriales.

Y si pueden ser meros ocupantes sin título de dominio surgiría en cambio el interrogante de saber en el presente proceso si el Municipio de Cerro de San Antonio, en calidad de supuesto propietario del terreno simplemente los ha tolerado o les concedió permiso formal a esas personas determinadas de ocupación de tal terreno. Empero en tales supuestos habría necesidad de explicar el origen jurídico de cada ocupación en concreto a

efecto de esclarecer este nuevo motivo de duda en el juicio, explicación la referida que no existe en estos autos.

Se sigue de todo lo expuesto que del contenido del presente proceso resulta que a la luz del juicio breve y sumario adelantado, sería contrario a la realidad procesal el admitir que, por aparecer suficientemente esclarecido que el actual Municipio del Cerro de San Antonio es propietario del territorio objeto del aviso de exploración con taladro, judicialmente puede ser facultada aquella entidad para proceder en tal calidad a la susodicha exploración.

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 pretensión del señor Marco T. Mendoza Amarís y del Municipio del Cerro de San Antonio de explorar y explotar petróleo en las tierras situadas en dicho Municipio de Cerro de San Antonio y en el de Pedraza, ambos del Departamento del Magdalena, en el área comprendida por los linderos que aparecen relacionados en la parte motiva de este fallo, (Títulos perfeccionados de 1775 a 1777), cuya localización aparece del croquis que figura en autos elaborados por los peritos agrimensores doctores Peregrino Ossa y Pablo E. Lucio, nombrados por la Corte por auto **para mejor proveer.**

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Ministerio de Minas y Petróleos.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Víctor Cock—Ramón Miranda — Eleuterio Serna. Nicolás Llinás Pimienta, Srio .en ppdad.

NEGACION DE PRUEBAS

Para decretar que se tenga como prueba determinada documentación no siempre es indispensable que ella esté presente materialmente en el momento de pedirla, pues si ello fuese así no se podrían solicitar copias ni desgloses ni inspecciones oculares, etc., pruebas que llegan al expediente después de dictado el auto que las decreta.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, junio once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Pedro Gutiérrez Mejía, como apoderado de los señores Jorge y Alvaro Valencia Torres, apeló del auto de seis de julio de este año, proferido por el Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá y en el cual se resolvió:

"No se accede a ordenar que se traiga original a este juicio el expediente de donde debe tomarse aquella copia, como se pretende, en primer lugar, porque de acuerdo con las normas legales de procedimiento que gobiernan el decreto y práctica de pruebas, cuando éstas consistan en documentos o piezas que obran en otro juicio, deben allegarse mediante copias autorizadas por el respectivo funcionario o secretario; y en segundo término, porque la reunión de dos o más procesos originales, sólo procede a virtud de acumulación en los casos expresamente determinados por la ley, es decir, cuando su sustanciación común se requiere seguirla en un solo juicio para terminarlos por una misma sentencia...".

"No se ordena tener como prueba los certificados a que se refiere el punto 8º de la solicitud de pruebas, porque ellos no se aducen con la misma, ni se hallan agregados a este expediente, ni se formula petición tendiente a que se traigan de otra u otras oficinas, y es apenas de lógica procedimental entender que ante estas deficiencias la prueba no puede decretarse, como que al tenor del artículo 597 del C. J. para estimar el mérito de las pruebas "éstas han de formar parte del proceso".

"Por la misma razón no se accede a ordenar la citación de las personas que en el mismo punto se enuncian para que rindan la declaración que se les pide, ya que ésta tiene por base los certificados que se echan de menos.

"La misma consideración puede hacerse en relación con la prueba 9ª. Las declaraciones y dictámenes que hayan emitido los médicos de que habla el peticionario en el respectivo punto, no obran en este expediente ni siquiera se indica en dónde se encuentran".

El doctor Gutiérrez Mejía, al pedir la reposición de la providencia aludida, expresó que las pruebas mencionadas en el punto 8º se habían desglosado del expediente original y presentádose ante el Tribunal; y en relación con el punto 9º aseveró que los dictámenes y declaraciones que allí se determinan, hacen parte del juicio que ha de venir en la copia, que la Sala del Tribunal ordenó practicar como prueba.

Ante estas razones el Juzgador de primer grado se pronunció así:

"También debe mantenerse la negativa de la octava prueba, ya que los respectivos certificados no se trajeron en la debida oportunidad, o sea con la correspondiente solicitud de pruebas. Si después se allegaron a los autos, es de advertir que esto se hizo fuera del término señalado para pedir pruebas, razón por la cual hoy no puede ordenarse que se tengan como tales.

"Respecto de las declaraciones y dictámenes que se pidieron como novena prueba, la resolución motejada es perfectamente legal, pues es claro que si en el momento de examinarse la solicitud para su decisión no obraban en el expediente esas piezas ni se señalaba el juicio o sitio en donde se encontraban, el Tribunal no podía ordenar tenerlas como pruebas. Las indicaciones que al respecto ha hecho posteriormente el reposicionista no pueden tomarse en cuenta por extemporáneas.

"Ahora, si como lo dice el recurrente tales dictámenes y declaraciones 'se encuentran incluídas dentro de las copias que la H. Sala ha ordenado traer a este juicio y tener como pruebas según el numeral 2º del memorial de pruebas' y esa copia

se allega al proceso, es obvio que las aludidas piezas necesariamente se estimarán como pruebas oportunamente y entonces no se ve la razón de este reclamo".

En esta segunda instancia, el señor Procurador Delegado en lo Civil, al descorrer el traslado, acogió los razonamientos del Tribunal **a quo.**

La Sala de Negocios Generales considera:

En cuanto a la negativa de la práctica de la prueba solicitada en el punto 1º del respectivo memorial, aparte de las consideraciones del fallador de primer grado, conviene recordar que los artículos 361 y 362 del código judicial sólo autorizan al Juez para dar copia de los procesos en sustanciación o ya fenecidos; pero no para disponer la entrega o envío de las actuaciones originales, salvo los casos especiales de acumulación, o cuando se trate de cumplir fallos que no requieran para su ejecución otro juicio (artículo 550 del C. J.), y el 363 ibídem regula la manera como debe efectuarse un desglose en las circunstancias descritas en la norma.

Por otra parte, las actuaciones judiciales formadas por los funcionarios, son instrumentos públicos, a los cuales es aplicable el artículo 636 del código judicial.

Es, pues, fundada la negativa referente al punto 1º del memorial de pruebas.

En cuanto al 8º, como la presentación de los certificados a los autos se hizo extemporáneamente, previo un desglose que no se había ordenado, con citación de la contraparte, en el juicio que actualmente se ventila, la argumentación del Tribunal es correcta desde ese punto de vista.

Con respecto al 9º, es también lógico afirmar que las explícitas indicaciones que hizo el reposicionista, fueron extemporáneas.

Así las cosas, parecería lo más acertado confirmar la providencia en toda su integridad. Empero, esta Sala de la Corte, procediendo con la amplitud que debe haber en materia probatoria, considera que en los puntos 8º y 9º el memorialista se refirió a certificaciones y dictámenes obrantes en el juicio que se pedía se remitiera original en copia. Porque sería absurdo suponer que él hubiera solicitado que se tuvieran como pruebas piezas que no se acompañaron a la demanda y que no habían de allegarse en alguna forma. Para esta interpretación no es necesario tener en cuenta las reclamaciones que al respecto se hicieron en el escrito de reposición.

Para decretar que se tenga como prueba determinada documentación, no siempre es indispensable que ella esté presente materialmente en el momento de pedirla, pues si ello fuera así, no se podrían solicitar copias ni desgloses ni inspecciones oculares, etc., pruebas que llegan al expediente después de dictado el auto que las decreta.

En el cuerpo de esta providencia se dijo cómo se había ordenado la copia del expediente, donde lógicamente se estimó estarían las piezas que se encuentran en los puntos 8º y 9º. Estas no se encontraban, en verdad, presentes materialmente en el momento en que se solicitó fueran tenidas como pruebas; pero es de suponerse que habían de llegar en las copias decretadas. De consiguiente, no hay inconveniente en disponer que se consideren como pruebas en la debida oportunidad y según la estimación legal, las susodichas piezas, y en consecuencia, ordenar también las declaraciones que en vista de ellas han de rendir los testigos que en la solicitud respectiva se mencionan.

En un caso similar, dijo la Sala de Negocios Generales:

"Para obrar así no se requiere disposición expresa que autorice el procedimiento. La ley no es casuista. Limítase a dar normas generales, dentro de las cuales corresponde al Juez definir los casos particulares, con criterio de amplitud dentro del marco de la legalidad, despejando el procedimiento cuando de ritualidades se trate, de vanas fórmulas que no responden a verdaderas necesidades".

En fuerza de lo discutido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, RESUELVE:

1º. Confírmase el auto apelado en cuanto por él no se accede a ordenar que se traiga original el expediente a que se refiere el punto 1º del memorial de pruebas;

2º Revócase la susodicha providencia en la parte en que se dispone no ordenar tener como pruebas los certificados, dictámenes y declaraciones a que se refieren los puntos octavo y noveno del expresado memorial, y en lugar de ello se resuelve:

a) Ténganse como pruebas, en debida oportunidad y de acuerdo con la estimación que les dé la ley, los certificados mencionados en el punto octavo del memorial de pruebas, siempre que se alleguen en la copia del expediente que fue decretada.

Una vez que éste se haya realizado, recíbanse las declaraciones de los señores doctor Cipriano Ríos Hoyos, Alfonso Mogollón, Gustavo Echeve-

rri G., Bernardo Peláez G. y Manuel González, de acuerdo con el interrogatorio que en el memorial de pruebas se les formula;

b) Ténganse como pruebas en la debida oportunidad, y de acuerdo con su valor legal, las declaraciones y dictámenes que se enuncian en el punto noveno del mismo memorial, siempre que se alleguen al juicio en la forma descrita en el ordinal precedente.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Víctor Cock—Eleuterio Serna R.—El Conjuez, **Gabriel Rodríguez Ramírez — Nicolás Llinás Pimienta,** Secretario.

SOLICITUD DE ACLARACION DE UNA SENTENCIA.—NACIONALIDAD COLOMBIANA—"JUS SOLI"

1.—Con el fallo a que se alude no aspiró la Corte a que tuviese carácter general, sino sólo para el juicio instaurado contra el señor Schwartau, sin que se hubiese dictado aquel fallo "por vía de disposición general o reglamentaria".

2.—La Corte no tiene por función, que caiga dentro de la órbita de su competencia, el declarar pura y simplemente quién sea nacional y quién sea extranjero, tema que parece más indicado para el estudio propio del Ministerio de Relaciones Exteriores. La función de la Corte de declarar si se ha perdido o no la nacionalidad colombiana conlleva en sí la de definir la cuestión PREJUDICIAL o PREVIA de si ha existido o no la nacionalidad; pero desde el momento en que aparezca, como punto incontrovertible a juicio de la Corte, que el motivo alegado para entablar la acción de pérdida de la nacionalidad es motivo vacuo o antijurídico, o "peregrino", como lo dijo con sobrada razón el señor Procurador, resulta ser manifiesto que no hay lugar a entrar a analizar la cuestión, no sólo de derecho sino también de hecho, de si en verdad se trata en cuanto a la persona, a la cual se imputa tal pérdida, de una persona que en un momento dado haya sido o no nacional colombiano. Y es que en este supuesto la Corte debe limitarse a cumplir con el deber de declarar que no procede la acción, que como toda acción judicial debe aparecer jurídicamente fundada, so pena de usurpar jurisdicción si se procediere a hacer declaraciones que estén fuera de la órbita jurisdiccional en el proceso respectivo.

3.—A las preguntas hechas por el señor Procurador cumple dar una respuesta rotundamente negativa de que el simple cambio de domicilio, que es relación jurídica de derecho privado, pueda siempre y por sí sola hacer tabla rasa de la nacionalidad. Es que, en primer término y a la luz de la legislación colombiana, como legislación propia de un país civilizado, mal puede confundirse la noción de nacionalidad con la del mero domicilio, contra lo que predica y acepta la doctrina jurídica internacional. Teniendo, por otra parte, instituído Colombia, como país de inmigración, el sistema del "jus soli" con miras a la solidez relievante de su soberanía misma, tal sistema jurídico, de derecho público, requiere que no pueda él ser supeditado por el libre querer del nacional, hijo de extranjeros que en un momento dado resuelva cambiar de domicilio, abandonando el domicilio colombiano. El "jus soli" en Colombia, como en los demás países de América, corresponde, en efecto, a una concepción jurídica encaminada, no a la rehusación de nacionales colombianos, sino a reivindicarlos no obstante el domicilio que aquéllos puedan adquirir eventualmente en el exterior después del acaecimiento de haber quedado investidos de la nacionalidad colombiana. Y si el artículo 8º de la Constitución trae una expresión ambigua, aquella de "que se hallen domiciliados en el territorio de la República", tal expresión no puede interpretarse mediante un esfuerzo, desde luego discutible, de exégesis gramatical. Por cuanto, en primer término, nociones elementales de hermenéutica indican que en tal caso la disposición constitucional ha de entenderse de manera armónica con otras normas constitucionales, cual corresponde a la que trae el 9º de la propia Constitución, preceptó que es claro y perentorio en el sentido de establecer que la nacionalidad colombiana por nacimiento, una vez adquirida, no se pierde sin que medie carta de naturalización en país extranjero. Y si ello no fuese suficiente, que sí lo es, la llamada interpretación "correctiva" o "científica", calificada también de moderna, habría de indicarnos que la inteligencia de expresiones ambiguas en los textos legales ha de ser la que señalan los principios que dominan la materia, o sea, en el caso actual,

aquellos consistentes en que la nacionalidad constituye vínculo permanente cuya conservación es solicitada, ante todo, por el interés público del Estado que confiere tal investidura; y que el fin social de la institución, en este caso el "jus soli" colombiano, cual ocurre en el de los demás países de inmigración, es fin que tiende a conservar como a sus nacionales y en interés público del Estado, también a los hijos de los extranjeros, cuando tales hijos han nacido dentro del país, y aun contra la voluntad misma de los nacionales referidos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio ocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En escrito de 22 de marzo último solicitó el señor Procurador Delegado en lo Civil aclaraciones, que aquél formuló, en número de nueve, en relación con la sentencia definitiva dictada por la Corte con fecha 9 del expresado mes de marzo a propósito de la demanda sobre pérdida de la nacionalidad colombiana instaurada contra el señor Schwartau Eskieldsen.

La llamada primera aclaración la presenta el señor Procurador Delegado en los siguientes términos literales:

"PRIMERA. — Dice el artículo 17 del Código Civil:

"Las sentencias judiciales no tienen fuerza obligatoria, sino respecto de las causas en que fueron pronunciadas. Es, por tanto, prohibido a los Jueces proveer en los negocios de su competencia por vía de disposición general o reglamentaria".

En virtud de esta última prohibición legal, la H. Corte no podía fallar el juicio de que se trata "por vía de disposición general o reglamentaria". Es decir, no podía olvidar o desplazar el caso concreto, sub-judice, del señor Schwartau para analizar, en abtracto o teóricamente, el problema referente a la nacionalidad de los colombianos o a la importancia del domicilio en la adquisición de la calidad de nacional colombiano.

En consecuencia, hay que entender que el fallo de esa H. Corte se refiere, concretamente, al caso Schwartau; y como la H. Corte dice que no hay lugar a declarar la pérdida de la nacionalidad del señor Schwartau, lo cual podría implicar la declaración de que el señor Schwartau, es colombiano, puesto que sólo puede perderse lo que se tiene, surge la duda al tratar de saber si el fallo de la H. Corte define o no la situación del demandado Schwartau en relación con su nacionalidad.

"Es decir: no pudiendo entenderse la sentencia como un fallo teórico o de carácter general (por prohibir esta clase de fallos el artículo 17 del C. C.), sino como un fallo sobre el caso individual del señor Schwartau; y diciendo la sentencia que no declara haber perdido Schwartau la nacionalidad colombiana, ello implica, o podría implicar, el ser Schwartau nacional colombiano, ya que sólo puede entrar a estudiarse si ha perdido la nacionalidad quien en un tiempo la hubiera tenido.

"En consecuencia, pido que se aclaren los respectivos conceptos y frases que contiene la sentencia de la H. Corte".

Estima la Corte que, en realidad de verdad, carece de fundamento suficiente el motivo de duda que el señor Procurador presenta en relación con la sentencia mirada a la luz del artículo 17, transcrito, del Código Civil.

No aspira, en efecto, la Corte a que el expresado fallo tenga carácter obligatorio general, y ya que debe tenerlo sólo dentro del presente juicio instaurado contra el señor Schwartau. Por lo demás, esa misma providencia está llamada a lograr el mérito jurisprudencial que le compete normalmente como dictada por la Corte Suprema de Justicia, aparte del valor doctrinal de sus fundamentos, pero sin que ello signifique que la Corte, con fuerza obligatoria, provea allí por "vía de disposición general o reglamentaria".

No apareciendo, por tanto, debidamente fundada la duda cuya existencia se alega, mal puede proceder la aclaración pedida.

La calificación de **segunda aclaración** presenta como sostén el siguiente razonamiento formulado por el señor Procurador:

"La H. Corte declara que 'no procede la acción' instaurada por el doctor Cifuentes y Gutiérrez contra el señor Schwartau 'en atención a los fundamentos dados a tal acción', lo cual revela que ese alto Tribunal estudió los fundamentos de la acción promovida por el doctor Cifuentes y Gutiérrez, reconociéndole, por lo mismo, a éste último personería sustantiva suficiente para promover este juicio.

"Un extenso alegato, que doy aquí por reproducido, presentó la Procuraduría oportunamente en relación con la falta de personería del deman-

dante, doctor Cifuentes y Gutiérrez, a pesar de lo cual la H. Corte no entró siquiera a estudiar los puntos de vista allí sostenidos, siendo así que el Juez debe examinar previamente, y sobre todo antes de entrar a calificar los fundamentos de la acción intentada, la personería de las partes.

"Ofrece, pues, verdadero motivo de duda si para esa H. Corte el demandante Cifuentes y Gutiérrez tiene o no personería sustantiva suficiente en este litigio, ya que no estudió la sentencia este aspecto del litigio, ampliamente debatido entre las partes".

No es, en manera alguna, fundado este motivo de duda que presenta el señor Procurador, y ya que lo referente a la personería del demandante doctor Cifuentes y Gutiérrez fue objeto de muy detenidas deliberaciones en las sesiones privadas de la Sala, sólo que una declaración expresa sobre aquel tema resultaba jurídicamente inconducente, dado el fundamento primordial del fallo —sobre improcedencia objetiva de la acción— y según puede colegirse del siguiente pasaje del mismo fallo:

"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."

No hay, de consiguiente, razón ninguna atendible para aclarar, por el aspecto en consideración, la sentencia referida.

La **aclaración tercera** la fundamenta así el señor Procurador:

"El demandante Cifuentes y Gutiérrez pidió que se declarara por esa H. Corte que el señor Schwartau había perdido la nacionalidad colombiana. El demandado Schwartau se opuso a las pretensiones del actor. Por consiguiente, el fracaso de la acción instaurada por el demandante Cifuentes y Gutiérrez podría entenderse (ofreciendo verdadero motivo de duda los respectivos apartes del fallo de la H. Corte), como el triunfo de la oposición formulada por el demandado Schwartau: Es decir, como si la decisión de esa H. Corte, y la absolución de Schwartau que en esa decisión pudiera ir implícita, estuviera revelando el que esa alta entidad se hallara de acuerdo con el demandado vencedor y absuelto cuando éste sostenía ser colombiano y no haber perdido jamás su calidad de nacional colombiano.

"La sentencia de esa H. Corte es, por tanto, oscura en el punto que dejo indicado y solicito, en consecuencia, que esa H. Corte aclare el mismo aspecto de su sentencia".

A juicio de la Corte el señor Procurador incurre en error al hablar de absolución de Schwartau en el pasaje que se acaba de transcribir. Bien sabe el señor Procurador que precisamente por no haber lugar a proceder a estudiar la cuestión de fondo a la luz de los hechos del caso concreto, la Corte declaró en la parte resolutiva de su fallo "que no procedía la acción sobre pérdida de la nacionalidad instaurada por el doctor Alfonso Cifuentes y Gutiérrez contra el señor Heriberto Schwartau como demandado".

No hay lugar, por tanto, a la aclaración solicitada.

Indudablemente la llamada **aclaración cuarta** es la que mayor interés presenta dentro de la gestión que hace el señor Procurador Delegado.

En la extensa exposición con la cual la fundamenta, se palpa el esfuerzo de procurar lograr que la Corte se pronuncie acerca de si el señor Schwartau es o no en la actualidad nacional colombiano.

Se olvida entonces de parte del señor Procurador que la Corte no tiene por función, que caiga dentro de la órbita de su competencia, el declarar pura y simplemente quién sea nacional y quién sea extranjero, tema éste que parece más indicado corresponder a estudio propio del Ministerio de Relaciones Exteriores.

La función de la Corte de declarar si se ha perdido o no la nacionalidad colombiana conlleva en sí la de definir la cuestión **prejudicial** o **previa** de si ha existido o no la nacionalidad; pero desde el momento en que aparezca, como punto incontrovertible a juicio de la Corte, que el motivo alegado para entablar la acción de pérdida de la nacionalidad es motivo vacuo y antijurídico, o "peregrino", como lo dijo y con sobrada razón, el señor Procurador en alegato aún visible en el proceso, resulta ser manifiesto que no hay lugar a entrar a analizar la cuestión, no sólo de derecho sino también de hecho, de si en verdad se trata en cuanto a la persona, a la cual se imputa tal pérdida, de una persona que en un momento dado haya sido o no nacional colombiano.

Y es que, en este supuesto, la Corte debe limitarse a cumplir con el deber de declarar que no

procede la acción, que como toda acción judicial debe aparecer jurídicamente fundada; so pena de usurpar jurisdicción si se procediere, por el contrario, a hacer declaraciones que estén fuera de la órbita de su competencia jurisdiccional en el proceso respectivo.

Bajo este mismo capítulo de la aclaración cuarta el señor Procurador Delegado en lo Civil agrega luego:

"Sostiene el fallo de la H. Corte que el cambio o abandono del domicilio no basta para perder la nacionalidad colombiana. Por tanto, no estima la Corte que, para tener la nacionalidad colombiana en un caso como el del señor Schwartau, se requiera tener un domicilio actual, o permanente, en el territorio de la República. Para la H. Corte "la nacionalidad es una constante relación de dependencia o de pertenencia de una persona a determinado estado", según la definición del tratadista Heilborn. "En oposición manifiesta con la tesis así sostenida por esa H. Corte, el H. Consejo de Estado —en sentencia proferida con fecha 5 de febrero de 1946 al estudiar los fundamentos de la resolución policiva que decidió expulsar al señor Schwartau del territorio colombiano— dice lo siguiente:

"...ante todo hay que recordar que el artículo 8º de la Constitución exige que el domicilio sea un hecho actual, es decir, que las circunstancias que lo constituyen se refieran a un tiempo presente. Por eso aquella disposición emplea el verbo en presente de subjuntivo y dice **'se hayan domiciliado o hubieren domiciliado'.** Quiere decir esto que un natural colombiano, hijo de padres extranjeros, que alguna vez haya estado domiciliado en Colombia y hubiera adquirido por lo mismo la calidad de nacional pierde esta calidad por el hecho de haberse domiciliado en otro país? La respuesta tiene que ser afirmativa, por las razones expresadas arriba...".

"Es decir: la Corte Suprema sostiene que el cambio de domicilio no acarrea jamás, por sí solo, la pérdida de la nacionalidad colombiana, mientras que el Consejo de Estado sustenta la tesis contraria. La Corte Suprema considera que la Constitución no exige un domicilio actual, presente, y permanente, para mantener la calidad de nacional colombiano, mientras que el Consejo de Estado estima lo contrario.

"En estas circunstancias, el fallo de la H. Corte no es suficientemente claro, sobre el punto concreto que dejo indicado, tanto más si se tiene en cuenta que esa H. Corte no analiza varios aspectos del problema que estudia la sentencia del Consejo de Estado.

"Hay, pues, para el Gobierno Nacional, para los interesados en el caso Schwartau, para la Procuraduría y para el público en general verdaderos motivos de duda en relación con el punto indicado. Solicito, en consecuencia, que esa H. Corte aclare el respectivo pasaje de su fallo".

Y aunque causa extrañeza, dados los fundamentos mismos del fallo de la Corte, el que pueda ponerse aún en duda el pensamiento de esta Corporación acerca de si el cambio de domicilio acarrea o no por sí solo la pérdida de la nacionalidad colombiana que fue adquirida por **nacimiento (jus soli)**, habrá de reiterarse aquí y confirmarse aquel pensamiento.

En efecto: el hijo de padres extranjeros que haya nacido en Colombia, **y que en un momento dado tuvo la nacionalidad colombiana**, no pierde, a la luz de la Constitución de Colombia, esa nacionalidad así adquirida, en calidad de pérdida operada por el simple hecho de mudar el domicilio colombiano por otro domicilio constituído en país extranjero.

¿Podría sostenerse en efecto que la nacionalidad no es un vínculo permanente de derecho público? ¿O que la nacionalidad en el momento de ser adquirida, no llega a constituír una investidura estatal, un "status jurídico" cuya subsistencia interesa ante todo al Estado mismo que la ha conferido, dependiendo, por tanto, su subsistencia sólo de la autonomía de la voluntad, o del libre querer posterior del particular que desea o le interesa adquirir domicilio en otro país?

A juicio de la Corte a estas preguntas cumple dar una respuesta rotundamente negativa de que el simple cambio de domicilio, que es relación jurídica de derecho privado, pueda siempre y por sí sola hacer tabla rasa de la nacionalidad.

Y es que, en primer término y a la luz de la legislación colombiana, como legislación propia de un país civilizado, mal puede confundirse la noción de la nacionalidad con la del mero domicilio, contra lo que predica y acepta la doctrina jurídica internacional.

Teniendo, por otra parte, instituído Colombia, como país de inmigración, el sistema del **"jus soli"** con miras a la solidez relieve de su soberanía misma, tal sistema jurídico, de derecho público, requiere que no pueda él ser supeditado por el libre querer del nacional, hijo de extranjeros, que en un momento dado resuelva cambiar

de domicilio, abandonando el domicilio colombiano.

El "jus soli" en Colombia, como en los demás países de América, corresponde, en efecto, a una concepción jurídica encaminada, no a la rehusación de nacionales colombianos, sino a reivindicarlos no obstante el domicilio que aquéllos puedan adquirir eventualmente en el exterior con posterioridad al acaecimiento de haber quedado investidos de la nacionalidad colombiana.

Y si el artículo 8º de la Constitución trae una expresión ambigua, aquella de "que se hallen domiciliados en el territorio de la República", tal expresión no puede interpretarse mediante un esfuerzo, desde luego discutible, de exégesis gramatical.

Por cuanto, en primer término, nociones elementales de hermenéutica indican que en tal caso la disposición constitucional ha de entenderse de manera armónica con otras normas constitucionales, cual corresponde a la que trae el 9º de la propia Constitución, precepto que es claro y perentorio en el sentido de establecer que la nacionalidad colombiana por nacimiento una vez adquirida no se pierde sin que medie carta de naturalización en país extranjero.

Y si ello no fuere suficiente que sí lo es, la llamada interpretación "correctiva" o "científica", calificada también de moderna, habría de indicarnos que la inteligencia de expresiones ambiguas en los textos legales ha de ser la que señalan los principios que dominan la materia, o sea, en el caso actual, aquellos consistentes en que: la nacionalidad constituye vínculo permanente cuya conservación es solicitada ante todo por el interés público del Estado que confiere tal investidura; y también que la finalidad social de la institución, en este caso el "jus soli" colombiano cual ocurre en el de los demás países de inmigración, es finalidad que tiende a conservar como sus nacionales y en interés público del Estado, también a los hijos de extranjeros, cuando tales hijos han nacido dentro del país, y aun contra la voluntad misma de los nacionales referidos.

En la llamada **aclaración quinta** continúa el señor Procurador exhortando a la Corte para que retire su tesis de que el simple cambio de domicilio no constituye causal o motivo de pérdida de una nacionalidad colombiana ya adquirida; o para que, en todo caso, entre la Corte al fondo del problema concreto de si el señor Schwartau tiene o no actualmente la nacionalidad colombiana.

Mas es obvio que esta aspiración del señor Procurador, y tratándose de una sentencia definitiva, no puede ser acogida por la Corte, ni debe hacerlo bajo el color de una simple aclaración de lo que, en concepto de la Corporación, está muy lejos de ser obscuro.

En las llamadas aclaraciones **sexta, séptima, octava** y aun en la **novena,** el señor Procurador se queja de que la Corte no hubiera entrado a estudiar el punto de hecho y de derecho del domicilio que en Colombia hubiera tenido el señor Schwartau, ni las características individuales de ese domicilio particular, y asimismo invita a la Corte a que se pronuncie acerca de tales temas cuya solución estaría posiblemente llamada a reflejarse sobre la nacionalidad actual del señor Schwartau.

Siente la Corte de manera sincera no poder acceder a las solicitudes del señor Procurador allí contenidas, ya porque no se trataría de genuinas aclaraciones, únicas procedentes para el caso de un fallo definitivo (artículo 482 del C. J. invocado por el señor Procurador), como porque ello implicaría una inconsecuencia con respecto al fundamento primordial del fallo, o sea que no procede ante la Corte, una demanda sobre pérdida de la nacionalidad de una persona respecto de quien el demandante asevera haber sido nacional, si dicho demandante señala, como motivo único de la pérdida de la nacionalidad, el simple cambio de domicilio del presunto colombiano.

Y sea este el momento de reiterar una observación fundamental ya consignada en la presente exposición.

Y es la de que está muy lejos de la realidad el que la Corte, en las deliberaciones que precedieron a la expedición del fallo de nueve de marzo último se hubiera abstenido de entrar a estudiar, a fondo, el problema de si el doctor Cifuentes y Gutiérrez estaba investido de personería sustantiva suficiente, o de la legitimación en causa, para establecer una demanda sobre pérdida de nacionalidad colombiana en calidad de acción **popular o pública.**

Por el contrario fue este punto materia de un detenido examen; y acerca de él hubieron de ser expuestos diversos pareceres por parte de los Magistrados en las prolongadas e intensas deliberaciones que precedieron a la expedición del fallo.

También fueron objeto de muy detenidos estudios otros aspectos de fondo que este mismo asun-

to presenta, sólo que no resultaba jurídicamente aceptable consignar en el fallo el desarrollo de tal estudio, siendo así que hubo de llegarse, a una conclusión jurídicamente apta a detener la función jurisdiccional de la Corte sobre pronunciamiento acerca del fondo del asunto, y aunque se admitiera la viabilidad de la acción popular; cual fue como tantas veces se ha expresado, el que el demandante basó su acción en el motivo, único y escueto, de que la persona por él considerada como colombiana había perdido, sin embargo, su nacionalidad por el mero establecimiento de un domicilio en el extranjero. Motivo el indicado que, a juicio de la Corte, es manifiestamente inaceptable y a todas luces injurídico. E inaceptable no sólo a juicio de la Corte, sino también en la autorizada opinión del señor Procurador Delegado, quien según transcripción que ya fue hecha en el fallo cuya aclaración se solicita, hubo de expresarse así:

"**Observaciones de la Procuraduría.** — Se pretende con este juicio obtener de esa H. 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".

Y esa improcedencia de la acción fue precisamente lo declarado por la Corte en la parte resolutiva misma del fallo cuya aclaración hoy se solicita.

Por lo demás, después de leída y estudiada la exposición precedente del señor Procurador Delegado en lo Civil, en la cual presenta y fundamenta las por él denominadas aclaraciones, continúa la Corte ratificando su opinión de que la solución dada en el fallo mencionado, de 9 de marzo de 1946, es la aceptable en relación con el caso concreto y peculiar del presente proceso judicial.

En mérito de lo que se deja expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia declara que no hay lugar a hacer las aclaraciones solicitadas por el señor Procurador Delegado en lo Civil en relación con la sentencia definitiva dictada en el presente proceso con fecha 9 de marzo del año en curso.

Notifíquese, cópiese e insértese este auto en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION DE DOMINIO DE UNA FINCA RAIZ

Entre las acciones tendientes a la eficacia del derecho de propiedad figura la reivindicación, cuya prosperidad depende de la comprobación de las siguientes condiciones: 1ª Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 2ª Derecho de dominio en el demandante; 3ª Posesión material en el demandado, y 4ª Identificación de la cosa materia de la reivindicación o sea la demostración de que aquello que se reclama por el actor es lo mismo que posee el demandado. Si falta alguno de estos requisitos la demanda no puede prosperar.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Joaquín Demetrio Barrientos demandó, ante el H. Tribunal Superior de Medellín, a la Nación, para que, previos los trámites de un juicio ordinario, se declarara:

"Que la comunidad de la hacienda Caballo Blanco es dueña de los dos lotes de terreno, situados en el municipio de Girardota, ocupado el uno con casa de tapias y tejas, y cultivado el otro con caña de azúcar, comprendidos por los linderos expresados bajo los numerales sexto y séptimo de los hechos apoyativos de esta demanda;

"b) Que a virtud de la declaración anterior, la Nación está obligada a restituír, dentro del término que señale el H. Tribunal, los dos lotes de terreno de que se trata, con todos sus frutos naturales y civiles, y no solamente los percibidos sino los que la comunidad dueña del bien hubiere podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la cosa en su poder".

La entidad ante quien se presentó el libelo correspondiente, desató la litis en términos desfavorables a las pretensiones del demandante, el cual, en memorial fechado el 31 de agosto de 1943, interpuso el recurso de apelación ante esta Sala de la Corte.

Surtidos todos los ritos de rigor, toca ahora proferir el fallo de esta instancia, y para ello se hacen las consideraciones que a continuación se expresan:

El pleito en cuestión se originó de la ocupación, por parte de la Nación, de unas fajas de terreno ubicadas en el paraje de El Chumbimbo o Fonda de Caballo Blanco y comprendidas dentro de los linderos generales de la hacienda llamada Caballo Blanco, de propiedad de la sucesión de la señora Isabel Velásquez de Barrientos, del señor Rafael Barrientos F. y del señor Joaquín Demetrio Barrientos, según se dice en la demanda.

Según lo declaran los señores José García (fs. 5), Valerio Isaza (fs. 6), Angel María Vanegas (fs. 6 v.), y Jesús García (fs. 7), como consta en el cuaderno de pruebas de la primera instancia, los dos lotes están ocupados así: el uno, con una casa de tapias y tejas, dedicado al servicio de carreteras nacionales, según el aviso que se ostenta en las paredes de ésta, y el otro, cultivado con caña de azúcar.

No dan estos testigos razón alguna de la cual pueda deducirse la posesión de la Nación en el terreno cultivado con caña.

Sobre este punto conviene transcribir lo que dicen Angel María Vanegas y Jesús García. Expone Vanegas:

"...y el otro cultivado con caña de azúcar, pero no sé por cuenta de quién".

García expresa: "..y el otro lote con una plantación de caña de azúcar que según entiendo beneficia a Jesús Muñoz".

En la segunda instancia declaran nuevamente Isaza, Vanegas y José Dionisio García.

Repreguntado el primero por el señor Personero Municipal de Girardota, dijo, refiriéndose al lote cultivado con caña: "Es cierto que ese lote está en posesión de los señores Barrientos, puesto que la casa que contiene el mencionado lote y que había construído la Nación, fue demolida, hace más de tres años, y, además, el lote está cercado con alambre de púas por cuenta de los mismos señores Barrientos". "También digo que hace alrededor de tres años y medio o cuatro a lo sumo, el lote estaba cultivado con plantacio-

nes de caña, la que estaba en retoño en una parte y en la otra con caña casi de moler; además, hoy no tiene plantación ninguna el referido lote".

En forma semejante se produjo Vanegas. El repreguntado señor José Dionisio García es todavía más explícito, como va a verse:

"Contrainterrogado por el señor Personero, manifestó: El referido lote se compone de dos lotes: El uno estaba con plantaciones de caña, pues todavía existen las cepas y el otro, fue ocupado con la construcción de una casa. Los señores Barrientos, por cuenta propia, cercaron el lote en referencia y lo están poseyendo actualmente, cosa que hace, más o menos, tres años; la Nación fue quien destruyó la casa que allí existía, hace dos o tres años más o menos".

Aunque no aparece con toda nitidez demostrada la posesión de la Nación, especialmente en el globo de terreno donde se puso la plantación de caña, la Sala entra a considerar otros aspectos de la demanda.

La hacienda denominada "Caballo Blanco" tiene estos antecedentes:

A la comunidad existente entre los señores María Antonia Londoño de L., Pedro F., Eladio y Clemente Londoño, se puso término por medio de la escritura número 1204 de 16 de enero de 1875, pasada ante el Notario 2º del distrito de Medellín y que aparece en los folios 11 y siguientes del cuaderno principal. En este acto se adjudicó al señor Pedro F. Londoño una finca llamada Girardota, ubicada en el distrito del mismo nombre, por los linderos allí expresados, y que se conoce hoy con el nombre de "Hacienda de Caballo Blanco" (hecho tercero de la demanda).

A la muerte de los cónyuges Pedro F. Londoño y María Teresa Barrientos, se siguió el correspondiente juicio de sucesión doble, y en él se adjudicó al demandante la cuarta parte de la nuda propiedad de tres lotes llamados "El Chumbimbo o Fonda de Caballo Blanco", "Arado de los Garcías" y "La Vega", los cuales hacen parte integrante de la "Hacienda de Caballo Blanco". En la misma forma y por iguales cuotas se les hizo adjudicación a Francisco A. Barrientos, Estanislao Barrientos y Rafael Barrientos (fs. 13 y sgts. del cuaderno de pruebas en esta instancia).

A petición de la parte actora se allegó a los autos, debidamente registrada, la escritura número 379 de 11 de marzo de 1924, otorgada ante el Notario 4º de Medellín, y en la cual los señores Francisco, Estanislao y Rafael Barrientos V. transfieren, a título de venta, la cuarta parte de cada uno de los tres lotes antes mencionados a Joaquín Demetrio Barrientos.

Si la cláusula primera de esta escritura se entendiera en el sentido de que lo vendido fue la cuarta parte que cada uno de los transferentes poseía en los susodichos lotes, querría decir que las comunidades desaparecieron.

Con todo, puede interpretarse la estipulación en el sentido de que la venta no comprendió sino una cuarta parte en cada uno de los lotes, y así lo entiende el señor apoderado del actor, cuando dice en su alegato ante esta Sala: "...y también se trajo a los autos la escritura número 379 de 11 de marzo de 1924 por la cual Joaquín Demetrio Barrientos les compró parte de sus derechos en esa época sobre las referidas fincas a sus hermanos Francisco, Estanislao y Rafael".

Al deceso de Francisco A. Barrientos, se adjudicó a su madre Isabel Velásquez viuda de Barrientos, la cuarta parte de la finca compuesta de los lotes La Vega, Arado de los Garcías y El Chumbimbo o Fonda de Caballo Blanco.

La sentencia que estimó aprobada esta adjudicación, se declaró ejecutoriada por providencia de 4 de diciembre de 1928, proveniente del Juzgado 2º Civil del Circuito de Medellín.

Por medio de la escritura Nº 1546 de 22 de junio de 1937, otorgada en la Notaría 2ª del Circuito de Medellín, Estanislao Barrientos transmite a los señores Isabel Velásquez v. de Barrientos, Rafael y Joaquín Demetrio Barrientos, la cuarta parte que posee en la Hacienda de Caballo Blanco, formada por los tres lotes tántas veces citados.

Muerta la señora Isabel Velásquez v. de Barrientos, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, por auto de 20 de abril de 1938, declaró abierto el juicio de sucesión correspondiente, reconociendo, a la vez, sin perjuicio de terceros, las personas interesadas en dicha mortuoria (fs. 32 Cdo. prueb. ante la Corte).

En el hecho cuarto de la demanda se dice que los comuneros quedaron reducidos a tres: la sucesión de la señora Isabel Velásquez v. de Barrientos, Rafael Barrientos V. y Joaquín Demetrio Barrientos.

Entre las acciones tendientes a la eficacia del derecho de propiedad, figura la de reivindicación, cuya prosperidad depende de la comprobación de las siguientes condiciones:

1º—Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular;

2º—Derecho de dominio en el demandante;

3º—Posesión material en el demandado; y

4º—Identificación de la cosa materia de la reivindicación o sea la demostración de que aquello que se reclama por el actor, es lo mismo que posee el demandado.

Si falta alguno de estos requisitos la demanda no puede prosperar.

Por el estudio que se ha hecho al través del expediente, se llega a la conclusión de que la posesión que se atribuye a la Nación en los lotes que se reivindican, no aparece acreditada en una forma que no deje lugar a dudas.

Aún en el caso de que tal posesión apareciera, por parte de la Nación, con toda evidencia, hay una cuestión que para la Sala no es traslúcida: ¿Existe una comunidad llamada Caballo Blanco o tres comunidades?

En los varios instrumentos públicos que obran procesalmente, se ha visto cómo la comunidad en cada uno de los lotes Arado de los Garcías, La Vega y Chumbimbo o Fonda de Caballo Blanco, no ha sufrido una modificación tal que las haya convertido en una sola comunidad llamada la Hacienda de Caballo Blanco.

Primeramente, en esos tres lotes hubo cuatro comuneros: en 1924, Joaquín Demetrio adquiere un derecho mayor; en 1929, Isabel Velásquez v. de Btos. reemplaza a Francisco A. Btos., pero en el mismo derecho de cuarta parte, no obstante lo que consta en la escritura de 1924.

En 1937, Estanislao transmite sus derechos a los otros copartícipes. En la escritura respectiva se habla, otra vez, de la cuarta parte, no obstante lo que aparece en el instrumento público de 1924.

Empero, en la escritura de 1937 no se ve de qué manera a las comunidades existentes en los tres lotes, las vino a sustituír legalmente una sola comunidad.

En sentir de la Sala, aparecen tres comunidades segregadas de la Hacienda de Caballo Blanco, independientes la una de la otra. Así podría, por ejemplo, extinguirse, por venta u otra operación traslaticia de dominio, la comunidad de uno de los tres lotes, quedando subsistente la de los otros dos.

Consecuencialmente, la comunidad de la Hacienda de Caballo Blanco no parece existir, pues sólo aparece en el proceso la proindivisión de cada uno de los lotes antes determinados.

Legal y jurídicamente se descarta en este juicio la existencia de la comunidad frente a la finca Girardota o de El Caballo Blanco, no obstante que sean las mismas personas las que en proporciones semejantes aparezcan como comuneros en cada uno de los tres lotes que la integran.

Importa recordar el hecho de que en el juicio de sucesión doble de Pedro F. Londoño y María Teresa Barrientos se formaron entre sus herederos tres comunidades de cuartas partes de dominio indiviso en los lotes Arado de los Garcías, La Vega y El Chumbimbo. Ni en la escritura de 1937, ni en ninguna otra de las que obran en el expediente, consta que los copartícipes hubiesen hecho la declaración de que los tres predios mencionados constituyeran una sola comunidad con el nombre de Hacienda de Caballo Blanco. En estas circunstancias no aparece plenamente demostrada la existencia de la comunidad para la cual se pide en la demanda, o sea, no se acreditó suficientemente que la Hacienda de Caballo Blanco sea una comunidad legalmente. Es evidente que tal deficiencia deja a salvo las acciones que puedan invocar quienes no han sido parte en este litigio, o las que se promuevan por otro título.

La parte resolutiva de la sentencia del Tribunal **a-quo** fue al respecto muy precisa, al decidir así:

"Se niegan las declaraciones impetradas por Joaquín D. Barrientos, a nombre de la comunidad supradicha, contra la Nación en la demanda de diez y seis de julio de mil novecientos cuarenta.

"No se condena en costas".

No existiendo, pues, demostrado el condominio del actor en la comunidad para la cual se demanda, la providencia de primer grado está ajustada a la Ley.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la sentencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Eleuterio Serna R.—El Conjuez, **Fabio Hernández—Nicolás Llinás Pimienta,** Srio.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 270 DEL CODIGO JUDICIAL

Aparece del artículo 270 del C. J. que el caso allí contemplado es aquel en que el interesado en cuyo nombre ha sido instaurada la demanda es una sola persona, es decir, que no se considera allí directamente el caso de litis consortes en calidad de demandantes o, lo que es lo mismo, de pluralidad de demandantes. Parece natural colegir de los términos de la disposición citada que, aparte del punto tocante a la indemnización de perjuicios consagrada en ese precepto, si no viene la ratificación oportuna, procede el que el juez declare desierta la actuación iniciada. Solución llana cuando es una sola persona la demandante, pero que no logra un pleno acomodo cuando son varios los demandantes, ya que en tal caso la declaración que se acaba de mencionar no podría comprender sino al codemandante que no ratificó lo actuado por el agente oficioso, mas no a los otros litisconsortes. La solución en tal evento parece que habría de consistir en eliminar de entre los demandantes a la persona que dijo representar el agente oficioso. Ahora fija la Corte el alcance que, a su juicio, tiene el artículo 270 del Código Judicial en relación con el caso de que no ocurra la ratificación dentro del término de dos meses, plazo que señala dicha disposición legal, y cuando tal ratificación llegue siempre aunque más tarde. Cabe observar, en primer término, que vencidos los dos meses está llamado el juez a dictar la correspondiente providencia declarando desierta la demanda instaurada por falta de la oportuna ratificación del directo interesado en el asunto, y al consiguiente reconocimiento de que el agente oficioso ha incurrido en la sanción de pagar perjuicios al demandado. Si una vez en firme tal providencia, y en calidad de ley del proceso, llega a presentar el interesado su ratificación a la gestión inicial del agente oficioso, es obvio que tal ratificación ha de resultar baldía e inoperante, ya que la demanda incoada tenía perdida para ese momento toda virtualidad jurídica merced a la providencia antes proferida por el juez en cumplimiento y ejecución del precepto mismo del artículo 270 citado. Empero, si cuando viene la ratificación está viva aún la actuación judicial iniciada, por faltar la expedición de la providencia de que se viene hablando, o aún por falta de ejecutoria de la misma, en tal evento puede operar válidamente la ratificación sus propios resultados y con el consiguiente efecto retroactivo.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, julio treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Procede la Sala a fallar el recurso de apelación interpuesto por el señor apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por el señor Gilberto Alzate Avendaño y otros contra la Nación, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y contra otros demandados.

El recurso de apelación fue concedido en calidad de subsidiariamente interpuesto y ya que la parte interesada hubo de solicitar en primer término reposición del auto en referencia, reposición que le fue negada por el Tribunal del conocimiento.

Aunque el auto recurrido define otros puntos de carácter incidental dentro del proceso, la apelación versa sólo, y según aparece del respectivo memorial del recurrente, sobre la parte final de tal providencia, parte final que es del siguiente tenor literal:

Téngase al doctor Gilberto Alzate Avendaño como apoderado legal de los señores Hernando Ruiz Díaz, Leticia Ruiz de Cortes, Nepomucena Díaz viuda de Ruiz, Plutarco y José Antonio Ruiz Díaz, para representarlos en el presente juicio.

Por el término de diez días se abre a prueba este juicio".

Se observa ahora en cuanto a la actuación cumplida en segunda instancia ante la Corte que, aun-

que en ella se apersonó, por medio de apoderado, el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, no hubo de presentar alegaciones de ningún género, como tampoco lo hizo la parte demandante. En cambio el señor Procurador Delegado en lo Civil, en representación de la Nación, formuló el extenso alegato escrito que obra en autos.

Pide en dicho alegato el señor Procurador Delegado en lo Civil que se revoque la providencia apelada y que, en su lugar, se declare:

1º—Que el presente juicio sólo puede proseguir teniendo como demandantes a Nepomucena Díaz viuda de Ruiz, el Dr. Alzate Avendaño y la sucesión de Plutarco Ruiz, representada esta sucesión únicamente por Nepomucena Díaz viuda de Ruiz;

2º Que no pueden seguir figurando como demandantes en este juicio Hernando Ruiz Díaz, Leticia Ruiz de Cortés, Plutarco Ruiz Díaz, José Antonio Ruiz Díaz y Luisa Ruiz Ramírez;

3º—Que el doctor Gilberto Alzate Avendaño está obligado a pagar a los demandados, o sea a la Nación, al Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a Uribe, García Alvarez y Cía., y al doctor Julián Villaveces, el valor de los perjuicios que sufrieron por el hecho de haber sido demandados y haber tenido que comparecer en juicio, haciendo los gastos y estudios necesarios por el doctor Alzate Avendaño en su condición de agente oficioso de José Antonio Ruiz Díaz y de la menor Luisa Ruiz Ramírez sin que estos dos últimos ratificaran oportunamente lo actuado por el mismo doctor Alzate Avendaño".

Para llegar a la conclusión contenida bajo el ordinal 2º transcrito, presentó como razón el señor Procurador Delegado en lo Civil lo que en seguida habrá de ser copiado:

"...considera la Procuraduría que el litigio no puede proseguir con los siguientes litis-consortes como demandantes, por las razones ya expuestas y que sintetizo a continuación:

a) **No puede proseguir** con **Hernando Ruiz Díaz, Leticia de Cortés** y con **el señor Plutarco Ruiz Díaz** porque ninguno de estos tres litigantes figura como demandante. El Dr. Alzate Avendaño no obró como agente oficioso de los mismos y, por tanto, ellos no podían ratificar lo actuado ni beneficiarse con esa actuación.

b) No puede proseguir con **José Antonio Ruiz Díaz** porque no se sabe si éste ratificó o no oportunamente lo actuado por el agente oficioso doctor Alzate Avendaño, habiendo indicios fehacientes para considerar que esa ratificación no fue presentada en tiempo.

c) No puede proseguir con la menor Luisa Ruiz Ramírez porque ésta, o su representante, no ratificó oportunamente lo actuado por el doctor Alzate Avendaño como agente oficioso de ella".

Estima la Corte que para proceder en un orden lógico ha de estudiarse, en primer término, esta última manifestación del señor Procurador Delegado en lo Civil, es decir, la que se refiere la menor Luisa Ruiz Ramírez, y ya que, además que contra el interés de la menor no se ha hecho valer la tacha de no figurar ella en la demanda reformada, el punto concerniente a oportuna ratificación constituyó tema principal en el debate de la primera instancia.

En efecto: Cuando el Tribunal Superior de Manizales dictó el auto materia de la apelación interpuesta, auto acerca del cual el señor apoderado del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales así como el señor Fiscal del Tribunal solicitara también reposición, fue planteada de esta manera la cuestión de la ratificación en referencia.

Representó así en efecto el señor apoderado ante el Tribunal del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales:

"El agente oficioso doctor Alzate Avendaño, en memorial de fecha agosto 3 de 1943, reformó la demanda, reconociendo entre otros hechos que el señor Plutarco Ruiz había fallecido y que, por tanto demandaba a nombre de la sucesión; y que la menor Luisa Ruiz Ramírez carecía de representante legal y curador ad litem. La demanda en estos términos fue aceptada por el H. Tribunal, por providencia de fecha catorce de agosto de mil novecientos cuarenta y tres, la cual se ejecutorió en la misma fecha; después de haberse aceptado la caución correspondiente, para responder por los perjuicios que a los demandados puedan ocurrir por la no ratificación de las personas a cuyo nombre demandó, en el plazo legal de dos meses.

"Ahora bien: consta de autos que no se presentó por agente oficioso la ratificación del representante legal de la menor Luisa Ruiz Ramírez; por el contrario, obra en el expediente una copia expedida por el Secretario del Juzgado Segundo Civil del Circuito de Bogotá, de la providencia por la cual se nombra al Dr. Gilberto Alzate Avendaño curador interino de dicha menor y dicha providencia tiene fecha de once de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro. De manera que han transcurrido más de dos meses entre la pre-

sentación de la demanda y el discernimiento de la curaduría al Dr. Gilberto Alzate Avendaño; sin que, por otra parte, éste en tal carácter hubiera ratificado la demanda, así fuese extemporáneamente".

Se halla el memorial en parte transcrito a los fls. 64 y 65 del cuaderno principal del juicio y fue además expresamente ratificado por el peticionario en escrito que corre al fl. 10 del cuaderno número 3.

Por su parte el Tribunal en auto de veinticuatro de marzo de 1945, en el cual hubo de negar la reposición pedida y conceder la apelación de la cual conoce hoy la Corte, se expresó así:

"El doctor Alzate Avendaño en su demanda corregida pide en su propio nombre y como agente oficioso, para Luisa Ruiz Ramírez, Nepomucena Díaz de Ruiz y para la sucesión de Plutarco Ruiz, representada por sus herederos. Como agente oficioso el Dr. Alzate Avendaño rindió el juramento y otorgó la caución de que trata el artículo 270 del Código Judicial.

"Al juicio ha traído el Dr. Alzate Avendaño la copia del auto en que fue nombrado curador interino de la menor Luisa Ruiz Ramírez; providencia fechada en once de febrero último, proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Bogotá, y copia de la notificación de ese auto, de la diligencia de posesión como curador, del discernimiento del cargo y de la notificación de este último auto.

"La providencia recurrida admite unos poderes que han sido conferidos y que han venido al juicio, en forma legal, y abre el juicio a prueba, por ser la oportunidad para esto de acuerdo con el artículo 745 del C. J. El señor apoderado recurrente pide que se declare desierta la acción y que hay lugar al cobro de perjuicios causados a las personas jurídicas demandadas, por la no ratificación de la demanda en el plazo señalado por la ley. Subsidiariamente pide apelación de la providencia recurrida. Funda su solicitud: en que no se ha presentado por el agente oficioso la ratificación del representante legal de la menor Luisa Ruiz Ramírez, para cuya curaduría fue nombrado el doctor Alzate Avendaño por providencia de once de febrero último, y que transcurrieron más de dos meses desde la presentación de la demanda y el discernimiento de la curaduría;

"Si la menor Luisa Ramírez se encontraba sin representante legal, mientras ese representante no fuera designado legalmente existía la imposibilidad para la ratificación de parte de esta menor, ya que ella, debido a su edad, se encontraba en incapacidad legal para manifestar válidamente su consentimiento. Por esto se justifica el retardo de la comparecencia del guardador al juicio. Como el curador designado a la menor designada ha sido la misma persona que ha presentado oficiosamente la demanda en nombre de ella, existe un asentimiento tácito, indubitable, a la ratificación de lo actuado, ya que es la propia voluntad del demandante la que suple la deficiente voluntad de la menor representada.

".....

"Los incapaces comparecen en juicio como demandantes o como demandados, por medio de sus representantes legales, lo prescribe el artículo 240 del C. J. Toca a los curadores de bienes el ejercicio de las acciones y defensas judiciales de sus respectivos representados, dice el artículo 578 del C. Civil. Por esto la representación del curador respecto a la menor Luisa Ramírez, comprende toda la intervención de esa menor en el negocio.

"En la providencia en que se hizo el nombramiento del curador de la mencionada menor, no se especificó que se tratara de una curaduría especial, simplemente se hizo el nombramiento de curador, entendiéndose por esto que se trata de una curaduría general, la que es interina cuando se retarda el discernimiento de la tutela o curaduría para mientras dura el retardo del nombramiento de curador definitivo (artículo 461 del C. Civil).

"Como el reconocimiento de la representación está hecho en el auto de nombramiento del curador, no es necesario como con relación a los poderes para el pleito admitir o no el poder.

"Por lo expuesto llega la Sala a la conclusión de que no es el caso de reponer el auto recurrido".

A este propósito observa el señor Procurador Delegado en lo Civil en el escrito presentado ante la Corte, y del cual antes se hizo mención, que el nombramiento, posesión y discernimiento del cargo del Dr. Alzate Avendaño como curador de la menor Luisa Ruiz Ramírez son posteriores al 14 de octubre de 1943, fecha del vencimiento de los dos meses señalados para estos casos por la ley, y que por tanto la ratificación que se hiciera a nombre de aquélla respecto a lo actuado por el doctor Alzate Avendaño en su nombre, no pudo llegar oportunamente al Tribunal.

Y luego agrega el mismo señor Procurador Delegado en lo Civil:

"Si al tiempo de presentar la demanda el señor Alzate Avendaño la menor Luisa Ramírez no te-

nía representante legal ni podía actuar por sí misma, fue una imprudencia, o una temeridad del señor doctor Alzate Avendaño actuar en su condición de agente oficioso puesto que el obrar así le implicaba una obligación, prácticamente imposible de cumplir, de hacer ratificar por parte de la menor, o del representante de ésta, lo actuado en tal carácter a nombre de ella. El doctor Alzate Avendaño ha debido obtener primero el nombramiento de un curador para la menor y sólo después de esto intentar la demanda a nombre de ella, con poder de ese curador, o como agente oficioso para que, posteriormente, tal curador, en nombre de la menor, ratificara lo actuado. Pero obrar en nombre de una menor que no puede legalmente comparecer en juicio y no tiene quién la represente, adquiriendo la obligación clara de obtener ratificación de lo actuado dentro del término probatorio de dos meses, era evidentemente una imprudencia. Era comprometerse a algo que, muy posiblemente, no podría cumplir, como efectivamente no lo cumplió. "Sostiene el H. Tribunal que el retardo de la ratificación por parte de la menor Luisa Ruiz Ramírez se justifica por hallarse ésta sin representante legal y existir, por tanto, la imposibilidad para ella de ratificar lo actuado. Es ésta una justificación que no tiene asidero en la ley. El artículo 270 del C. J. sólo dice, al respecto, que el agente oficioso debe otorgar caución para responder de que la parte por quien promueve el juicio ratificará lo hecho en el término de dos meses. En tal disposición legal no se hace salvedad de ninguna clase, ni se establece justificación alguna para el caso de que se trate de menores.

"Por tanto, hay que concluír que la ratificación de lo actuado por parte de dicha menor no fue realizada en tiempo".

La Corte considera:

Los términos literales del artículo 270 del C. J., en torno a cuya aplicación y alcance se desarrolla el debate, son del siguiente tenor:

"Artículo 270.—Se puede promover demanda a nombre de persona de quien no se tenga poder ni facultad para representarla, siempre que se halle ausente o impedida por algún motivo para hacerla por sí o por medio de representante, sobre lo cual basta la afirmación jurada del agente oficioso; pero para que se admita la representación es preciso que éste otorgue caución para responder de que la parte por quien promueve el juicio ratificará lo hecho en el término de dos meses, y que pagará los perjuicios que se causen al demandado si no se hace la ratificación.

"La actuación por agencia oficiosa debe suspenderse una vez hecha la notificación de la demanda".

Aparece de manifiesto en la disposición legal transcrita que el caso allí contemplado es fundamentalmente aquél en que el interesado en cuyo nombre ha sido instaurada la demanda sea una persona única, es decir, que no se considera allí directamente el caso de litisconsortes en calidad de demandantes o lo que es lo mismo de pluralidad de demandantes.

Parece natural colegir por otra parte de los términos de la disposición legal transcrita que, aparte del punto tocante a la indemnización de perjuicios consagrada por el precepto en estudio, y si no viene la ratificación oportuna procede el que el Juez declare desierta la actuación iniciada.

Solución llana ésta cuando es una sola persona la demandante pero que no logra un pleno acomodo cuando son varios los demandantes, y ya que en tal caso la declaratoria que se acaba de mencionar no podría comprender sino al codemandante que no ratificó lo actuado por el agente oficioso, mas no a los otros litisconsortes.

La solución en tal evento parece habría de consistir en eliminar de en medio de los demandantes a la persona que dijo representar el agente oficioso.

Una vez consignada la observación precedente, procede la Corte a fijar el alcance que, a su juicio, tiene el artículo 270 del Código Judicial en relación con el caso de que no ocurra la ratificación dentro del término de dos meses, plazo que señala la disposición legal, y cuando tal ratificación llegue siempre aunque más tarde; evento el indicado que es el que en el presente asunto se contempla.

Cabe observar, en primer término y a este propósito, que vencidos los dos meses que acaban de ser mencionados, está llamado el Juez a dictar la correspondiente providencia en el sentido de declarar desierta la demanda instaurada por falta de la oportuna ratificación del directo interesado en el asunto y al consiguiente reconocimiento de que el agente oficioso ha incurrido en la sanción de pagar perjuicios al demandado.

Si una vez en firme tal providencia, y en calidad de ley del proceso, el interesado llega a presentar su ratificación a la gestión inicial del agente oficioso, obvio es que tal ratificación ha de resultar baldía e inoperante, ya que la demanda

incoada tenía perdida para ese momento toda virtualidad jurídica merced a la providencia antes proferida por el Juez en cumplimiento y ejecución del precepto mismo del citado artículo 270 del Código Judicial.

Empero si cuando viene la ratificación está viva aún la actuación judicial iniciada, por faltar la expedición de la providencia de que se viene hablando, o aún por falta de ejecutoria de la misma; en tal evento, la ratificación puede válidamente operar con sus resultados propios y con el consiguiente efecto retroactivo.

No establece en verdad el artículo 270 referido que, pasados los dos meses de los cuales allí se habla, la ratificación que pueda venir luego de parte del verdadero interesado, y siempre que aún no haya sido cerrado el proceso por la declaratoria judicial antes mencionada, sea una ratificación vedada; y como tal, inoperante.

Y se hace la salvedad de que, siempre que no haya sido cerrado o fenecido el proceso por la respectiva declaratoria judicial, por cuanto no presentada la ratificación dentro del preciso término de dos meses, ha de venir, como ya se dijo, una actuación propia del Juez tendiente a que no siga gravitando sobre la parte demandada la situación inconveniente de la subsistencia del litigio, eliminación de éste que armoniza además con el reconocido interés general de que ha de procurarse poner término a los litigios incoados.

Mas si la actuación judicial correspondiente no se ha consumado aún, el artículo 270 no opera en el sentido de que deba darse por desierta, **ipso jure**, la acción y sin declaración judicial previa, respecto al verdadero interesado que desea ratificar, y ello por cuanto el término de dos meses de que habla dicha disposición legal, ha de mirarse, ante todo y fundamentalmente como un acicate para el agente oficioso, quien aparece allí conminado con una indemnización de perjuicios, por el no cumplimiento de su promesa sobre ratificación.

No se establece allí, en efecto, y para admitirlo aún debiera hacerlo de manera inequívoca, que el propio interesado, una vez pasados los dos meses, no podrá ya ratificar.

Y se dice que tal restricción, por razón del tiempo en cuanto a la ratificación por parte del verdadero interesado, debiera resultar para ser aceptable, de manera inequívoca del precepto en mención, toda vez que el derecho a la ratificación del negocio, adelantado en nombre del verdadero interesado y en beneficio de éste, es derecho sustantivo que, en general y de manera categórica reconocen disposiciones legales como los artículos 1506, 1507, 2304, 2308, y otros del Código Civil, y sin restricciones relacionadas con el momento de la ratificación en cuanto a tiempo en sí mismo considerado y ello siempre que la gestión misma no haya sido, con anterioridad, eliminada jurídicamente hablando. Puede consultarse también a estos respectos el artículo 450 del Código Judicial sobre eliminación de la nulidad por ilegitimidad de la personería en juicio.

Se comprende así que la interpretación adoptada en este fallo por la Corte en relación con el artículo 270 del Código Judicial concilia el interés público y el del demandado, en el sentido de no dejar indefinidamente abierto un proceso a la posible ratificación del verdadero interesado en calidad de demandante y mediante la correspondiente declaratoria judicial de haber quedado desierta la demanda presentada, con el interés legítimo del demandante que ratifica la gestión procesal del agente oficioso cuando ella le aproveche o beneficie. Ratificación que no será ya posible si vencidos los dos meses de que habla la disposición legal en referencia ha venido la declaración judicial acerca de haber quedado desierta la gestión, y ello ocurre así en este supuesto, porque la decisión judicial mencionada ha llegado a sustraer de la vida jurídica, aniquilándola, la gestión iniciada; y no habrá, por tanto, ya materia sobre la cual pudiera recaer ratificación alguna.

No está por demás observar que aun interpretando así el artículo 270 del Código Judicial indica un manifiesto avance en relación con preceptos relacionados con esta misma materia de la ratificación procesal contenidos en el antiguo Código Judicial (artículos 345 y 346) y es que esas antiguas disposiciones legales no señalaban término alguno para la ratificación de la actuación procesal del agente oficioso. (Pueden consultarse también a este respecto las disposiciones sobre minas, igualmente de carácter procesal de los artículos 16 de la Ley 292 de 1875 y 397 del Código de Minas).

El artículo 270 del actual Código Judicial señala, por el contrario, un término para la obtención, por parte del agente oficioso, de la ratificación del interesado. Mas no puede mirarse tal disposición legal en cuanto establece ese término como un verdadero óbice, que obra por ministerio de la ley misma, a efecto de que el directo interesado no pueda legítimamente aprovecharse de la gestión favorable y aun pendiente del agente ofi-

cioso en lo procesal. Ese óbice sólo podrá existir dentro del alcance del artículo 270 referido, cuando el Juez en ejercicio de sus funciones propias haya reconocido el hecho del vencimiento del término de dos meses que al agente oficioso mira, directamente al menos; y, reconocido ese hecho, haya declarado la situación jurídica consiguiente, o sea que hubo de quedar desierta la actuación incoada, quedando ésta, en tal virtud, en calidad de gestión ya no apta para una ratificación, precisamente por haber sido judicialmente declarada desierta, es decir, por haber desaparecido en lo jurídico, como tal gestión.

Por lo demás, si esta última situación jurídica no ha sido aun creada cuando viene la ratificación de dueño de negocio, no procede ya la condena en perjuicios aunque haya quedado vencido para entonces el término de dos meses.

Solución ésta a la cual se llega no sólo en atención a los términos literales de la disposición del artículo 270, sino también a la finalidad misma de ese precepto, por el aspecto de que se viene hablando, puesto que si hay entrada aún pasados ya los dos meses a una ratificación válida, es evidente que no hubo de resultar baldía la actuación del agente oficioso dirigida contra el demandado, desapareciendo entonces y por consiguiente la justificación misma de la enunciada condenación en perjuicios. En otros términos se explican los perjuicios sólo por haber de quedar en firme el reconocimiento judicial de que la gestión del agente oficioso hubo de resultar baldía.

Mas si se ha presentado una ratificación que es dado considerar como válida y capaz de producir sus efectos legales propios, la razón de ser de los perjuicios aparecería desprovista de todo fundamento.

Se sigue de lo que se deja expuesto que hay lugar a la confirmación del auto apelado en lo concerniente al punto que se ha venido estudiando y respecto al interés de la menor Luisa Ruiz Ramírez y también a negar la correspondiente condenación en perjuicios a cargo del agente oficioso, solicitada por el señor Procurador Delegado en lo Civil.

Pasando ahora a estudiar aquella parte del pedimento del señor Procurador Delegado en lo Civil referente al señor José Antonio Ruiz Díaz, pedimento según el cual no puede proseguir el juicio con la persona que se acaba de mencionar, por no saberse si ella ratificó o no oportunamente lo actuado por el agente oficioso y por existir motivos para creer que esa ratificación no fue presentada en tiempo, tendrá de observar la Corte que no se justifica, en su parecer, tal pedimento del señor personero del Estado.

He aquí, en efecto, el fundamento de hecho en el cual apoya el señor Procurador la solicitud suya de que se viene hablando:

"3º No se sabe cuándo llegó al H. Tribunal la notificación de José Antonio Ruiz Díaz, y por tanto es imposible saber, por no arrojar el expediente dato alguno al respecto, si ella fue hecha en tiempo o no. Sin embargo, puede presumirse que ella no fue hecha en tiempo ya que se halla agregada a los autos con posterioridad a actuaciones posteriores al 14 de octubre de 1943, como, por ejemplo, el memorial del doctor Alzate Avendaño de fecha 6 de diciembre de tal año".

Interesa transcribir en seguida el memorial de ratificación del señor Ruiz Díaz, así como la nota de presentación personal ante el Juez del Circuito de Támara, la cual lleva fecha 22 de septiembre de 1943, documentos visibles al folio 56 del cuaderno principal y que son del siguiente tenor literal:

"Al Honorable Tribunal Superior—Sala Civil.

"Manizales.

"Yo, José Antonio Ruiz Díaz, mayor vecino de Támara, con cédula de ciudadanía número 216716 expedida en Tunja, respetuosamente manifiesto a esa Sala que ratifico la actuación del Dr. Gilberto Alzate Avendaño, abogado titulado, mayor y vecino de Manizales, al demandar a la Nación, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, "Uribe, García Alvarez & Cía. S. A." y el doctor Julián Villaveces, como agente oficioso de la sucesión de Plutarco Ruiz. Hago esta ratificación como hijo legítimo y heredero del causante. Además confiero poder especial, amplio y suficiente, al doctor Gilberto Alzate Avendaño para que continúe interviniendo en el respectivo juicio ordinario por perjuicios, con facultades expresas para desistir, comprometer, recibir, transigir y sustituír.

"Támara, Casanare, septiembre 21 de 1943.

"(Fdo.), **José Antonio Ruiz Díaz**".

"El anterior memorial, dirigido al honorable Tribunal Superior — Sala Civil — Manizales, es presentado personalmente por el señor José Antonio Ruiz Díaz, ante los infrascritos Juez promiscuo del circuito y Secretario, hoy veintidós de septiembre de mil novecientos cuarenta y tres. El interesado exhibió el comprobante de su identidad.—El Juez, (Fdo.) **Víctor C. Piñeros**—El Secretario, Fdo.) **Alfonso** (ilegible)".

Se observa en primer término que indudablemente figuraba ya en el proceso el documento transcrito cuando fue dictado el auto objeto del recurso de apelación. Y cabe aplicar a este caso las observaciones que ya fueron hechas en relación con la ratificación presentada en beneficio de la menor Luisa Ruiz Ramírez.

Y esta solución es tanto más aceptable para el caso del señor José Antonio Ruiz Díaz cuanto que en la primera instancia, ni el apoderado del Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, ni el señor Agente del Ministerio Público, apelantes, hubieron de objetar la ratificación del mencionado señor José Antonio Ruiz Díaz con base en el hecho de haber sido presentado en el proceso tardíamente el correspondiente memorial de ratificación.

De manera que por estas razones además de las ya consignadas en relación con el caso de la menor Luisa Ruiz Ramírez, se concluye que no hay lugar a acceder al pedimento del señor Procurador Delegado en lo Civil.

Procede el estudio, en seguida, de la restante solicitud del señor Procurador Delegado en lo Civil, es decir aquella según la cual no puede proseguir el juicio con Hernando Ruiz Díaz, Leticia Ruiz de Cortés y con el señor Plutarco Ruiz Díaz, por cuanto ninguno de estos tres litigantes figuran como demandantes. Como ya se vio, el señor Procurador Delegado en lo Civil observa a este propósito que el doctor Alzate Avendaño no obró como agente oficioso de los expresados señores y por tanto ellos no podían ratificar lo actuado, ni beneficiarse con esa actuación.

A no dudarlo tiene razón el señor Procurador Delegado en lo Civil en cuanto afirma que las personas mencionadas no figuran en la nómina de los demandantes.

De manera que en realidad de verdad el problema que surge así es cuestión netamente jurídica que habrá de ser resuelta a la luz del derecho civil y del procesal.

Desde luego y estrictamente hablando no cabe una ratificación de un acto jurídico que no hubo de ser consumado en nombre del ratificante. Cierto es que tal fenómeno jurídico no podría operarse.

¿Mas habrá de seguirse de allí que, a pesar de la presentación de que se viene hablando de las aludidas personas en la primera instancia, hay lugar a declarar, mediante esta providencia, que no puede proseguirse el juicio con ellas?

Ante todo interesa observar que a propósito de la ratificación de los señores Hernando Ruiz Díaz, Leticia Ruiz de Cortés, y del menor Plutarco Ruiz Díaz, observó el señor Fiscal del Tribunal en la primera instancia:

"Los memoriales de ratificación de lo actuado en este juicio, suscrito por....., Hernando Ruiz Díaz, Leticia Ruiz de Cortés y Nepomucena Díaz de Ruiz en representación del menor Plutarco Ruiz Díaz, son anteriores al auto de declaratoria judicial de herederos. Es decir, que ratificando como representantes de la sucesión, se abrogaron una facultad de que carecían en ese momento, pues aún no habían sido reconocidos como herederos. En otros términos, carecían de todo vínculo jurídico con la sucesión de Plutarco Ruiz y por lo mismo no podían actuar como representantes de ella para revalidar actos de agencia oficiosa realizados en beneficio de la misma sucesión. Al ratificar, estaban desnudos de la personería necesaria para hacerle producir a su ratificación cualquier efecto. Solamente aquella ratificación hubiera tenido la fuerza necesaria para revalidar lo actuado en este juicio, si ella hubiera sido hecha con posterioridad al auto que declaró herederos en el juicio de Plutarco Ruiz". A tal objeción contestó el Tribunal, en el ya mencionado auto de 24 de marzo de 1945, de la siguiente manera:

"El auto en que se hace la declaratoria de herederos no es lo que confiere el carácter de tal a quienes verdaderamente lo son, pues tal providencia no crea, sino que reconoce simplemente la calidad de heredero. La herencia se defiere en el momento de fallecer la persona de cuya sucesión se trata, dice el artículo 1013 del Código Civil. Por esto no puede alegarse que el heredero no pueda ratificar la actuación del gestor oficioso en juicio sino después de la declaratoria judicial de herederos".

Por su parte el señor Procurador Delegado en lo Civil no insistió en el argumento del Fiscal así combatido por el Tribunal; y, presentó en cambio, como ya se dijo, el argumento de que los ratificantes son personas que no figuran como demandantes en el escrito de demanda.

Ahora bien: las personas cuya exclusión del juicio solicita el señor Procurador Delegado en lo Civil fueron reconocidas como herederos del señor Plutarco Ruiz según consta en auto de 13 de octubre de 1943 del Juzgado 8º del Circuito Civil de Bogotá (véase fl. 54 del cuaderno principal), auto que en copia figura en el proceso.

De otro lado el **de cujus** señor Plutarco Ruiz aparece incluído entre las personas demandantes bajo la agencia oficiosa del doctor Alzate Avendaño.

Muerto aquel demandante, es obvio que la posible ratificación que le incumbía, pasó tanto en calidad de derecho como de obligación a sus herederos y al tenor de lo establecido, en general, por los artículos 1008 y 1155 del Código Civil.

Y en tales circunstancias no podría sostenerse como lo hace el señor Procurador Delegado en lo Civil, que los herederos, por no figurar en la demanda, carecen de derecho para ratificar la actuación que nominativamente correspondió antes a su causante.

Y para abundar en razones a este respecto interesa también observar que, en armonía con el artículo 2307 del Código Civil, en su inciso 2º, si el interesado fallece, el agente oficioso deberá continuar en la gestión hasta que los herederos dispongan; también pueden consultarse los artículos 264, 370, 451 del Código Judicial y 1434 del C. C.

Se sigue de todo lo expuesto que es legal en sus varios aspectos, el auto proferido por el Tribunal Superior de Manizales, objeto del recurso de apelación que ahora es decidido por la Corte y que, en tal virtud, ha de ser confirmada esa providencia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia confirma el auto de 24 de febrero de 1945 proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Manizales.

Notifíquese, cópiese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramón Miranda—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS CARDOSO GAITAN Y MIRANDA

Contiene el presente auto, como en él se expresa, una interpretación que la Sala hace del artículo 270 del Código Judicial, en cuanto establece la gestión del Agente oficioso para promover una demanda y fija los términos en que tal agencia oficiosa se realiza. En lo esencial, la tesis de la providencia se contrae a hacer una distinción entre el derecho a ratificar, reconocido en la disposición citada, y la obligación en que de conformidad con ella se coloca el agente oficioso, debiendo dar caución para responder de que la parte por quien promueve el juicio ratificará lo hecho en su nombre. Expresa la Sala que de acuerdo con normas generales sobre ratificación, consagradas por preceptos del Código Civil, que al efecto cita, la ratificación puede producirse sin restricción en cuanto al tiempo en que se haga, siempre que la gestión de que se trata no haya sido con anterioridad eliminada, jurídicamente hablando. Que transcurrido el término de dos meses señalado por el artículo 270 sin que la ratificación se haya efectuado, el agente oficioso queda obligado a pagar el valor de la caución que prestó; pero la ratificación posterior es válida si se produce antes de que se le haya puesto término a la gestión que se promovió. Por estas principales razones estima la Sala que una ratificación producida, como en el caso de autos, pasados los dos meses que señala el artículo 270, es válida legalmente siempre que al hacerse el Juez que conoce del asunto no le haya puesto término a la actuación iniciada por virtud de la agencia oficiosa.

En opinión de los Magistrados que este salvamento suscriben, y que discrepa muy a su pesar de la que se sustenta por la mayoría de la Sala, el distingo que el auto hace entre la ratificación como derecho de la persona a quien pueda favorecer una agencia oficiosa de otra, y la gestión del agente que la realiza, no puede llegar hasta interpretar la disposición del artículo 270 en el sentido de que solamente al agente oficioso se refiere el término de dos meses que en él se señala, y que éste no toca con la persona que ha de ratificar lo hecho a su nombre por el agente oficioso.

Para los suscritos Magistrados la disposición del artículo 270 contiene un estatuto particular, y por ende de especial aplicación, referente a la agencia oficiosa para la promoción de un juicio y a la ratificación de ella por el interesado. Las otras reglas legales que se citan por la mayoría de la Sala, o sean los artículos 1506, 1507, 2304 y 2308 del Código Civil, consagran de un modo general, los dos primeros, los principios a que se sujeta la estipulación por otro, en el orden de los contratos, y los dos últimos, los que establecen la gestión de negocios ajenos. Tratándose de la agencia oficiosa para la promoción de una demanda, el artículo 270 contiene una norma especialísima que regula concretamente, y completamente, el punto a que se refiere. Los principios generales del Código Civil ya citados no son susceptibles de aplicación en tratándose de una materia que de modo tan expreso contempla, trata y desarrolla el artículo 270 del Código Judicial. Dar entrada a tales normas generales cuando debe aplicarse el precepto del C. J. para la agencia oficiosa que él prevé, implica, a nuestro juicio, el desconocimiento de una regla de interpretación jurídica que impone el respeto a la norma especial, cuando ella existe, para que se aplique exclusivamente sin recurrir a los principios consignados en disposiciones de carácter general. Esto sentado, y considerando la disposición del artículo 270 como especial, surge naturalmente de su texto lo siguiente: que al promoverse una demanda en agencia oficiosa, "para que se admita la representación es preciso que éste (el agente oficioso) otorge caución para responder de que la parte por quien promueve el juicio ratificará lo hecho en el término de dos meses", es decir, que la norma expresa señala un lapso de tiempo que rige la obligación de ratificar y que obliga asimismo al agente oficioso a obtener que esa ratificación se produzca en dicho plazo de dos meses. Al establecer la ley una caución a cargo del agente oficioso para que responda de que la parte por quien promueve el juicio ratifica en el término de dos meses, y que si no lo hace incurre en la sanción correspondiente, es porque al propio

tiempo la ley impone a cargo del ratificante que quiere beneficiarse con la agencia oficiosa la obligación de hacer la ratificación en el mismo término de los dos meses. Este término hay que entenderlo igual y común para el agente y la parte en cuyo nombre obra. Si la sanción existe es porque el legislador desea que el hecho de la ratificación a que se obliga el agente oficioso se realice en el lapso cuyo transcurso, sin producirse, hace incurrir en pena al gestor. Esto último no se justificaría de otro modo, o sea si al mismo tiempo que la ley conmina con una sanción al agente oficioso, no obligase al directamente interesado en la gestión a manifestar su asentimiento dentro del tiempo señalado por la disposición.

En el sistema del Código Judicial anterior al vigente no se señalaba término para la ratificación, como lo anota la mayoría de la Sala. Tampoco existía un término fijo para la prestación de una fianza por el agente oficioso, pues ésta debía darse "siempre que la parte contraria se la exija antes de un mes de estar en el pleito", si la gestión se hacía en favor de un pariente o condueño. Hoy la ley exige (artículo 270 del C. J.) que la caución se preste por el agente oficioso sin necesidad de que la contraparte la exija; con lo cual la ley ha querido volver por la defensa de los derechos de las personas, en general, por motivos de interés público, considerando que no es la voluntad de una de ellas en cada caso, la que decide sobre la prestación de la garantía; para que no se intenten acciones que carezcan de seriedad o por propósitos que no estén realmente fundados en la protección de un derecho legítimo. Del propio modo, también el Código vigente ha querido, al reglamentar el punto de manera mucho más completa que lo hacía el antiguo, que paralelamente la ratificación se produzca en un término prudencial —que es el de dos meses— que consideró suficiente, aun tratándose de la agencia oficiosa respecto de personas ausentes no sólo del lugar donde el juicio se promueva sino aun del país, como de ello hay constancia en los antecedentes legislativos de tal disposición.

A la razón aducida por la mayoría de la Sala, consistente en que para que el demandado no esté sujeto por tiempo indefinido a la amenaza de un juicio, el Juez le puede y le debe poner término a la actuación una vez transcurrido el lapso de dos meses, cabe observar que ese pronunciamiento es algo, por así decirlo, un tanto adjetivo, dependiente de circunstancias múltiples, que no es bastante para que de hacerse o no hacerse resulte el que se ponga término o no a un juicio promovido por medio de agencia oficiosa. Pues por encima de esa relatividad del pronunciamiento del juez se halla la sustantividad de un derecho: el que tiene el demandado a no verse constreñido en juicio si el demandante no ratifica en tiempo prudencial la gestión. Y para que así se vea claro puede observarse cómo al vencerse el lapso de dos meses sin haberse producido la ratificación, y al ir el juez a pronunciarse, podría bien encontrar para decisión dos pedimentos contrapuestos: el de una parte que ratifica lo actuado con posterioridad al término de los dos meses y que le solicita aceptar tal ratificación; y el de la otra parte que le reclama una declaración que ponga término al juicio iniciado, por haber vencido el plazo de dos meses sin haberse ratificado la gestión del agente oficioso. Debe haber un criterio para el juez que le permita resolver en estos casos de encontradas peticiones, y que no puede ser otro sino el que resulta de entender que, por razones como las expuestas en este salvamento de voto, es preclusivo el término fijado en el artículo 270 del C. J. y de aplicación obligatoria tanto al agente oficioso como a la parte en cuyo nombre gestiona.

Aníbal Cardoso Gaitán—Ramón Miranda—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE CARENCIA DE VALOR DEL DECRETO N° 200 DE 30 DE ENERO DE 1942, SOBRE TARIFAS DE LAS COMPAÑIAS ELECTRICAS, Y DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS. — CONTRATOS ADMINISTRATIVOS DE TIPO FRANCES

1.—La Corte ha acogido la doctrina de que en Colombia no están instituídos los CONTRATOS ADMINISTRATIVOS del tipo puro francés y, por consiguiente, los tribunales nacionales no pueden guiarse ciegamente, y sin reserva, en la interpretación y aplicación de los contratos que celebre el Estado colombiano por las conclusiones a las cuales llegan, para Francia, los expositores de aquel país europeo. Y fue doctrina de la Sala Civil de Unica Instancia la de que "en cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los contratos civiles. Empero, fácilmente se comprende que, según esa misma jurisprudencia, bien puede ocurrir, y ocurre que normas especiales del derecho colombiano coloquen por ciertos aspectos a los contratos celebrados por el Estado fuera del régimen del derecho común civil o privado, como sucede, a juicio de la Sala, en relación con el campo de aplicación del artículo 18 de la ley 153 de 1887, precepto que armoniza con el contenido en el artículo 30 de la Nueva Codificación Constitucional en cuanto están inspirados uno y otro en el respeto de los derechos adquiridos, que cumple atender al legislador mismo, en tales términos que para el mejor respeto del derecho de dominio llegan hasta el punto esos preceptos de estatuír, como regla general, que cuando la ley determina expropiaciones, no sólo ha de existir una indemnización sino que ella ha de ser objeto de un pago previo. Aparece así que, sin menoscabo de cualquier indemnización o resarcimiento que pueda solicitarse del Estado en cuanto una nueva ley afecte un derecho adquirido, se consagra en primer término en Colombia el principio fundamental del citado artículo 18.

2.—El Decreto-ley número 200 de 1942 constituye una disposición con carácter de ley, fundada esencialmente en razones de utilidad pública o de interés social y que toca con la naturaleza misma del objeto del contrato que se menciona en el juicio.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

-I-

ANTECEDENTES DEL ASUNTO Y COMPETENCIA DE LA CORTE

Ante la Corte y contra la Nación formularon demanda ordinaria la Compañía Colombiana de Electricidad, la Compañía de Hielo de Santa Marta y la Empresa de Energía Eléctrica de Honda, sociedades todas anónimas y domiciliadas en Barranquilla. El libelo, que consta en un escrito único, fue suscrito por el apoderado de las mencionadas compañías.

El demandante al fijar lo concerniente a la competencia de la Corte invocó el contenido del artículo 40 del Código Judicial, que en su texto original atribuía la competencia a la Sala Civil de única instancia de la Corte para el conocimiento privativo y en una sola instancia, de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona, aunque la Nación haya transferido en todo o parte sus derechos.

Empero esta competencia corresponde hoy a esta Sala de Negocios Generales de la Corte, merced al contenido del artículo 2º de la Ley 67 de 1943, y de ahí que proceda a fallar ella en definitiva el presente negocio.

Se observa, en consecuencia, que la parte petitoria de la demanda referida es del siguiente tenor:

"**Peticiones.** — Fundándose en los hechos que acabo de exponer y en las razones de derecho que aduciré adelante, os pido muy respetuosamente que declareis:

"1º Que el Decreto número 200 de 30 de enero de 1942 no tiene aplicación respecto de las tarifas aprobadas por medio de la Resolución número 64 de 8 de agosto de 1941 originaria del Ministerio de la Economía Nacional, Departamento de Empresas de Servicio Público.

"2º Que en consecuencia carecen de valor y no obligan a las Compañías demandantes la Resolución contenida en la nota 667 de 27 de marzo de 1942 y la Resolución de 14 de julio de 1942 del Ministerio de la Economía Nacional por medio de la cual se negó la declaración solicitada sobre inaplicabilidad del Decreto 200 de 1942 a las tarifas aprobadas por la Resolución 64 de 8 de agosto de 1941.

"3º Que el Gobierno no puede impedir que las Compañías demandantes pongan en vigencia las tarifas que, en cumplimiento del contrato de 14 de noviembre de 1940, aprobó el mismo Gobierno por medio de la Resolución de 8 de agosto de 1941, del Ministerio de la Economía Nacional, publicada en el número 24790 del Diario Oficial.

"4º Que la Nación está en la obligación de indemnizar a las Compañías demandantes los perjuicios que éstas hayan sufrido como consecuencia del incumplimiento, por parte del Gobierno, del contrato de 14 de noviembre de 1940 que se encuentra publicado en el número 24615 del Diario Oficial y como consecuencia de la violación de la Resolución número 64 de 8 de agosto de 1941, dictada en cumplimiento de dicho contrato".

En cuanto a los hechos fundamentales de la demanda, los formuló el demandante en los siguientes términos:

"1º Que de acuerdo con el Decreto Legislativo número 5 de 1940, la Compañía Colombiana de Electricidad, la Compañía de Hielo de Santa Marta y la Empresa de Energía Eléctrica de Honda, celebraron con el Gobierno Nacional el 14 de noviembre de 1940 el contrato que aparece publicado en el número 24615 del Diario Oficial, correspondiente al 18 de marzo de 1941, número que, debidamente autenticado, acompaño a la presente demanda.

"2º El referido contrato fue aprobado por el señor Presidente de la República el 20 de diciembre de 1940, previo dictamen del Consejo de Ministros dado el 5 de los mismos mes y año, y declarado legal por el Consejo de Estado en providencia de 28 de enero de 1941, todo lo cual consta en el mismo número del Diario Oficial que acompaño.

"3º En el contrato de que se habla se estipuló (cláusula tercera) que el Gobierno estudiaría las tarifas que las Compañías habían presentado y las aprobaría si, conforme a lo estipulado en la cláusula quinta, no excedían los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial, sobre la base de que, al tenor de esa cláusula quinta, no podría considerarse que las tarifas excedían esos límites cuando se limitaran a cubrir, en su orden, los costos, gastos, porcentajes y cuotas allí relacionados.

"4º De conformidad con esas estipulaciones, y en cumplimiento de ellas, dictó el Gobierno Nacional el 8 de agosto de 1941 la Resolución número 64 de ese año, originaria del Ministerio de la Economía Nacional —Departamento de Empresa de Servicios Públicos— publicada en el número 24790 del Diario Oficial— que debidamente autenticado acompaño, por medio de la cual aprobó las tarifas presentadas por las Compañías, teniendo en consideración "que ellas no exceden los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial".

"5º En el punto séptimo de la precitada Resolución se estableció que las tarifas aprobadas por ella entrarían en vigencia noventa días después de publicadas en el Diario Oficial, es decir que entrarían en vigencia noventa días después del 17 de octubre de 1941.

"6º Cuando estaban para cumplirse los noventa días a que se refiere el hecho anterior, el Gobierno Nacional dictó, con fecha 30 de enero de 1942, el Decreto número 200, publicado en el número 24876 del Diario Oficial, que dice así:

"**Artículo único.**—A partir de la fecha de este decreto y por el término de un año no podrán entrar a regir en las empresas de energía eléctrica del país tarifas que impliquen un alza sobre las que regían para las mismas empresas en 31 de diciembre de 1941".

"7º En vista del Decreto a que se refiere el hecho anterior las Compañías citadas, debidamente representadas por su gerente, señor Víctor Echeverría, se dirigieron al Excelentísimo señor Presidente de la República y al señor Ministro de la Economía Nacional en memorial de 5 de febrero de 1942, cuya copia acompaño, para mejor información, con el objeto de pedir que se declarara que el Decreto número 200 de 30 de enero de 1942, no era aplicable a la Compañía

Colombiana de Electricidad, a la Empresa de Energía Eléctrica de Honda, y a la Compañía de Hielo de Santa Marta 'por cuanto sus tarifas, aprobadas por el Gobierno Nacional en virtud del contrato de 14 de noviembre de 1940, con anterioridad a la vigencia de dicho Decreto, se encuentran dentro de los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial prescritos por la Ley 109 de 1936 y sus decretos reglamentarios'.

"8º A esa solicitud contestó el Ministerio de la Economía Nacional, en nota número 667 de 27 de marzo de 1942, dirigida al señor Víctor Echeverría, que el Decreto número 200 implicaba un aplazamiento en la vigencia de las tarifas aprobadas por el Gobierno y que en concepto de éste ese aplazamiento se justificaba por una emergencia extraordinaria como la del actual conflicto mundial que dio lugar a la expedición de la ley 128 de 1941.

"9º Oportunamente pedí entonces, en mi carácter de apoderado de las citadas Compañías, reposición de la Resolución contenida en la nota 667 de 27 de marzo de 1942, ya citada, por medio del memorial que en copia acompaño a la presente demanda.

"10. El Ministerio de la Economía Nacional dictó entonces la siguiente Resolución: 'Ministerio de la Economía Nacional.—Despacho del Ministro.—Bogotá, julio 14 de 1942.—El doctor Eduardo Zuleta Angel como apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad pide en el anterior memorial una declaración del Ministerio en el sentido de que el Decreto de carácter extraordinario Nº 200 de 1942 no es aplicable a las tarifas aprobadas para los servicios que preste en el país esa Compañía y al mismo tiempo manifiesta que dicha Empresa se encuentra en el mejor ánimo de cooperar con el Ministerio, por lo que respecta a la industria de energía eléctrica, en la solución de los diversos problemas creados por motivo de la situación internacional; pero que de todos modos quiere la Compañía con esta solicitud poner a salvo su responsabilidad en lo que respecta a las dificultades que puedan sobrevenir por motivo de la imposibilidad en que se encuentra para atender al ensanche de sus plantas. El Ministerio expresa su complacencia por las declaraciones que ya habían sido hechas personalmente por el Gerente de la Compañía sobre el buen ánimo de ésta para cooperar con el Gobierno en la solución de los problemas, creados por la guerra mundial. En cuanto a la solicitud del memorialista, el Ministerio estima que el Decreto Nº 200 de 30 de enero de 1942 es una norma de carácter general aplicable a todas las empresas de energía eléctrica no excluídas por expresa disposición legal, y que en tal virtud implica el aplazamiento de la vigencia de nuevas tarifas en las empresas que representa el memorialista, tarifas que no regían aún a tiempo en que fue expedido el citado Decreto Nº 200 en uso de las atribuciones extraordinarias de que fue investido el Presidente de la República por la Ley 128 de 1941, como ya lo expresó claramente este Despacho al Gerente de la Compañía Colombiana de Electricidad en oficio 667 de 27 de marzo del año en curso.

En consecuencia, se dispone: Dígase al memorialista que el Ministerio no estima conducente formular la declaratoria solicitada porque el Decreto Nº 200 de 1942 es una norma de carácter general. Comuníquese. El Ministro. Marco Aurelio Arango'.

"11.—Como consecuencia del citado Decreto Nº 200 de 1942, de la aludida nota Nº 667 y de la preinserta Resolución de 14 de julio de 1942, las Compañías no han podido poner en vigencia las tarifas aprobadas por el Gobierno mediante la Resolución Nº 64 de 8 de agosto de 1941, Resolución que se dictó, como ya se dijo, en cumplimiento del contrato celebrado el 14 de noviembre de 1940 por las Compañías con el Gobierno.

"12.—En consecuencia el Gobierno ha dejado de cumplir el contrato a que se acaba de aludir, ha impedido la ejecución de la Resolución dictada por él mismo, que está ejecutoriada, y les ha causado graves perjuicios a las Compañías que represento".

Fundó, en cuanto al derecho, su demanda el demandante en la Ley 109 de 1936, en el Decreto-Ley Nº 5 de 1940, en los artículos 1602 y siguientes del Código Civil "y en la circunstancia obvia, agrega el demandante, que la ley 128 de 13 de diciembre de 1941, sobre facultades extraordinarias, no autorizó al Gobierno para violar contratos celebrados por él".

Es importante conocer también para el mejor dominio de la controversia planteada en este proceso, lo que el demandante intitula en su demanda "CONSIDERACIONES GENERALES", en donde dice así:

"Quizás no sea improcedente destacar la circunstancia de que las Compañías, por su parte, han cumplido estricta y religiosamente con todas y cada una de las obligaciones que para ellas se derivaban del precitado contrato de 14 de noviem-

bre de 1940, y que entre esas obligaciones, cumplidas por las Compañías, figuraba la de hacer en Colombia determinadas e importantes inversiones tendientes al ensanche de los servicios de energía eléctrica.

"Fue después de que las Compañías, confiadas en la seriedad del contrato que con ellas se había celebrado, realizaron en su mayor parte esas inversiones cuando el Gobierno les impidió por medio de las providencias aludidas poner en vigencia las tarifas con las cuales las Compañías iban a poder evitar las pérdidas que hasta ahora han tenido en razón de las tarifas actuales.

"No es improcedente tampoco hacer notar que en la Resolución Nº 64 se reconoce y se declara que con las tarifas actuales las Compañías están perdiendo y que las nuevas tarifas aprobadas por esa Resolución están dentro de los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial. Siendo esto así es claro que en ninguna forma pueden beneficiarse el público y las industrias con las providencias tomadas por el Gobierno para impedir que se pongan en vigencia las nuevas tarifas. Por el contrario, como las Compañías, en virtud de esas pérdidas y en virtud del desconocimiento del contrato celebrado con el Gobierno se ven en la imposibilidad de ensanchar las plantas para atender a las imperiosas necesjdades creadas por el aumento constante del consumo industrial y doméstico, las providencias del Gobierno sólo redundarán en menoscabo de las industrias".

Admitida la demanda por auto de 26 de octubre de 1942, hubo de darle contestación el señor Procurador Delegado en lo Civil en escrito de 20 de noviembre del mismo año, que se transcribe en seguida:

"Hago referencia a la demanda ordinaria propuesta por la Compañía Colombiana de Electricidad, la Compañía de Hielo de Santa Marta y la Empresa de Energía Eléctrica de Honda contra la Nación, sobre la no aplicación del Decreto número 200 de 30 de enero de 1942 a las tarifas aprobadas por Resolución número 64 de 8 de agosto de 1941, originaria del Ministerio de la Economía Nacional, y otras declaraciones.

"Como representante de la parte demandada contradigo la acción ejercitada, no sólo por las razones expresadas en las resoluciones ministeriales respectivas, sino porque no tratándose de un contrato de derecho privado sino de la figura específica del moderno **contrato administrativo de servicio público,** no impera en todo su rigor la norma civil del **contrato-ley.** Se admite, en efecto, por el derecho administrativo, que en esta clase de contratos, puede la **administración pública,** en casos especiales, modificar unilateralmente las condiciones del servicio, en un interés general y colectivo, en aplicación del principio de la prevalencia del interés público sobre el interés particular o privado.

"A los hechos contesto:

"Acepto los diez primeros hechos en los términos de los respectivos documentos y escritos.

"Acepto también el hecho décimo-primero, como una consecuencia de la legítima modificación del plazo para poner en vigencia las tarifas de que trata la demanda.

"No acepto el hecho décimo-segundo.

"Dejo en estos términos contestada la demanda.

"Señores Magistrados, (Fdo.) **Carlos J. Medellín,** Procurador Delegado en lo Civil".

Durante los términos del traslado, y después de haber sido practicada alguna prueba en el probatorio, ambas partes litigantes presentaron extensas exposiciones acerca del tema debatido en el juicio.

Y al entrar a fallar este asunto la Sala observa, en primer lugar, que el contrato cuya violación alega el demandante es un contrato para cuya celebración se tuvo en cuenta indudablemente, y de manera especial, el contenido del Decreto-ley número 5 de 1940, que en términos generales, pudiera admitirse, autorizó al Gobierno para la celebración de este género de contratos, contrato que, en todo caso, fue sometido a los requisitos de rigor y aprobado en definitiva, en calidad de contrato y como ajustada a la ley, por el H. Consejo de Estado en providencia de 28 de enero de 1941.

Para efectos del presente fallo interesa conocer, en relación con el contrato al cual se acaba de hacer referencia y de manera especial, las cláusulas 3ª, 4ª y 5ª de él, que son del siguiente tenor:

"**Cláusula tercera.** — El Gobierno estudiará, de acuerdo con lo estipulado en este contrato, las tarifas que las Compañías han presentado y que aún no han sido aprobadas, y las aprobará si conforme a lo estipulado en la cláusula quinta no exceden los justos tíulos de la conveniencia colectiva y la moral comercial. Si pasados sesenta (60) días después de la firma del presente contrato, el Gobierno no hubiere resuelto nada sobre tales tarifas, se considerarán ellas aprobadas. Una vez aprobadas expresa o tácitamente dichas tari-

fas, podrán ser aplicables noventa (90) días después de publicadas en el Diario Oficial, y las Compañías no podrán modificarlas ni variarlas sin consentimiento o aprobación del Gobierno. Asimismo, se obligan las Compañías a fijar al público las tarifas aprobadas por el Gobierno, en las respectifas oficinas, y a enviar sus balances y cuentas de pérdidas y ganancias al Ministerio de la Economía Nacional anualmente, después de que ellos sean aprobados por el órgano correspondiente de la respectiva Compañía. El Gobierno aprueba por medio del presente contrato el Reglamento presentado por la Compañía, que se agrega como anexo;

"**Cláusula cuarta**—De conformidad con el artículo segundo (2º) de la Ley ciento nueve (109) de mil novecientos treintaseis (1936), y en armonía con el artículo cuarto (4º) del Decreto de mil seiscientos seis (1606 de mil novecientos treintisiete (1937), reformado por el artículo (1º) primero del Decreto mil setecientos diecisiete (1717) de mil novecientos treintasiete (1937) el Gobierno podrá ordenar la revisión de las tarifas acordadas, pero sólo cuando del balance o de los balances y cuentas de pérdidas y ganancias presentados por las Compañías resulte que las tarifas aprobadas anteriormente no correspondieren a la finalidad perseguida por la Ley ciento nueve (109) de mil novecientos treinta y seis (1936), por exceder de los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial.

"Ordenada la revisión por el Gobierno, las Compañías o la Compañía respectiva presentarán dentro del término de sesenta (60) días siguientes a la notificación de la orden de revisión, nuevas tarifas que se ciñan a estos requisitos para que el Gobierno las apruebe. Si dentro del término de sesenta días (60) el Gobierno no las objeta se considerarán las nuevas tarifas aprobadas.

"Ordenada la revisión por el Gobierno, las Compañías o la Compañía respectiva presentarán dentro del término de sesenta (60) días siguientes a la notificación de la orden de revisión, nuevas tarifas que se ciñan a estos requisitos para que el Gobierno las apruebe. Si dentro del término de sesenta días (60) el Gobierno no las objeta se considerarán las nuevas tarifas aprobadas.

"**Cláusula quinta.**—No podrá considerarse que las tarifas exceden los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial cuando ellas se limitan a cubrir por su orden": (Hace aquí el contrato una extensa enumeración de elementos de orden económico relacionados con el costo de explotación, impuestos y contribuciones, depreciación, capital invertido, amortización, etc.)

"**Resolución número 64 de 1941**—(Agosto 8)—Ministerio de la Economía Nacional.—Departamento de Empresas de Servicio Público—Sección Jurídica.

"Por contrato celebrado entre el Gobierno Nacional, de una parte, y la Compañía Colombiana de Electricidad, la Compañía de Hielo de Santa Marta y la Empresa de Energía Eléctrica de Honda, por otra, con fecha 14 de noviembre de 1940, y en desarrollo de lo dispuesto por el Decreto Legislativo número 5 de ese mismo año, se autorizó el funcionamiento de las plantas eléctricas pertenecientes a dichas Compañías.

"En la cláusula 3ª del contrato se expresó que el Gobierno 'estudiará de acuerdo con lo estipulado en este contrato, las tarifas que las Compañías han presentado y que aún no han sido aprobadas, y las aprobaría si conforme a lo estipulado en la cláusula quinta no exceden los justos límites de la conveniencia colectiva y de la moral comercial'.

"Para dar cumplimiento a la cláusula anterior las Compañías contratantes presentaron sus tarifas y reglamentos acompañados de una serie de cuadros y datos estadísticos relativos a la situación económica y a la marcha de sus empresas durante los años de 1939 y 1940. Estas tarifas y documentos, se refieren a las plantas que operan las Compañías en Barranquilla, Soledad, Santa Marta, Ciénagá, Aracataca, Girardot, Tocaima, Agua de Dios, Flandes, Zipaquirá, Nemocón, Chía, Cajicá, Cogua, Honda, Mariquita, Puerto Bogotá, Cali, Palmira, Buga y Buenaventura.

"Los papeles presentados se pasaron al estudio de la Sección de Tarifas del Departamento de Empresas de Servicio Público. El Jefe de esa dependencia formuló algunas observaciones y propuso varias reformas que como lo expresa en su informe de 2 de agosto en curso, fueron aceptadas por la Gerencia de las Compañías, y tienden unas a modificar la redacción de las mismas tarifas, y otras a obtener algunas rebajas.

"El Ingeniero de Tarifas se expresa así en su informe:

'Del estudio cuidadoso de todos estos datos pudo sacarse en conclusión que la Compañía está efectivamente obteniendo un interés muy moderado sobre el capital, y teniendo en cuenta el pago de los intereses de la deuda y el porcentaje del 1% para amortización del capital que auto-

riza el contrato, la Compañía obtiene una pérdida anual, aun después de deducidos los gastos de supervisión y consulta que no se consideran justificados, y teniendo en cuenta un aumento probable de las entradas, de $ 250.000 al año, como consecuencia del alza propuesta.

'A pesar de esta circunstancia, se discutieron ampliamente con el Gerente de la Compañía, señor A. G. Paulsen, varias reformas a las tarifas propuestas, tendientes unas a modificar la redacción de las mismas tarifas, y otras a obtener una rebaja para las tarifas propuestas, principalmente para las tarifas YN-53, ER-100 y las tarifas a precio fijo'.

"Como quiera que los documentos mencionados han sido remitidos en tiempo al Ministerio de la Economía Nacional, y las tarifas presentadas con las reformas propuestas por el ingeniero del ramo, 'no exceden los justos límites de la conveniencia colectiva, y la moral comercial', el Ministerio de la Economía Nacional, con base en lo dispuesto por la Ley 109 de 1936, por sus Decretos reglamentarios 1606 y 1717 de 1937, por el contrato de 14 de noviembre de 1940 y por el Decreto 354 de 1939,

"**Resuelve:—Primero.** Aprobar las tarifas máximas y los reglamentos de las Empresas de Energía Eléctrica, pertenecientes a la Compañía Colombiana de Electricidad, la Compañía de Hielo de Santa Marta y la Empresa de Enérgía Eléctrica de Honda, en la siguiente forma, que incluye las modificaciones propuestas por el Ingeniero de Tarifas, aceptadas por la Gerencia de las Compañías:

".....

"**Sétimo.**—Las tarifas aprobadas por esta Resolución estarán en vigencia noventa días después de publicadas en el **Diario Oficial** y las Compañías no podrán modificarlas ni variarlas sin consentimiento ni aprobación del Gobierno".

Fue publicada esta Resolución en el número 24790 del **Diario Oficial,** correspondiente al 17 de octubre de 1941, de manera que, de acuerdo con ella y con el contrato que la precedió, las Compañías interesadas podían aplicar tales tarifas noventa días después de la fecha de la expresada publicación, o sea a principios del año de 1942.

Mas la posibilidad de tal aplicabilidad fue unilateralmente aplazada por el Gobierno Nacional merced al Decreto-ley número 200 de 1942, que es el concebido en los siguientes términos:

"**Decreto número 200 de 1942 (enero 30),** por el cual se dicta una medida sobre tarifas de las empresas de energía eléctrica.

"**El Presidente de la República de Colombia,** en uso de sus facultades legales, y especialmente de las extraordinarias que le confiere la Ley 128 de 1941, y

"CONSIDERANDO:

"Que el servicio de energía eléctrica es de primordial necesidad tanto para el consumo doméstico como para el normal desarrollo de la producción nacional; y Que el Gobierno en las actuales circunstancias está obligado a velar tanto porque no se eleve en el país el costo de las subsistencias, como por la estabilidad de los factores económicos básicos de la producción nacional,

"DECRETA:

"Artículo único.—A partir de la fecha de este Decreto y por el término de un año, no podrán entrar a regir en las empresas de energía eléctrica del país tarifas que implique un alza sobre las que regían para las mismas empresas en el mes de diciembre de 1941.

'Comuníquese y publíquese.

"Dado en Bogotá a 30 de enero de 1942.

"(Fdo.), EDUARDO SANTOS.—El Ministro de la Economía Nacional, **Marco Aurelio Arango.**—(Diario Oficial número 24876, de 3 de febrero de 1942)".

Como antecedentes dignos de especial mención conviene citar el que el Decreto que se acaba de transcribir fue acusado, ante la Corte, de inexequibilidad por inconstitucionalidad, con fundamento precisamente en ser violatorio de derechos adquiridos como los emanados del contrato al cual se ha venido haciendo referencia.

En dicha sentencia de la Corte, que lleva fecha 29 de abril de 1943, se encuentra el siguiente pasaje que conviene destacar por cuanto se relaciona, como se verá en seguida, con la competencia misma para conocer la Sala del presente juicio.

Dice en efecto, así:

"Si al entrar a regir esta disposición (Decreto-ley 200 de 1941) alguna Compañía se considera con derecho a cobrar determinada tarifa por su servicio en virtud de un contrato legalmente celebrado, como es el caso ejemplar que ilustra la demanda, la vía judicial para tutelar este derecho, es la acción privada nacida del contrato y

destinada a impedir el menoscabo del interés particular, pero no la acción pública dirigida a destruír el imperio de una norma que actúa más amplia y legítimamente en zonas de servicio público". (Véase **Gaceta Judicial**, T. LV, pág. 231).

De otro lado, aunque de manera informal, aparece agregada al expediente copia del fallo dictado por el H. Consejo de Estado el 28 de julio de 1942, en cuya parte motiva se lee el siguiente párrafo inicial:

"El doctor Eduardo Zuleta Angel, obrando como apoderado especial de la Compañía Colombiana de Electricidad, de la Compañía de Hielo de Santa Marta y de la Empresa de Energía Eléctrica de Honda, todas ellas sociedades anónimas con domicilio en Barranquilla, en libelo presentado el 14 de septiembre del año pasado pidió al Consejo que declarara nulas, por ilegales, tanto la resolución contenida en la nota número 667 de 27 de marzo de 1942, como la resolución de 14 del mismo año, transcrita en nota número 1475 de fecha 14 del propio julio, emanadas del Ministerio de la Economía Nacional; que igualmente declarara que las Compañías demandantes tienen derecho a poner en vigencia las tarifas aprobadas por medio de la Resolución número 64 de 8 de agosto de 1941, publicada en el número 24790 **del Diario Oficial**, a pesar de lo dispuesto en el Decreto número 200 de 1942, por no deber aplicarse este Decreto a tarifas que habían sido ya aprobadas de acuerdo con la Ley 109 de 1936 y con el Decreto número 5 de 1940, por medio de resoluciones que estaban ejecutoriadas antes de entrar en vigencia el Decreto número 200 mencionado; que el Gobierno no podía seguir impidiendo que las Compañías demandantes pusieran en vigencia las tarifas aprobadas por medio de la Resolución número 64 de 1941; y que la Nación está en la obligación de indemnizar a las Compañías demandantes los perjuicios que hayan sufrido por no haber podido poner en vigencia las tarifas aprobadas por la Resolución número 64 citada, desde el día en que de acuerdo con el punto 7º de dicha Resolución han debido entrar a regir tales tarifas".

Y la parte resolutiva del mismo fallo es del siguiente tenor:

"Por lo expuesto, el Consejo de Estado, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, en desacuerdo con el concepto del señor Fiscal, se declara inhibido para fallar este negocio, por carencia de jurisdicción".

Tal parte resolutiva de la sentencia del Consejo de Estado tiene como fundamento principal el siguiente pasaje de la motiva:

"Si, pues, lo que se controvierte es la interpretación, alcance, validez, ejecución y efectos de la cláusula tercera del contrato tantas veces mencionado, así como la obligación en que esté la Nación de pagar los perjuicios ocasionados a las Compañías demandantes por la violación que ellas afirman haberse cometido, de una estipulación contractual, y por la violación de derechos adquiridos en virtud de la resolución ejecutoriada que aprobó las tarifas de conformidad con el contrato celebrado entre las partes, el Consejo carece de competencia para conocer de este negocio, puesto que el artículo 73 del Código de lo Contencioso Administrativo preceptúa que no son acusables ante la jurisdicción contencioso-administrativo las resoluciones de los funcionarios o autoridades del orden administrativo que tengan origen en un contrato.

"Así lo reconoce implícitamente el mismo apoderado de las Compañías cuando ha hecho ante la Corte Suprema de Justicia idénticas peticiones a las formuladas por él ante el Consejo, y cuando dice en el resumen escrito de las alegaciones orales que hizo en la audiencia pública, que 'en el caso de no mediar el contrato de que está conociendo la Corte Suprema, celebrado por el Gobierno con la Compañía Colombiana de Electricidad, el Gobierno habría podido hacer una revisión, dentro del nuevo criterio de las tarifas aprobadas por la Resolución número 64, y reducirlas, naturalmente con la obligación de indemnizar perjuicios, porque en esta hipótesis habría habido razón para la adopción de la teoría francesa sobre tarifas' ".

Propenden las transcripciones que inmediatamente preceden a dejar establecido que, dada la naturaleza de la acción instaurada en el presente juicio y lo expresamente declarado tanto por la Sala Plena de la Corte como por el Consejo de Estado, la competencia para fallar sólo puede estar radicada hoy en esta Sala de Negocios Generales de la Corte.

Conclusión por lo demás respaldada en la ley misma, toda vez que este juicio versa, como ya se vio, sobre controversia originada de contrato celebrado por el Estado, y con ocasión, por otra parte, de un Decreto-ley, que el contratista presenta en la demanda en calidad de acto violatorio por parte de la Nación del contrato mismo

considerado en concreto; y, por cuanto además los artículos 40 del Código Judicial y 2º de la Ley 67 de 1943, le asignan a esta Sala de la Corte competencia privativa y en instancia única para conocer de litigios nacidos de contratos celebrados con el Estado.

Preciso es advertir aquí que algunos de los Magistrados de la Sala manifestaron, en las deliberaciones de ésta, ser a su juicio controvertible la validez del contrato de 20 de noviembre de 1940, en cuanto bien puede mirarse éste como una cortapisa a la facultad constitucional del Estado de ordenar sin restricciones contractuales, y sólo mediante leyes, la revisión y fiscalización de las tarifas y reglamentos de las empresas de transportes o conducciones y demás servicios públicos (artículo 39 de la Constitución), y, sin que se justifique, por tanto, la autorización que pueda contener el Decreto-ley número 5 de 1940 referente a la celebración de contratos como el de que trata el presente litigio judicial.

Empero, estimó la Sala con el voto favorable de cuatro de sus Magistrados, que habiendo sido aprobado formalmente el contrato en referencia por el H. Consejo de Estado, había desaparecido todo elemento jurídico capaz de solicitar hoy la intervención de la Corte en el sentido de entrar a definir judicialmente el motivo de duda que se deja mencionado.

En efecto, en armonía con lo establecido en el artículo 253 de la Ley 167 de 1941 (Código de lo Contencioso Administrativo), "el dictamen del Consejo de Estado que declara autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugna la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones".

Cierto es que cuando el Consejo de Estado (28 de enero de 1941) aprobó el contrato de que se ha venido hablando en el presente fallo no había sido expedida aún la disposición de la Ley 167 de 1941, transcrita; mas no constituye ello razón suficiente para adoptar la Corte contrario parecer a la doctrina jurídica contenida en tal precepto legal, toda vez que ésta puede mirarse como la simple consagración legislativa expresa de principios que, con anterioridad, se tenían por jurídicamente válidos en Colombia.

De donde se sigue que no hay lugar a tocar en el presente fallo de la Corte el punto de si el Gobierno estaba realmente facultado a la luz de la Constitución Nacional para proceder a la celebración del contrato en referencia. Contrato cuya existencia, y en cuanto se alega en este litigio fue objeto de incumplimiento por parte del Gobierno Nacional, radica por lo demás en la Corte el conocimiento del juicio.

Fijada así la competencia de la Corte, para fallar sobre la cuestión de fondo, se considera lo siguiente:

El problema de los derechos adquiridos

Como ya se vio, el señor Procurador Delegado en lo Civil en la contestación de la demanda planteó la cuestión de que, por tratarse aquí no de contratos de derecho privado "sino de la figura específica del moderno **contrato administrativo de servicio público,** no impera en todo su rigor la norma civil del **contrato-ley.** Se admite, en efecto, por el derecho administrativo, que en esta clase de contratos, puede la **administración pública,** en casos especiales, modificar unilateralmente las condiciones del servicio, en un interés público sobre el interés particular o privado".

Dada esta invocación categórica a la técnica jurídica del "moderno", dice el señor Procurador Delegado, contrato administrativo, cumple a la Corte expresar brevemente su opinión acerca de si es aceptable en Colombia que la jurisprudencia tenga por cierto que en nuestro país, ciertos contratos celebrados con el Estado ostentan las mismas características y peculiaridades del llamado **contrato administrativo** especialmente en Francia, en términos tales que las consecuencias prácticas que a ellos se les reconocen en aquel país extranjero operen irrestrictamente también en Colombia.

Como es obvio, mal podría llegarse a tal conclusión sin que se hubiera dejado establecido de antemano que las normas propias del derecho patrio coinciden a este respecto y en cada caso particular con las adoptadas por las leyes francesas.

Y parece de esta manera que constituye error de método el consultar las instituciones francesas y las conclusiones a que llegan los expositores de aquel país basados en esas mismas instituciones, para aplicarlas en Colombia sin la necesaria consulta, al propio tiempo, de si las instituciones positivas colombianas consiente para nuestro país aquella aplicación irrestricta de la doctrina contenida en tales instituciones extranjeras.

El Derecho Administrativo comparado, según lo observan los expositores, tiene registrado el fenómeno de que hay países de gran cultura jurídica, como Inglaterra por ejemplo, en los cuales impera, en tesis general, el derecho civil o común aun como régimen jurídico propio para los contratos celebrados por el Estado; países que por esa razón se les ha llegado a denominar, por los tratadistas "países sin derecho administrativo" o de "la unidad del derecho".

Como existen también, dentro del mismo orden de ideas, los llamados por los tratadistas, países "de derecho administrativo", o de "dualidad del derecho", de los cuales es Francia el prototipo, y en donde ha sido adoptada una reglamentación sistematizada y especialísima respecto a ciertos contratos que el Estado celebra.

Se explica así la doctrina que ha sido acogida por esta Corte de que en Colombia no estén instituídos los **contratos administrativos** del tipo puro francés; y que, por consiguiente, los tribunales nacionales no puedan guiarse ciertamente, y sin reserva, en la interpretación y aplicación de los contratos que celebre el Estado colombiano por las conclusiones a las cuales llegan, para Francia, los expositores de aquel país europeo.

He aquí, en efecto, los términos usados por la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte, en sentencia de 9 de mayo de 1938:

"En cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los contratos civiles. Así lo ha decidido la Corte y ésta es la opinión de los principales expositores de Derecho Administrativo, que están de acuerdo en afirmar que los contratos administrativos quedan sometidos a la legislación civil, salvo disposiciones especiales.

.....

"Lo mismo en sentencia de fecha 23 de noviembre de 1916 (**Gaceta Judicial** número 1334, página 11, 3ª), y en la de fecha 12 de abril de 1935 ya citada en este fallo.

"Pero aun en el supuesto de que se considerara derogada la ley citada (68 de 1870), conforme a la legislación existente y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ni el Gobierno ni las personas con quienes contrate, pueden por sí solas desconocer, anular ni modificar las obligaciones contraídas por medio de contratos celebrados legalmente". (**Gaceta Judicial**, T. XLVI, número 1933, pág. 483).

Se ha hecho la transcripción que precede, por cuanto la jurisprudencia de la Corte allí contenida ha sido expresa y reiteradamente alegada por la parte demandante. Empero fácilmente se comprende que, según esa misma jurisprudencia y de acuerdo con lo antes transcrito por la Corte, bien puede ocurrir, y ocurre que normas especiales del derecho colombiano coloquen por ciertos aspectos a los contratos celebrados por el Estado fuera del régimen del derecho común civil o privado.

Tal ocurre, a juicio de esta Sala, en relación con el campo de aplicación propio del artículo 18 de la Ley 153 de 1887, disposición que es del siguiente tenor:

"Artículo 18. — Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por la Ley anterior, tienen efecto general inmediato.

"Si la ley determinare expropiaciones, su cumplimiento requiere previa indemnización, que se hará con arreglo a las leyes preexistentes.

"Si la ley estableciere nuevas condiciones para el ejercicio de una industria, se concederá a los interesados el término que la ley señale, y si no lo señala, el de seis meses".

Precepto es el transcrito que, por otra parte, armoniza con el contenido en el artículo 30 de la Constitución Nacional (nueva Codificación) en cuanto están inspirados uno y otro en el respeto de los derechos adquiridos, respeto que cumple atender al legislador mismo; en términos tales que, para el mejor respeto del derecho de dominio, llegan hasta el punto estos preceptos de estatuír, y como regla general, el que, cuando la ley determine expropiaciones, no sólo ha de existir una indemnización sino que ella ha de ser objeto de un pago previo.

Aparece así que, sin menoscabo de cualquier indemnización, o resarcimiento, que pueda solicitarse del Estado en cuanto una ley nueva afecte un derecho adquirido, se consagra en primer término en Colombia el principio fundamental del transcrito artículo 18 de la Ley 153 de 1887, es decir, aquel según el cual "Las leyes que por motivos de moralidad, salubridad o utilidad pública restrinjan derechos amparados por ley anterior tienen efecto general inmediato". O siguiendo de preferencia los preceptos de la disposición constitucional citada: "Se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles, por personas naturales o jurídicas, los cuales no pueden

ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de particulares con la necesidad reconocida por la misma ley, el interés privado deberá ceder al interés público o social."

De manera que, llevando esta solución al contrato de que habla este litigio, se tiene que el Decreto-ley número 200 de 1942, es decir el mismo que se señala como violatorio del contrato del cual en el actual juicio se trata, y según aparece del Decreto en sus considerandos mismos, constituye éste una disposición con carácter de ley, fundada esencialmente en razones de utilidad pública o de interés social y que toca con la naturaleza misma del objeto del contrato mencionado. Y de ahí que si al Decreto se le dio carácter general, sin exceptuar los casos precisos de tarifas ya aprobadas por contrato y que podían empezar a aplicarlas en breve plazo, y si nó hubo lugar a excepciones, justamente por hacerse así necesario en su finalidad misma, lo cual aparece confirmado en las providencias gubernamentales dictadas como consecuencia de la expedición del Decreto y que igualmente figuran en calidad de acusadas de ilegalidad en el presente juicio, de todo ello resulta ser manifiesto que no hay lugar a que los contratistas hubieran podido eximirse de su cumplimiento.

Se observa, sin embargo, que el aumento de las tarifas de energía eléctrica y merced al contrato celebrado podían aplicarlo las compañías antes del vencimiento del año señalado en el Decreto-ley número 200 de 1942, al cual se ha venido haciendo referencia en este fallo; y surge así el aspecto de la posible obligación de indemnizar a cargo del Estado que hubo de contratar con las Compañías referidas.

Pero es obvio que, según lo antes expuesto, para que el reconocimiento de la indemnización pudiera existir a cargo del Estado, preciso sería que el derecho afectado y cuyo respeto reclaman los demandantes tuviera los caracteres de un derecho perfecto, es decir, de un positivo derecho adquirido en calidad de derecho incorporado ya de manera cierta en el patrimonio de la persona que se dice afectada por el precepto de índole legal, o sea, incorporado en el caso actual en el patrimonio de las Compañías de Electricidad y con ocasión de un contrato celebrado como parte contratante por el Estado mismo.

Se observa a este propósito que aunque el contrato simplemente otorgó a las Compañías contratantes una facultad de elevar las tarifas, y que el alza de ellas no aparece se hubiera cumplido aún, cuando hubo de ser expedido el Decreto-ley número 200 de 1942, tal facultad en presencia de la convicción jurídica que, de acuerdo con las constancias del proceso ha llegado a adquirir la Corte de que, procedería a ser realmente ejercitada por las mencionadas Compañías, ha de mirarse así como constitutiva de un derecho adquirido, cuya violación podría darse también por cierta, con el consiguiente derecho a indemnización a cargo del Estado; pero esto último a condición de que pudiera darse igualmente por establecido en el proceso que, a ciencia cierta, habrían ejercido las Compañías tal facultad antes del vencimiento del año que, con carácter general obligatorio, señaló el Decreto 200 referido.

Mas he aquí que la Corte no halla en el presente juicio comprobaciones suficientes, para concluír en un fallo condenatorio de la Nación, de que antes del año de que se acaba de hablar hubiera llegado a ocurrir en la realidad práctica la elevación de que se viene tratando siempre que el Decreto no hubiera sido dictado por el Gobierno Nacional.

Según lo reza la cláusula **tercera** del contrato celebrado con el Gobierno, al público consumidor de energía se le debía dar aviso, oportuno se entiende, del aumento autorizado de las tarifas, mediante la fijación de las nuevas tarifas en las oficinas de las Compañías contratantes.

Y no hay constancia en el proceso de que este paso inicial, llamado a ser dado con alguna prudente anticipación, hubiera sido adoptado ya por las Compañías interesadas en el momento de ser expedido el Decreto tantas veces citado, número 200 de 1942 y siendo así que, para la fecha de su expedición, si no estaban vencidos ya estaban para un inmediato vencimiento los noventa (90) días que, tanto el contrato como la Resolución imponían en calidad de plazo necesario, a partir de la publicación en el **Diario Oficial** de la respectiva Resolución aprobatoria, para poder proceder las Compañías, en relación con el público consumidor, a la aplicación al público de las nuevas tarifas.

Se sigue de lo que se deja expuesto que no quedó plenamente demostrado en el proceso, como cumplía a la parte demandante, que ella efectivamente hubiera puesto en vigencia las nuevas tarifas antes del vencimiento del año de que ha-

bla el Decreto 200 de 1942, y que no lo hizo, exclusivamente por haber sido éste dictado, con carácter general obligatorio, por el Gobierno Nacional.

Y ésta falta de comprobación, por sí sola suficiente para definir el presente litigio a favor de la parte que precisamente figura como demandada y dada esa condición específica de demandada, no ha de mirarse como una conclusión que obliga al juzgador, pero que es de orden simplemente procesal y que sólo a la técnica del enjuiciamiento civil incumbe.

Por el contrario, sabido es desde luego que el alza de las tarifas, especialmente dentro de los períodos de emergencia como los que se originaron de la pasada guerra mundial, causa graves perturbaciones en el normal funcionamiento y economía de las empresas, circunstancia ésta que puede hacer aconsejable una pausa de espera antes de tomar una determinación definitiva para ser llevada a la práctica en relación con la clientela de la empresa respectiva. Motivos de perturbación aun de orden social, que pueden alcanzar mayor gravedad si la elevación de las tarifas se hacía de manera súbita; y simultánea también para los veintiún Municipios del país, algunos de ellos de primera categoría, que menciona la Resolución número 64 de 1941, antes transcrita, y a los cuales se extendían en aquella época las actividades de las Compañías demandantes.

Observa ahora la Sala que la sentencia dictada por la Corte Plena el 29 de abril de 1943 sobre la demanda de inexequibilidad del Decreto-ley número 200 de 1942, sentencia a la cual hubo de hacerse referencia, contiene el siguiente pasaje:

"Los contratos administrativos por medio de los cuales se llevó a cabo la legalización de las empresas de energía eléctrica, según atrás se vio, tenían que ceñirse en sus estipulaciones a la pauta obligatoria que fijó la Ley 100 de 1936 y el Decreto extraordinario número 5 de 1940, de modo que sus tarifas y reglamentos quedaron sometidos a la obligatoria y previa aprobación del Gobierno, a su control permanente y a su revisión permanente para mantenerlas ajustadas a las convenciones colectivas. Estos contratos, que engloban la concesión de un servicio público, no pueden considerarse exclusivamente como fuente de relaciones jurídicas de derecho privado, sino como actos complejos en que se combinan y coexisten una parte legal o reglamentaria, esencialmente modificable por el Estado dentro de los límites y condiciones previstos, y otra parte propiamente contractual que sí crea situaciones jurídicas individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente".

No cree, sin embargo, la Sala que sea preciso en este fallo entrar a analizar si el punto relacionado con la facultad del alza de las tarifas concedida a las Compañías contratantes, y tratándose de un contrato, entra dentro del concepto de lo "legal o reglamentario" que menciona la providencia transcrita, o si cae bajo la noción de lo "propiamente contractual que sí crea situaciones individuales y concretas que no pueden modificarse unilateralmente", según lo expresa dicho fallo, toda vez que aun en el supuesto de que las estipulaciones sobre tarifas de que se viene hablando correspondan a esta última noción, ya hubo de dejarse demostrado en la presente providencia que la falta de certeza probatoria acerca de que las tarifas habrían sido elevadas antes del vencimiento del año que prescribió el Decreto número 200 y que sólo merced a su expedición no lo fueron durante tal período, es razón de suyo suficiente para absolver a la Nación en cuanto la parte demandante reclama indemnización de perjuicios.

IIII

EL PLANTEAMIENTO Y COMPROBACION EN CONCRETO DE LOS PERJUICIOS

Para el remoto evento de que las observaciones que preceden del presente fallo pudieran ser para alguien materia controvertible, existen otras razones de orden jurídico procesal que, además de conexas e íntimamente vinculadas a tales observaciones, serían de por sí suficientes para disipar toda duda acerca de la conclusión de que hay lugar a absolver a la Nación en el presente litigio; y puesto que, a pesar del debate procesal, no hubo lugar en él a que la parte demandante presentara, ya en el hecho, debidamente configurados en concreto los supuestos derechos adquiridos con el consiguiente resultado de poder obtener, merced al presente fallo judicial, indemnización de perjuicios de parte del Estado.

Cierto es que, como ya se vio bajo el ordinal 4º de la parte petitoria de la demanda, las Compañías actoras reclaman indemnización de perjuicios. Empero sobre este mismo tema dichas Compañías se limitan, para el efecto de fundamentar en el hecho su pedimento, a expresar bajo el marcado con el numeral 12º y último de su libe-

lo, que "en consecuencia el Gobierno ha dejado de cumplir el contrato a que se acaba de aludir, ha impedido la ejecución de la Resolución dictada por él mismo, que está ejecutoriada, **y les ha causado graves perjuicios a las Compañías que representan".** (Subraya la Corte).

Mas en parte alguna de la demanda, ni del proceso en general, insinúa siquiera la parte demandante en qué consistieran en concreto tales perjuicios, ni el monto cuantitativo de los causados. De suerte que faltan desde luego estos elementos básicos de orientación en la lucha jurídico-procesal desarrollada en un juicio ordinario.

Podría argüirse, sin embargo, que esta deficiencia en la actuación procesal de la parte demandante no es concluyente en el sentido de la absolución del Estado y por cuanto la cuantía de los perjuicios podría fijarse, al ser ejecutado un fallo condenatorio de la Corte, mediante el incidente de que trata el artículo 553 del Código Judicial sobre liquidación de cantidades ilíquidas reconocidas en los fallos judiciales.

Empero el contenido del artículo 553 del C. J., al cual se acaba de aludir, no sería parte a hacer desaparecer por completo la dificultad que en este asunto se presenta, ya que no se trata de simple falta de liquidez de los factores ciertos que entren en la integración de los perjuicios y que justifique una condenación en abstracto, o **in genere,** dictada en el presente fallo y tocante a liquidación de perjuicios.

Pues ocurre que tales factores ciertos en la integración de los perjuicios no solamente no aparecen debidamente puntualizados en la demanda para el efecto de ser considerados como materia precisa de la relación jurídico-procesal o sea de la del juicio ordinario instaurado, juicio ordinario que por lo demás es el único idóneo para la calificación con efecto de cosa juzgada en este género complejo de controversias (artículo 734 del C. J.), cual es en el caso del juicio actual el reconocimiento a cargo de la Nación de la indemnización en concreto de determinados perjuicios; sino que ocurre aún algo más, es a saber, que considerada la cuestión por el aspecto probatorio, se presenta en este litigio el fenómeno de que tampoco se trajeron al proceso elementos de convicción de género alguno para apoyar en punto de perjuicios una solución favorable a la parte demandante, y condenatoria del Estado.

En términos tales que la única probanza que vino al juicio durante el término probatorio referido fue una copia auténtica del citado contrato celebrado por el Ministerio con las Compañías demandantes, contrato que ya había sido acompañado con la demanda, en un ejemplar del **Diario Oficial** en el cual fue publicado.

No está por demás observar ahora que el contrato, cuya violación alega en la demanda la parte demandante, es contrato de gran complejidad, en forma tal que, aparte de contener él las estipulaciones específicas sobre elevación de tarifas, aparece, por ejemplo, que en su **cláusula primera,** autoriza al propio tiempo el funcionamiento de las plantas eléctricas, pertenecientes a las Compañías, aun para aquellas cuya situación jurídica ha sido y llegue a considerase ilegal. (V. artículo 1º de la Ley 109 de 1936).

Y al final del contrato, y sirva ello también de ejemplo, hay una cláusula especial, la llamada **segunda transitoria,** según la cual la Compañía debía aumentar ciertas inversiones, "gastando dentro o fuera del país en ampliaciones y mejoras y en otras obras tendientes a hacer más eficientes los servicios que presentan en Colombia una suma total no menor de tres millones de pesos ($ 3.000.000.00) moneda legal de Colombia...".

Esta complejidad misma del contrato exigía, con mayor razón y en especial manera que, en el juicio instaurado, la parte demandante hubiera puntualizado en debida forma los alegados perjuicios sufridos en concreto por las Compañías por la operancia del Decreto-Ley 200 de 1942 acerca de la época de vigencia de las tarifas.

Podría admitirse, sin embargo, que se trata exclusivamente de perjuicios consistentes en lucro cesante, perjuicios ellos sufridos por las Compañías demandantes al verse obligadas a posponer la vigencia de las tarifas ya aprobadas en las cuales figuraban precios de servicio, en general, superiores a los que venían rigiendo.

Empero esta forma simple de procurar resolver la dificultad encontraría desde luego un tropiezo de orden probatorio, cual es el de que no se trajo a los autos prueba alguna del contenido mismo de las antiguas tarifas.

Parece sería admisible, no obstante, que la prueba, que hace falta o sea la documentación correspondiente sobre tarifas antigua, pudiera ser presentada, sin inconveniente legal, en el incidente sobre ejecución del fallo que establece el artículo 553 del C. J., disposición a la cual se ha venido haciendo referencia, y para que sirviera de base material a la comparación entre esas antiguas y las nuevas tarifas.

Mas lo que no parece jurídico es que la determinación de aquello mismo en que, en concreto, hayan de consistir los perjuicios sujetos a resarcimiento pueda hacerse, prácticamente de manera exclusiva, en un simple incidente sobre ejecución del fallo, incidente que finaliza con un auto de carácter meramente interlocutorio, y no necesariamente dentro de la amplitud propia del juicio ordinario que conduce al fallo de fondo con el cual, en cuanto a lo declarativo, aquel juicio finaliza.

Es natural que los problemas de orden jurídico-económico que surgen de la controversia judicial que aquí se estudia exijan para su definición **o para su adecuado planteamiento al menos,** la amplitud de los trámites del juicio ordinario, únicos propios para preparar en casos de esta índole una solución judicial acertada.

En primer lugar la **facultad** otorgada a las Compañías toca, según los términos de la Resolución aprobatoria, con un **máximum** en las tarifas; y no hay en el proceso prueba concluyente y adecuada para dejar demostrado que las Compañías demandantes, en el caso de hacerlo, harían uso de la facultad otorgada en el sentido preciso de señalar justamente el **máximum** de tales tarifas y para todos y cada uno de sus renglones, así como para todas y cada una de las poblaciones en donde prestan servicio público de energía eléctrica, y ello para una misma fecha anterior, en todo caso, el vencimiento del año señalado en el Decreto que se estima violatorio de derechos.

Sería por consiguiente una base de ejecución sin apoyo suficiente en las comprobaciones actuales del proceso; el determinar que la liquidación, en el supuesto de fallo condenatorio de la Nación, se hiciera con el fundamento hipotético, y en todo caso no comprobado en el presente juicio, de que el lucro cesante pagadero en dinero, y sin perder de vista el caso especial de algunos renglones que en realidad fueron rebajados en lugar de ser subidos por el Gobierno, ha de resultar de restar del monto del máximo aprobado por la resolución ministerial de todas las tarifas y de sus distintos y complejos renglones, el monto de todas las tarifas anteriores que tenía en vigencia las respectivas empresas y durante el tiempo por el cual fue aplazada la vigencia de las nuevas tarifas.

Por lo demás esta solución si se señalara como base aritmética de liquidación sería errónea por cuanto el alza de las tarifas está llamada a limitar considerablemente el consumo, según lo admiten los economistas, y esta limitación depende en su cuantía de la llamada también por los economistas **elasticidad de la demanda,** la cual elasticidad depende a su turno, desde luego de la mayor o menor intensidad en la necesidad y urgencia del servicio de que se trata en cada caso particular, puntos éstos que no han quedado en forma alguna esclarecidos en el juicio.

Por otra parte, la comparación de las antiguas tarifas y de las nuevas sólo podría llevar hoy en esta causa al resultado de obtener números **abstractos** y **absolutos,** por sí mismos insuficientes para la fijación inmediata de elementos tendientes a la liquidación de una cuantía pecuniaria en concreto y en calidad de indemnización de perjuicios pagadera a la parte demandante, y toda vez que se ignora hoy, de manera absoluta, en este juicio cuál fuera el consumo de energía en relación con cada una de las localidades en donde las distintas Compañías prestan sus servicios y en relación con cada uno de los distintos renglones de las tarifas respectivas, etc., monto discriminado del consumo que, ampliamente comprobado, necesariamente ha de entrar en función de las tarifas mismas para los efectos del señalamiento de los perjuicios en consideración.

Y a juicio de la Corte la definición de cuestiones de esta índole de importancia y complejidad manifiestas, mal pueden ser materia exclusiva de un simple incidente de ejecución del fallo, como el que contempla el artículo 553 del Código Judicila (en relación con el artículo 480 ibidem), en lugar de haber sido ampliamente tratados dentro de los trámites propios del juicio ordinario mismo, de carácter declarativo, y con anterioridad al fallo de fondo, o que hubiera sido tratado siquiera en forma tal de poder suministrar elementos ciertos, concretos y seguros para anterior liquidación; y, sin que, de otro lado, exista excusa valedera, que haya alegado ninguna por el demandante, de que en el hecho ofrecía imposibilidad, o aún simple dificultad práctica apreciable, para tratar de definir estas cuestiones en el plenario del juicio actual.

De manera que, aún en el supuesto extremo de que la facultad de elevar por parte de las Compañías demandantes, dentro de breve plazo, las tarifas constituyera un **derecho adquirido** en teoría, habría lugar a absolver a la Nación de la demanda por perjuicios instaurada por dichas Compañías y merced a graves deficiencias de carácter jurídico procesal a ellas imputables; y esto es así por cuanto, en armonía con lo establecido en los

artículos 471 inciso final, del Código Judicial, la parte demandante en la demanda misma, y como tesis general, ha debido manifestar concretamente los perjuicios alegados para hacerlos en tal forma materia propia del debate procesal y de las pruebas y objeto cierto del presente fallo; y en atención además a que, según lo establece la disposición legal citada, las sentencias deben estar "en consonancia con las demandas y demás pretensiones oportunamente deducidas por las partes"; o en otros términos, que éstas deban recaer precisamente sobre lo efectivamente alegado y probado en el juicio respectivo según lo reza de manera expresa el artículo 593 del mismo Código Judicial.

Y lo que se acaba de expresar toca no sólo con la cuantía en sí misma considerada de las tarifas por el servicio de electricidad, sino también con el día a partir del cual debían empezar a regir las nuevas tarifas. Ello aún en el supuesto de que empezaran todas a regir en momentos anteriores al vencimiento del año señalado en el Decreto-Ley Nº 200 de 1942; y siendo así que, en cualquier evento, la Corte no podría dar por establecido en el juicio, como un hecho comprobado y cierto, que esas tarifas habían de empezar a regir para el público consumidor precisamente el día del vencimiento de los noventa (90) días que estaban señalados como plazo obligatorio y previo para que se pudiera proceder por las Compañías al ejercicio de la facultad de elevar las tarifas aprobadas.

Tratándose, en efecto, de una condenación en cuantía pecuniaria y en calidad de indemnización de perjuicios, las bases para la determinación de aquélla debían resultar no sólo del adecuado planteamiento inicial de la cantidad correspondiente a la elevación de cada uno de los renglones de las tarifas, sino también del momento en el cual las alzas serían puestas en ejecución para todos y cada uno de ellos; y ya que el factor tiempo, como es obvio, estaba llamado en el caso concreto que aquí se contempla a entrar en función con la cuantía misma del alza, a efecto de poder echar las bases de la liquidación numérica ulterior del monto de los perjuicios que debiera ser pagado en calidad de suma líquida exigible.

Se repite, por tanto, que a la luz de las consideraciones que preceden hay lugar en el presente juicio a la absolución de la Nación.

E igualmente procede la absolución de la Nación, por cuanto, en armonía con el artículo 481 también del mismo Código Judicial, no es admisible el reservar en casos de esta naturaleza para otro juicio lo tocante a la demanda de perjuicios no determinados, ni comprobados, que fue materia del pleito, sino que hay lugar a dictar en consecuencia, como ocurre en el presente, la obligada absolución de la parte demandada.

El artículo 481 citado dice en efecto:

"Los Jueces y Tribunales no pueden bajo ningún pretexto, negar ni reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito".

Es decir, en el caso actual el tema de los perjuicios, objeto expreso de la parte petitoria de la demanda.

Principio el contenido en el artículo 481 transcrito, que es, por otra parte, de aceptación universal, en cuanto constituye trasunto fiel del aforismo jurídico:

"Nemo debet bis vexari pro una et eadem causa". Es en efecto de equidad, para con la parte demandada, el que no sea molestada por más de una vez en razón de una misma y única causa, la de los supuestos perjuicios en el caso del presente litigio.

Como la falta de puntualización de los perjuicios en la demanda hubo de agravarse con la falta de alegaciones y pruebas sobre ellos, hasta el extremo de que realmente no constan en parte alguna del proceso las apreciaciones en concreto de la parte demandante a este respecto, y aún más: como no consta siquiera la imposibilidad o al menos la dificultad práctica de la parte de las Compañías demandantes para llevarlo a cabo dentro del plenario del juicio, no es el caso de dar aplicación al mencionado artículo 553 del C. J.' aplicación que es importante observarla, tampoco hubo de ser pedida por los demandantes, para que se fijen tales perjuicios como simple incidente de liquidación y ejecución del fallo, ya que la calidad y características mismas de esos perjuicios no quedaron, en armonía con lo antes expresado, debidamente definidos y demostrados en el proceso actual, no obstante la posibilidad y aún la facilidad de hacerlo en él, y en términos tales que en realidad se pudieran dejar luego esas complejas características sujetas a simplemente complementaria determinación en el trámite posterior de ejecución del fallo de fondo, fallo de fondo que es precisamente el que se dicta ahora por la Corte.

Si se pone, en efecto, en relación el citado artículo 553 del Código Judicial con el 480 del mismo Código, se ve que aquél ha de armonizar con el contenido de esté último, que es el siguiente:

"Artículo 480.—Cuando haya de hacerse condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fija

su importe en cantidad líquida, o se establecen por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación.

"Sólo en el caso de no ser posible lo uno, ni lo otro, se hace la condena a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia".

De manera que el incidente de ejecución de que trata el artículo 553 del Código Judicial sólo ha de tener por objeto fijar el importe, es decir, la suma numérica en dinero, o cuantía de la indemnización y no propiamente la existencia de los perjuicios, ni las características intrínsecas de aquéllo en que consisten tales perjuicios, especialmente cuando esto último bien ha podido, en la realidad práctica, ser definido y sin dificultad apreciable dentro de los trámites del juicio ordinario precedente a la sentencia definitiva que se dicte en él y en calidad de obligación procesal a cargo de la parte demandante.

Suponiendo, sin embargo, que interpretado con la mayor amplitud de criterio el artículo 553 del C. J. pudiera admitirse que todo lo fundamental en el debate probatorio sea facultativo omitirlo, dentro de los términos amplios del juicio ordinario mismo, a fin de desplazarlo luego hacia el incidente de simple liquidación y ejecución previsto en dicho artículo 553 del Código Judicial (y naturalmente aunque no aparezcan aún las bases simplemente aritméticas), habrían de surgir siempre las siguientes dificultades de orden legal, que se opondrían a que pueda adoptarse tal sistema de solución para el presente asunto:

a) Que las aludidas bases jurídicas no han sido en forma alguna sugeridas siquiera en el debate por la parte demandante, no obstante estar a su cargo, precisamente como demandante, el hacerlo.

b) Que aún prescindiendo de tener en cuenta tan grave deficiencia procesal, las posibles bases jurídicas no podrían tenerse judicialmente como seguras y definitivas, para los efectos de una liquidación por cuanto existe hoy todavía con respecto a ellas, en sí mismas consideradas, su carácter controvertible y litigioso, especialmente en lo que toca con el conocimiento cierto e incuestionable en calidad de declarable judicialmente a favor de la parte demandante, de si las tarifas habrían sido efectivamente alzadas por todo concepto y en todos los sitios de explotación de las compañías interesadas, hasta el **máximum** correspondiente y en el término de un año;

c) Por último, y por cuanto ni explícita, ni implícitamente aparece en parte alguna del proceso que las Compañías demandantes hayan solicitado que se dé aplicación al citado artículo 553 del Código Judicial, deseando en esta forma que se continúe el debate procesal después del presente fallo definitivo; y, no obstante que, por falta total de comprobaciones adecuadas, en manera alguna podría llegarse en él, como bien se sabe ya, y mal podía ignorarlo las Compañías demandantes, a una condenación por cantidad líquida a cargo de la Nación, en calidad ésta de parte demandada.

IV

Falta de interés jurídico de la parte demandante

Constituye además lo que se deja expuesto, indicio cierto de que la demanda por perjuicios, posiblemente por no haber existido en realidad perjuicios imputables a la Nación y a ella exigibles, no representó un interés real y efectivo por parte de dichas Compañías en este proceso, que justifique una, desde luego por los demandantes no pedida, condenación en abstracto, con aplicación ulterior del citado artículo 553 del Código Judicial, dando así el juzgador prácticamente mayor importancia y seriedad a la súplica respectiva, que la que en verdad les ha asignado la parte misma, que es la actora en el juicio, sobre este tema de los perjuicios suplicados; y, no obstante el ser la función propia del Juez decidir acerca de reales intereses de las partes, mas no acerca de intereses simplemente nominales o hipotéticos de aquéllas.

Y lo que se acaba de expresar tiene un nuevo aspecto, que es fuerza hacer resaltar en el presente fallo, o sea, que el interés jurídico general propio de este juicio, una vez que estuvo vencido el año, a partir de enero de 1942 (Decreto Nº 200 de 1942), del aplazamiento para la vigencia de las nuevas tarifas, fue un interés jurídico, que en verdad, desapareció en este litigio quedando él prácticamente reducido sólo al posible interés patrimonial de las compañías por el pago de perjuicios en sí mismos considerados.

Así lo reconoce el apoderado de la parte demandante en su alegato presentado ante la Corte, al declarar que "habiendo cesado la vigencia del Decreto Nº 200, es claro que en el terreno de la práctica y con un criterio puramente pragmático, lo mismo les da a las compañías que represento una u otra cosa", es decir, según el pensamiento del apoderado que había sido expresado antes en el mismo alegato; el que se acojan todas las peticiones de la demanda; o el que se acoja solamente la tocante a perjuicios.

En tales circunstancias, si el interés del litigante particular ha quedado prácticamente reducido al punto de los perjuicios; si de otro lado ese tema de los perjuicios fue en absoluto desatendido en el curso del litigio por la parte misma demandante, revelando marcada indiferencia acerca de él; y especialmente acerca de la demostración adecuada de la existencia de tales perjuicios, mal podría la justicia suplir de su lado esa falta de verdadero interés procesal con un fallo condenatorio a cargo de la parte demandada. **Donde no existe interés, no hay acción (pas d'interet, pas d'action.)**, es el principio jurídico de necesaria aplicación en este caso.

"....

Y de todo lo expuesto en la presente providencia se sigue que debe ser absuelta la Nación, por lo que toca a las peticiones de los ordinales 1º, 2º y 3º de la parte petitoria de la demanda, ya que en armonía con el artículo 18, antes transcrito de la Ley 153 de 1887, los actos de que allí se trata se amoldan a la necesidad de dar inmediata aplicación y en forma general al Decréto-Ley Nº 200 de 1942; y por lo cual toca al contenido de la petición del Ordinal 4º de dicha parte petitoria, por cuanto no aparece debidamente establecido, en este proceso, que a la Compañía se le hubieran efectivamente causado perjuicios exigibles a la Nación.

En tal virtud la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, FALLA:

Absuélvase a la Nación de los cargos formulados por las Compañías denominadas "Compañía Colombiana de Electricidad", Compañía de Hielo de Santa Marta" y "Empresa de Energía Eléctrica de Honda" en su demanda presentada el 26 de septiembre de 1942.

No hay lugar a condenación en costas.

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

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. ANIBAL CARDOSO GAITAN

La demanda que dio origen al litigio que ahora falla la Corte hizo varias peticiones que tienen como fundamento el contrato celebrado el 14 de noviembre de 1940 entre el Gobierno y la Compañía Colombiana de Electricidad y otras empresas que en él figuran. Ese contrato tuvo por objeto legalizar la situación irregular en que se hallaban las empresas de servicio público contratistas respecto al cumplimiento de exigencias legales a las cuales debían someterse, tanto para su capacidad jurídica como para el control que la administración había de ejerecer sobre ellas en lo tocante a las tarifas de los servicios que venían prestando al público. El régimen común de las empresas de este género es de derecho público, no de derecho privado, y por lo mismo las obligaciones de los empresarios emanan de la ley y no de contratos. Por razones que el Gobierno calificó a su tiempo, hubo de disponerse en el Decreto-Ley número 5 de 1940, que la legalización de las empresas que aprovecharan bienes de uso público podía ser garantizada por medio de contratos. El convenio entre las compañías demandantes y el Gobierno fue celebrado en virtud de esa autorización. Uno de los derechos que en opinión de los demandantes se violó posteriormente por el Gobierno, al dictar el Decreto Nº 200 de 30 de enero de 1942, que aplazó por un año cualquier alza de tarifas en empresas de energía eléctrica, sería el de elevar aquéllas las compañías actoras hasta el máximo señalado en virtud del contrato en mención. La sentencia a que se refiere el presente salvamento de voto hace el estudio de esas estipulaciones contractuales, o sea las de las cláusulas TERCERA, CUARTA y QUINTA, que inserta, así como el de la Resolución del Ministerio de la Economía Nacional, número 64 de 1941, que aprueba las tarifas máximas de las empresas de energía eléctrica pertenecientes a la Compañía Colombiana de Electricidad, y el decreto número 200 de 1942 en que se dispuso que por el término de un año no podían entrar a regir en las empresas de energía eléctrica del país tarifas que implicasen un alza sobre las que regían para las mismas empresas en el mes de diciembre de 1941. La Corte examina la cuestión planteada por el demandante sobre derechos adquiridos, emanados de su contrato con la Nación, que el actor considera violados por el Decreto de 1942 ya citado. Se dice en la sentencia que el Decreto número 200 es una disposición con carácter de ley fundada en razones de utilidad pública o de interés social, y que por lo tanto los contratistas no podían eximirse de su cumplimiento. Y agrega: "Se observa sin embargo que el aumento de las tarifas de energía eléctrica y merced al contrato celebrado podían aplicarlo las Compañías antes del vencimiento del año señalado en el Decreto-Ley número 200 de 1942, al cual se ha venido haciendo referencia en este fallo; y surge así el aspecto de la posible obligación de indemnizar a cargo del Estado que hubo de contratar con las compañías referidas". Luego entra la sentencia a examinar si en concreto se halla demostrado un daño que deba indemnizarse, llegando a la conclusión de que la demostración de él no se adujo en el proceso en forma satisfactoria. De donde se infiere que la Corte admite que si la demostración del perjuicio se hubiese hecho, la conclusión del fallo habría sido de condena a cargo de la Nación y a favor de las Compañías demandantes.

En las discusiones a que dio lugar el proyecto de sentencia que vino a transformarse en la que ahora se profiere, hube de expresar mi inconformidad con la actitud asumida por la Sala frente al contrato celebrado entre el Gobierno y la Compañía Colombiana de Electricidad, en cuanto se le considera como base legítima de la reclamación intentada en la demanda. Expresé mi parecer, que ahora reitero, de que convenios como el que aducen las compañías actoras no son válidos en las estipulaciones que establezcan el medio como el Estado puede cumplir su función de control sobre las tarifas que han de regir la prestación de esos servicios públicos; y que por ende en el caso del pleito ningún valor podía reconocércele a las cláusulas contractuales referentes a tarifas, y por lo mismo al dictarse el Decreto 200 de 1942 ningún derecho se desconocía por el Estado; por lo cual no era el caso de entrar en la sentencia al examen de las comprobaciones sobre el perjuicio alegado. La mayoría de la Sala estimó que la cues-

tión que en estos términos sugerí a su estudio no era preciso afrontarla en este fallo porque la aprobación que el Consejo de Estado le dio al contrato con la Compañía Colombiana de Electricidad no permite entrar a considerarlas. Al respecto se lee en el fallo: "Empero, estimó la Sala con el voto favorable de cuatro de sus Magistrados, que habiendo sido aprobado el contrato en referencia por el H. Consejo de Estado, había desaparecido todo elemento jurídico capaz de solicitar hoy la intervención de la Corte en el sentido de entrar a definir judicialmente el motivo de duda que se deja mencionado".

Con el debido respeto debo insistir en mi disentimiento respecto al parecer mayoritario de la Sala, examinando primero la razón aducida por ella y que la lleva a inhibirse de tratar la cuestión de inconstitucionalidad e invalidez de las cláusulas del contrato mencionadas, para pasar después a otras consideraciones acerca de la legitimidad en el sometimiento a convenios privados de una función pública conferida por la Constitución al Congreso para realizar el control de las tarifas en empresas de servicio público.

El Código Contencioso Administrativo (ley 167 de 1941) contiene en el capítulo XXI denominado "De los contratos de la Administración" el estatuto al cual se hallan sujetos la celebración y el perfeccionamiento de los contratos que pacta la administración, y también algunas normas tocantes con la validez de esos convenios una vez perfeccionados.

Expresa el artículo 242 del Código que los contratos que celebre el Gobierno "en virtud de autorizaciones legales, y cuyo valor sea o exceda de cinco mil pesos ($ 5.000.00) moneda legal, deberán remitirse, una vez impartida la correspondiente aprobación ejecutiva, al Consejo de Estado para que éste decida si están o no ajustados a tales autorizaciones".

Sobre cuál deba ser la intervención del Consejo de Estado y hasta dónde se extienden sus atribuciones en orden a decidir si un contrato celebrado por el Gobierno se halla ajustado o no a las autorizaciones legales, el artículo 246 establece: "En ejercicio de la facultad de revisión de los contratos, el Consejo de Estado examinará la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra; la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen; el régimen legal de las estipulaciones acordadas y las prescripciones de orden fiscal".

Por lo que mira a la firmeza y validez de los contratos una vez que han recibido la aprobación del Consejo, son pertinentes las disposiciones de los artículos 248 y 253 del Código, de este tenor: "Artículo 248.—La aprobación impartida al contrato lo hace firme. La decisión del Consejo en que se abstiene de aprobar un contrato es obligatoria para las partes. En consecuencia, el Gobierno y la otra u otras partes contratantes deben, para alcanzar la firmeza del contrato, adoptar las reformas indicadas por el Consejo. Si esta reforma no se obtiene, el contrato no puede considerarse firme sino mediante aprobación del Congreso. Artículo 253.—El dictamen del Consejo que declara autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional. Por consiguiente, no podrá alegarse falta de autorización, si el Consejo ha dictaminado que existe, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones".

De conformidad con las disposiciones relacionadas, los contratos que celebra la administración en virtud de autorizaciones legales se hallan sujetos a una revisión por el Consejo de Estado **"para que éste decida si están o no ajustados a las autorizaciones"**. La facultad y el deber del Consejo se concretan a constatar si el contrato se ajusta o no a la autorización. Esta es esencialmente la función del Consejo: Comparar el contrato con la autorización legal y deducir si al celebrarlo el Gobierno se sometió a aquélla.

El Consejo de Estado examinará la autorización legal en virtud de la cual el contrato se celebra, dice el artículo 246, la competencia de los funcionarios y la capacidad de las demás partes que en él intervienen, y el régimen legal de las estipulaciones acordadas. Como la función del Consejo consiste en verificar si el contrato cabe dentro de las autorizaciones legales, es obvio que el examen de dicha autorización legal tiene por objeto fijar o definir su contenido para ver si dentro de él se comprende la que ejercitó el Gobierno al celebrar el convenio. De ordinario los contratos se celebran en virtud de autorizaciones consignadas en las leyes. La misión del Consejo ha de concretarse a la verificación de si la ley existe, de que se halla vigente y a la de si comprende o no la facultad de que se ha hecho uso. Otro examen distinto de éste, como sería el de la constitucionalidad de la ley misma que contiene la facultad, no parece propio de la función de control administrativo que la ley le asigna al Consejo en

las normas a que se hace referencia; ya que la constitucionalidad de las leyes, para la guarda del Estatuto y el que éste no se quebrante por virtud de aquéllas, es atribución que le compete privativamente a la Corte Suprema de Justicia según el precepto 214 de la Carta.

Puede ocurrir, y ello ocurre muchas veces, que el Consejo de Estado al cumplir su misión consagrada en el artículo 242 del Código Contencioso Administrativo, encuentre y anote la inconstitucionalidad de la ley que concede la facultad al Gobierno para celebrar el contrato, y que en consecuencia se abstenga de impartirle su aprobación. Mas como en lo fundamental la intervención del Consejo no tiene constitucional y legalmente ese alcance, la aprobación que le dé a un contrato celebrado en ejercicio de facultades legales no conlleva una aprobación o una aceptación sobre la constitucionalidad de la ley, que sea capaz de sustituír o reemplazar la decisión que en este punto le corresponde a la Corte Suprema de Justicia. Al decir el artículo 253 que el dictamen del Consejo que declara autorizado al Gobierno para celebrar un contrato no es susceptible de controversia jurisdiccional y que una vez expedido favorablemente "no podrá alegarse falta de autorización, en juicio en que se impugne la validez o efectos del contrato, o para abstenerse de cumplir alguna de sus estipulaciones", lo hace, por lo ya dicho, sin perjuicio de las consecuencias a que lleve la inconstitucionalidad de la autorización legal que sirvió de base a la celebración del contrato. Parece que la disposición del artículo 253 se halla dirigida a declarar inadmisible cualquier controversia jurisdiccional que implicase una como revisión de lo hecho por el Consejo de Estado; pero se comprende que tal firmeza e intangibilidad ha de referirse a aquello que era propio de la función que la ley le señala al Consejo, y no para aspectos o puntos no comprendidos dentro de la función peculiar del Consejo de Estado cuando examina los contratos celebrados por el Gobierno en ejercicio de facultades legales. "Esta disposición (la del artículo 153) se funda —dice el comentarista de nuestro derecho público doctor Tulio Enrique Tascón— en que la declaración del Consejo hace tránsito a cosa juzgada, y en que si fuera lícito impugnar el dictamen del Consejo **sobre la sujeción del contrato a las autorizaciones legales** (se subraya), vendría un tribunal distinto de él a fallar sobre cuestiones administrativas que son privativas del Consejo. **Podrá, sí, ser impugnado el contrato por carencia de los requisitos exigidos por las leyes civiles, como lo expresamos en el comentario al artículo 248".** (Se subraya). Y en el comentario en cita se lee: "La declaración hecha por el Consejo de que el contrato revisado reúne los requisitos de que trata el artículo 246, **es un acto administrativo, una formalidad legal indispensable para la existencia de los contratos de que hablan los artículos 242 y 243,** (se subraya), y por lo mismo, no impide que ante la justicia ordinaria pueda discutirse la validez del contrato en cuanto a los requisitos exigidos por el artículo 1502 del Código Civil. Pero no se podrá atacar la firmeza del contrato impugnando la declaración del Consejo sobre la autorización legal para celebrarlo, como lo dice el artículo 253".

Admite el citado comentador que la declaración hecha por el Consejo de que un contrato se ajusta a las autorizaciones legales no impide el que ante la justicia ordinaria se pueda discutir la validez del contrato a la luz del Código Civil; y al decir que la firmeza del contrato no se puede atacar impugnando la decisión del Consejo "sobre la autorización legal para celebrarlo", se refiere, como es natural, a la autorización legal en cuanto le correspondía al Consejo darla; para que la cuestión controvertida ante el Consejo, "sobre la sujeción del contrato a las autorizaciones legales", no sea revisada de nuevo, ya que ella hizo tránsito a cosa juzgada y sobre la misma materia no podría otro tribunal pronunciarse con competencia, pues la del Consejo en el particular es privativa y excluyente. Pero si la validez de un contrato aprobado por el Consejo puede discutirse ante la justicia ordinaria según el Código Civil, es claro que en caso de haberse dado por la ley una autorización inconstitucional por objeto ilícito del contrato que ha de celebrarse, esa ilicitud de orden sustantivo puede ser materia de controversia y decisión ante los jueces comunes. La aprobación del Consejo no purga de inconstitucionalidad el contrato en cuanto comprenda un objeto vedado a la ley e ilícito por esa causa.

En otros términos: son asuntos diversos la firmeza de un contrato que resulta de su aprobación por el Consejo, y la validez intrínseca de una estipulación del mismo, que puede estar afectada de un vicio en razón de su objeto, por no ser éste de lícita contratación. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad es necesario, de acuerdo con el artículo citado del C. C., que el acto o convenio recaiga sobre un objeto lícito. Hay objeto ilícito

en todo contrato prohibido por las leyes (artículo 1523), en la enajenación de los derechos o privilegios que no pueden transferirse a otra persona (artículo 1521) y en todo lo que contraviene al derecho público de la Nación (artículo 1519). Si una ley autoriza al Gobierno para celebrar un contrato con violación de estas normas, y el contrato se celebra, éste tendrá un objeto ilícito. Y su validez, en cuanto a las estipulaciones que adolecen de ese vicio, puede ser controvertida ante la justicia ordinaria. Una ley que es o puede ser inconstitucional ha servido para que se celebre un contrato; el convenio es sometido al Consejo de Estado y éste lo aprueba; la aprobación no se extiende a la legalidad intrínseca de las estipulaciones que contrarían o violan la Constitución.

El Decreto-ley número 5 de 1940 provee a la legalización de las empresas de energía eléctrica, materia que ya estaba reglamentada en leyes anteriores, y dispone que puede ser garantizada por medio de contratos. Se prevé que la empresa contraiga ciertas obligaciones compensatorias, como la de fijar al público las tarifas y la de no variarlas sin la aprobación del Gobierno. Este conserva el derecho de revisarlas, teniendo en cuenta al hacer la revisión, y como las leyes lo tenían establecido, que las tarifas no excedan los justos límites de la conveniencia colectiva y la moral comercial.

Antes de la reforma constitucional, de 1936, que en el acto legislativo número 1º de ese año autoriza expresamente la revisión de tarifas de empresas de servicio público, se justificaba que el Estado buscase por medios indirectos, contractuales y compensatorios, el derecho de intervenir. La Constitución de 1886 no se lo permitía. No había revisión de tarifas sino para empresas de transportes y conducciones. Pero expedida la reforma de 1936 fue ya claro el derecho y el deber de intervenir para fijar las tarifas en las empresas de servicios públicos.

El Constituyente quiere que el Estado, sin necesidad de compensaciones, ejerza el control de tarifas, y establece al efecto que la ley puede ordenar su revisión y fiscalización. Tal poder del legislador no se halla limitado. Es una función que da e impone el derecho público, no el derecho privado. La naturaleza de ella indica que para su cabal cumplimiento no puede subordinarse su ejercicio a estipulaciones que en convenios privados consignen el modo como dicho control de las tarifas haya de hacerse, principalmente si los contratos tienen larga duración o vigencia indefinida, como el que se celebró entre el Gobierno y la Compañía Colombiana de Electricidad. Las circunstancias que en un momento hacen conveniente o aconsejable una tarifa, o un criterio para fijarla, son mudables, están sujetas naturalmente a los cambios que la vida social y económica imponen. El Congreso no cumpliría cabalmente su misión reguladora de las tarifas en empresas de servicio público si comprometiese por anticipado su criterio y declinase por así decirlo su función autorizando la celebración de contratos que le impidiesen sucesiva y permanentemente intervenir por medio de leyes en la fijación de las tarifas, atendiendo en cada época a las razones de conveniencia y justicia que indique el análisis de la situación que le toque contemplar. Esto que se dice de las leyes en general se aplica igualmente a los decretos-leyes de la clase del número 5 de 1940. Hay por esto, en mi opinión, un objeto ilícito en los contratos que impidan al Estado el ejercicio racional de una de sus prerrogativas, que es también uno de sus derechos más obligantes para con la sociedad, de ejercer fiscalización en las tarifas de las empresas de servicio público. Un contrato que lo impida contraviene el derecho público de la Nación y tiene por lo mismo un objeto ilícito. El que se celebró entre la Compañía Colombiana de Electricidad y el Gobierno adolece de este vicio en las cláusulas referentes a las tarifas. Tales estipulaciones son nulas y deben tenerse por no escritas.

A mi parecer, estas declaraciones ha debido hacerlas la Corte para basar su sentencia y dictarla en su conformidad. Así lo sostuve en las discusiones y así lo afirmo ahora al salvar mi voto en el fallo, dejando así el testimonio de mi profundo respeto por las ideas y conceptos de mis distinguidos colegas de Sala.

Aníbal Cardoso Gaitán—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS POR CONCEPTO DE SUELDOS DEVENGADOS POR UN MAESTRO DE ESCUELA

La Ordenanza número 13 del 29 de mayo de 1939 en que se apoya el actor para cobrar la suma que reclama por concepto de sueldos devengados es un acto de la administración creador de una situación jurídica general, impersonal y objetiva; es una ley departamental. El aumento se decretó para todos los maestros de instrucción primaria del Departamento, no para uno solo. No fue una gracia, un auxilio o concesión a título gratuito, sino un ordenamiento de la Asamblea dirigido a mejorar la remuneración o sueldo de los maestros en razón de sus servicios. Si a la Ordenanza que así señalaba el aumento y fijaba indirectamente la asignación total para los maestros, se agrega el desempeño del empleo, se origina o produce una situación jurídica concreta, personal o individual a su favor, que da nacimiento a un derecho que es preciso reconocer.

Corte Súprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre primero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Obdulio Gómez, apoderado especial del señor Ulpiano Urrea, demandó ante el Tribunal Superior de Medellín al Departamento de Antioquia para que por la vía ordinaria se hagan las siguientes declaraciones:

a) Que el Departamento de Antioquia está en la obligación de pagar a mi poderdante, señor Ulpiano Urrea Duque, seis días después de ejecutoriada la sentencia, la cantidad de quinientos cuatro pesos con cincuenta y un centavo moneda corriente, valor del complemento de sus sueldos, o de la parte de sueldos que le dejó de pagar durante los doce meses del año de 1939, y diez y nueve días del mes de enero de 1940. b) Que el Departamento de Antioquia debe pagar los intereses legales de esta cantidad, desde la fecha en que se hizo exigible cada sueldo, hasta que se verifique el pago total. Subsidiariamente de esta petición, que el Departamento de Antioquia debe pagar los intereses legales de dicha cantidad desde la notificación de la demanda en adelante..." Se apoyó en los artículos 2063, 1602, 1603 y concordantes del C. Civil, y en las disposiciones del Título XVIII, Libro II del C. Judicial, y artículos 76 y 176 de esta obra.

Para fundamentar los anteriores pedimentos el demandante estableció los hechos que seguidamente se expresan: Que por medio del Decreto 313 de agosto 2 de 1938, la Gobernación de Antioquia nombró al señor Ulpiano Urrea director de la Escuela Urbana de Varones del Municipio de San Carlos. Que el nombrado tomó posesión del cargo referido en 5 de agosto del mismo año. Que la Asamblea Departamental de Antioquia, por medio de Ordenanza número 13 de 29 de mayo de 1939 dispuso que "desde la próxima vigencia fiscal, los sueldos de los maestros de instrucción primaria, serán los siguientes: Primera categoría: a noventa pesos cada uno; segunda categoría: a sesenta y cinco pesos cada uno; tercera categoría: a sesenta pesos cada uno; cuarta categoría: a cuarenta pesos cada uno. "Que por esta misma ordenanza se dispuso en su numeral c) del artículo 1º, aumentar en cinco pesos para cada uno de los maestros de las escuelas urbanas de... **San Carlos**... en relación con los sueldos que la misma ordenanza fijó y anteriormente referidos. Que en el parágrafo 1º del artículo 4º de esta misma ordenanza, la Asamblea dispuso: "Los maestros cuyas categorías fueron decretadas en el año de 1938, y cuyos sueldos no se han podido acomodar a la respectiva categoría por insuficiencia de la partida presupuestal, tendrán derecho a que se les reconozca el sueldo correspondiente, desde el 1º de enero del año en curso". Que la ordenanza que estas cosas dispuso está rigiendo, y que su poderdante señor Ulpiano Urrea sirvió el puesto de maestro durante los doce meses del año de 1939 y todavía lo sirve. Que "durante los meses del año de 1939, y los diez y nueve primeros días del mes de enero de 1940, mi poderdante devengaba un sueldo de ochenta pesos mensuales, de acuerdo con las disposiciones de la Ordenanza nú-

mero 13 de 1939, toda vez que desde el 6 de octubre de 1938, el Ministerio de Educación Nacional lo había clasificado como maestro de 2ª categoría.

Dice además el demandante que "en el **Diario Oficial** número 23901, correspondiente al 15 de octubre de 1938, aparece publicada la Resolución número 627 del 6 de octubre de aquel año, en la cual se hace la clasificación de que se habla en la parte final del hecho anterior". En sus dos últimos hechos el actor dice textualmente: "No obstante que de acuerdo con los artículos 1º y 4º y parágrafos único de aquél y primero de éste, mi poderdante tenía derecho a percibir un sueldo mensual de ochenta pesos por ser maestro de segunda categoría y por desempeñar puesto de maestro de escuela urbana en San Carlos, el Departamento no le pagó en ese tiempo más que cuarenta pesos mensuales. La razón alegada por el Departamento para no pagar a mi poderdante los sueldos que se le tienen asignados a su categoría en la Ordenanza número 13 de 1938, que es ordenanza sustantiva, consiste en que la Asamblea no apropió partida presupuestal para atender a esa clase de pagos".

La anterior demanda fue decidida por el Tribunal Superior de Medellín con fecha veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta y cinco, después de haberse surtido en el proceso un incidente de nulidad por falta de competencia, que no prosperó (fls. 24 v. y 25 y 44 a 47 C. 1.).

Contra la sentencia referida que condenó al Departamento a pagarle al señor Ulpiano Urrea la suma de quinientos cuatro pesos con cincuenta centavos, "por concepto del aumento decretado en la Ordenanza número 13 de 1939, y los intereses legales, del 25 de julio de 1941 en adelante", interpuso recurso de apelación el señor Gobernador del Departamento demandado. Llenado el trámite correspondiente en la Corte, se procede a decidir del recurso.

Para acreditar los hechos materia de la demanda se trajeron al proceso los siguientes documentos:

a) Decreto número 313 de dos de agosto de 1938 expedido por la Gobernación de Antioquia, por medio del cual se nombra al demandante como Director de la Escuela Urbana de Varones de San Carlos, y copia del acta de posesión de este cargo.

b) Certificados del señor Contralor del Departamento y del Director de Educación del mismo, en los cuales se explican las causas que han motivado el no pago de los sueldos que Urrea reclama.

c) Ordenanza número 13 de 1939 de la Asamblea de Antioquia señalando el sueldo del actor, inserta en la gaceta del Departamento número 5.138-5.139, de doce de junio de 1939.

d) Resolución número 627 por medio de la cual se clasifica al actor como maestro de segunda categoría, publicada en el **Diario Oficial** número 23.901 del 15 de octubre de 1938.

e) Sentencias del Tribunal y de la Corte por medio de las cuales se niega la acción ejecutiva. (Folios 7, 7 v., 8, 8 v., 9, 9v., 10, 12, 11, 2, 3, 4, y 5, respectivamente).

Consideraciones del señor Gobernador

El señor Gobernador del Departamento de Antioquia, en escrito presentado a la Sala manifiesta que no es posible hacer el reconocimiento que se pide porque en el presupuesto no se incluyó la partida correspondiente. Y que siendo el presupuesto un acto condición indispensable para que puedan verificarse erogaciones del Tesoro Público, es indudable que mientras ese acto no exista tales gastos no podrán efectuarse. La vinculación del empleado con la administración pública, agrega, no es contractual sino de derecho público: de consiguiente un individuo que preste servicios en un puesto que no ha sido creado por ordenanza o por ley o que no tenga partida apropiada en el presupuesto para cubrir el sueldo, no puede demandar la obligación de pago. Dice el señor Gobernador: "...Cuando no se incluye la partida en el presupuesto para cubrir el sueldo de un empleado, no ha nacido para éste un derecho perfecto ya que en la administración tal derecho no se adquiere por el trabajo propiamente, sino por la vinculación en virtud del reglamento que crea el puesto y la existencia del acto condición en que se incluya la partida para el gasto. El reglamento administrativo que crea un empleo y señala la correspondiente asignación es incompleto mientras no exista la condición para hacer el gasto o sea, el presupuesto de gastos". Sigue en su exposición el representante de la entidad demandada sosteniendo que el acto jurídico realizado por la Asamblea es incompleto porque faltó que se incluyese la partida presupuestal correspondiente; y que cuando la ordenanza entra a regir, "confiere derecho a los agraciados con ella para solicitar la inclusión de la partida en el presupuesto

pero no para otra cosa". Al referirse el demandado a la liquidación que de los sueldos que cobra el actor hizo el Tribunal, dice textualmente: "....Por este mismo aspecto está equivocada la sentencia de primera instancia, en cuanto a la liquidación. En realidad: el H. Tribunal reconoció a Urrea el derecho a cobrar el aumento correspondiente al año de 1939 y como ya se vio, de acuerdo con la ordenanza, esos aumentos no empezaron a regir sino a partir del 1º de enero de 1940. La cuestión es demasiado clara: la ordenanza dispuso que los aumentos se hacían a partir de la próxima vigencia fiscal y como la ordenanza se expidió en 1939, el aumento empezó a regir en la fecha que ya indiqué". Finalmente, el señor Gobernador dice que no puede condenarse al Departamento a pagar intereses porque aquél no estaba en mora de hacer el pago.

Consideraciones de la Corte:

La Ordenanza número 13 de 29 de mayo de 1939 en que el demandante se apoya para cobrar la suma que reclama, es un acto de la administración creador de una situación jurídica general, impersonal y objetiva; es una ley departamental. El aumento se decretó para todos los maestros de instrucción primaria del Departamento, no para uno solo. No fue una gracia, un auxilio o concesión a título gratuito, sino un ordenamiento de la Asamblea dirigido a mejorar la remuneración o sueldo de los maestros en razón de sus servicios. Si a la ordenanza que así señalaba el aumento y fijaba indirectamente la asignación total para los maestros, se agrega el desempeño del empleo, como ocurrió en el caso propuesto, se origina o produce una situación jurídica concreta, personal o individual a su favor, que da nacimiento a un derecho que es preciso reconocer.

El Tribunal expone en su fallo razones que la Corte encuentra acertadas para deducir que la acción debe prosperar, y en las cuales se halla la respuesta a las principales objeciones que presenta el señor Gobernador. El Tribunal dice: "...Sin embargo en el caso que se ha planteado al Tribunal y que tiene su origen en la Ordenanza número 13 de 29 de mayo de 1939, no se trata de 'hacer gasto público' como lo sugiere el señor Fiscal, sino, por el contrario, de saber si un derecho reconocido a los servidores de la enseñanza primaria, por medio de ordenanza vigente, debe o no cumplirse, a pesar de no haberse apropiado en el presupuesto de gastos del departamento la partida correspondiente. Es evidente que de acuerdo con nuestro régimen legal los gastos públicos no se hacen en virtud del presupuesto, sino de obligaciones o vínculos jurídicos anteriores a su expedición, como el servicio de la deuda o la prestación de servicios que automáticamente engendran el derecho a una retribución, como los sueldos de los funcionarios públicos, o de leyes anteriores que han ordenado erogaciones de otra clase como las que exigen las obras públicas'. Aun en los países que como Colombia establecen que no puede hacerse erogación del tesoro que no esté incluída en el presupuesto de gastos, éste no es una ley sino la **condición** para que aquéllos puedan hacerse, y tanto es así que de ordinario se dispone también como lo hace nuestra Constitución, que no puede incluírse en el presupuesto partida alguna que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior, o a un crédito judicialmente reconocido. Luego en este caso, el presupuesto de gastos no es tampoco un **acto-condición** como lo es el de rentas". (Esteban Jaramillo. Tratado de Hacienda Pública, página 544). La H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 23 de noviembre de 1938, y en auto de 9 de junio de 1939 de la Sala de Negocios Generales, **Gaceta Judicial** números 1934 y 1949, respectivamente, dijo en un caso semejante lo siguiente: 'La excepción perentoria de petición antes de tiempo y de un modo indebido propuesta por el señor Fiscal como representante del gobierno de Cundinamarca, y fundamentada en que no basta que una ordenanza reconozca un servicio o indique la suma que por él debe pagarse, sino que para poder exigir legalmente ese pago, es preciso de manera esencial que la correspondiente partida se halle incluída en el presupuesto departamental, no puede prosperar, porque ello vendría a establecer que las obligaciones nacidas de prestación de servicios a las entidades de derecho público solamente son exigibles cuando hayan sido reconocidas en el presupuesto. Una obligación así creada da un derecho perfecto, cuya eficacia no puede quedar sometida a un acto independiente de su nacimiento, y las acciones que puedan promoverse no pueden invalidarse porque en el presupuesto no se haya incluído la partida respectiva. Si se tratara de un auxilio, quizás podría llegarse a la conclusión de que para la existencia del derecho a cobrarlo sería esencial la inclusión de tal suma en el presupuesto; pero cuando se trata de la prestación de servicios, la obligación de pagar es independiente de la ley, ordenanza o acuerdo

que incluya la partida para el pago". El hecho de no haberse incluído en el presupuesto la partida necesaria para atender a la erogación decretada por la ordenanza tantas veces citada implica una omisión que no puede afectar derechos de quienes se habían beneficiado con ella. De conformidad con el artículo 97 del Código de Régimen Político y Municipal, una de las obligaciones de las asambleas es la de votar anualmente el presupuesto de rentas y gastos, y según las certificaciones que obran en el juicio emanadas de empleados oficiales, la mencionada entidad no cumplió cabalmente con ese deber legal. No debe olvidarse, por otra parte, que las ordenanzas rigen en todo el territorio del departamento, treinta días después de su publicación en el periódico oficial, sin perjuicio de lo que las asambleas resuelvan en contrario, y que a la vez ellas son obligatorias mientras no sean anuladas o suspendidas por la autoridad judicial. (Arts. 109 y 111 del C. de R. P. y M.). Es evidente, pues, que el departamento ha contraído una obligación, consignada en la Ordenanza número 13 de 1939, obligación que debe cumplir, de conformidad con las razones que se dejan expuestas. De acuerdo con el certificado que obra a folios 9 vto. al demandante Ulpiano Urrea se le adeuda el aumento del año de 1939, y 19 días del mes de enero de 1940, a razón de cuarenta pesos mensuales como maestro de segunda categoría, aumento que vale la suma de quinientos cuatro pesos con cincuenta y un centavos".

En cuanto a los intereses, el fallo revisado los declara como lo pide el señor Gobernador, puesto que se reconocen desde cuando la mora se produjo, o sea a partir de la notificación de la demanda (25 de julio de 1941, folio 15, C. Nº 1).

Observa el señor Gobernador que los aumentos para los maestros que decretó la Ordenanza número 13 de mayo 29 de 1939 no empezaron a regir "sino a partir del 1º de enero de 1940", es decir, desde la próxima vigencia fiscal. Aunque ello es verdad, no es menos cierto que en la nombrada ordenanza existe el artículo 4º que en su parágrafo 1º dice textualmente: "Parágrafo 1º Los maestros cuyas categorías fueron decretadas en el año de 1938, y cuyos sueldos no se han podido acomodar a la respectiva categoría por insuficiencia de la partida presupuestal, tendrán derecho a que se les reconozca el sueldo correspondiente, desde el 1º de enero del año en curso". Es decir, desde el primero de enero del año de 1939 en que fue sancionada la ordenanza respectiva. En los autos consta que el señor Ulpiano Urrea Duque fue escalafonado en segunda categoría en el año de 1938, octubre 6, Resolución número 627; condición que la ordenanza señaló como esencial para gozar del aumento; consta también, que el sueldo del demandante fue elevado a $ 80 según la ordenanza mencionada; que ocupaba el cargo se comprueba por el Decreto número 313 de dos de agosto de 1938 emanado de la Gobernación de Antioquia. Por último está plenamente probado con certificado del señor Contralor Departamental y Director de Educación, que el año de 1939, Urrea sólo recibió como sueldo $ 40.00, y que no se le pudo pagar el complemento de $ 40.00 decretado por la ordenanza debido a que la partida respectiva no fue incluída en el presupuesto. Débesele pues al demandante, por una parte $ 480.00 correspondientes a los 12 meses del año de 1939; y el valor de 19 días del mes de enero de 1940.

Con fundamento en las precedentes 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, CONFIRMA la providencia objeto del recurso en este juicio.

Publíquese, notifíquese, 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. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

REVISION DE LAS SENTENCIAS DE JUBILACION EN LO TOCANTE A LA CUANTIA QUE ESTABLEZCAN NUEVAS LEYES.

La Sala estima que no sólo es legal un nuevo recurso de revisión de las sentencias sobre jubilación, sino imperativo en esta clase de negocios. Las pensiones de jubilación, desde el punto de vista de su alcance social-económico, deben modificarse elevando la cuantía a medida que así lo dsipongan las leyes que con tal fin se dictan. No otro fue el pensamiento del legislador de 1945 cuando al derogar los artículos 1º, 2º, 5º y 16 de la ley 22 de 1942, el 6º de la 67 de 1943, el 73 de la 6ª de 1945, no derogó el artículo 75 de la ley 6ª de 1945 que establece la revisión para los juicios especiales de pensión. La pensión ya decretada no puede permanecer estacionaria si se dicta una nueva ley con el ánimo de beneficiar a los servidores públicos. De otra manera no se cumpliría cabalmente con el objeto de la ley nueva.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre dos de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Consejo de Estado y para que se le decretara una pensión mensual vitalicia a cargo del Tesoro Nacional presentó solicitud en el mes de julio del año de 1941 el señor Benigno Perilla V., acreditando para tal efecto los siguientes hechos: "a) Que durante más de treinta años prestó sus servicios en varios empleos públicos, particularmente en el ramo judicial. b) Que carece de bienes de fortuna. c) Que el último sueldo devengado por él fue de $ 100.00 como Secretario del Juzgado 2º del Circuito de Facatativá. d) Que tiene más de sesenta años de edad. e) Que no es deudor moroso del Fisco y que no ha recibido pensión ni recompensa alguna del mismo". Con base en estos hechos el Consejo en providencia de julio 25 de 1941 decretó a favor del peticionario y contra el Tesoro Público, "una pensión de jubilación de cincuenta pesos ($ 50.00) mensuales, que se hará efectiva desde la fecha de esta sentencia y que es incompatible con cualquiera otra pensión o sueldo".

Posteriormente, en 19 de julio del año próximo pasado, el señor Perilla V., apoyándose en disposiciones de orden legal (ley 22 de 1942 y artículos 73 y 75 de la ley 6ª de 1945), entabló demanda de revisión ante el Tribunal Superior de este Distrito para que se elevase el monto de la pensión a la suma de $ 223.60, mayor sueldo que disfrutó en el puesto de Secretario de la Sala Penal de este Tribunal. Falló la nueva petición del señor Benigno Perilla V. el Tribunal por sentencia de 22 de octubre de 1945 decretándole al efecto "una pensión mensual de CIENTO CINCUENTA PESOS ($ 150.00) m.l. pensión a que tendrá derecho mientras viva". Para ordenar tal cosa, el Tribunal, después de haber encontrado cumplidos los requisitos que la ley exige al peticionario para ser acreedor a la pensión, consideró que no era el caso de fijar el monto de la pensión en la suma de $ 223.60, como lo pedía el demandante, porque el cargo en que este sueldo devengó lo ocupó interinamente, desde el día 23 de abril de 1929 al 30 de septiembre de 1930, siendo nombrado en propiedad como Secretario del Tribunal únicamente el día primero de mayo de 1931 por acuerdo de esa misma fecha. Durante siete meses después de haber sido nombrado en propiedad tuvo un sueldo de $ 115; luego su sueldo fue de ciento cincuenta pesos por más de un año. De consiguiente, dijo el Tribunal, la pensión debe ser equivalente al monto de este último sueldo, pues "tanto el artículo 1º de la ley 22 de 1942, como el 73 de la ley 6ª de 1935, exigen que el cargo del mayor sueldo se haya desempeñado en propiedad durante un año por lo menos". En tales términos pronunció su proveído el Tribunal, el cual fue consentido por el demandante, quien no interpuso ningún recurso contra él. Tampoco el representante de la Nación.

Nuevamente en noviembre 27 de 1945, el señor Perilla V. hizo petición al Tribunal Superior para que se revisase la sentencia inmediatamente referida y se le decretase una pensión mensual vitalicia de $ 202.80, mayor sueldo que devengó por

más de un año en propiedad como Oficial Mayor de este mismo Tribunal. Al resolver éste la solicitud, nególa totalmente, basándose para ello en lo dispuesto por el artículo 1º de la ley 71 de 1945 que derogó las disposiciones invocadas por el actor y que dice: "Los funcionarios y empleados 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 ($ 30.00) ni exceda de quinientos pesos ($ 500.00)". De esta resolución del Tribunal apeló el demandante, y es así como la Corte conoce del juicio y entra a decidir sobre él, una vez cumplidos los trámites procesales de rigor.

Se considera:

El representante de la Nación al contestar el traslado que del expediente se le hizo, manifiesta que la providencia recurrida debe confirmarse, no por las razones que en ella se exponen sinó porque no es posible que indefinidamente "pueda usarse de la facultad extraordinaria establecida por el artículo 75 de la ley 6ª de 1945", que consagró el derecho de revisión de las providencias en la clase de juicios que como el presente se deciden. Fueron éstas las razones que el señor Procurador Delegado en lo Civil expuso: "El artículo 75 de la ley 6ª de 1945 consagra en verdad el derecho de revisión de providencias anteriores que se hubieren dictado conforme a las normas legales, sobre la materia. Es un recurso especial y **sui generis** que tiende justicieramente a reconocerle a los empleados de carácter oficial una mayor prestación social a la que antaño se había concedido legalmente. Pero esto no quiere decir que indefinidamente, y por repetidas ocasiones, pueda usarse de la facultad extraordinaria establecida por el artículo 75 de la ley 6ª de 1945. El artículo 473 del Código Judicial dice: "La sentencia firme dada en materia contenciosa, tiene la fuerza de cosa juzgada y hace absolutamente nula cualquier decisión posterior que le sea contraria, pronunciada en el mismo asunto y entre las mismas partes. Entiéndese esto sin perjuicio del recurso de revisión y de que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, cuando así lo disponga la ley". Consagrado en esta forma el principio de la cosa juzgada, es incuestionable que solamente una ley especial para determinado caso igualmente especial como el de la revisión que estatuye el artículo 75 de la ley 6ª nombrada, puede alterar ese principio, permitiendo por una sola vez un nuevo estudio sobre el negocio concreto de que se trata; pero efectuada esa revisión, la sentencia que allí se pronuncie queda inmodificable para sus efectos posteriores. Y esta revisión de que trata el artículo citado de la ley 6ª de 1945 no es el recurso extraordinario de revisión de que habla el Capítulo VII del Libro 2º del Código Judicial, que procede en los casos establecidos taxativamente en el artículo 542, del C. J. Aquella es una gracia especialísima y sui generis, aun en el procedimiento. Por lo demás, ni la ley 22 de 1942 ni las leyes 6ª y 71 de 1945 permiten adelantar, sobre el mismo asunto y entre las mismas partes, un juicio ordinario tendiente a modificar la situación jurídica establecida conforme a sentencia proferida en esta clase de juicios especiales.

Sobre este particular, el doctor Hernando Morales, en su obra "Curso de Derecho Procesal Civil", dice lo siguiente: "La sentencia en juicio especial produce los efectos de la cosa juzgada una vez en firme (véase G. J. número 1934, pág. 250), siempre que la ley no autorice que dicho juicio puede adelantarse de nuevo por la vía ordinaria. Cuando la ley guarda silencio se entiende que no es posible discutir por juicio ordinario lo que ha recibido solución mediante un procedimiento especial". Obra citada, pág. 365. Menos aún podría discutirse nuevamente el mismo caso en otro juicio especial...".

Transcribe más adelante el señor Procurador una doctrina de la Corte que compagina con la cita del doctor Morales y por último invoca la norma del artículo 474 del C. J. que reza: "Para que la cosa juzgada surta efecto en otro juicio, se requiere que la nueva demanda tenga el mismo objeto y se funde en las mismas causas que la primera y que haya identidad jurídica entre las personas de los litigantes....". Estima el representante de la Nación que el caso propuesto reúne estos tres requisitos que enumera el artículo transcrito y en consecuencia, como cosa juzgada que él considera, surte verdadero efecto. Termina diciendo: "No puede, pues, continuarse indefinidamente con un litigio que tiene una misma finalidad, que invoca una misma disposición legal como fundamento de su pretendido derecho, y que se surte entre las mismas personas con igual calidad...".

El artículo de la ley 6ª de 1945, vigente, dice: "Esta ley regirá desde el día de su sanción. Pero las situaciones establecidas con sujeción a las normas legales o mediante autorización oficial con anterioridad a tal fecha, conservarán su validez hasta tanto que sean revisadas y modificadas por las autoridades respectivas, en cada caso, o reglamentadas en forma general por el Gobierno, sin perjuicio de los derechos y remuneraciones adicionales que se reconocen a los trabajadores desde dicho día, inclusive, en adelante".

La norma que la disposición anterior establece hace relación a un recurso de carácter especial y único. El artículo 473 del C. J. excepciona en razón y para lo que dispone el 542 de la misma obra que taxativamente enumera los casos en que es posible y legal interponer el recurso de revisión. Pero los casos de juicios especiales de pensiones se salen de la órbita trazada por las normas procedimentales, ya que no son juicios contenciosos, sino eminentemente administrativos, no pudiéndoseles aplicar en estricto derecho aquellas disposiciones legales que regulan la materia contenciosa. Es la jurisprudencia la que debe indicar si es legal y jurídico que en estos juicios sobre pensiones pueda interponerse nuevamente en el mismo asunto, con las mismas causas e idénticas personas el recurso de revisión. La Sala estima que no sólo es legal un nuevo recurso de revisión, sino imperativo en esta clase de negocios. Las pensiones de jubilación, desde el punto de vista de su alcance social-económico, deben modificarse elevando la cuantía a medida que así lo dispongan las leyes que con tal fin se dictan. No otro fue el pensamiento del legislador de 1945 cuando al derogar los artículos 1º, 2º, 5º y 16 de la ley 22 de 1942, el 6º de la ley 67 de 1943, el 73 de la ley 6ª de 1945, no derogó el artículo 75 de la ley 6ª de 1945 que establece la revisión para los juicios especiales de pensión. La pensión ya decretada no puede permanecer estacionaria si se dicta una nueva ley con el ánimo de beneficiar a los servidores públicos de la clase del ya pensionado. Y es por eso que en todas estas leyes de carácter social se establece la revisión como corolario del espíritu altruísta que las rige. De otra manera no se cumpliría cabalmente con el objeto de la ley nueva. Conviene transcribir lo ya dicho por la Corte en fallo reciente: "...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 de un beneficio adicional o complementario de los 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".** (Subraya la Sala). (Sentencia de Sala Plena pronunciada en la demanda promovida por el doctor Francisco López Falla para que se declarara inexequible el Decreto Ejecutivo número 136 de 1932 "sobre asignaciones civiles y sobre reducciones en el Presupuesto de Gastos de 1932").

Por otra parte, la disposición del artículo 75, comentado, hace relación a "situaciones establecidas" que con anterioridad y con sujeción a normas legales se hayan decretado; lo que quiere decir que la ley generaliza en cuanto a las distintas situaciones jurídicas establecidas que se presenten; no particulariza. De consiguiente este concepto genérico de la ley incluye la revisión.

Establecido el carácter legal y jurídico del presente recurso entra la Sala a decidir el pedimento hecho por el señor Benigno Perilla V. en libelo de fecha noviembre 27 de 1945. El Tribunal observó, y con base en ello negó las peticiones del demandante, que la disposición que invocó el señor Perilla fue derogada por el artículo 12 de la ley 71 de 1945, sustituyéndola por el artículo primero de la misma ley que a la letra dice: "Los funcionarios y empleados de la rama jurisdiccio-

nal, 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 ($ 30.00) ni exceda de quinientos pesos ($ 500.00)". La disposición que invoca el peticionario para fundamentar su derecho, vigente al tiempo de presentar la demanda y de dictarse el auto admisorio de la misma, pues ésta se presentó el 27 de noviembre y se admitió el 30, decía: "**Artículo 73.**—El artículo 1º de la ley 22 de 1942 quedará así: Los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo y sus respectivos subalternos, tendrán derecho, al retirarse de sus puestos, a una pensión equivalente al mayor sueldo que hubieren devengado en el desempeño de su cargo en propiedad, durante un año por lo menos". Para los efectos de esta última disposición el demandante ha comprobado en el juicio que su mayor sueldo "que devengó en más de un año en propiedad como **Oficial Mayor** del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá —Sala de lo Penal— fue el de **doscientos dos pesos con ochenta centavos** ($ 202.80) moneda corriente. Estima la Sala que en virtud de las normas constitucionales que amparan el "derecho adquirido" del señor Perilla V., artículo 30 de la Constitución, debe reconocérsele al peticionario su pensión por el monto que él indica en su libelo de demanda de fecha 27 de noviembre del año próximo pasado. El demandante presentó su demanda conforme a una ley coetánea que amparaba un justo título en sus pretensiones; de consiguiente, desde el momento de su presentación ante la autoridad judicial competente, el solicitante tuvo un derecho adquirido con justo título, con arreglo a las leyes civiles, que no puede ser desconocido ni vulnerado por leyes posteriores.

En cuanto a los requisitos exigidos por las leyes para que el petente pueda gozar de la pensión que solicita, se encuentran plenamente demostrados en los autos. Se hace eso sí constar que aunque el certificado expedido por el señor Secretario de la Contraloría General de la República con fecha 19 de noviembre de 1945 no dice que el cargo de Oficial Mayor del Tribunal Superior de Bogotá ocupado por el señor Perilla V. desde "el 1º de enero del año de 1928 hasta el 22 de abril del año de 1929 y con sueldo mensual de $ 202.80", lo hubiese servido en propiedad, es lo cierto que en el expediente consta (folio 24) que el 16 de mayo de 1927 el señor Perilla V. **tomó posesión** del cargo de que se habla **en propiedad**; y que en el mismo expediente (folio 24 v. C. número 1), el señor Presidente del Tribunal Superior de Bogotá certifica que Benigno Perilla V., "desempeñó el cargo de Oficial Mayor de la Sala de lo Criminal desde el diez y seis de mayo de mil novecientos veintisiete hasta el veintidós de abril de mil novecientos veintinueve, inclusive" y "sin interrupción ninguna". De donde se deduce claramente que durante ese lapso el demandante ocupó su cargo en propiedad. Para los efectos de la cuantía es suficiente el certificado del señor Secretario de la Contraloría General de la República, referido anteriormente.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, oído el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia materia de la apelación interpuesta, y en su lugar resuelve:

PRIMERO. — Reconócese al señor Benigno del Carmen Perilla Vaca y en contra del Tesoro Nacional, una pensión mensual vitalicia de **doscientos dos pesos con ochenta centavos,** mayor sueldo que devengó en el desempeño del cargo en propiedad, de Oficial Mayor del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá por más de un año.

SEGUNDO—Esta sentencia reemplaza la que el Tribunal Superior de Bogotá dictó con fecha 22 de octubre de 1945, es decir, que sólo tendrá derecho el peticionario a percibir la pensión que en este proveído se decreta.

TERCERO—La pensión se pagará al interesado desde la presentación de la demanda, o sea desde el veintisiete de noviembre del año próximo pasado.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESTITUCION POR PAGO DE LO NO DEBIDO. — SE DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION

La Corte no puede conocer, en el caso de autos, de la acción incoada, de acuerdo con el artículo 40 del Código Judicial (artículo 2º, Ley 67 de 1943), porque no se trata de un contrato celebrado con la Nación, sino de un cuasi-contrato DE PAGO DE LO NO DEBIDO. Y es que cuando la obligación en sí misma considerada nace de un hecho lícito, constituye un cuasi-contrato; y éste habrá de denominarse, como es bien sabido, cuasi-contrato de PAGO DE LO NO DEBIDO, si tal hecho lícito consiste en haberse efectuado por error un pago de lo que no se debía.

El cumplimiento de ese hecho lícito da lugar, por otra parte, a un derecho investido de la acción judicial correspondiente, o sea justamente, de la acción sobre repetición de lo pagado. (Artículos 34, Ley 57 de 1887 y 2213 C. C.). Se sigue de aquí que si la celebración de un contrato ha dado entrada a la posibilidad de un pago de lo no debido, la acción de repetición no es derecho que directa y necesariamente procede del vínculo contractual sino del hecho lícito de pago por error, y, por tanto, la acción misma de repetición es acción de origen cuasi-contractual y no, en manera alguna, acción de fuente contractual impropiamente dicha. En otras palabras, la acción por pago de lo no debido se basa jurídicamente hablando en la ausencia de causa para tal pago. Y esta carencia de causa sólo tiene, o puede tener, en el caso actual como explicación y origen la diferencia numérica entre la tarifa que sostiene el demandante correspondía aplicar y la que en la práctica fue aplicada.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada)

-I-

ANTECEDENTES—ACCION POR PAGO DE LO NO DEBIDO

En el presente juicio del cual conoce la Corte en única instancia, figura como demandante la entidad denominada "Compañías Unidas de Transportes, S. A.", domiciliada en Bogotá, y la Nación con calidad de parte demandada.

Fue presentada la demanda por medio de apoderado el día 23 de noviembre de 1944, y su parte petitoria aparece formulada en los siguientes términos:

"En consecuencia, de acuerdo con los hechos y razones jurídicas expresadas, pido a la H. Corte, que, previos los trámites legales y de conformidad con el artículo 40 del C. J., en sentencia definitiva declare lo siguiente:

"PRIMERO — Como propietaria de los buques fluviales que administra en el Río Magdalena, por medio de la Embarcaduría Oficial, y en cuanto esos buques presten servicio público de transportes, la Nación es responsable de las violaciones de la tarifa legal en que dicha Embarcaduría hubiere incurrido, con pretermisión de lo dispuesto en la Resolución Ejecutiva número 85 de 1941, en el lapso comprendido entre el 3 de abril de este año y el 24 de agosto de 1944, fecha en que fue dictada la Resolución número 162, de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas. SEGUNDO — Por consiguiente, cualquier cobro que les hubiere hecho durante ese tiempo la Embarcaduría Oficial, con violación de la tarifa aprobada en la Resolución Ejecutiva número 85 de 1941, y que no estuviese amparado por prescripciones especiales, deberá ser reintegrado por el Tesoro Nacional a las Compañías Unidas de Transportes, S. A, TERCERO—El Tesoro Nacional devolverá a las Compañías Unidas de Transportes, S. A., la cantidad de nueve mil quinientos noventa y un pesos setenta y seis centavos ($ 9.591.76) —o la que se hubiere acreditado en el término de pruebas— por cuanto fue cobrada y percibida igualmente bajo el concepto de fletes fluviales por la oficina encargada de administrar comercialmente los buques de la Nación".

Para la mejor comprensión del tema debatido habrá lugar a transcribir a continuación los hechos fundamentales de la demanda. Fueron expuestos así:

"1º La Nación, como propietaria de los vapores fluviales 'Camilo Torres' y 'Rodríguez Torices', tiene establecido en el Río Magdalena, con estos buques, un servicio de navegación comercial para el público, en las mismas condiciones en que las empresas privadas explotan sus unidades comerciales en el mismo río;

"2º Estos buques son administrados por una oficina denominada 'Embarcaduría Oficial', dependiente del Ministerio de Obras Públicas, la cual procede, en la prestación de los servicios al público, lo mismo que cualquier empresa privada. Por tanto, los servicios fluviales qué la Nación presta remuneradamente, por estos medios, al comercio, constituyen un **servicio público de transportes**, y la Nación está, a este respecto, bajo las mismas condiciones legales que las 'Empresas Públicas de Transportes' de propiedad privada;

"3º Como tal, la Nación está obligada en todos los actos de ese servicio, al cumplimiento de todas las disposiciones legales y administrativas sobre navegación y especialmente a aquellas que, por ser consideradas como de orden público, son de imprescindible cumplimiento;

"4º Entre las disposiciones que reglamentan la navegación fluvial, y con carácter de cosas de orden público, están las relativas a las tarifas fluviales, en las que se dispone perentoriamente que ninguna empresa pública de transportes podrá cobrar por concepto de fletes cantidades distintas de las señaladas de acuerdo con los procedimientos administrativos vigentes;

"5º El 3 de abril de 1941 entró en vigencia la Resolución Ejecutiva número 85 de ese año, en la que se fijaron las tarifas fluviales para lo sucesivo, tarifas que estuvieron en vigor hasta que vino a dictarse la Resolución número 162 de 24 de agosto de 1944, de la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, que subrogó la 85 de 1941 citada: de modo que durante todo el lapso comprendido entre esas dos fechas debieron aplicarse las tarifas autorizadas en la primera de estas resoluciones;

"6º La Resolución Ejecutiva número 85 de 1941 estableció los siguientes precios unitarios para el transporte de la carga a bordo de los buques y convoyes del río Magdalena:

"Subiendo. A razón de $ 0.015 por tonelada-kilómetro.

"Bajando. A razón de $ 0.0125 por tonelada-kilómetro, con los recargos correspondientes a los buques expresos y las cargas especiales;

"7º Por razones que no han sido justificadas legalmente, la Embarcaduría Oficial, a partir del 16 de mayo de 1942 y sin que hubiera ocurrido ninguna modificación legal en las tarifas, empezó a cobrar los fletes de los cargamentos embarcados en los buques del gobierno sobre los siguientes precios unitarios:

"Subiendo. A razón de $ 0.02 por tonelada-kilómetro.

"Bajando. A razón de $ 0.0175 por tonelada-kilómetro, efectuando así un recargo ilegal en los fletes que equivale al 40% para la carga de bajada, y al 33.3% para la carga de subida. Este recargo lo vino cobrando ilegalmente la Embarcaduría Oficial hasta el 24 de agosto de 1944, en que la Dirección Nacional de Transportes legalizó la nueva tarifa por medio de su citada Resolución número 162 de esa fecha.

"8º El recargo ilegal a que se refiere el hecho anterior no se justifica en modo alguno con una pretendida aplicación de la Resolución número 15 de mayo de 1942, dictada por la Dirección Nacional de Transportes y Tarifas, pues dicha Resolución no fue puesta en práctica administrativamente y, por tanto, no entraron en vigencia las tarifas especiales y condicionales que autorizaba, para el caso exclusivo de que se aplicasen sus disposiciones de fondo;

"9º Durante el tiempo de cobros ilegales el Gobierno transportó, por cuenta de Compañías Unidas de Transportes, S. A., 2.553.059 kilos, en cuyos fletes la Embarcaduría Oficial cobró recargos indebidos de acuerdo con el siguiente extracto:

Carga movida de Salgar-Dorada a:	Kilos	Recargo indebido por T-K. $	Monto del recargo $
Bquilla	1.997.744	4.02	8.030.93
El Banco . . .	99.550	2.29	227.96
Gamarra	94.170	1.86	175.15
Magangué . . .	209.550	2.92	611.88
Calamar	152.045	3.95	545.84
	2.553.059		9.591.76

"10. Por lo tanto, la Nación debe devolver a las Compañías Unidas de Transportes, S. A., la suma de $ 9.591.76, cobrada ilegalmente por concepto de fletes fluviales".

Por el aspecto jurídico y bajo la denominación "Consideraciones Legales", manifestó el demandante:

"Habiendo ocurrido, como aparece de los hechos anteriores, una violación manifiesta de las tarifas legales en una empresa de servicio público, violación de la cual es responsable la Nación como propietaria de los buques que administra la Embarcaduría Oficial, y mediante la cual cobró a Compañías Unidas de Transportes una cantidad en exceso por razón de fletes, se han operado los siguientes fenómenos jurídicos:

a) Ha habido un cobro ilegal e indebido por parte de la Embarcaduría Oficial, del cual es responsable la Nación;

b) Las cantidades pagadas en exceso por razón de lo denunciado en esta demanda constituyen un clásico "pago de lo no debido", que da derecho a Compañías Unidas de Transportes para repetir y obligar a la Nación a reintegrar lo pagado ilegalmente, de acuerdo con reglas precisas de nuestra legislación civil".

Admitida la demanda fue tramitado el juicio con audiencia del señor Procurador Delegado en lo Civil, quien dentro de la debida oportunidad propuso la excepción dilatoria de **pleito pendiente.**

Surtido el incidente de rigor, la Corte, en providencia que lleva fecha 30 de abril de 1945, declaró no probada la excepción dilatoria propuesta y lo hizo con fundamento en que, aunque ante el Tribunal Superior de Barranquilla cursó un juicio de las "Compañías Unidas de Transportes, S. A." contra la Nación, aquella entidad hubo de declararse incompetente para conocer de él y que, cuando se decidió acerca de la mencionada excepción de **pleito pendiente,** el expediente incoado en Barranquilla había sido archivado ya.

Hubo lugar, en consecuencia, al adelantamiento del juicio ante esta Corte.

Ahora bien, en la contestación de la demanda el señor Procurador Delegado en lo Civil basó la defensa del Estado principalmente en que, a su juicio, la interpretación dada por la parte demandante a las resoluciones administrativas dictadas por el Ministerio de OO. PP. podía ser tildada de errónea o equivocada.

Aunque seguido este proceso con el lleno de las formalidades de rigor, cumple a la Sala, antes de entrar a estudiar los problemas de fondo aquí planteados, el determinar si en realidad de verdad es ésta la entidad competente jurisdiccionalmente hablando, para conocer del juicio y ponerle término en esta única instancia.

Mencionóse antes la circunstancia de que el Tribunal Superior de Barranquilla, ante el cual fue incoada inicialmente acción judicial, hubo de declararse no competente para conocer del negocio.

Con todo, observa la Corte ahora que, si bien en armonía con el artículo 40 del Código Judicial, la Sala Civil de Unica Instancia (hoy Sala de Negocios Generales, artículo 2º, Ley 67 de 1943), conoce privativamente y en una sola instancia de todas las controversias provenientes de contratos celebrados o que celebre la Nación con cualquier entidad o persona aunque la Nación haya transferido en todo o en parte sus derechos, ocurre que la **causa petendi** en el presente juicio ha sido presentada y fundamentada como procedente no de un contrato sino de un cuàsi-contrato de **pago de lo no debido.** (Puede consultarse a este respecto la demanda misma antes transcrita).

No proviene así la controversia **sub judice** de un contrato celebrado por la Nación, que como tal y mediante su debido perfeccionamiento es fuente de derechos y obligaciones y por tanto de acciones correlativas, llamadas, en caso de litigio, a ser llevadas al conocimiento de los jueces en calidad de acciones nacidas del contrato mismo.

Y es que cuando la obligación en sí misma considerada nace de un hecho lícito, constituye un cuasi-contrato; y éste habrá de denominarse, como es bien sabido, cuasi-contrato **de pago de lo no debido,** si tal hecho lícito consiste en haberse efectuado por error un pago de lo que no se debía. El cumplimiento de ese hecho lícito da lugar, por otra parte, a un derecho investido de la acción judicial correspondiente, o sea justamente, de la acción sobre repetición de lo pagado. (Véanse artículos 34 de la Ley 57 de 1887 y 2213 del Código Civil).

Se sigue de aquí que, si la celebración de un contrato ha dado entrada a la posibilidad de un pago de lo no debido, la acción de repetición no es derecho que directa y necesariamente procede del vínculo contractual sino del hecho lícito de pago por error, y por tanto la acción misma de repetición es acción de origen cuasi-contractual y no, en manera alguna, acción de fuente contractual impropiamente dicha. En otras palabras, la acción por pago de lo no debido se basa jurídicamente hablando en la ausencia de causa para tal pago. Y esta carencia de causa sólo tiene, o puede tener, en el caso actual como explicación y origen la diferencia numérica entre la tarifa que

sostiene el demandante correspondía aplicar y la que en la práctica fue aplicada.

Y si el pago fue en realidad indebido, la controversia no emana directamente del contrato de transporte sino de la tarifa aplicada y de que a ella se hubiera sometido el cargador, y siendo así que en su sentir según la demanda, no era esa la tarifa aplicable de acuerdo con la ley.

El carácter general y obligatorio de las tarifas para las empresas públicas de transportes coloca a éstas, en sí mismas consideradas, al margen de la autonomía de la voluntad de las contratantes. De manera que la aplicación de una tarifa distinta a la legal y en cuanto a la persona que hubo de someterse a ella, no puede subordinarse a la noción de la libre estipulación contractual del monto del precio del transporte, sino que puede explicarse sólo, y en tesis general, como pago de lo no debido si es excesiva en su cuantía misma, contrapuesta a la tarifa realmente aplicable.

De manera que, así miradas las cosas, el presente litigio no es controversia directamente emanada o proveniente del contrato de transporte sino de la supuesta aplicación indebida de una tarifa, aplicación indebida llamada a estructurar, por tanto, la acción del cuasi-contrato del **pago de lo no debido.**

Y la tesis que ha venido sustentando la Corte cobra mayor realce, en el caso concreto que aquí se contempla, si se tiene en cuenta que la discrepancia en sí acerca de la tarifa general aplicable tiene asidero, no en las particularidades del contrato de transporte celebrado, sino en algo en absoluto extrínseco al contrato mismo y a los intereses a él directamente vinculados; y ya que tal discrepancia se origina de que, por motivos de interés general, no de interés particular del cargador, la tarifa más alta había sido fijada en general relacionándola con el cupo limitado utilizable por los barcos, atendida su capacidad transportadora. Mas, como ya se sabe, se alega aquí en el hecho que en los barcos en los cuales efectivamente fue hecho el transporte, dicho cupo hubo de ser excedido, y, no era, por tanto, aplicable, se dice, la tarifa aplicable en realidad.

El error alegado por quien dice haber pagado flete en exceso, o un falso flete, conduce a la posible aplicabilidad de la noción del pago de lo no debido en sí mismo considerado, bien por un error de hecho de quien hizo el pago, o también posiblemente por un error de derecho de quien lo efectuó. El error de derecho, que legalmente puede generar también la acción de pago de lo no debido (artículo 2315 C. C.), vendría a configurarse en el caso **sub-lite**, y según las pretensiones de la parte demandante, en haber estimado que, para el pago hecho, era aplicable, en relación con los transportes que aquél encomendó a los barcos del Gobierno la tarifa contenida en la Resolución número 15 de 1942, en lugar de la tarifa aprobada en 1941, de valor unitario inferior a la primera.

De manera que, aun prescindiendo de estudiar el punto de la influencia que pueda tener en la aplicabilidad del artículo 40 del Código Judicial la circunstancia especial de que el contrato que ha servido de ocasión al pago de lo no debido sea uno de los llamados contratos de **adhesión**, considerados por algunos expositores como cuasi-contratos genuinos, obvio es que la competencia fijada, con carácter de excepcional, en la disposición legal que se acaba de citar no puede extenderse a una acción en la cual no se controvierte, ni la interpretación de un contrato, ni acerca del objeto del mismo, ni acerca de su sujeción como tal contrato, etc., y que por tanto no ha originado controversia sobre contrato alguno, sino directamente y de manera concreta, sobre un cuasi-contrato de pago de lo no debido, según ya hubo de explicarse.

Y no es que se presente como imposible el surgimiento de una acción de pago de lo no debido, instaurado como acción subordinada a la nacida directa y necesariamente del contrato mismo. Tal podría ocurrir, en efecto, cuando, por ejemplo, el **pago de lo no debido** hubiera tenido por explicación una interpretación errónea del contrato, o de alguna de sus cláusulas constitutivas.

Ejemplo el que se acaba de mencionar que está muy lejos de confundirse con el contemplado en el presente proceso, toda vez que aquí el llamado cuasi-contrato de pago de lo no debido no opera por obra de la errónea interpretación de alguna estipulación contractual, que originara el pago por cantidad no debida, sino que se origina —si la pretensión de la parte demandante es fundada— de haber sido exigido y hecho el pago a base de una tarifa de carácter general desde luego, en lugar de otra que se sostiene era la que correspondía aplicar. El contrato en verdad no obra sino a manera de prueba, o de integrante de la prueba de que se cumplió un acto jurídico consistente en el pago por exceso de lo no debido por un exceso en el pago mismo, acto jurídico cuasi contractual de donde directamente procede la acción instaurada.

Podría pensarse, sin embargo, que para los efectos de la competencia privativa en una instancia, que a la Corte asigna el artículo 40 del Código Judicial, basta que la acción nacida de un cuasicontrato haya tenido principio con ocasión de un contrato celebrado en nombre de la Nación, sin que se requiera, por tanto, que la acción instaurada sea en realidad una acción directamente nacida del contrato en sí.

Empero esta interpretación del contenido del artículo 40 del Código Judicial no halla justificación en la naturaleza misma de este precepto.

Se trata, en efecto, de una disposición legal de carácter excepcional, restrictiva del principio jurídico, a toda luz razonable de que, por regla general en los juicios han de existir dos instancias o grados, de manera que una interpretación extensiva de la norma jurisdiccional que trae la disposición legal en consideración tropieza con la grave objeción de conducir ella a la supresión de una de las instancias del juicio, cuandoquiera que tal supresión no puede aceptarse en doctrina sino siempre que esté de por medio especial e inequívoco mandato de parte del legislador.

Principalmente hoy, cuando esta Sala de la Corte conoce en general en segundo grado de los asuntos en que conocen en primera instancia los Tribunales Superiores si en aquéllos es parte la Nación, parece no justificarse que en casos no estrictamente comprendidos dentro del alcance del artículo 40 del C. J. conozca precisamente esta misma Sala en una sola y única instancia y con pretermisión de la primera.

Conduce lo que se deja expuesto a la conclusión de que no es esta Sala de la Corte la llamada a conocer privativamente en única instancia del presente juicio, sino que, de acuerdo con los principios generales (artículos 37 y 76 del C. J.), es el respectivo Tribunal Superior de Distrito Judicial el llamado al conocimiento del negocio en primera instancia; y de su lado la Corte en el segundo grado del juicio.

Cumple observar ahora que en el presente juicio hubo de ser planteado un debate acerca de la competencia de la Corte para conocer del negocio, pero por motivos ajenos a los antes enunciados.

En efecto, el señor Procurador Delegado en lo Civil estimó que el juicio cae, por su naturaleza misma bajo la competencia jurisdiccional contencioso-administrativa y no bajo la jurisdicción de la justicia ordinaria.

En la contestación de la demanda manifestó el expresado señor Agente del Ministerio Público:

"Ya se vio que la Embarcaduría Oficial, al cobrar los fletes en la forma en que lo hizo, dio aplicación a la Resolución Nº 15 de 1942 procediendo, por tanto, en forma estrictamente legal. Existiendo aquella Resolución, que modificaba el valor de los fletes establecidos por la Resolución Nº 85 de 1941, la Embarcaduría Oficial tenía que aceptar lo dispuesto en la Resolución posterior y hacer los cobros de acuerdo con lo establecido en ella.

"Ahora bien: si el demandante estima que la Resolución Nº 15 de 1942 adoleció de determinadas fallas que no le permitieron entrar realmente en vigencia, quedando, por tanto, sin aplicación sus disposiciones, es lo cierto que la acción procedente para cualquier reclamo intentado por la aplicación de aquella resolución, era una acción administrativa tendiente a obtener la anulación de la misma resolución. Si el pago se hizo con fundamento en la Resolución Nº 15 citada, y el demandante considera que tiene derecho a la repetición de lo pagado, la única vía legal que tenía era demandar la nulidad de la mencionada resolución, **ante la justicia administrativa,** para dejar, en esa forma, sin fundamento legal alguno el pago hecho a la Embarcaduría Oficial.

"Es claro que si la justicia administrativa declara nula la resolución Nº 15, el actor tendría derecho a la repetición de lo pagado en exceso; pero no es menos claro que mientras tal nulidad no haya sido declarada, aquella resolución está en pie —para los asuntos anteriores al 24 de agosto de 1944— y los pagos hechos con fundamento en ella han sido efectuados con arreglo al derecho.

"En este juicio, la parte demandante no ha pedido la declaración de nulidad de la resolución Nº 15 de 1942, ni podría hacerlo ante esa H. Corte por no ser competente para tal efecto la justicia ordinaria; por lo mismo, la repetición de lo pagado con base en la mencionada resolución no puede efectuarse.

"Por tal aspecto, sería a la justicia administrativa, y no a la ordinaria, a la que correspondería anular la Resolución Nº 15 y ordenar a favor de la parte actora, la devolución de las sumas a que se refiere la demanda. Por el mismo aspecto, habría una evidente incompetencia de jurisdicción de esa H. Corte para decidir este asunto".

Por su parte el demandante, refiriéndose en uno de sus alegatos finales a este tema sobre jurisdicción, expone lo siguiente:

"El señor Procurador Delegado, Dr. Quiñones Neira, al contestar la demanda quiso poner en tela de juicio la competencia de la Corte para conocer en esta instancia, alegando que la Compañía demandante debió pedir la nulidad de la Resolución Nº 15 de 1942 ante el Consejo de Estado. En síntesis el argumento del señor Procurador consistió en confundir la "no aplicación" con esta providencia, con una supuesta inaplicabilidad", que sería cosa muy distinta. En efecto, tanto en la contestación de la demanda como en el alegato de conclusión todo gravita sobre argumentaciones como ésta: "Ahora bien; si el demandante estima que la resolución Nº 15 de 1942 adoleció de determinadas fallas que no le permitieron entrar realmente en vigencia, quedando por tanto sin aplicación sus disposiciones, es lo cierto que la acción procedente para cualquier reclamo intentado por aplicación de aquella resolución, era la acción administrativa tendiente a obtener la anulación de la Resolución Nº 15 de 1942, etc.". En esto hay una confusión fundamental por parte del señor Procurador, confusión que puedo analizar así:

"**Primero.**—La demanda no ha tratado en caso alguno de la **inaplicabilidad,** ni de vicios que afectaran la Resolución 15. En absoluto. La única referencia que hace a esta Resolución puede verse en el hecho octavo, que dice: "...el recargo a que se refiere el hecho anterior no se justifica en modo alguno **por una pretendida aplicación** de la Resolución 15..." Esta referencia no alude en modo alguno a defectos intrínsecos de la Resolución;

"**Segundo.**—La demanda se basa en que se dio una aplicación viciosa, o errada, a esa resolución, porque mientras se prescindió de su parte principal, sí se aplicó lo accesorio, como lo demostraré más adelante;

"**Tercero.**—Al contrario de lo que afirma el señor Procurador Delegado, a la Compañía demandante no le daña el texto de esa Resolución sino que en ella está uno de los fundamentos jurídicos de su acción;;

"**Cuarto.**—Pretender que las Compañías Unidas tenían que demandar la nulidad de la resolución 15, para repetir lo pagado indebidamente, sería tanto como pretender que un demandante cualquiera, que se hubiese sentido ofendido con el incumplimiento de un contrato, fuera a pedir la nulidad de los artículos del Código Civil en que, precisamente, se apoya su derecho.

Otro aspecto de la confusión en que ha caído el señor Procurador está en haber involucrado técnicamente la naturaleza de los "actos administrativos. En efecto, el alegato de conclusión del señor Procurador trata de apoyar su tesis en los artículos 34, 66, 67 y 68 de la Ley 167 de 1941, cuya sola lectura aclara el error del mencionado funcionario. Estos artículos se refieren a la nulidad de los decretos, resoluciones y demás actos administrativos de las autoridades, en cuanto sean procedimientos de esos funcionarios en desarrollo de sus atribuciones de derecho público. Pero no de los actos que ciertos funcionarios tienen que desarrollar, como en el caso del Embarcador Oficial, a virtud del cumplimiento de un contrato oficial con particulares".

Planteada así por las partes esta cuestión de competencia entre la justicia ordinaria y la justicia de lo contencioso-administrativo, ¿corresponderá a la Corte definirla en la presente providencia?

Para contestar este interrogante la Corte considera:

Tal como fue presentada la acción en la demanda resulta ser cierto, según la exposición ya hecha, que el demandante no ha debido dirigirse en tales condiciones, en primera y única instancia ante la Corte. Le correspondía en esas condiciones hacerlo en primer grado ante el Tribunal de Distrito Judicial.

Reconocido este hecho jurídico, la Corte aparece no estar investida en el juicio de la competencia necesaria para definir el fondo del negocio. Pero, además, esa ausencia de competencia se extiende dentro de este negocio a la imposibilidad jurídica de definir el conflicto de jurisdicción, de si este género de asuntos corresponde a la justicia ordinaria, o corresponde, por el contrario, a la justicia contencioso-administrativa.

Hay lugar a observar que la Corte debe colocarse en estos momentos en la posición que le correspondería adoptar si hoy se tratara de dictar auto de admisión de la demanda instaurada, y ya que la nulidad que ha de declararse habría de cubrir el auto mismo de que se acaba de hablar.

La negativa de esa admisión necesariamente habría de fundarse ante todo, considerados los términos de la demanda, en que la acción en sí misma no proviene de un contrato sino del caso de **pago de lo no debido,** el cual implica un cuasicontrato. Y que, por consiguiente, la Corte carece de jurisdicción para conocer del asunto en única instancia, que fue la promovida ante ella.

El hecho de que la parte demandada, con posterioridad a la admisión de la demanda, haya suscitado una cuestión de otro orden sobre competencia, diversa en absoluto de la que ha podido refinirse en el acto mismo de la admisión de la demanda, presentada como iniciación de un litigio de derecho privado, no le confiere competencia a la Corte para decidir ahora, en instancia única, ese nuevo tema, aunque sea también de índole jurisdiccional, pero que es diversa, como ya se dijo, a la que inicialmente y ante todo le impedía y le impide conocer del negocio.

Se comprende así que, planteado el debate en la demanda mediante la introducción de una acción de derecho privado basada en el **cuasi-contrato de pago de lo no debido,** las voces mismas de la demanda rectamente llevan hoy a la Corte al reconocimiento de que de ese género de acciones no conoce la Sala en única instancia. Mas tal reconocimiento inhibe a la Corporación de seguir ocupándose en otros temas que es posible puedan llevar también a la inhibitoria, pero para ser tratados y definidos con fuerza obligatoria requeriríase el que no se hubiera presentado motivo tan radical de incompetencia como el que se acaba de mencionar y que, dentro de su propia actuación necesariamente ha de ser de examen previo por parte del juez del conocimiento en el juicio instaurado.

Se comprende por lo que se deja expuesto que hay lugar a declarar la nulidad del presente juicio, por incompetencia de la Sala para conocer del asunto en instancia única,, nulidad que comprende desde el auto de admisión de la demanda.

Se observa de otro lado que las complejas características de la acción intentada y la circunstancia de que de antemano el Tribunal Superior de Barranquilla se había declarado incompetente para conocer de este asunto indican que no existe base firme para imputar culpa a cargo del demandante por la presentación de la demanda en instancia única ante la Sala, ni a cargo de los dos Magistrados de esta Sala a quienes ha correspondido la sustanciación del negocio ante ella, y de ahí que no haya lugar a la condenación en costas que prevé el artículo 458 del Código Judicial.

Por último, la nulidad de que se viene hablando, por hallarse en el juicio como parte demandada la Nación y representarla en su nombre el señor Agente del Ministerio Público y por tratarse de un caso de incompetencia de jurisdicción de carácter improrrogable, es nulidad en principio no sujeta a ratificación y de ahí que haya lugar a declararla en la presente providencia. (Artículo 460 del C. J.).

En tal virtud la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, declara nulo este juicio por incompetencia de jurisdicción a partir del auto de admisión de la demanda.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

PENSION DE UN MIEMBRO DE LA RAMA JURISDICCIONAL

Existiendo los libros de decretos de nombramientos y de actas de posesión, comprobantes que pueden llamarse principales, no hay razón para suplirlos con atestaciones de simple referencia a libros de decretos y de posesiones existentes en el archivo de la oficina. Es verdad que el artículo 332 del C. J. les asigna autenticidad a las certificaciones de los funcionarios judiciales cuando lo autoriza la ley y cuando no queda dato sobre la ocurrencia de determinado hecho por ante tales funcionarios. De donde se infiere que si el dato original existe, no tiene por qué acreditarse con certificaciones de referencia. Lo que consta en archivos ha de acreditarse con copias formalmente expedidas, con lo cual se evitan abusos y se da mayor fuerza a las comprobaciones.

Ni la ley 6ª ni la 71 de 1945 deroga ni reforma la disposición que prevé el retiro por merma de la capacidad para el trabajo.

La ley 71 de 1945 no exige entre los requisitos para merecer la pensión el de la carencia de recursos. Los términos empleados en el Decreto Nº 2480 de 1945 dejan comprender que a quien solamente disfruta de un sueldo proveniente de servicios en el Organo Judicial o Rama Jurisdiccional no se le puede tener como rentado. Así pues, debe reputarse como carente de renta a quien cuenta apenas con la asignación o sueldo que se le paga por servicios en la Rama Jurisdiccional.

El empleado que se limita a demandar el reconocimiento de la pensión para gozar de ella una vez separado del empleo, puede hacerlo. El artículo 9º de la ley 89 de 1931 lo permite, y la Corte lo ha creído posible en el entendimiento de que el pensionado pierde la pensión por el hecho de devengar otro sueldo.

Siendo evidente que cuando la demanda se presentó estaba vigente la ley 6ª de 1945 y aún no lo estaba la 7ª del mismo año que redujo la pensión al 75% del último sueldo devengado, es preciso atender a la ley que le dio fundamento a la demanda y que les garantizaba a quienes estaban en las condiciones previstas en ella un derecho que la justicia no puede desconocer. Esta ha sido la doctrina sostenida por la Sala en fallos recientes.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

A favor de don Tulio Guerrero decretó el H. Tribunal Superior de Buga una pensión mensual de doscientos dos pesos con ochenta centavos, con la aclaración de que la Caja de Previsión Social debe hacer el pago "desde el día en que el señor Guerrero G. cese en sus funciones de Juez 2º Municipal de Tuluá, y siempre que con posterioridad a ese día no continúe devengando sueldo del Tesoro Público".

"A fin de que la Corte Suprema de Justicia tome en cuenta la tesis planteada por la Fiscalía del Tribunal de Buga en su concepto de 16 de abril último, sobre el hecho de haber quedado modificado el ordinal c) del artículo 2º de la Ley 22 de 1942 por el ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6ª del corriente año, punto que se abstuvo de resolver el H. Tribunal" apeló el señor Fiscal del proveído de diez y seis de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco, concesorio de la pensión. Después el mismo funcionario quiso desistir de la apelación, pero no fue admitido el desistimiento a instancia del señor Procurador Delegado. Así que, surtido el traslado de ordenanza, y fijado el negocio en lista, lo que ahora le corresponde hacer a la Sala es considerar las razones que el H. Tribunal **a quo** tuvo para otorgar la pensión, y verificar luego la conformidad o inconformidad de ellas con las disposiciones de la ley.

Que el demandante llenó todas las exigencias que la ley 22 de 1942 y su decreto reglamentario imponen para la prosperidad de una solicitud de pensión de empleado del Organo Judicial, es el

motivo básico del pronunciamiento que el H. Tribunal hizo a favor de don Tulio Guerrero.

El señor Procurador Delegado impugna ese motivo y hace una detenida exposición sobre las circunstancias que en su concepto, impiden que se le otorgue al señor Guerrero la pensión que solicita.

Conviene recordar que el demandante en su libelo dijo: "Sirven de fundamento en derecho a esta demanda lo que disponen los artículos 2º y siguientes de la Ley 22 de 1942 en relación con el artículo 1º de la misma como fue sustituído por el artículo 73 de la Ley 6ª de 1945. Invoco así mismo lo que disponen los artículos 1º y siguientes del Decreto 2840 de 1942, reglamentario de la Ley 22 del mismo año".

De acuerdo con la Ley 22 invocada, los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y los de lo Contencioso Administrativo, tienen, al retirarse del ejercicio de sus cargos, derecho a una pensión mensual equivalente a la mitad del mayor sueldo que hubieren devengado en el desempeño de un puesto en propiedad durante un año por lo menos.

Y los requisitos para gozar de la pensión de retiro, conforme a la ley 22, son los siguientes:

"a) Haber servido al país en los puestos de que trata el artículo anterior por un término no menor de veinte años. En este término de servicio se contará y acumulará el que se hubiere prestado en uno o varios destinos.

b) Haber observado buena conducta.

c) Haber llegado a la edad de sesenta años, aun cuando en esa época haya dejado de ejercer el cargo. Pero si reuniere las demás condiciones, podrá gozar de los beneficios del artículo anterior, aunque no tuviere sino cincuenta años, cuando, careciendo en absoluto de renta, demostrase que su capacidad para el trabajo profesional, a juicio de facultativos médicos, se hallare sensiblemente disminuída.

d) Carecer de medios para la congrua subsistencia".

Puede agregarse que quien goza de la pensión puede perderla por haberse hecho merecedor de pena de prisión o presidio y por devengar otro sueldo del tesoro público (artículos 3º y 4º).

Tiempo de servicio.—Para acreditar que ha completado el tiempo de servicios en la Rama Jurisdiccional, ha traído don Tulio Guerrero los comprobantes que aparecen agregados del folio 7 al 19 v. del cuaderno principal.

Según ellos, por diez y siete años, nueve meses y cinco días, desempeñó el señor Guerrero la Secretaría del Tribunal Superior de Buga. Así resulta de las copias de los Acuerdos y de las posesiones respectivas. Ese es el período de mayor duración de los servicios continuos.

La Fiscalía del H. Tribunal de Manizales, hecho el estudio de las pruebas sobre el tiempo de servicios, dijo al respecto: "en realidad el señor Guerrero ha acreditado sus servicios en el Organo Judicial por un lapso de más de veinticinco (25) años, aún sin contar el tiempo que ha desempeñado el cargo de Juez Municipal en la ciudad de Tuluá". Y el Tribunal agregó: "que don Tulio Guerrero G. fuera empleado del Organo Judicial por espacio mayor de veinte años, no queda duda alguna, desde luego que ello resulta evidente con sólo confrontar el tiempo que sirvió los cargos de Secretario del Juzgado de este Circuito (más de cinco años, fls. 12 v. a 14) y de Secretario de este Tribunal (más de diez y siete años, fls. 16 a 19)".

La Corte observa:

Respecto del servicio prestado por el señor Guerrero en la Secretaría del Juzgado de Circuito de Buga, solamente obran las copias de los decretos expedidos en 11 de agosto de 1915 y 2 de julio de 1917, y las posesiones correspondientes. Faltan las copias de los demás decretos de nombramiento y de las correspondientes diligencias de posesión.

¿Pueden suplirse los comprobantes que faltan con certificaciones de simple referencia a libros de Decretos y de Posesiones existentes en el archivo de la oficina? Existiendo los libros de Decretos de nombramientos y de Actas de Posesión, comprobantes éstos que pueden llamarse principales, no hay razón para suplirlos con atestaciones de simple referencia.

Es verdad que el artículo 332 del C. Judicial les asigna autenticidad a las certificaciones de los funcionarios judiciales cuando lo autoriza la ley y cuando no queda dato sobre la ocurrencia de determinado hecho pasado por ante tales funcionarios. De donde se infiere que si el dato original existe, no tiene por qué acreditarse con certificaciones de referencia. Lo que consta en archivos ha de acreditarse con copias formalmente expedidas, con lo cual se evitan abusos y se da mayor fuerza a las comprobaciones.

Se ha hecho esta observación, para que no aparezca que la Corte admite pruebas supletorias, a pesar de existir las principales. Porque, por lo demás, ha comprobado suficientemente el señor

Guerrero que sirvió el Juzgado Municipal de Buga por un año, diez meses y veintinueve días. Y, como respecto de los años de 1915 y 1917 sí hay prueba completa de que sirvió la Secretaría del Juzgado del Circuito de Buga, la suma de éstos períodos de servicio pasa de los veinte años exigidos por la Ley 22 tántas veces citada.

La buena conducta.—Ningún reparo han hecho los representantes del Ministerio Público respecto de esa condición. La acreditan testimonios contestes de abogados, uno de ellos ex-Magistrado del Tribunal de Buga.

La edad.—La partida de nacimiento de don Tulio Guerrero asentada en la Iglesia Parroquial de Tuluá el 27 de septiembre de 1887, demuestra que al instaurar la demanda, había pasado de cincuenta y siete años. En el mes de septiembre de 1947 ajustará los sesenta años que la ley 22 exige para el goce de la pensión de retiro.

Disminución de la capacidad para el trabajo.—Precisamente por no haber completado los sesenta años el señor Guerrero, pretende que se tenga en cuenta que carece en absoluto de renta y que su capacidad se halla sensiblemente disminuída para que se le aplique el ordinal c) del artículo 2º, en su parte final.

El señor Fiscal fue de opinión de que ese numeral está modificado por el ordinal b) del artículo 17 de la Ley 6ª de 1945, y que de ser ello así, está por demás la documentación relativa a la disminución de capacidad para el trabajo. La Procuraduría no comparte esa opinión del señor Fiscal. En cambio, opina que como el demandante Guerrero disfruta de un sueldo como Juez Municipal que "le suministra lo necesario para su congrua subsistencia, debe concluírse que no tiene derecho a la pensión que solicita, por no haber demostrado el requisito de que trata el ordinal d) del artículo 2º y por no ser aplicable a su caso la disposición contenida en el artículo 4º de la misma Ley 22".

La Corte comparte la opinión del señor Procurador en cuanto dice que a los empleados del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, los ampara hoy el estatuto contenido en la Ley 22, ideado para los funcionarios de esos organismos.

De jubilación de Magistrados y Jueces hablan disposiciones dispersas en distintas leyes, como la 29 de 1905, la 12 de 1907, la 102 de 1927 y la 116 de 1928. Ninguna de esas leyes extiende expresamente el beneficio a los empleados subalternos. Y cuando se expidió la legislación social que quiso tutelar primero a los empleados particulares y después a los empleados oficiales, reconociéndoles el auxilio de cesantía, el de retiro por enfermedad, o lesión, etc., nada se proveyó en ese sentido para la Rama Jurisdiccional y el Ministerio Público. Este vacío inexplicable en la legislación, vino a llenarlo la Ley 22 de 1942. El mismo título de la ley deja ver que con ella se creó un estatuto especial para funcionarios del Organo Judicial, del Contencioso Administrativo y del Ministerio Público.

Las leyes 6ª y 71 de 1945 mantienen la pensión de retiro para los funcionarios de esas dependencias. Ninguna de las que últimamente se han nombrado deroga ni reforma la disposición que prevé el retiro por merma de la capacidad para el trabajo.

Que el señor Guerrero padece de una notable y permanente disminución para el trabajo tanto físico como intelectual, lo conceptúan facultativos médicos designados al efecto por el H. Tribunal y juramentados en la forma legal. Ese concepto fue rendido primeramente ante el Juez Municipal de Tuluá por los doctores Marco A. Barrientos y Antonio Escobar. Y como observara el señor Fiscal que los facultativos debían designarse de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5º del Decreto Nº 2.840 de 1942, el Tribunal procedió de conformidad y obtuvo el que aparece al folio 27, que, puesto en conocimiento de los interesados, no mereció ningún reparo.

Pobreza del peticionario.—El Recaudador de Hacienda Nacional de Tuluá certifica que el señor Guerrero no figura como contribuyente por concepto de renta, patrimonio ni exceso de utilidades; que se le ha exonerado siempre de esos impuestos por no causar gravamen la renta de que disfruta ni el patrimonio.

¿Le incumbía al fallador considerar si el sueldo proveniente del puesto ocupado por el señor Guerrero en el momento de elevar su solicitud de pensión se puede tener como renta que le estorbe o aminore el derecho a obtenerla?

La Corte advierte que en la actualidad rige la ley 71 de 1945, que no exige entre los requisitos para merecer la pensión, el de la carencia de recursos. Pero en la fecha de la instauración de la demanda (abril 4 de 1945) sí estaba vigente la 22 de 1942 con su decreto reglamentario (2840 del mismo año). Los términos empleados por el Ejecutivo en éste, dejan comprender que a quien solamente disfruta de un sueldo proveniente de servicios en el Organo Judicial no se le puede tener

como rentado. En efecto: "La carencia de renta se probará —dice el artículo 6º del Decreto citado— con un certificado expedido por el Administrador o Recaudador de Hacienda Nacional, en donde conste que el peticionario no tiene renta gravable, **o que sólo disfruta de la proveniente del puesto que ocupa en el Organo Judicial, en el Ministerio Público o en lo Contencioso Administrativo".** (Subraya la Sala).

Si de acuerdo con tal reglamento debe reputarse como carente de renta no solamente a quien no la tiene en cuantía suficiente para aparecer en los cuadros de la Recaudación de Hacienda Nacional, sino que debe reputarse como carente de renta a quien cuenta apenas con la asignación o sueldo que se le paga por servicios en la Rama Jurisdiccional, no es aceptable en esa parte la opinión del señor Procurador Delegado cuando dice en su vista de fondo: "el demandante Guerrero G. no carece en absoluto de renta, ya que actualmente goza de la renta derivada de su trabajo, como Juez Segundo Municipal de Tuluá".

Surge ahora otra cuestión; a saber; ¿el empleado que reune todos los requisitos legales estará impedido para demandar su pensión por el hecho de estar aún en el ejercicio de funciones oficiales?

A esto se responde: Si pretendiera que al sueldo ordinario se le agregara la pensión, la demanda no podría progresar, por una razón de orden constitucional: la de que nadie puede en Colombia recibir más de una asignación que provenga del tesoro público (artículo 64 de la Constitución). Pero, si se limita a demandar el reconocimiento de la pensión para gozar de ella una vez separado del empleo, sí puede hacerlo. El artículo 9º de la Ley 89 de 1931 lo permite, y la Corte lo ha creído posible en el entendimiento de que el pensionado pierde la pensión por el hecho de devengar otro sueldo. (Fallo de 20 de agosto de 1946. —Sala de Negocios Generales—).

Estuvo, por tanto, bien hecha la salvedad contenida en la parte final de la providencia que se revisa, y que dice que la pensión decretada a favor de Guerrero debe pagarse desde el día en que "cese en sus funciones de Juez Municipal de Tuluá, y siempre que con posterioridad a ese día no continúe devengando sueldo del Tesoro Público".

La cuantía.—El señor Recaudador Principal de Hacienda Nacional de Buga certifica, como puede verse al folio 2 del expediente, que el mayor sueldo devengado por el señor Guerrero en sus años de servicios fue el de doscientos dos pesos con ochenta centavos ($ 202.80) . . . Y como el demandante se acoge a lo dispuesto en el artículo 73 de la Ley 6ª de 1945, el H. Tribunal acepta esa cuantía para fijar la pensión que al señor Guerrero ha de pagarse.

El señor Procurador Delegado no hizo observación al respecto. Y siendo evidente que cuando la demanda se presentó estaba en vigencia la mencionada ley 6ª y aún no lo estaba la 7ª de 1945 que redujo la pensión al 75% del último sueldo devengado, es preciso atender a la ley que le dio fundamento a la demanda y que les garantizaba a quienes estaban en las condiciones previstas en ella, un derecho que la justicia no puede desconocer.

Esta Sala ha sostenido la misma doctrina en recientes providencias, como las de marzo veintidós, mayo dos y mayo siete de mil novecientos cuarenta y seis.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en desacuerdo con el señor Procurador Delegado en lo Civil, y administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA el fallo apelado.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán— Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRACONTRACTUAL. INFLUENCIA DE LA SENTENCIA PENAL EN EL PROCESO CIVIL

El artículo 39 de la ley 169 de 1896 ha sido reemplazado por el 28 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938). Según éste, si la infracción no ha existido, no habría sobre qué basar la acción civil; si la persona sindicada no es el autor, no podría hacerse efectiva una reparación sin la correspondiente imputabilidad, y si obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legal, ello significa que el acto tendría un carácter de legitimidad, lo que excluye toda idea de indemnización. Esto está diciendo cómo es prudente estudiar a fondo las cuestiones decididas en la vía penal y su verdadero alcance, para no incidir en un conflicto de decisiones. Y esta doctrina es aplicable, aunque se trate de responsabilidades reflejas, o sea, cuando una persona responde por los actos de otra. Ello debe ser así, porque el fundamento legal es el mismo, de un lado, y de otro porque la disposición no autoriza distinciones al respecto. Acorde con el artículo citado está el III ibídem que está pregonando que si la actividad culposa origina dos clases de acciones, los juzgadores civiles o administrativos no pueden dictar fallos hasta que el proceso penal haya sido decidido. Goza así esta última vía de prioridad por ser más amplias las facultades de investigación de que están dotados los funcionarios de la rama penal, cuya misión es buscar la verdad real de los acontecimientos. En varios de sus pronunciamientos la Sala de Negocios Generales ha considerado que en tales condiciones es procedente la suspensión del juicio civil, no tanto por razones de cosa juzgada, sino para evitar contradicciones entre dos decisiones jurisdiccionales.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Valois Arce, como apoderado de los señores Joaquín, Jesús, Antonio, Elías, María del Tránsito, María de las Mercedes y Lázaro Gómez, demandó al Departamento de Antioquia para que se decidiera lo siguiente:

"a) El Departamento de Antioquia es civil y extracontractualmente responsable del daño sufrido por los actores con motivo de la muerte de Ignacio Gómez, acaecida el día 15 de marzo de 1940 en un accidente de tránsito del Ferrocarril de Antioquia.

"b) En consecuencia, se condena al Departamento de Antioquia a pagar a los demandantes el valor de aquellos perjuicios, la cuantía de los cuales se fijará en el curso del juicio o en el de las diligencias especiales que procedan para el cumplimiento de la sentencia".

La tragedia ocurrió así:

El día 15 del mes y año precitados, cuando una locomotora del Ferrocarril de Antioquia, manejada por el señor Roberto Villegas, estaba efectuando cambios a una distancia de 91 metros de la Estación Cisneros, de la población del mismo nombre, fue atropellado el señor Ignacio Gómez, quien, a causa del siniestro, falleció el mismo día.

Los hechos básicos de la demanda pueden sintetizarse así:

1º El señor Ignacio Gómez, soltero, hermano de los actores, ganaba $ 60.00 mensuales, como comisionista y mandadero y con el producto de su trabajo atendía a la congrua subsistencia de éstos.

2º Murió víctima del siniestro que se ha narrado.

3º Gozaba de buenas condiciones físicas, intelectuales, morales y sociales.

4º El Ferrocarril es una empresa perteneciente al mencionado Departamento de Antioquia.

5º El accidente se debió a culpa del maquinista, que manejaba la locomotora número 36, o al riesgo inherente a una actividad peligrosa, en el momento en que el Ferrocarril se movía en horas nocturnas.

6º El maquinista tiene varios procesos pendientes por accidentes de esta clase.

7º La locomotora estaba efectuando cambios cuando ocurrió la tragedia en que pereció el señor Gómez, quien se hallaba cerca a la carrilera esperando a un amigo, el señor Alejandro Echavarría.

8º En el perímetro urbano, donde se desarrolló el acontecimiento, el Ferrocarril no tiene guardas ni barreras, como lo exigen los artículos 8º, 9º y 10º de la ley 76 de 1920.

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, al descorrer el traslado de la demanda, no convino en la parte histórica del libelo ni en las declaraciones solicitadas, y propuso, fuera de la excepción innominada, la de ilegitimidad de la personería de los actores.

El Tribunal **a quo**, en sentencia de 7 de noviembre de 1944, desató así la litis:

"Declárase que el Departamento de Antioquia está en la obligación de pagar a María del Tránsito, y María Mercedes Gómez Gómez, como indemnización de los perjuicios materiales que sufrieron por la muerte de su hermano Ignacio Gómez Gómez, acaecida por causa del accidente de que habla la sentencia, la suma de doscientos veinticinco pesos ($ 225.00).

2º Declárase que el Departamento de Antioquia debe pagar a cada uno de Jesús Antonio (sic), José Lázaro, José Joaquín, María del Tránsito y María de las Mercedes Gómez Gómez, por razón de perjuicios morales sufridos por causa de la muerte de su hermano Ignacio Gómez Gómez, la suma de cien pesos ($ 100.00).

"3º No se hacen las demás declaraciones solicitadas en la demanda".

El fallo fue apelado por el señor apoderado de los demandantes, pero aunque la consulta no se ordenó expresamente, ésta procede, ya que en aquella providencia se declaran obligaciones a cargo de un Departamento. (Art. 508 del C. J.).

Llegados los autos a la Corte, se dio al negocio la tramitación legal, siendo ya la oportunidad de decidir, agotada como está la actuación.

Antes de entrar al estudio de las cuestiones planteadas en el libelo, es forzoso resolver, como punto preliminar, lo relativo al problema que fluye de la siguiente certificación allegada al proceso, a petición del señor apoderado de los actores:

"Juzgado Segundo Superior—Medellín, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y dos.

'Auxíliese y devuélvase...

'El suscrito Secretario del Juzgado 2º Superior, en cumplimiento del auto anterior, informa:

"Que en el sumario que en este Juzgado cursa contra Roberto Villegas, por el delito de homicidio, iniciado por el señor Alcalde Municipal de Cisneros el 15 de marzo de 1940, figura como ofendido el señor Ignacio Gómez, y según constancia de los libros está en poder del señor Fiscal para concepto de fondo.

"Medellín, noviembre dos de mil novecientos cuarenta y dos. — El Secretario, (aquí la firma)".

Hay hechos, como el de que trata el anterior certificado, que pueden dar lugar a dos acciones: una, para la imposición de una sanción penal al responsable, y otra, para la indemnización por los perjuicios.

Disponía el artículo 39 de la ley 169 de 1896 que la acción civil para la reparación del daño causado por un delito podía intentarse por separado, y en tal evento, el ejercicio de la acción civil quedaba en suspenso hasta que se hubiera fallado definitivamente sobre la acción criminal. Bajo el imperio de tal norma, un fallo proferido con pretermisión de ella, se enervaba, conforme a la jurisprudencia tradicional, por una excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

Hoy rigen otras disposiciones. En efecto, el artículo 28 del nuevo procedimiento penal (ley 94 de 1938), dice:

"La acción civil no podrá proponerse ante el Juez civil cuando en el proceso penal se haya declarado, por sentencia definitiva o por auto de sobreseimiento definitivo que estén ejecutoriados, que la infracción en que aquélla se funde no se ha realizado, o que el sindicado no la ha cometido, o que obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima". Vale decir que si la infracción no ha existido, no habría sobre qué basar la acción civil; si la persona sindicada no es el autor, no podría hacerse efectiva una reparación sin la correspondiente imputabilidad, y si se obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legal, ello significa que el acto tendría un carácter de legitimidad, lo que excluye toda idea de indemnización.

El análisis que antecede está diciendo cómo es prudente estudiar a fondo las cuestiones decididas en la vía penal y su verdadero alcance, para no incidir en un conflicto de decisiones. Y esta doctrina es aplicable, aunque se trate de responsabilidades reflejas, o sea cuando una persona responde por los actos de otra. Ello debe ser así, porque el fundamento legal es el mismo, de un lado, y de otro, porque la disposición no autoriza distinciones al respecto.

Acorde con el transcrito artículo existe el II ibídem, cuyo contexto es como sigue:

"Cuando en el curso de un proceso civil administrativo se presentare algún hecho que puede considerarse como delito perseguible de oficio, el Juez o funcionario correspondiente dará noticia de él inmediatamente a la autoridad competente, suministrándole todas las informaciones del caso y acompañándole copia autorizada de los autos y documentos conducentes.

"Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiera influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva e irrevocable".

Este artículo está pregonando que si la actividad culposa origina dos clases de acciones, los juzgadores civiles o administrativos, no pueden dictar fallos hasta que el proceso penal haya sido decidido. Goza así esta última vía de prioridad, por ser más amplias las facultades de investigación de que están dotados los funcionarios de la rama penal, cuya misión es buscar la verdad real de los acontecimientos.

En varios de sus pronunciamientos, esta Sala de Negocios Generales ha considerado que en tales condiciones es procedente la suspensión del juicio civil, no tanto por razones de cosa juzgada, sino para evitar contradicciones entre dos decisiones jurisdiccionales.

Cierto es que en el libelo se acusa al Departamento de no tener guardas ni barreras en el sitio de la tragedia, lo que induciría a estimar que por este aspecto la culpa corresponde directamente a la entidad oficial, sin necesidad de subordinarla a la actividad del maquinista. Así las cosas se diría que la responsabilidad, desde este punto de vista, podría enfocarse independientemente de la investigación criminal. Empero, tal razón sólo tiene cierta fuerza aparente, si se considera que, a pesar de todo, el accidente pudo ser causado sólo por culpa del conductor, por un caso fortuito, por obra de un tercero y aún por la culpa de la víctima, circunstancias que requieren la completa información que ha de llegar a los autos en las providencias de los juzgadores penales.

En providencia de 29 de agosto de 1945, dijo esta Sala:

"Ahora bien, la ley sólo ha querido y previsto que en tal evento la actuación civil se suspenda, en una palabra, que no se decida antes de que exista un pronunciamiento con título definitivo e irrevocable por parte de la jurisdicción que tiene la competencia legal de fijar la responsabilidad del indiciado penalmente. No que el proceso civil termine, que es cosa enteramente distinta; y de ahí que la actuación idónea para alcanzar los fines de la ley no puede ser la de reconocer la existencia de una pretendida excepción de petición antes de tiempo porque ello equivaldría a declarar que la demanda civil ha sido prematuramente instaurada, lo cual no es jurídicamente exacto como se ha visto, desde luego que no hay obstáculo procesal de ningún género para que se ejerciten simultáneamente los dos juicios. No siendo pues, legalmente fundado este medio procesal, habrá que buscar un sistema distinto que, conforme con los propósitos de la ley, al mismo tiempo que impida la colisión entre los dos fallos, produzca simplemente el efecto de suspender temporalmente el negocio civil, para poderlo reabrir una vez conocida la decisión firme del Juez del crimen. Por lo que dentro de este orden de ideas encuentra su exacta aplicación el artículo 11, tantas veces mencionado, si a solicitud de parte como ocurre en el negocio **sub judice**, u oficiosamente por la Sala se decreta suspender el trámite del asunto, o sea la abstención de dictar un pronunciamiento de fondo hasta tanto no concluya la actuación penal y se traigan al expediente las constancias correspondientes que no pueden ser otras que el auto de sobreseimiento con fuerza definitiva o la sentencia con carácter de firme".

Podría agregarse que para esta suspensión no es necesaria una solicitud de parte, y que podría hacerse uso de ella aún de oficio, supuesto que la norma consagrada en el mencionado artículo II es de orden público, ya que tiende a evitar conflictos de fallos que desprestigiarían la justicia.

Aparte de estos motivos, el mismo apoderado de los actores hizo llegar al expediente el certificado que ha servido de base a la Sala para las observaciones que se han hecho.

Con todo, es indispensable, **ad efectum videndi**, y como fundamento para el pronunciamiento posterior, hacer venir a los autos la prueba indispensable. Ello obedece a principios de lógica procesal que exige que los asuntos no se demoren indefinidamente .

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, resuelve:

1º Suspender el presente juicio hasta que se dicte sentencia irrevocable o auto de sobreseimiento definitivo en el proceso penal adelantado contra

Roberto Villegas con motivo de la muerte de Ignacio Gómez, acaecida en Cisneros el 15 de marzo de 1940.

2º Solicítese del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín y del Juzgado 1º Superior de la misma ciudad copia de las providencias de primera y segunda instancia, respectivamente, que se hayan proferido o se profieran en la forma indicada en el ordinal primero del presente auto.

Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Demanda de inconstitucionalidad de la Ley 100 de 1945, "por la cual se aprueba un contrato sobre explotación de materiales preciosos en el río Telembí"—No se admite la demanda de inexequibilidad de esa ley 2

Inexequibilidad del artículo 4º del Decreto número 672 de 1946.—Se declara inconstitucional el artículo acusado. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 4

Salvamento de voto de los Magistrados Eleuterio Serna y Ramón Miranda a la sentencia anterior 7

Acción de inexequibilidad de la Ley 66 de 1944 y del Decreto 2184 de 1945.—Se abstiene la Corte de decidir la demanda de inexequibilidad por no ser de su competencia. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 9

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de indemnización de perjuicios.—Fusión de sociedades.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, proferida en el juicio ordinario por Rodrigo Díaz Granados contra la "Magdalena Fruit Company", sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 11

Acción de resolución de un contrato de compraventa.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por la Sociedad Constructora del Tranvía Intermunicipal por la carretera de Oriente contra Julio Ramírez Urrea, sobre resolución de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 19

Impedimento—Nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida en el juicio sobre separación de bienes promovido por Ester Rosero de Hidalgo contra Rosendo Hidalgo. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 25

Reivindicación de bienes sociales hecha por herederos de uno de los cónyuges que, sin consentimiento del otro, vendió bienes raíces de la sociedad bajo el imperio de la Ley 28 de 1932—Buena fe—Máxima "error communis" — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por los herederos de Delfina Rodríguez de Rozo contra Abraham Aparicio Romero, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta 28

Acción de perjuicios.—Violación de ley.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio seguido por Luis A. Muñoz Vieira contra Alejo Santamaría, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 37

Acción petitoria de pago de una suma de pesos, dirigida contra varios herederos de un deudor.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio seguido por Manuel Castro B. contra los herederos de Próspero Márquez y Soledad Acevedo de Márquez, sobre pago de una suma de pesos. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 41

Acción para el pago de una suma de pesos. Se casa la sentencia proferida por el Tri-

Págs.

bunal Superior de Pasto en el juicio ordinario seguido por Matilde Guerrero de Guerrero y su hija Stella contra la herencia de Luis D. Guerrero, sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 47

Acción de nulidad de un contrato—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Eliécer Rojas contra María Eduarda Rojas de Escandón y Cipriano y Emma Julia Escandón Rojas sobre nulidad de un contrato. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 55

Acción petitoria de pago de perjuicios morales.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Luis E. Tobón y Carolina Zapata contra el doctor Belisario Agudelo Duque sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 58

Acción de nulidad de una partición y de reivindicación. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Heliodoro Quintana Uribe contra Manuel Rentería Ponce, Georgina Ponce de Rentería y otros, sobre nulidad de una partición y reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 62

Acción de filiación natural.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta, proferida en los juicios acumulados de Néstor Emilio, Hilda Rosa y Elena Felicia Munive contra Rosa Huguet de Munive y otros. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 67

Partición.—Se declara inadmisible el recurso de casación intentado.—Se declara inadmisible el recurso intentado por Cesáreo Rico en la partición de bienes sucesorales de Faustino Rojas. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 78

Págs.

Acción de filiación natural—Investigación de la paternidad. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario sobre filiación natural promovido por María de la Cruz Sánchez contra Juan de Dios Alzate. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo.. 81

Acción de simulación de un contrato—Fuerza probatoria de las escrituras públicas—Apreciación de indicios.—Causal segunda de casación—No se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario seguido por Octavio Fuentes contra José Miguel Peñuela, Antonio Angarita, Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero y otros sobre simulación de un contrato. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo..... 90

Reivindicación.—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario promovido por Santos Pacheco contra Julia María Vargas sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 100

Reivindicación.—Condena en costas.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, proferida en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por José del Carmen Carvajal contra José Abelardo García e Isabel Parra. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 105

Acción de perjuicios.—Responsabilidad de las personas jurídicas por sus actos ilícitos.— No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por el doctor Emilio Salas Salazar, como apoderado de Carmen Salazar de Paredes, Elisa Paredes y otros contra el Municipio de Bogotá sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 110

Acción de perjuicios. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario promovido por Tulia

Págs.

Saavedra contra la "Empresa Eléctrica Industrial del Quindío, S. A.", sobre indemnización de perjuicios por culpa. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 118

SALA DE CASACION PENAL

Apoderado de la parte civil en el proceso. Se sobresee definitivamente en favor del doctor José Gabriel Vargas, Magistrado del Tribunal Superior de Popayán, por los cargos que se le imputaron. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 122

Requisitos para configurar el delito de abuso de autoridad por abandono del cargo por parte de un funcionario público.—Se confirma el auto consultado del Tribunal Superior de Cartagena. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 125

Interpretación del artículo 36 del Código Penal.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Manizales por la cual se condenó a Guillermo Orozco Henao por corrupción de menores. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 127

Competencia dé la Corte para el conocimiento de los delitos de responsabilidad. — Se inhibe la Corte de conocer del denuncio dado contra el Magistrado del Tribunal de Buga, doctor Primitivo Vergara Crespo, por calumnia. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 131

Irregularidades en la tramitación del sumario. — Interpretación del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal. — Nulidad sustancial del proceso por no haber figurado en él la madre del menor procesado.— Se declara nulo lo actuado en el proceso seguido contra Alfonso Ochoa Velásquez, por homicidio en la causa a que fue sometido por el Tribunal Superior de Medellín. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 133

Inadmisibilidad de la causal 2ª de casación. Se niega el recurso de casación interpuesto contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de San Gil que condenó a Jesús Santos Silva por el delito de homicidio. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 137

Elementos constitutivos del delito de lesiones personales. — Se invalida la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en la causa seguida contra Arturo Marín Cifuentes. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 140

Intervención del ministerio público en el proceso penal. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en la causa seguida a Ernesto Montoya Fonnegra, por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Domingo Sarasty M. 149

Influencia de los celos sobre la voluntad.— Interpretación de la frase "grave anomalía psíquica" empleada por el artículo 29 del Código Penal.—Noción jurídica moderna de la responsabilidad penal.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en la causa seguida contra Leonor González v. de Rodríguez por homicidio.—Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 154

Juzgamiento de los Fiscales de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial por la Corte Suprema de Justicia.—Se revoca el auto reclamado proferido en el sumario seguido contra el doctor Rafael Flórez Camacho, Fiscal del Tribunal Superior de Bucaramanga. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 166

Delitos de peculado y falsedad.—Se condena a Pedro Alvarez Peña como responsable de peculado y falsedad, según los cargos que se le dedujeron en el auto de proceder del Tribunal Superior de Pamplona. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez.. 169

Sobreseimiento definitivo. — Noción jurídica de prevaricato—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Miguel A. Vence por los cargos que se le imputaron como Ma-

Págs.

gistrado del Tribunal Superior de Santa Marta. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 177

Causal 2ª de casación en materia penal.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en la causa por homicidio contra Abel María Orrego Zapata. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 180

Causal 2ª de casación—Cuándo puede decirse que el veredicto es contradictorio.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en la causa contra Juan de Dios Bulla Chabur por tentativa de homicidio. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 182

Recusación de un Magistrado.—Se declara separado al doctor Miguel A. Roa Medina, Magistrado del Tribunal de Tunja, del conocimiento del proceso seguido a Marco Tulio Murcia. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 185

Homicidio intencional. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en la causa contra Arnulfo o Arnolfo Muñoz Gil por homicidio. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola.... 187

Se confirma el auto de proceder por el delito de concusión.—Se confirma el auto de proceder en el sumario seguido contra Pedro Alvarez Peña por el delito de concusión y se ordena sacar copia de lo conducente para la investigación por el delito de abuso de autoridad. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola..... 190

Recurso de hecho. — Se niega el recurso de casación interpuesto por Gilberto Gil Arenas contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga que confirmó la del Juzgado 3º de esa ciudad por el delito de fuga. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 193

Por haber intervenido en la política el Juez acusado, se confirma la sentencia recurrida. Se confirma la sentencia del Tribunal Superior de Pasto contra el doctor Julián Silva, por intervención en la política, siendo Juez del Circuito de Barbacoas. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola... 194

Solicitud sobre cambio de radicación de un sumario.—Emite la Sala concepto desfavorable a la solicitud sobre cambio de radicación del proceso contra Alejandro y Salomón Vargas Insignares, seguido en Barranquilla. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 199

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Recurso de súplica.—Se mantiene el auto suplicado del Tribunal Superior de Manizales en el juicio seguido por el doctor Gilberto Alzate Avendaño contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda.. 202

Caución de saneamiento—Se confirma el auto del Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio ejecutivo seguido por Virginia H. de Ripoll contra el Departamento del Atlántico. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 204

Aviso sobre exploración de petróleos. — Entrega de bienes realengos.—Posesión de tierras adjudicadas.—Se declara infundada la pretensión de Marco T. Mendoza Amarís y del Municipio del Cerro de San Antonio sobre exploración y explotación de petróleos en ese Municipio. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock 207

Negación de pruebas.—Se ordena tener como pruebas las solicitadas por el doctor Pedro Gutiérrez Mejía en el juicio seguido por él como apoderado de Jorge y Alvaro Valencia Torres en el juicio a que se alude. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R... 229

Solicitud de aclaración de una sentencia. — Nacionalidad colombiana. — "Jus soli"—No se hacen las aclaraciones solicitadas por el Procurador Delegado en lo Civil a propósito de la demanda sobre pérdida de la na-

Págs.

cionalidad colombiana instaurada contra Schwartau Eskieldsen. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 233

Acción de dominio de una finca raíz—Se confirma la sentencia apelada en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Joaquín Demetrio Barrientos contra la Nación. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 238

Interpretación del artículo 270 del Código Judicial—Se confirma el auto proferido por el Tribunal Superior de Manizales en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios seguido por el doctor Gilberto Alzate Avendaño contra la Nación, el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales y otros. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 241

Salvamento de voto de los Magistrados Aníbal Cardoso Gaitán y Ramón Miranda a lo dispuesto en el auto anterior..... 249

Acción petitoria de carencia de valor del Decreto número 200 de 30 de enero de 1942, sobre tarifas de las compañías eléctricas, y de indemnización de perjuicios.—Contratos administrativos de tipo francés—Se absuelve a la Nación de los cargos formulados por las Compañías Colombiana de Electricidad, Compañía de Hielo de Santa Marta y Compañía de Energía Eléctrica de Honda, sobre no aplicación de determinados Decretos y sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Víctor Cock..... 251

Salvamento de voto del Magistrado Dr. Aníbal Cardoso Gaitán a la sentencia anterior 266

Acción petitoria de pago de una suma de pesos por concepto de sueldos devengados por un maestro de escuela.—Se confirma la sentencia recurrida, proferida en el juicio ordinario promovido por Ulpiano Urrea contra el Departamento de Antioquia sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 271

Revisión de las sentencias de jubilación en lo tocante a la cuantía que establezcan nuevas leyes.—Se revoca la sentencia apelada del Tribunal Superior de Bogotá sobre pensión del señor Benigno Perilla V. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán. 275

Acción de restitución por pago de lo no debido.—Se declara la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción.—Se declara nulo lo actuado en el juicio seguido por la Sociedad denominada "Compañías Unidas de Transportes, S. A." contra la Nación, ante la Sala de Negocios Generales, sobre pago de lo no debido. Magistrado ponente, Dr. Tulio Gómez Estrada..... 279

Pensión de un miembro de la Rama Jurisdiccional.—Se confirma el fallo apelado del Tribunal Superior de Buga por el cual decretó una pensión de jubilación a favor de don Tulio Guerrero. Magistrado ponente, Dr. Germán Alvarado 286

Acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual.—Influencia de la sentencia penal en el proceso civil.—Se ordena suspender el juicio seguido ante el Tribunal Superior de Medellín por Joaquín, María del Tránsito, María de las Mercedes y Lázaro Gómez contra el Departamento de Antioquia, sobre responsabilidad civil por un accidente de tránsito. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 290

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
BOGOTA

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 LXI BOGOTA COLOMBIA, NOVIEMBRE - DICIEMBRE DE 1946. NUMEROS 2040 - 2041

SALA PLENA

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 35 DE LA LEY 7ª DE 1945 EN SU INCISO FINAL

El propio contexto de la ley indica que no se ha coartado el derecho que tengan los miembros del Congreso para intervenir en la formación de las leyes por la circunstancia de que durante el segundo debate no les sea posible introducir ninguna modificación al texto de los proyectos, sino limitar su actividad a discutirlo en forma global adoptándolo o rechazándolo. Lo que ha sucedido con la nueva reglamentación es que se ha establecido un orden riguroso de formación en el proceso de creación de una ley a partir de la presentación del proyecto en la respectiva Cámara. Ordenar una situación para obtener fines más rápidos, mejor encauzados y más sujetos a la técnica, no significa que se coarte el derecho que tengan los representantes del pueblo para intervenir en la formación de una ley. Tan exacto es esto que el mismo Estatuto acusado sí provee el derecho a intervenir por los miembros del Congreso en forma que puedan modificar, sustituir, reemplazar o enmendar un proyecto que se encuentre en tramitación para ser adoptado; lo que pasa es que no en todo momento durante ese proceso será posible hacerlo. Tan no se coarta la libertad sobre iniciativa de los congresistas que, aparte del derecho de intervención que se les confiere a su debido tiempo —primer debate— existen, para quienes no hayan concurrido a la discusión inicial, el derecho de impugnar el proyecto en su totalidad o solicitar que se discutan uno o varios artículos con el objeto de que con la demostración de las incongruencias de que pueda adolecer, regrese nuevamente a primer debate dentro del seno de la respectiva comisión permanente o de otra, según la ordenación que se consagra por los artículos 36, 37 y 38 de la ley 7ª de 1945. No encuentra la Corte, por consiguiente, que exista incompatibilidad constitucional alguna entre el artículo 79 de la Constitución Nacional y el artículo 35 de la ley 7ª de 1945. Se trata, como ya se dijo, de una simple reglamentación sobre la manera como se forman las leyes, que no contiene por parte alguna restricción o impedi-

mento para que los miembros del Congreso puedan intervenir en el proceso de su elaboración.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Los doctores Guillermo Peñaranda Arenas y Hernando Uribe Cualla, ciudadanos en ejercicio y vecinos de la ciudad de Bogotá, invocando el derecho consagrado por el artículo 147 de la Constitución Nacional y por lo dispuesto en el artículo 30 del Código Judicial han solicitado de la Corte Suprema de Justicia que se "declare la inexequibilidad del artículo 35 de la ley 7ª de 1945 en su inciso final", que dice lo siguiente:

"En el segundo debate no puede introducirse ninguna modificación al texto de los proyectos y debe decidirse sobre ellos aprobándolos o improbándolos".

Según los demandantes, el inciso antes transcrito "viola el artículo 72 de la Constitución Nacional que dice:

"Las leyes pueden tener origen en cualquiera de las dos Cámaras, a propuesta de sus respectivos miembros o de los Ministros del Despacho. Pero no serán llevadas a la discusión de la Cámara respectiva sino después de ser consideradas y aprobadas en primer debate en la correspondiente comisión permanente".

Los fundamentos expresados para apoyar la petición, son los siguientes:

"Consideramos que el texto acusado o sea el inciso final del artículo 35 de la Ley 7ª de 1945 viola lo dispuesto por el artículo 72 por cuanto limita el derecho de los Parlamentarios que "no pueden introducir ninguna modificación al texto de los Proyectos.

"El artículo constitucional concede a los "miembros" de las Cámaras un amplio derecho de discusión, sin limitación alguna, y el texto acusado coarta la libertad de los miembros del Congreso no solamente para discutir sino para presentar cualquier iniciativa, mejorando lo propuesto por la comisión permanente o corrigiendo los errores del proyecto.

"En la interpretación de la disposición que acusamos de inexequible se ha llegado ya al extremo de negar a los parlamentarios el derecho al uso de la palabra sobre el debate que suscite cada artículo, concediendo apenas un debate global, lo que equivale a sustituír el todo por la parte o sea el congreso por las comisiones permanentes".

De la demanda anterior se dio traslado al señor Procurador General de la Nación, quien en su vista correspondiente se expresa de manera contraria a lo solicitado y considera con diversas razones que el artículo acusado de la ley 7ª de 1945 no es violatorio del artículo 79 de la Constitución Nacional, y que por consiguiente la Corte Suprema de Justicia debe pronunciarse por la exequibilidad.

Se considera:

Por virtud del Acto Legislativo número 1º de 1945, el Constituyente modificó el sistema de formación de las Leyes suprimiendo el tercer debate que de conformidad con el procedimiento anterior era necesario para la adopción definitiva de un Proyecto de Ley. Además, se estableció en esa forma que, en lo sucesivo, los Proyectos de Ley son estudiados, analizados y discutidos en primer debate en el seno de una de las Comisiones Permanentes creadas para el futuro(artículo 9º del Acto Legislativo Nº 1º de 1945, hoy artículo 79 de la nueva Codificación); cumplido este requisito, el Proyecto pasa a las Cámaras respectivas para que sufran la tramitación del segundo debate (artículo 81 de la Constitución).

En desarrollo de los anteriores preceptos a cuyo sometimiento estaban obligados los legisladores de 1945, que coincidencialmente y en forma parcial, fueron también los autores de la reforma constitucional de 1945, se dictó la Ley 7ª del mismo año "sobre régimen interno de las Cámaras" que en su artículo 1º dispuso lo que en seguida se copia:

"Artículo 1º Adóptanse provisionalmente, con fuerza de ley, los reglamentos que actualmente rigen para el Congreso, para el Senado y para la Cámara, en cuanto no se opongan a las normas de la presente Ley, y mientras no se expida la que debe reemplazar en forma permanente dichos Reglamentos".

Por medio de los artículos 2º y 3º, se estatuyó:

"Artículo 2º En cada Cámara, durante el funcionamiento del Congreso, habrá Comisiones de las siguientes clases:

a) Constitucionales Permanentes.
b) Legales Reglamentarias.
c) Accidentales".

"Artículo 3º Tanto en el Senado como en la Cámara de Representantes funcionarán las siguientes Comisiones Constitucionales Permanentes:

"**Primera.**—Compuesta de quince miembros en el Senado y de treinta y tres en la Cámara, a la cual corresponderá conocer de: Reformas Constitucionales; Reglamentos del Congreso y de las Cámaras; Expedición y modificación de Códigos en todos los ramos de la legislación; división territorial; Régimen político y municipal; Policía.

"**Segunda.** — ....."

Vistos los antecedentes que se acaban de mencionar sobre el nuevo sistema de "Formación de las Leyes", es menester recordar los motivos inspiradores de semejantes innovaciones.

En primer lugar, como es sabido, de acuerdo con la Constitución Nacional vigente antes de las enunciadas enmiendas, un Proyecto adquiría la categoría definitiva de Ley una vez que hubiera sufrido la extensa travesía de los tres debates reglamentarios en cada una de las Cámaras Legislativas. Tal método, después de muchos años de aplicación, vino a reputarse inconveniente por engorroso, dilatado y a veces tan estéril que hacía naufragar en una tarea fragorosa el entusiasmo y la actividad y aún la inteligencia de los representantes del Pueblo dedicados a la noble misión de regular por medio de esa institución de progreso que es la ley, apremiantes necesidades colectivas sólo enmendables por esa vía. Era necesario reemplazar ese lento proceso en la formación de las leyes por otro más adecuado, rápido y a la vez técnico en su forma y en su contenido. Al sustentar esta iniciativa, el entonces Ministro de Gobierno Dr. Alberto Lleras Camargo, hubo de expresarse en los siguientes términos:

"El Congreso es el más alto cuerpo político, y es el representante de la Nación. Su buen funcionamiento, su seriedad, el orden con que discuta las leyes y las vote, se reflejan sobre el país, y se reflejan sobre las leyes. La gente no cree en las leyes que adivina votadas atropelladamente, al través de los debates que se pueden seguir por el micrófono. Se llega a pensar que todo es accidental, caprichoso, incierto en las determinaciones del Congreso. Es preciso que el Parlamento sea un cuerpo ordenado. Ningún esfuerzo en este sentido dejará de redundar en prestigio de una institución que por estas razones formales y por subversivas razones de fondo, es combatido con intensidad y, por desgracia, con resultados en la conciencia popular. ..."Las leyes tienen hoy tres debates. Se supone que en el primero se discute la conveniencia de legislar sobre la materia. Pero no ha ocurrido así, sino excepcionalmente. Los primeros debates son un trámite vano, como lo son, generalmente, los terceros. No debe haber trámites vanos en el Congreso. El pueblo no entiende que se hagan actos inútiles, y se siente engañado cuando los presencia. Se puede, pues, suprimir un debate y organizar el trabajo parlamentario para que los otros dos sean efectivos. Uno, el primero, en las comisiones especiales; otro, el segundo, en la Cámara respectiva, con toda la extensión que sea aconsejable. Las comisiones, instrumento insuperable de trabajo, donde se puede acumular el mayor esfuerzo técnico de que sea capaz el Congreso, han de tener una vida más activa y una función constitucional precisa, porque hoy no operan, son también un trámite vano, en lo general. Al debate de la Cámara plena no debe llegar nada sin estudio, sin haber sido medido, pesado, refutado, discutido, para evitar la oratoria estéril que disfraza la falta de información"... "Las comisiones trabajarían en público, como las Cámaras. No sería forzoso que la Cámara plena se reuniera diariamente. Debería hacerlo un cierto número de días a la semana, para destinar el resto al trabajo de las comisiones. La atención parlamentaria, así dividida, así especializada, se concentraría más. La ley sería más técnica. El esfuerzo sería más eficaz".

Todas estas ideas del vocero del Gobierno fueron aceptadas por el Constituyente y en tal fuerza, hubieron de prevalecer en la enmienda. Era necesario, por lo demás, reglamentar por medio de la ley, la forma práctica como debieran integrarse las comisiones Permanentes del Congreso y la manera como ante él podrían usarse de la iniciativa parlamentaria con respecto a la manera de formar y crear las leyes. Fue el mismo legislador de 1945 que a su vez, por lo menos parcialmente, actuó de Constituyente el que expidió la ley 7ª del mismo año sobre régimen interno de las Cámaras en la cual se regulan aquella iniciativa parlamentaria y la manera práctica como se hacen las leyes por medio de las comisiones; por lo tanto, hay que suponer que un mismo espíritu, una misma intención prevalecieron al actuar como Constituyente y como Legislador el

Congreso de 1945, y que los más fieles intérpretes de la Constitución en aquella época debieron ser quienes con brevísima posterioridad actuaron como Legislador común.

El señor Procurador General de la Nación, observa muy atinadamente lo siguiente:

"En primer término, es incuestionable que el Constituyente otorgó al Congreso la facultad de dictarse su propia reglamentación y que toda reglamentación de una actividad implica necesariamente una limitación de ésta en beneficio del resultado final.

"En segundo lugar, si se examina detenidamente la ley 7ª y se relaciona el inciso acusado con el conjunto de la misma, se verá que la reglamentación en ella contenida en manera alguna arrebata el derecho que cada uno de los congresistas tiene para intervenir en la discusión de los proyectos de ley; lo único que se hace es ordenar esa intervención en forma distinta de la acostumbrada, para obtener los fines buscados por la reforma constitucional, los cuales han quedado claramente expuestos atrás, en las citas hechas".

Evidentemente, el propio contexto de la ley indica que no se ha coartado el derecho que tengan los miembros del Congreso para intervenir en la formación de las leyes por la circunstancia de que durante el segundo debate no les sea posible introducir ninguna modificación al texto de los proyectos sino limitar su actividad a discutirlo en forma global adoptándolo o rechazándolo.

Lo que ha sucedido con la nueva reglamentación es que se ha establecido un orden riguroso de formación en el proceso de creación de una ley a partir de la presentación del proyecto en la respectiva Cámara. Ordenar una situación para obtener finalidades más rápidas, mejor encauzadas y más sujetas a la técnica, no significa que se coarte el derecho que tengan los representantes del pueblo para intervenir en la formación de una ley. Tan exacto es esto que el mismo Estatuto acusado sí provee el derecho a intervenir por los miembros del Congreso en forma que puedan modificar, sustituír, reemplazar o enmendar un proyecto que se encuentre en tramitación para ser adoptado; lo que pasa es que no en todo momento durante ese proceso será posible hacerlo. El legislador ha determinado en qué momento es posible la intervención de los congresistas para que ejerciten su cooperación. En efecto, una vez que el proyecto ha sido estudiado por el ponente y llevado a la Cámara en sesión pública con el respectivo informe para que se abra el primer debate, es publicado en los Anales del Congreso al siguiente día. Abierto el primer debate, se inicia la discusión, artículo por artículo, inciso por inciso —si así fuere solicitado— y es precisamente en esa etapa cuando no solamente los miembros de la Comisión sino los de toda la Cámara respectiva y los Ministros del Despacho Ejecutivo pueden intervenir introduciendo aquellas modificaciones que crean convenientes (artículos 11 a 18 de la Ley 7ª de 1945). He aquí la importancia de la publicación del proyecto con su correspondiente informe en los Anales del Congreso: noticiar a todos los miembros de la Cámara respectiva para que tomen parte en forma ordenada y **en el momento oportuno en la discusión del proyecto.**

La noticia dada a todos los miembros de la legislatura mediante la publicación en los Anales, es la advertencia que se les da para que se hagan parte en las discusiones que han de adelantarse en la correspondiente Comisión Permanente y para que contribuyan con su inteligencia y conocimiento a que la ley sea purificada de errores hasta donde sea posible o complementada en las cuestiones que la necesidad exija. La falta de intervención en el proceso de formación de una ley, no emana de la ley 7ª que, por el contrario, es muy previsora. Si la ley no contuviera ese elemento de ordenación en la discusión de los proyectos, sucedería simplemente que no solamente se volvería al anticuado sistema de legislar, sino que se incurriría en un defecto peor como sería el de realizar por dos veces la discusión pormenorizada del mismo proyecto, una vez dentro del seno de la Comisión, otra dentro de la respectiva Cámara. No fue ésta, precisamente, como atrás se observó, la intención del legislador ni la del Constituyente.

Pero es más, tan no se coarta la libertad sobre iniciativa de los congresistas que, aparte del derecho de intervención que se les confiere en su debido tiempo —primer debate— existen para quienes no hayan concurrido a la discusión inicial el derecho de impugnar el proyecto en su totalidad o solicitar que se discutan uno o varios artículos con el objeto de que con la demostración de las incongruencias de que pueda adolecer, regrese nuevamente a primer debate dentro del seno de la respectiva comisión permanente o de otra, se-

gún la ordenación que se consagra por los artículos 36, 37 y 38 de la misma ley 7ª.

No encuentra la Corte, por consiguiente, que exista incompatibilidad constitucional alguna entre el artículo 79 de la Constitución Nacional y el artículo 35 de la ley 7ª de 1945. Se trata, como ya se dijo, de una simple reglamentación sobre la manera como se forman las leyes, que no contiene por parte alguna restricción o impedimento para que los miembros del Congreso puedan intervenir en el proceso de su elaboración.

Por las razones anotadas, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, ejercitando la atribución que le confiere el artículo 214 de la Constitución Nacional y de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, **resuelve:** no es inexequible el artículo 35 de la ley 7ª de 1945.

Publíquese, notifíquese, cópiese, dése aviso al Ministerio de Gobierno, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

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. Eleuterio Serna R. — Arturo Tapias Pilonieta— Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO DR. JOSE ANTONIO MONTALVO

No sin temor de ser yo el equivocado, me atrevo a disentir del resto de mis ilustres e ilustrados colegas acerca de la exequibilidad del artículo 35, Ley 7ª de 1945, inciso final.

La disposición acusada prohibe introducir modificación alguna a los proyectos de ley cuando se sometan para segundo debate a la consideración de las Cámaras Legislativas, y ordena que en tal debate apenas se decida sobre el proyecto de ley aprobándolo o improbándolo.

El artículo 76 de la Constitución, sobre atribuciones del Congreso, principia con estas palabras: "Corresponde al Congreso hacer las leyes". Verdad es que el artículo 80 de la Carta dispone que en cada Cámara habrá, además de las Comisiones que establezca el Reglamento, las permanentes encargadas de "tramitar las modificaciones que se introduzcan a toda clase de proyectos, y de aprobar en su seno los mismos en primer debate".

Como lo expresa el fallo, el Constituyente de 1945 suprimió el tercer debate de los proyectos de ley; y puesto que sustituyó el primer debate de las Cámaras por el que se les dé en las Comisiones permanentes, la intervención de las Cámaras en la expedición de las leyes quedó reducida a un solo debate, el segundo.

En ninguna parte dice la reforma constitucional, ni aparece en la historia de ésta, que el Constituyente hubiera querido mermar a los Senadores y Representantes la libertad de discusión de los proyectos de ley ni coartar el poder de la Cámara en pleno para los segundos debates.

Por el contrario: en la exposición hecha por el Ministro de Gobierno, doctor Alberto Lleras Camargo ante el Congreso, que la Corte transcribe, se lee lo siguiente: "Se puede, pues, suprimir un debate y organizar el trabajo parlamentario para que los otros dos sean efectivos. Uno, el primero, en las Comisiones especiales; otro, el segundo, en la Cámara respectiva, con toda la extensión que sea aconsejable".

De manera que los antecedentes mismos de la enmienda constitucional muestran cómo el espíritu de ella no fue el de suprimir o mermar el segundo debate de las leyes sino más bien concentrar en tal debate toda la libertad y amplitud necesarias para que cada Cámara lo discuta.

Y es innegable que en esa discusión puede ser tan esencial modificar un artículo como hablar respecto de él.

Los términos a que la reforma constitucional redujo la actuación de cada Cámara en la expedición de las leyes no pueden ser restringidos todavía más por el legislador so pretexto de reglamentar la Constitución, pues al hacerlo así no la desarrolla simplemente sino que la adiciona.

Supóngase que el Senado discute un largo proyecto de ley y que hay opinión formada respecto de la necesidad de aprobarlo, pero en el curso del segundo debate se demuestra la inconveniencia de dos artículos. Al tenor de la disposición acusada hoy ante la Corte, el Senado se verá en el dilema de aprobar la totalidad del proyecto no obstante ver con absoluta claridad que aquellas dos disposiciones serán de nocivos resultados, o tendrá que negar en su totalidad el proyecto, dejando de expedir una magnífica ley, para evitar que en el texto de ella salgan incorporados los dos artículos cuya aprobación debe evitarse a todo trance.

La disposición de la ley 7ª de 1945 acusada como inconstitucional socava la esencia misma del Parlamento pues, saliéndose de la Constitución, sustituye **totalmente** las Cámaras por las Comisiones.

Al reformar la Constitución para tecnificar el trabajo del Congreso no se quiso ir tan lejos. Me parece que en este caso el legislador ha suplantado al Constituyente cometiendo un doble atentado: contra el poder de cada Cámara de aprobar o negar no meramente en bloque sino artículo por artículo un proyecto de ley, y el derecho y la defensa de las minorías parlamentarias para las cuales será prácticamente imposible obtener en la solemne y pública discusión de las leyes, que se modifiquen o que se nieguen en parte los proyectos aprobados por las Comisiones permanentes erigidas, así, por el legislador de 1945, en otras Cámaras o, más claro, en las verdaderas Cámaras legislativas, todo lo cual tuerce la intención del Constituyente.

Bogotá, junio seis de mil novecientos cuarenta y seis.

José Antonio Montalvo

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DEL ARTICULO 5º DEL DECRETO LEGISLATIVO Nº 1361 DE 1942

Habiendo desaparecido el texto legal acusado por derogación expresa que de él hizo el artículo 14 de la ley 45 de 1942, no hay base para resolver sobre la petición hecha.

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

El doctor Ignacio Rodríguez, ciudadano colombiano con cédula número 1.209.475 expedida en Bogotá, en ejercicio del derecho que le concede el artículo 214 de la Constitución Nacional, solicita se declare inexequible el artículo 5º del Decreto Legislativo número 1361 de 1942, pues considera que la citada disposición viola la Carta fundamental.

El artículo acusado dice:

"Artículo 5º—Establécese un impuesto equivalente al 3% del valor de las ventas que realicen los siguientes establecimientos industriales a partir de la publicación en el **Diario Oficial** del presente Decreto: Fábricas de Hilados y Tejidos de algodón, lana y seda; ingenios azucareros; fábricas de cerveza y fábricas de cemento".

Cuando aún no se había terminado el trámite de la demanda la ley 45 de 1942, el mismo año en que se dictó el artículo cuya inconstitucionalidad se pide, dijo en su artículo 14 lo siguiente:

"Artículo 14.—Los impuestos sobre ventas establecidas por medio del Decreto 1361 de 1942, quedan suprimidos a partir del 1º de enero de 1943".

De la confrontación de los dos textos transcritos se observa que el artículo 14 de la Ley 45 de 1942 derogó expresamente el artículo 5º del Decreto Legislativo número 1361 del mismo año, cuya inexequibilidad se demanda.

Por tanto, habiendo desaparecido el texto legal cuya acusación dio fundamento a esta demanda, la Corte resuelve no decidir sobre la petición hecha.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, Sala Plena, DECLARA que no hay materia para decidir sobre la inconstitucionalidad del artículo 5º del Decreto Legislativo número 1361 de 1942.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y comuníquese al señor Ministro de Hacienda y Crédito Público.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado—Francisco Bruno — Pedro Castillo Pineda—Tulio Gómez Estrada—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 — Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DA UNA AUTORIZACION AL GOBIERNO NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES". (PROYECTO DE LEY QUE DECLARA DE UTILIDAD SOCIAL LA ADQUISICION DE UN TERRENO DENOMINADO "MONTECRISTO", UBICADO EN B/QUILLA).

(Como la Corte acoge para su decisión la misma doctrina sentada en sentencia de fecha 14 de diciembre de 1945, a su extracto jurisprudencial, nos referimos.

El Relator de la Corte.

SALA PLENA

Bogotá, octubre cinco de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

En diciembre de 1945 las Cámaras Legislativas enviaron a la Presidencia de la República, para la sanción ejecutiva, el proyecto de ley "Por la cual se da una autorización al Gobierno Nacional y se dictan otras disposiciones".

Dicho proyecto de ley declara de utilidad social la adquisición de un terreno denominado **Montecristo,** ubicado en Barranquilla y en el cual se hallan numerosas viviendas de familias pobres según lo expresan los informes rendidos por las comisiones de las Cámaras Legislativas; se dispone que el Gobierno Nacional adquiera dicho terreno, sea entendiéndose para la compra con sus dueños, sea procediendo a la expropiación; y que una vez adquirido lo traspase al municipio de Barranquilla para que éste, a su vez, lo ceda por lotes, a sus actuales ocupantes.

El Excelentísimo señor Presidente de la República devolvió a las Cámaras el proyecto de ley con mensaje fechado el 26 de diciembre de 1945 que lleva también las firmas del Ministro de Hacienda y Crédito Público y del Ministro de Obras Públicas, mensaje en el cual se expresa así el señor Presidente:

"Ordena el proyecto que la Nación adquiera el lote de terreno denominado "Montecristo", en el cual está edificado el barrio del mismo nombre, de la ciudad de Barranquilla, y que una vez adquirido lo ceda al Municipio de Barranquilla, para los fines que allí se determinan. Entiendo que la cesión ordenada a la Nación implica un típico auxilio regional que, en mi concepto, debe quedar sometido a las disposiciones constitucionales que reglamentan esa materia. Tales disposiciones se encuentran contenidas en los numerales 4, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta.

"Por lo expuesto, muy atentamente, me permito devolveros el mencionado proyecto de ley con objeciones de orden constitucional".

Las objeciones sólo fueron consideradas en la legislatura de 1946: las declaró infundadas la Cámara de Representantes en la sesión del 13 de setiembre último, y el Senado en la sesión del 18 del mismo mes.

El Excelentísimo señor Presidente de la República ha remitido el proyecto a la Corte para que, según lo preceptuado en el artículo 90 de la Constitución, decida sobre la exequibilidad del mismo.

A mayor abundamiento, el señor Presidente de la República ofició sobre el asunto al Procurador General de la Nación con fecha 24 de setiembre último, nota que en sus pasajes esenciales dice así:

"El anterior Gobierno formuló objeciones a numerosos proyectos con fundamento en el artículo 76 de la Carta y la Corte Suprema pronunció fallo de inexequibilidad sobre un proyecto objetado por mi antecesor con base en la citada disposición constitucional.

"La materia constitucional debatida reviste excepcional importancia y para el Gobierno será norma invariable la que adopte la Suprema Corte en esta materia; de consiguiente la oportuna e importante intervención de la Procuraduría en este caso reviste una innegable trascendencia".

Copia del oficio dirigido al Procurador viene agregada al expediente que a la Corte ha enviado el señor Presidente de la República.

Se pasó el asunto, para que conceptuara, al Señor Procurador General de la Nación y este alto

funcionario manifiesta que, en su opinión, el proyecto de ley es inexequible.

Dice lo principal de la vista:

"En concepto del Procurador no cabe duda de que la reforma constitucional de 1945 impuso la sujeción de ciertas leyes a otras, en forma que si el Congreso no acata al expedir la ley subordinada, lo dispuesto en la superior, viola un precepto constitucional. En efecto, el artículo 7º del Acto Legislativo Nº 1 de 1945, establece en su numeral 4º, "entre las funciones que el Congreso ejerce por medio de leyes, la de fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional, y los planes y programas de todas las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse" y en los numerales 19 y 20, las de "decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse, con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas" y "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes". Por modo que hoy sí puede hablarse de leyes ilegales, de leyes violatorias de otras leyes, puesto que las de que tratan los numerales 19º y 20º, tienen que dictarse con arreglo, con estricta sujeción, a lo que dispongan las expedidas conforme al numeral 4º. Y como esta sujeción resulta de expreso mandato constitucional, es en realidad la Constitución la directamente violada en tal hipótesis".

Y termina así:

"No creo que el vocablo empresa debe tomarse en el presente caso interpretado en el restringido concepto de organización comercial o industrial, sino en el de intento o designio de hacer algo importante. En el proyecto, resolver un problema social en la capital del Atlántico.

"Por las breves consideraciones expuestas os pido atentamente que declaréis inexequible el proyecto en cuestión".

Para resolver considera la Corte:

Después de la enmienda constitucional del año de 1945, el Excelentísimo señor Presidente de la República objetó el proyecto de ley por la cual se concedía un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de **Matecaña;** y correspondió a la Corte resolver sobre la exequibilidad de la ley que el Presidente objetaba como inconstitucional.

El problema que ha surgido ahora con motivo de las objeciones formuladas por el señor Presidente de la República a otro proyecto de Ley, el relativo al terreno o barrio de **Montecristo** en Barranquilla, tiene marcada analogía con el que acaba de citarse y acerca del cual pronunció su decisión la Corte el 14 de diciembre de 1945. Por ello conviene rememorar las tesis y argumentos que en esa ocasión se discutieron.

Por primera vez se veía entonces la Corte en el caso de afrontar el estudio comparativo de los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Constitución, para definir en concreto el punto de si la expedición de leyes qué decreten obras públicas o fomenten empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, supone la existencia previa de otras leyes que fijen los planes y programas a que deban someterse la construcción o el fomento de aquellas obras o empresas. A la decisión de la Corte precedieron debates cuya intensidad es bien explicable por la importancia y novedad de la materia. En el breve lapso de seis días que la Constitución señala a la Corte para emitir su fallo en esta clase de negocios, tuvo ella continuas sesiones durante las cuales se discutieron múltiples aspectos del problema y surgieron variados pareceres entre los Magistrados.

Al votarse el fallo en la Corte sobre la ley objetada, la tesis de la exequibilidad no alcanzó la mayoría de votos, el proyecto del ponente fue negado y el asunto pasó a otro Magistrado, quien elaboró nuevo proyecto que la Corte aprobó por mayoría de nueve votos contra siete.

Cuatro argumentos capitales se plantearon en esa ocasión en pro de la exequibilidad: uno relativo a exégesis de la reforma constitucional, otro sobre aplicación diferida de ella; el tercero, de orden hermenéutico, y el último, de carácter práctico o de conveniencia. Pueden resumirse así:

1º Al proponerse y debatirse en el año 1944 la enmienda de la Carta que vino a ser Acto Legislativo número 1º de 1945, el Gobierno propugnó una reforma consistente en que el Estatuto reconociera dos categorías de leyes: orgánicas o normativas las unas, y comunes las otras, obligatorias aquéllas aun para el mismo legislador; no acogió el Constituyente el artículo 69 del proyecto de reforma en que tal cosa se proponía, es decir, no quiso establecer la división de leyes en dos categorías. "Y, decíase, como corolario obligado, negó también que la pugna entre las leyes orgánicas y las comunes generase una controversia de inconstitucionalidad";

2º Pero en el supuesto de que las leyes que de-

creten obras públicas tengan que subordinarse a las normativas donde se fijen los planes y programas, ello debe entenderse tan pronto como estas últimas leyes sean expedidas; y mientras no exista la ley normativa pueden darse leyes comunes sobre la materia sin que sean inconstitucionales puesto que no contrarían la ley normativa, no existente aún;

3º Tratándose de los "planos y programas correspondientes" de que habla el numeral 20º, no ha de entenderse que sean los que se determinen por las leyes normativas, sino los elaborados por la respectiva empresa útil o benéfica, digna de estímulo y apoyo; y

4º La interpretación contraria podría estancar el progreso nacional, pues si no llegara a dictarse la ley normativa no sería posible decretar nuevas obras públicas, y aun cabría pensar que ni siquiera pudiesen continuarse las ya iniciadas.

Pasa la Corte a analizar, aun cuando sea compendiadamente, estas que fueron las principales razones aducidas por los Magistrados que en la ocasión anterior salvaron su voto.

Es de observarse que entre los Magistrados disidentes tampoco hubo conformidad completa de parecer, pues los cuatro argumentos no fueron acogidos de manera unánime por aquéllos, y hubo cinco salvamentos de voto de los cuales sólo uno fue suscrito por varios Magistrados.

Bien explicable esta diversidad de opiniones en problema de semejante trascendencia y que por primera vez se presentaba al estudio y decisión de la Corte:

1º El punto fundamental debatido a propósito del proyecto de ley sobre auxilio para la construcción del aeródromo de Pereira era el de si puede haber leyes a las cuales tenga que someterse el propio legislador en la expedición de otras; o si, por el contrario, considerando que todas las leyes son de igual categoría, y dada la facultad que tiene el legislador de reformar y derogar, aun de modo tácito las leyes anteriores, no es prácticamente inútil la prevención de que al expedir ciertas leyes habrá de hacerlo dentro de las normas previamente trazadas en otras.

Pero es el caso que al formular en definitiva la sentencia de inexequibilidad, no insistió la Corte en la tesis contraria a la fundada en la exégesis de la reforma constitucional. Antes bien, el fallo, a propósito de la división de la ley en normativa y común, dijo lo siguiente:

"No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia".

Así, respecto del argumento exegético de que el Constituyente rehusó establecer una distinción formal entre leyes normativas y leyes comunes, la Corte se limitó en el precitado fallo a sostener que algunas leyes suponen la previa expedición de otras.

Quedó por ello sin base el salvamento de voto del Magistrado a quien ha correspondido hoy redactar la presente sentencia, en la cual se ha visto precisado a rectificar dicho salvamento, que versó exclusivamente, cabalmente, sobre la exégesis de la reforma constitucional.

El orden de precedencia cronológica de ciertas leyes existe no sólo para aquellas a que se refieren los numerales 4º, 19º y 20º, artículo 76 de la Constitución, sino también para otras. No es extraño en la Carta el caso de que la expedición de una ley esté condicionada por la de otra. Así, el artículo 210 dice:

"En el presupuesto no podrá apropiarse partida alguna que no haya sido propuesta a la respectiva Comisión Permanente, y que no corresponda a un gasto decretado por ley anterior o a un crédito judicialmente reconocido.

Y el artículo 78:

"Es prohibido al Congreso y a cada una de sus Cámaras.... 5º Decretar a favor de ninguna persona o entidad gratificaciones, indemnizaciones, pensiones ni otra erogación que no esté destinada a satisfacer créditos o derechos reconocidos con arreglo a ley preexistente, salvo lo dispuesto en el artículo 76, inciso 18º (el numeral que se quiso citar es el 20º de dicho artículo según la actual codificación constitucional).

Por cierto que este último precepto no es una innovación en el derecho constitucional colombiano como que figuraba también, y precisamente era el numeral 5º del artículo 78, en la Carta desde el año de 1886.

Por otra parte, el artículo 80 sí estableció distinción entre unas leyes y otras, al exigir requisitos especiales para la expedición y también para la reforma de aquéllas a que se refieren los numerales 2º, 3º, 4º y 5º del artículo 76. Se propuso sin duda el Constituyente, en materia de reforma de códigos, formación del presupuesto nacional, programas de obras públicas y de fomento de la

economía, y división territorial, decantar la iniciativa para la expedición de leyes sobre tales asuntos, y darles a esas leyes, mediante los requisitos especiales exigidos para reformarlas, mayor estabilidad que a todas las demás.

De modo semejante, las formalidades que los artículos 71 y 92 de la Carta imponen para la expedición de las leyes, tampoco implican cercenamiento de las prerrogativas que natural y afortunadamente corresponden al Congreso en los países de régimen democrático. Así, siempre será potestativo del mismo Congreso dictar las leyes a que se refieren los numerales 2º, 3º, 4º y 5º, artículo 76 de la Constitución, y reformar esas mismas leyes, pero mediante, eso sí, el procedimiento estatuído por el artículo 80.

2º El argumento de que mientras no se expidan las leyes generales sobre planificación y programación, pueden dictarse leyes que decreten una obra pública en particular o que dispongan auxiliar como benéfica a determinada empresa, tiene brillo y fuerza más aparente que real por las siguientes razones:

a) La vigencia de un precepto constitucional no puede darse por diferida si no es en virtud de salvedad expresa de la Carta; y ésta, no hizo en manera alguna tal salvedad respecto de ninguno de los numerales 4º, 19º y 20º del artículo 76; y por el contrario, condicionó el uso por el Congreso de las facultades que le dan estos dos numerales, al ejercicio previo de la que le señaló en el numeral 4º, como en el punto anterior se demostró;

b) Diferir la vigencia de la condición expresada en los numerales 19º y 20º en relación con el numeral 4º, expondría no sólo a hacer nugatoria la enmienda constitucional, realizada por medio de ellos, sino aún más: podría invertirse, prácticamente el mandato de la Carta tomándolo más bien como una invitación a dar leyes dispersas sobre determinadas obras públicas o empresas benéficas (hábito contra el que cabalmente quiso reaccionar la reforma constitucional); y a apresurarse a expedir esas leyes particulares antes de que puedan dictarse las de planificación y programación general. Extremando podría llegar el caso de que estas últimas no se dictaran, precisamente para que pudieran seguirse produciendo las relativas a cada obra o empresa en particular, lo cual llevaría al absurdo de que la facultad dada al Congreso por el numeral 4º no se ejerciera mientras no se hubieran agotado en su ejercicio las facultades de los numerales 19º y 20º;

c) Si el Congreso quiere —como es obvio— expedir leyes que impulsen determinadas obras o empresas, en sus manos está el dar antes las leyes de carácter general que el mismo Congreso, como constituyente, quiso que precedieran a las otras.

Parece que son suficientes estas razones para desechar la tesis de aplicación diferida de la planificación y programación generales elevada a precepto constitucional.

3º En cuanto a la observación consistente en que el numeral 20º del artículo 76 hay que interpretarlo en el sentido de que al decretar el Congreso un auxilio en favor de una empresa útil o benéfica, debe someterse la ley a los planes y programas de la persona o entidad que acomete la empresa y no ésta a los que el legislador determine, el solo enunciado del argumento o proposición hace ver que es infundado.

Si para combatir la división o distinción de leyes en normativas y comunes se habla de que es excesivo considerar que el legislador deba someterse a la ley dada por él mismo con anterioridad, ¿no lo será **a fortiori** pretender que el legislador se someta a un plan o proyecto no emanado del Congreso ni autorizado oficialmente de otro modo?

Por otra parte, el fomento de empresas benéficas suele hacerse por medio de auxilios pecuniarios, y a leyes que decreten esta clase de auxilios es a las que el Constituyente quiso hacer preceder de "los planes y programas correspondientes".

Si esta última locución se entendiera en el sentido de que el legislador debe respetar los planes de la empresa, se habría dicho simplemente algo inútil, pues al legislador puede parecerle bien y entonces decretará el auxilio, o pueden no parecerle bien y entonces no lo decretará; pero no es de suponer en el Constituyente la ingenuidad de ordenarle al legislador que si determina auxiliar a una empresa lo haga sometiéndose a los planes y programas de ella aun cuando no los considere acertados.

Con la interpretación de que es el legislador que fomenta determinada empresa que se dice benéfica quien debe someterse a los planes de ella, y no la empresa quien, por sus planes y programas haya de situarse dentro de las normas previstas por las leyes de planificación y programación generales, podría hasta llegarse a pensar que

una ley es inconstitucional no cuando se halle en desacuerdo con la general que dé las normas o condiciones mediante las cuales pueda otorgarse el auxilio, sino al estar en desacuerdo con los planes de la respectiva empresa, conclusión absolutamente inaceptable.

Hay que despejar un equívoco: lo que el Constituyente ha querido no es que en cada caso particular el legislador dicte una ley de plan y programa para determinada empresa; sino que expida una ley general de fomento de empresas o al menos una ley general para el fomento de cada género de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, en que se determinen las condiciones mediante las cuales la Nación auxiliará a una cualquiera de ellas.

Por ejemplo, en el caso de que se trata, la ley sobre auxilio o fomento de barrios obreros, no con nombre determinado sino con la generalidad que es atributo propio de la ley; ésta podría exigir determinadas condiciones en cuanto al plan de urbanización, el sistema de lotificación y adjudicación de terrenos, las condiciones de construcción, las de pago por cuotas o por sistema de cooperativas, por ejemplo, la ayuda pecuniaria del respectivo municipio, la forma y proporción del auxilio nacional según el progreso de la ejecución de la obra, etc., etc.

El caso concreto, la historia misma del proyecto de ley sobre cuya exequibilidad se pronuncia hoy la Corte muestra con la elocuencia de los hechos cuál es el verdadero sentido del numeral 20º, artículo 76 de la Constitución y cuán fundada es la interpretación que le ha dado la Corte.

El ponente en la Comisión Tercera de la Cámara de Representantes sobre el primitivo proyecto de ley, después de referirse a la deficiencia de información acerca de los títulos de propiedad y derechos del Banco Agrícola Hipotecario como acreedor garantizado con gravamen de aquel terreno, se expresa así:

"En presencia de la situación descrita y teniendo en cuenta que las ocupaciones de hecho de que trata el artículo (se refiere al 1º del proyecto) ofrecen todas las características de una posesión con ánimo de señor y dueño, sería aventurado desechar la posibilidad de que a favor de los ocupantes mencionados se haya consumado el fenómeno de la prescripción adquisitiva de dominio, y que así el Banco, o su deudor hipotecario, hayan perdido su título de propiedad sobre el terreno afectado o sobre algunas partes de él".

La Comisión de la Cámara, atendiendo ésta y otras observaciones del ponente, introdujo modificaciones al proyecto.

En la Comisión Tercera del Senado, el ponente informó de manera favorable al proyecto, acaso en vista de las modificaciones que la Cámara le había introducido. Dice la ponencia:

"La fórmula que el proyecto confronta considero que es juiciosa y acertada, ya que por el artículo segundo se sientan las bases legales para que con el concurso del señor Procurador General de la Nación y de la Contraloría General de la República, se haga un estudio completo que pueda establecer la situación jurídica de los ocupantes del barrio **Montecristo** en Barranquilla". Y más adelante:

"El suscrito senador conoce por percepción personal desde hace mucho tiempo la situación pobrísima del sector de Barranquilla a que se contrae este proyecto. Son todos, sin excepción alguna, obreros, agricultores, campesinos, gente en general, sin ningún medio de vida distinto a su trabajo y viven en pequeñas "mejoras" que es lo único que es de ellos, "mejoras" que en su mayoría están descuajaringadas por la acción del crudo invierno de muchos años y por la imposibilidad material para poder arreglarlas. Por ello, nos parece justo el remedio que este proyecto busca para la solución feliz de aquel viejo problema, y garantizamos que el Congreso hace lo que pudiéramos llamar una sencilla obra de caridad, impartiendo su aprobación a este proyecto".

No podría desconocer la Corte cuán equitativo y conveniente es que la Nación, por vía general, provea al fomento de obras tan benéficas como son las que se proponen dotar de albergue a las familias de obreros, máxime cuando puedan considerarse verdaderamente menesterosas como ocurre, según se dice en el informe de la Comisión del Senado, con el caso del llamado barrio de **Montecristo** en Barranquilla.

Pero aparte de que en el caso de que se trata no está bien claro si la ley favorecería exclusivamente a los ocupantes pobres de aquel barrio, o si con ella vienen a solucionarse más bien dificultades de orden jurídico relacionadas con el crédito hipotecario del Banco Agrícola o con la titulación misma del dominio, es de todas maneras innegable que aquella consideración de elevada política social, no sería suficiente para resolver el problema relativo a la exequibilidad del proyecto

de ley, que es el único punto sometido a la apreciación y fallo de la Corte.

4º La razón de conveniencia nacional.

Cuando una disposición del Estatuto Fundamental es diáfana en su fondo y en su forma y ante la Corte se acusa una ley que pugna con dicho precepto, es obvio que el problema de inexequibilidad se decide por la sola confrontación del artículo constitucional y de la ley demandada como violatoria de aquél, sin que en el estudio y decisión de ese problema meramente jurídico se atienda a razones de conveniencia o inconveniencia, así sean inspiradas por patrióticos sentimientos.

En el estudio de estos problemas se habla del argumento de conveniencia nacional pero es por otro aspecto, a saber, como criterio para interpretar la Constitución. En el caso de que se trata: si no pueden darse leyes de fomento a determinadas obras públicas o empresas mientras no se hayan expedido leyes generales de planes y programas para unas y otras, podría estancarse el progreso nacional y producirse las perturbaciones inherentes a tal situación.

Impresionante el argumento, pero no definitivo.

Porque si es potestativo del Congreso dar las leyes de carácter general exigidas por él mismo en función de Constituyente y en el numeral 4º del artículo 76 como condición previa para dictar las relativas a casos concretos, el mismo Congreso tendrá a no dudarlo el patriótico afán de proveer a la expedición de las normas generales.

Y porque al aspecto de conveniencia arriba enunciado cabría oponer otro no menos respetable: precisamente el que inspiró la enmienda constitucional 1944-1945 sobre requisitos para las leyes que fomenten obras públicas o empresas benéficas.

Este aspecto del pensamiento que inspiró la enmienda constitucional de 1945 en materia de leyes sobre obras públicas y fomento de empresas útiles o benéficas, fue tratado amplia y categóricamente en el fallo que la Corte profirió con motivo del proyecto de ley de auxilio al aeródromo de Pereira.

Por ello, y como reiteración a su doctrina constitucional sobre el particular, se trascriben a continuación los pasajes pertinentes de dicha sentencia, que lleva fecha 14 de diciembre de 1945, no publicada aún en la **Gaceta Judicial.** (1) Dicen así:

"El artículo 76 de la Constitución Nacional, que enumera las atribuciones del Congreso, estableció en su numeral 4º el deber de fijar los planes y programas a que debe someterse la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.

"No puede entenderse, si se consideran los demás numerales de ese artículo, conexos con éste, que en él se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas.

"Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad o siquiera su terminación.

"No hay duda que el pensamiento que inspiró la reforma que sometió el ejercicio de la facultad de disponer de los fondos públicos a planes y programas legislativos generales y previos y no, como antes ocurría, a planes e iniciativas particulares de cada obra, fue como lo dice el señor Presidente de la República, "orientar las diversas iniciativas de progreso en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que con-

(1) La sentencia a que se alude fue publicada en el número 2025-2026-2027 de la **Gaceta Judicial,** pág. 645.—(El Relator de la Corte).

sultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden". En esta innovación institucional tuvo cabal realización el viejo anhelo nacional de ver impedido el desorden y el derroche de los fondos públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que se destinaban, como se dijo en la exposición presidencial sobre la reforma de la constitución, que culminó en el año que corre". (La Corte está hablando aquí en el año de 1945)."

"Se ha dicho, para utilizar la reforma y combatir la interpretación que se ha venido haciendo, que el numeral 4º precitado carece de la significación y fuerza que se le atribuye, porque su presencia en la Carta obedece al sistema propuesto por el Gobierno en el proyecto original y no adoptado por el Congreso, de las leyes normativas u orgánicas y de las comunes, entendiendo por aquéllas las que son como a manera de una prolongación de la constitución misma. Es cierto que no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, pero de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y provee a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, incuestionable es que están sometidas ineludiblemente a un orden de procedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas.

No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí.

"Quiso el Congreso mismo, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas.

"Dice este numeral que el Congreso tiene la atribución de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a los planes y programas correspondientes". Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento que triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no puede ser respecto de los planes o programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar de los debates y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previo ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario, en que se determinen las condiciones y requisitos que justifiquen la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir asimismo para fundar desde el punto de vista de la utilidad y beneficio, su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos.

"Solamente así puede dársele significación y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Otro entendimiento resulta inaceptable a la luz del principio general de hermenéutica que descalifica la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aludidos dentro del principio que rigió la innovación institucional, cuya trascendencia e importancia apenas se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del constituyente fue hasta cubrir el peligro de que por la vía indirecta de los auxilios se burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la ley de las leyes. "Sería imposible que se realizara tan excelente propósito —dice el señor Presidente, autorizado intérprete de la reforma que él propuso y propugnó—, si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo".

"Apenas hay para qué contradecir el concepto inaceptable de que la interpretación constitucional que adopta la Corte en coincidencia con la del Ejecutivo, limita o mengua la soberanía que corresponde al Congreso Nacional en su función

esencial de legislador, porque de acuerdo con ella, el Congreso sigue teniendo soberanamente sus facultades de decretar obras públicas y fomentar empresas, dentro de las condiciones que impone la Constitución de la República".

Como se ve, la Sala Plena opta por la solución de inexequibilidad, la misma que sostiene el señor Procurador General.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de sus facultades constitucionales y oído el parecer del Procurador General de la Nación, declara inexequible el proyecto de ley "Por la cual se da una autorización al Gobierno Nacional y se dictan otras disposiciones", proyecto que el Excelentísimo señor Presidente de la República devolvió a las Cámaras con mensaje de objeciones fechado el 26 de diciembre de 1945 y que el actual Jefe del Estado remitió a la Corte el 24 de setiembre último para los efectos del artículo 90 de la Constitución.

Publíquese, notifíquese, dése cuenta al Excelentísimo señor Presidente de la República y al Congreso Nacional, insértese en la **Gaceta Judicial** y archívese el expediente.

Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Tulio Gómez Estrada—Agustín Gómez Prada—Ricardo Hinestrosa Daza—Hernán Salamanca—José Antonio Montalvo—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas.

Con salvamento de voto:

Pedro Castillo Pineda—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ramón Miranda—Domingo Sarasty—Eleuterio Serna — Ricardo Jordán Jiménez — Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

SALVAMENTO DE VOTO DE LOS MAGISTRADOS ELEUTERIO SERNA, RAMON MIRANDA, PEDRO CASTILLO PINEDA, RICARDO JORDAN JIMENEZ Y DOMINGO SARASTY M.

Aunque durante las discusiones a que dio origen la anterior sentencia se pensó y propuso por algunos de los honorables Magistrados, que suscriben la decisión de mayoría contemplar y resolver el conflicto surgido entre el señor Presidente de la República y el Congreso Nacional a la luz de lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 78 de la Constitución Nacional, es lo cierto que esa idea, en nuestro concepto muy digna de meditación y detenido análisis, fue abandonada para circunscribir el estudio de la cuestión dentro de lo dispuesto en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta, conforme a los términos en los cuales planteó el conflicto el Gobierno Nacional. Situado el problema en definitiva dentro de ese terreno, los suscritos nos vemos en la penosa pero ineludible necesidad de salvar nuestros votos, porque consideramos que los argumentos de la mayoría de la Corte, que en esta nueva ocasión son una reiteración de los que informaron el fallo pronunciado con motivo de las objeciones de inconstitucionalidad propuestas por el Ejecutivo contra el proyecto de ley sobre auxilio al Municipio de Pereira para la construcción de un aeródromo, no alteran en lo más mínimo los que nos sirvieron de apoyo para apartarnos de la solución acogida en aquella primera sentencia.

Por eso, como fundamento de nuestro disentimiento de hoy reproducimos apartes de las principales razones que en esa vez expusimos, cuando manifestamos:

"El artículo 76 de la Constitución enumera algunas atribuciones explícitas del Congreso, es decir que determina parcialmente la órbita de su competencia. Pero no puede deducirse de esto que mientras aquella entidad no actualice por medio de leyes las atribuciones del ordinal 4º de dicho artículo, la función legislativa en orden al fomento de la economía nacional y del desarrollo de las obras públicas le está inhibida en su ejercicio.

Nos parecen muy dignas de meditación estas ideas de la Comisión del Senado que estudió el pliego de objeciones:

'Por esto la Comisión 3ª afirma que el Congreso tiene la potestad de decretar los planes y programas de las obras públicas, de que hará uso cuando lo estime necesario o conveniente; que al dictar tales leyes queda obligado a cumplirlas, pero que mientras no las dicte no puede estar sometido a una reglamentación potencial, ya que lo que se halla en potencia no, podrá jamás cohibir el ejercicio de las funciones fundamentales de un ser en actividad'.

La decisión de la mayoría de la Corte cree—por el contrario—que la planificación es un acto de obligada procedencia en orden a la expedición de leyes sobre obras públicas y también sobre las de fomento de empresas útiles o benéficas. Y esta concepción doctrinaria la deduce del texto del artículo 76 (ordinales 4, 19 y 20), como si el contenido material de estas disposiciones fuera uno mismo, al extremo de que lo que se dijera de la una debiera forzosamente predicarse de las demás.

Empero, una simple lectura de las disposiciones citadas, obliga al intérprete a distinguir los diferentes preceptos contenidos en los textos que se invocan para sustentar la tacha de inconstitucionalidad del proyecto.

En efecto —pensamos nosotros— que el art. 76 no contiene una enumeración taxativa de facultades, puesto que hay materias no comprendidas allí explícitamente, y sin embargo sobre ellas puede legislarse. En el antecitado ordinal 4º sí hay una enumeración limitada, ya que las leyes que se dicten sobre los objetivos en él expresados tienen especiales particularidades para su expedición, modificación, reforma o derogatoria, como nítidamente aparece en los artículos 80 y 81 de la Ley Suprema.

En cambio, otras leyes no necesitan tales requisitos.

Así las cosas, es palmario, en nuestro sentir, que no puede apreciarse dicho numeral sino restrictivamente, como una norma especial, sin que le sea dado al hermeneuta ensayar interpretaciones de extensión más o menos analógica, pues

or tal camino no podría llegar a una mutación ditiva en los textos de la Constitución.

Conceptuamos que fue ese el propósito de la eforma institucional, según se relieva en el proecto como va a verse:

'Artículo 69. Corresponde al Congreso hacer las eyes.....

'Por medio de leyes orgánicas, el Congreso ejerce las siguientes atribuciones: 1º..... 7º Fijar los planes y programas a que debe someterse el fomento de la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que deben emprenderse o continuarse'. '...Por medio de leyes comunes el Congreso ejerce las siguientes atribuciones: 1º ..... 14º Fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo o apoyo, con estricta sujeción a los planes y programas correspondientes'.

Como fácilmente se observa, la ley orgánica debía comprender los planes y programas del fomento de la economía nacional y de las obras públicas, y debían ser leyes comunes las referentes a la protección de las empresas, dignas de estímulo y apoyo.

Desde luego, es indudable que las obras públicas a que se contrae el precepto que estamos examinando, son las que tienen carácter nacional, es decir, las realizadas con fondos del Estado porque son las únicas susceptibles de ser decretadas o sea ordenadas construír por el Congreso; las otras clases de obras públicas que pueden concebirse dentro de la administración —las de iniciativa departamental o municipal— no pueden ser decretadas sino por los organismos que tienen la representación constitucional y legal de las respectivas entidades, es decir, por las Asambleas y los Concejos Municipales. Son estas Corporaciones las que planifican la inversión de sus haberes y la disposición consiguiente de sus recursos, ya que en tal sentido es obvio que de acuerdo con la Constitución misma, departamentos y municipios dirigen con independencia los asuntos seccionales. Puede ocurrir, sin embargo, que la Nación llegue a auxiliar obras públicas de carácter departamental o municipal y en este caso puede el legislador imponer determinadas condiciones en virtud de su facultad general de legislar y como garantía de que el auxilio decretado va a emplearse conveniente y razonablemente.

La Constitución de 1886, lo mismo que la de 1936, decían:

'Decretar las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.....' La de 1945 agregó este complemento circunstancial: 'Con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas'.

Obra pública —repetimos— se ha considerado en aquella norma la que es nacional, como lo pregona el siguiente comentario del doctor José María Samper a la Constitución de 1886:

'Las obras públicas son trabajos que, por una parte, causan a la Nación gastos más o menos considerables, y por otra, constituyen propiedades nacionales, y aun pueden ser, en muchos casos, elementos de rentas'. Y la Comisión que estudió la última reforma, que fue el Acto Legislativo número 1º de 1945, escribió estas palabras decisivas, al tratar de las leyes que merecen una consideración especial: 'Son precisamente las enunciadas en los incisos 2º y 5º del artículo 69, que se refieren a la expedición de Códigos, a la formación del Presupuesto Nacional, al régimen de creación y supresión de las entidades municipales y a la fijación de planes y programas para el fomento de la economía nacional y de las obras públicas **nacionales'**. (El subrayado es nuestro).

El fomento de empresas útiles o benéficas está regido por una disposición distinta de la correspondiente a las obras públicas nacionales. No se concibe que el constituyente hubiera dictado dos disposiciones diferentes como en efecto las dictó para establecer un ordenamiento sobre las mismas materias. Este punto lo explica muy claramente el comentarista doctor Samper, opinión a la cual han adherido otros exégetas de nuestro estatuto fundamental, entre ellos el doctor Tulio Enrique Tascón, expresando que el fomento de empresas se refiere a aquellas que se organizan por entidades o personas diversas del Estado. Una empresa en el sentido amplio en que la instituyó el legislador supremo puede referirse, no sólo a la economía nacional sino a actividades de un orden distinto como son las simplemente culturales.

Ahora bien, el inciso 4º que se ha examinado ya, atribuye al legislador la facultad de dictar los planes y programas referentes al fomento de la economía nacional. Es decir, que de acuerdo con el texto cuanto concierna a las actividades económicas emprendidas por el Estado mismo, con fondos del erario nacional, debe sujetarse a una planificación predeterminada. Es lo que en el lenguaje técnico se denomina el fomento por la vía directa. No sobra aducir un ejemplo cualquiera: si el Estado considera que conviene a la economía nacional el fomento de la industria del hierro, puede el Congreso dictar una ley para

organizar una empresa apropiada a estos fines y disponer de los recursos necesarios para llevarla a cabo, pero ajustando esta actividad a una programación o planificación. Pero cosa distinta es el fomento por vía indirecta, porque entonces el Estado no tiene la iniciativa ni el carácter de empresario, ni la empresa puede reputarse como de su propiedad. En este último caso el fomento de la empresa útil o benéfica lo puede hacer el legislador mediante concesión de auxilios pecuniarios, o en otra forma que lleve al mismo resultado de estimularla —como por ejemplo— por medio de la excepción de ciertos impuestos, concesión de primas, rebajas en los transportes nacionales, etc. Es lo que ocurre generalmente tratándose de empresas benéficas iniciadas por los departamentos o los municipios o por los particulares, en las cuales la acción del Estado se concreta a asegurar su funcionamiento, —es decir, a fomentarlas— por medio de auxilios pecuniarios o en cualquiera de las formas arriba expresadas.

Resulta de todo lo dicho que una cosa es el fomento de la economía nacional, y otra muy distinta el estímulo a una empresa en atención a su carácter benéfico o útil. ¿Qué fomento a la economía nacional implica, por ejemplo, proteger una piscina municipal, auxiliar la construcción de un templo, o subvencionar la publicación de un libro sobre filosofía o literatura? Tales empresas, indudablemente, pueden ser útiles o benéficas, y esa es la nota bastante para que puedan ser fomentadas.

Por otra parte, anotamos que el fomento a una industria no aparece tampoco en la Constitución condicionado al planeamiento y programación previos, como se dice que ocurre en relación con las obras públicas nacionales.

Lo que hasta aquí se ha expuesto no significa que el legislador no pueda dictar planes y programas de fomento a las empresas útiles o benéficas, a la manera como lo ha ideado el Congreso en proyectos que fueron presentados por distinguidos parlamentarios. Es claro que sí lo puede, pero si no lo hace, esa circunstancia no limita la facultad del legislador para dictar disposiciones que auxilien empresas dignas de estímulo o apoyo.

El numeral 20 no menciona, como sí se patentiza en el anterior, programas y planos confeccionados por la ley, sino simplemente al referirse a éstos emplea el adjetivo "correspondiente".

Sobre esa base, el intérprete no puede avanzar hasta la afirmación de que allí se habla de una sujeción a planes y programas que fije la ley. Tal adición es fundamental y daría campo al planteamiento de problemas semejantes a los que suscita el numeral 19. Luego ese silencio del Constituyente no puede suplirse, porque podría quedar desvirtuado su pensamiento.

Si se hubiera querido que el fomento de las empresas útiles o benéficas se sometiera a un programa y planeamiento en la misma forma como lo dispuso para las obras públicas nacionales, lo habría dicho expresamente en el numeral 4º o por lo menos habría agregado en el numeral 20 que ese fomento estaría sometido a planes y programas que la ley fijara. ¿Cuál ley? Cualquiera, bien la especial que rige el caso del numeral 19, o al menos una ley sin particularismos. Así se habría podido plantear, desde base cierta, la discusión sobre si era o no indispensable esa ley cualquiera de planificación anteladamente, para poder votar un acto legislativo de fomento.

Todo esto nos ha decidido a dictaminar que la sujeción a los programas correspondientes no es la sujeción a leyes semejantes a las del numeral 19, ni siquiera otras no dotadas de tramitación especial.

Nuestra actitud mental ante esta cuestión es la siguiente: Programas y planes correspondientes son los de las empresas respectivas, lo cual es razonable, porque las iniciativas diversas de las estatales, son múltiples, difíciles de concretar en planes legislativos y mucho menos previamente. Quien idea la empresa, hace los planes y programas de las inversiones que necesita y de las condiciones para su ejecución. Esto es lo que el Constituyente quiere que el legislador tenga en cuenta para que estudie con conocimiento de causa si la empresa es digna de estímulo o apoyo, en qué extensión, y con qué modalidades. Evidentemente, la exigencia del Constituyente tiende a rodear el auxilio de elementos que faciliten una apreciación justa y conveniente, teniendo en consideración la seriedad y utilidad de la empresa que va a protegerse.

Tal interpretación no implica que la reforma venga a quedar así sin efectos prácticos. Lo que querría decir sería que el Constituyente no anheló someter el régimen de fomento a una especie de parrilla de San Lorenzo, sino apenas a medidas de precaución, para que éste no fuese un desacierto y un inútil derroche.

Contra la política de auxilios se había inventado, es verdad, unánime inconformidad, pero no porque esa ayuda fiscal fuera injusta en princi-

, sino porque daba lugar a intrigas de baja ca-
ña y porque muchas veces se prodigaba sin con-
l de ninguna especie.

Pero ya se ha visto que el fomento a empresas cialmente útiles tiene otros medios de expre-rse, distinto del conocido sistema de auxilios en nero, de suerte que tampoco por este aspecto se stifica una interpretación restrictiva que deje quellas empresas al margen de toda proyección r parte del Estado.

El señor Presidente de la República contempló numeral 20, a la misma luz conceptual del 19, como los dos ordinales están inspirados por un istinto espíritu y obedecen a principios diferentes, como creemos haberlo demostrado, en nuestro sentir, las objeciones son para ello infundadas.

En suma, somos de opinión que el proyecto objetado no es inexequible, y si alguna duda perturbara nuestro criterio, la resolveríamos en favor de la tesis de la constitucionalidad, porque el control jurisdiccional en esta clase de asuntos debe ser muy cauteloso para no invadir, sin razones muy justificadas, el radio de acción de los legisladores".

Bogotá, 15 de octubre de 1946.

Eleuterio Serna R. — Ramón Miranda — Pedro Castillo Pineda — Ricardo Jordán Jiménez — Domingo Sarasty M.—Pedro León Rincón, Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

No obstante las eruditas razones en las cuales se fundamenta el fallo anterior, no he encontrado aún argumentos que me hayan hecho cambiar de opinión en relación con los problemas que en el fallo se debaten. Por esta causa, al discutirse en la Corte Plena sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del Proyecto de Ley "Por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de "Matecaña", hube de expresar diversos puntos de vista acerca de la exequibilidad del aludido proyecto. Dichas razones, a mi modo de ver no han variado, por lo tanto lo que en aquella ocasión hube de manifestar en el salvamento de voto, parcialmente, por ser ya conocido en su totalidad, quiero reproducirlo con respecto a este caso. La primera consideración expuesta en ese documento, dice así:

PRIMERA CONSIDERACION

Estriba el error principal de la tesis sostenida por el Jefe del Gobierno en su pliego de objeciones pasado al Congreso sobre esta materia, en la opinión inicial de que los numerales 19 y 20 del artículo 76 de la Carta están forzosamente subordinados al numeral 4º de la misma norma.

Evidentemente, sí se advierte relación de dependencia del numeral 19 con respecto al numeral 4º, pero esta sujeción no se hace necesaria, no surte sus efectos, sino de manera condicional, esto es, cuando el Legislador haya hecho uso por medio de la Ley de la atribución del numeral 4º, norma ésta que está concebida de una manera potencial. En tal situación no puede tener vida la condición del numeral 19 si no se establece previamente la regla general del numeral 4º porque aquél dice que el Legislador tiene la atribución de decretar obras públicas con la condición de que se **arreglen a los planes y programas que fijen las leyes respectivas.** Ahora bien: esta condición sólo puede cumplirse una vez fijados esos planes y programas, según se expresa en el numeral 4º.

Por consiguiente, esta atribución determina un método general, un orden al cual debe sujetarse la condición expresada en el numeral 19 ya transcrita: "con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas". ¿Y cómo podría obrar la condición última si no se ha constituído la primera? ¿Cómo puede condicionarse un hecho a otro hecho, si éste no existe?

Habida consideración a que el numeral 4º es una atribución facultativa y voluntaria como cualquera otra de las enumeradas en el artículo 76, no se ve cómo puede condicionar a las demás mientras aquélla no haya nacido o se haya concretado o desarrollado por medio de la voluntad del Legislador, esto es, por la Ley. Todas las atribuciones del artículo 76 son fuentes enumerativas, que establece la Constitución, por las cuales dimana o fluye el querer del Legislador cuando crea los actos de voluntad denominados Leyes. Mientras no se haga uso de la atribución por medio de la Ley, aquélla no pasará de ser una mera facultad latente, en potencia, pero no un acto de voluntad del Legislador. La causa no puede confundirse con el efecto. Las atribuciones no son leyes, son mandatos constitucionales expedidos por el Constituyente en forma especial; tan sólo son moldes y fuentes de leyes que habrán de infundirles vida a esas facultades establecidas en la Carta. De tal manera que mientras no se exprese formal y externamente el querer del Congreso, no puede decirse que se haya hecho uso de la "atribución" correspondiente, ni, por tanto, puede asegurarse que ésta condicione otras facultades de las conferidas al Legislador por el Constituyente.

Resumiendo la idea expuesta se tiene lo siguiente: En tanto que el Legislador no haga uso, por medio de una ley, de la atribución concedida en la Constitución en el numeral 4º del artículo 76, no puede tener vida la condición del numeral 19 que a él se refiere, y, por tanto, subsiste la potestad legislativa de decretar obras públicas, sin arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas —porque éstas no existen—.

En este orden de ideas, resulta que las dificultades que hasta el momento se presentan tienen su origen en el hecho negativo consistente en la abstención del Congreso de hacer uso de la atribución escrita en el numeral 4º. Y este estado de cosas habrá de subsistir mientras tal texto deje

ser una norma en potencia y dé origen a las yes sobre planes y programas. Tanto el Ejecuvo como el Congreso deben —cuando lo crean nveniente y necesario—cumplir el espíritu y fialidades que impregnan la Reforma Constitucional sobre esta materia y, por tanto, deben ejecutar todas las tareas conducentes a realizar el objetivo de programación y planificación sobre fomento de la economía nacional y ordenación de as obras públicas, para luego exigir que esas actividades se inicien o continúen sujetándose a lo ispuesto en esos planes y programas, esto es, al spíritu del texto constitucional del numeral 4º.

Pero no solamente estimo que antes y ahora tenía razón en cuanto a lo dicho y que se acaba de ranscribir. En el proyecto de Ley sobre Ministerios y Departamentos Administrativos recientemente presentado por el Gobierno al Congreso de la República, existe un artículo, el 19, conforme al cual mis anteriores puntos de vista encuentran plena fundamentación. Dicho artículo dice: "Artículo 19. La acción administrativa relacionada con las obras públicas y con las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, continuará desarrollándose de conformidad con las disposiciones legales vigentes, mientras no se fijen por el congreso los planes y programas correspondientes".

Este artículo del proyecto enunciado quiere significar que en concepto del Gobierno no es posible considerar como inconstitucionales los proyectos de ley que se dicten en materia de obras públicas y fomento de empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo. Me parece, por tanto, que este punto de vista expuesto por el propio Gobierno que ha venido objetando los proyectos que no se han subordinado a las leyes previas sobre planificación no está de acuerdo con los puntos de vista expuestos por el mismo en los diversos pliegos de objeciones que con referencia a esta clase de proyectos ha venido elaborando. En otras palabras, parece ser que el pensamiento del Gobierno en estas materias es un tanto contradictorio, pues, si el artículo 19 del proyecto en mención fuese aprobado por el Congreso, no obstante él, seguirían siendo según el Gobierno inconstitucionales los proyectos no subordinados a las leyes de planificación previstas por el numeral 4º del artículo 76 de la Constitución Nacional.

Jorge E. Gutiérrez Anzola—Pedro León Rincón, Srio.

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL PARAGRAFO DEL ARTICULO 33 DE LA LEY 1ª DE 1945.

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

En ejercicio del derecho que otorga a los ciudadanos el artículo 214 de la Constitución Nacional, el doctor Diógenes Sepúlveda Mejía acusó como inexequible el parágrafo del artículo 33 de la ley 1ª de 1945.

Para este efecto, acompaña al libelo el Diario Oficial, debidamente autenticado, en que aparece inserta la ley a que la acusación se refiere.

El artículo 33 mencionado, dice así:

"Artículo 33.—La cuota de compensación militar se tasa sobre el valor correspondiente a un mes de renta, salario o jornal que se hallen disfrutando los obligados, a tiempo de efectuarse la clasificación, de acuerdo con la siguiente tarifa:

"a) $ 2.00, quienes devenguen un jornal inferior a $ 1.00 diario, o a un sueldo inferior a $ 30.00 mensuales;

"b) Cuando excede de $ 30.00 y no pase de $ 60.00, el 10 %;

"c) Cuando exceda de $ 60.00 y no pase de $ 100, el 20%;

"d) Cuando exceda de $ 100.00 sin pasar de $ 200.00, el 30%;

"e) Cuando exceda de $ 200.00 y no pase de $ 400.00, el 40%; y

"f) Cuando exceda de $ 400.00, el 50%.

"**Parágrafo.**—Las mujeres que devenguen sueldos del Tesoro Público pagarán cuota de compensación militar, de acuerdo con la tarifa fijada en este artículo".

El señor Procurador General de la Nación concluyó que era exequible el parágrafo acusado.

Pero ocurre que durante la tramitación de este asunto entró a regir la ley 60 de 1945, que dice en el artículo 1º:

"Derógase el parágrafo del artículo 33 de la Ley 1ª de 1945".

La disposición acusada ha sido, por tanto, derogada en forma tal que no seguirá produciendo efecto alguno, es decir, ha perdido su fuerza obligatoria, su aplicabilidad.

Ello significa que hay sustracción de materia para el fallo, como lo ha resuelto, reiteradamente, la Corte.

En consecuencia, la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia se abstiene de decidir en el fondo sobre esta demanda, por carecer de materia para ello, y en ejercicio de la función constitucional consagrada en el artículo 214 de la Ley Fundamental.

Publíquese, notifíquese y cópiese.

Aníbal Cardoso Gaitán—Germán Alvarado—Francisco Bruno—Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Jorge E. Gutiérrez A.—El Conjuez, León Cruz Santos—Agustín Gómez Prada—Tulio Gómez Estrada—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—José Antonio Montalvo—El Conjuez, Gabriel Rodríguez Ramírez—Hernán Salamanca—Eleuterio Serna R.—Arturo Tapias Pilonieta—Pedro León Rincón, Secretario.

ACCION DE INEXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 2º DEL DECRETO EXTRAORDINARIO Nº 1411 DE 12 DE JUNIO DE 1945.

1.—La Corte ha emitido concepto sobre su jurisdicción para conocer de demandas de inexequibilidad que, propuestas durante el estado de sitio, no fueron consideradas o no se pudieron considerar en tal época, viniendo a decidir respecto de su constitucionalidad o inconstitucionalidad restablecido el orden público y agotada la vigencia de las disposiciones acusadas. Sólo que la demanda debe proponerse cuando está vigente el estado de sitio.

2.—Conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional implícitamente queda aceptado que deja de ser libre la prensa durante la perturbación del orden público, lo que justifica por sí solas las medidas impuestas por el Poder Ejecutivo con ocasión del estado de emergencia.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, quince (15) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide la demanda de inexequibilidad propuesta contra los artículos 1º y 2º del Decreto Extraordinario número 1411 de 12 de junio de 1945.

En ejercicio del derecho que otorga el artículo 214 de la Constitución Nacional, el doctor Hernando Uribe Cualla presentó ante esta Corte demanda de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto Extraordinario número 1411 de fecha 12 de junio de 1945, por el cual se establece la censura de la prensa, las telecomunicaciones y la correspondencia en la Capital de la República, dictado con motivo de la perturbación del orden público en la misma, a que se contrae el Decreto 1409 de la fecha mencionada.

Ambas providencias corren publicadas en el Diario Oficial número 25860 de 13 de junio del mismo año.

El Decreto acusado se expidió, pues, con ocasión de la perturbación del orden público. Las disposiciones señaladas como opuestas a los mandatos del constituyente, son del tenor siguiente:

"Artículo primero.—Establécese la censura de prensa hablada o escrita en la Capital de la República. La Dirección General de la Policía Nacional se encargará de hacer efectiva esta medida, por conducto de la Oficina de Información y Control de Noticias del Gobierno Nacional".

"Artículo segundo.—Quedan asimismo bajo censura las telecomunicaciones y el servicio de correspondencia en la Capital. El Ministerio de Correos y Telégrafos dará cumplimiento a esta disposición".

El demandante sostiene, en apoyo de su tesis, que las disposiciones transcritas violan los artículos 117 (hoy 121) y 115 (hoy 120) de la Carta. El primer artículo, en cuanto tal precepto autoriza al Presidente de la República para suspender las leyes que sean incompatibles con el estado de sitio y no para derogarlas por medio de los Decretos Extraordinarios que tal situación exija, como sucede con el caso contemplado. El segundo, por cuanto al Presidente, como suprema autoridad administrativa, corresponde, según el inciso segundo del mencionado artículo 115 (hoy 120) "promulgar las leyes, sancionarlas, obedecerlas y velar por su exacto cumplimiento". El Gobierno violó, —dice—, esta disposición, porque sin suspender la ley de prensa (ley 29 de 1944), dictó los preceptos demandados que desconocen la esencia del texto legal .

Corrido el traslado correspondiente al señor Procurador de la Nación, este funcionario lo contestó afirmando la constitucionalidad de las disposiciones acusadas.

Durante el término del traslado al señor Procurador, se dictó el Decreto número 1723 de 19 de julio de 1945, por el cual se declaró restablecido el orden público en el Municipio de Bogotá, turbado, como ya se dijo, por el Decreto número 1409 de 12 junio del mismo año.

El artículo 117 (hoy 121) de la Constitución dice en su parte final: "El Gobierno declarará resta-

blecido el orden público tan pronto como haya cesado la guerra exterior o se haya reprimido el alzamiento; y dejarán de regir los decretos de carácter extraordinario que haya dictado". Así, pues, en el caso en estudio, el Decreto 1723 de 1945, al declarar restablecido el orden público en la capital, produjo consecuencialmente la inmediata suspensión del Decreto 1411 acusado de inconstitucionalidad.

Esto sentado, se considera:

El artículo 214 de nuestra Carta le confiere a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y el poder decidir sobre la exequibilidad de los decretos dictados por el Gobierno en ejercicio de las atribuciones que le da el artículo 121 de la misma.

Como ya se vio, tales decretos, es decir, los que dicte el Poder Ejecutivo durante el estado de sitio, por mandato de la disposición mencionada dejan de regir tan pronto se declare restablecida la normalidad constitucional. Por consiguiente, debe dilucidarse, como cuestión previa, la competencia de la Corte para fallar demandas de inexequibilidad referentes a decretos de la clase del demandado, cuando el pronunciamiento y la decisión se realizan después de levantado el estado de sitio. Siendo una regla general y constante de la jurisprudencia de la Corte, la de que tales fallos no pueden recaer sobre leyes o decretos cuya vigencia ha desaparecido, por derogación de la norma o por haberse ya consumado los actos contemplados como finalidad de la ley o decreto, o habiéndose agotado, por así decirlo, su contenido, pudiera entenderse que no es posible jurídicamente articular un fallo de la Corte sobre un decreto expedido durante el estado de sitio y que por mandato de la Constitución deja de regir al restablecerse la normalidad.

La Corte ha emitido su concepto sobre su jurisdicción para conocer de demandas de inexequibilidad que propuestas durante el estado de sitio, no fueron consideradas o no se pudieron considerar en tal época, viniendo a pronunciarse con respecto a su constitucionalidad o inconstitucionalidad restablecido el orden público y agotada la vigencia de las providencias acusadas.

En sentencia del 12 de junio de 1945, dijo esta Corporación lo siguiente: "Se observa que este género de disposiciones del Gobierno queda evidentemente sin vigor al levantarse el estado de sitio, por lo cual es también claro que después de producido ese hecho, no podría prosperar el conocimiento por la Corte de demandas referentes a esa clase de decretos, por haber dejado de regir. Mas no se ve por qué, no haya de conocer y fallar la Corte una demanda sobre un decreto extraordinario, de los que se contemplan, presentada cuando la norma se hallaba vigente, el orden público estaba alterado y en estado de sitio la República".

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

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

Establecida, pues, la jurisdicción de la Corte, por las razones que se dejan enunciadas, se entra al estudio de fondo de la cuestión, para lo cual se tiene en cuenta lo siguiente:

Debe recordarse, ante todo, que el artículo 42 de la Constitución Nacional al declarar que la prensa es libre en tiempo de paz, implícitamente acepta que deja de serlo durante la perturbación de orden público, lo que justificaría por sí solo las medidas impuestas por el poder ejecutivo con ocasión del estado de emergencia.

Pero hay algo más: sabido es que las disposiciones dictadas por el ejecutivo en caso de guerra exterior o de conmoción interior, de acuerdo con la Constitución, sólo tienen una vigencia determinada, circunscrita a la época en que se encuentra perturbado el orden público, pues restablecido éste, dejarán de regir los decretos de carácter ex-

traordinario que se hayan dictado, recuperando consecuencialmente todo su imperio las disposiciones legales que el estado de sitio suspendió momentáneamente.

En el caso en estudio se dictaron disposiciones que tácitamente suspendieron los preceptos de la ley 29 de 1944, pero tales providencias, por mandato del propio constituyente, tenían una vigencia esencialmente transitoria, ya que restablecido el orden público dejaban de regir las medidas que el estado anormal hizo necesarias, produciéndose, como consecuencia legal, la recuperación de todo el imperio de las leyes preexistentes en el país, que se encontraban momentáneamente suspendidas por el estado de sitio.

No se ve, pues, la necesidad de que el Presidente de la República tuviera que declarar previamente la suspensión transitoria de la ley de prensa, comunicaciones y correspondencia, ya que ésta quedaba tácitamente privada de vigencia en virtud de los nuevos preceptos y sólo por el tiempo de la alteración del orden público.

En cuanto a la violación del artículo 120 de la Constitución, inciso segundo, se observa que no es precepto cuya trasgresión, de existir, pudiera dar lugar a declaración de inexequibilidad. Se trata de mandatos del constituyente al Jefe del Poder Ejecutivo, cuya violación se debe traducir en responsabilidad directa del funcionario, si fuere el caso, pero no en motivo de declaración de inconstitucionalidad.

SENTENCIA

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala Plena, en ejercicio de sus facultades constitucionales y oído el parecer del Procurador General de la Nación, declara exequible el decreto de carácter extraordinario número 1411 de 12 de junio de 1945, por el cual se establece la censura de prensa, telecomunicaciones y correspondencia en la Capital de la República, dictado con motivo de la perturbación del orden público declarada por el Decreto 1409 de la misma fecha.

Envíese copia al señor Ministro de Gobierno, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

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

DEMANDA DE INEXEQUIBILIDAD DE LA LEY 34 DE 1945.—INTERPRETACION DEL ARTICULO 105 DE LA CONSTITUCION

1.—El precepto del artículo 105 de la Constitución Nacional es una pauta o derrotero que deben seguir los congresistas, pero su naturaleza abstracta no permite afirmar en un caso concreto si ha sido quebrantado, pues apenas formalmente tiene carácter imperativo u obligatorio.

2.—Privilegio, según el uso corriente del idioma, es una gracia o prerrogativa que concede un superior, exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una exención de que no gozan otros. En este sentido constituyen privilegio el fuero de que gozan algunas personas para no ser juzgadas sino ante ciertos tribunales y, en la cuestión de que se ocupa la Corte, las exenciones de ciertos impuestos que concede la ley cuando la actividad de un individuo o entidad consulta fines de interés público o colectivo. En el presente negocio no se trata de un privilegio porque lo característico de éste consiste en la circunstancia de ser otorgado en forma concreta e individual. La ley ha de referirse a los casos que acaecen con frecuencia y no a los que suceden rara vez y, por lo tanto, al común de las personas y no a sujetos determinados. El hecho de que el legislador haya dispuesto que a las compañías mineras o establecimientos que se ocupen en la extracción de metales preciosos no se les cobre sino un impuesto único anual, no constituye privilegio de los vedados por la Carta, porque no se refiere a un sujeto natural o jurídico determinado, sino a todos los que se hallen en iguales condiciones a las contempladas por la ley. De otra suerte habría que concluír que siempre que un precepto establezca excepciones favorables para una clase de individuos que se hallen en ciertas circunstancias, más precisamente, que toda exención de gravámenes o impuestos hechos, no singularmente, sino para la generalidad de los comprendidos en el estatuto legal, sería un privilegio ilícito.

3.—La ley acusada no suprime los impuestos predial, de catastro, o de caminos, sino que los reemplaza con un impuesto único anual para "los establecimientos dedicados a la industria extractiva de metales preciosos". Crea, pues, un impuesto especial, pero impidiendo que se cobren aquellos otros sobre los establecimientos aludidos, tanto por consultar principios de técnica fiscal, como con el indudable propósito de fomentar o favorecer la industria de la minería.

4.—La ley exime a la industria minera o extractiva de metales preciosos de los impuestos departamentales o municipales que recaigan sobre ella, sin permitir que se cobre otro distinto al establecido por el estatuto acusado. Mas esa exención de impuestos, que le está prohibida al Gobierno, no le está vedada al Legislador, de acuerdo con el texto del artículo 183 de la Constitución.

Corte Suprema de Justicia.—Sala Plena.—Bogotá, quince de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor Hermenegildo Bonilla Gómez, en su propio nombre y como apoderado del Municipio de Buenos Aires —Cauca— pide que se declare inexequible o inconstitucional la ley 34 de 1945, cuyo texto es del tenor siguiente:

"Artículo 1º. Los Departamentos o los Municipios que cobran impuesto predial, de catastro o de caminos, sólo podrán cobrar como tales sobre los establecimientos dedicados a la industria extractiva de metales preciosos, un impuesto único que será anual, excluyendo los siguientes bienes:

"a) La mina o subsuelo;

"b) Los metales preciosos o su valor en efectivo si ya han sido vendidos;

"c) Los bienes destinados por el contribuyente al servicio público; y

"d) Las sumas invertidas por el contribuyente en estudios, cateos y exploraciones.

"**Parágrafo.** En el catastro que se forme para el respectivo impuesto, se deberá tener en cuenta una razonable cuota de depreciación que no será inferior a un 10% anual y se reconocerá, en todo caso, el pasivo comprobado del contribuyente.

"Artículo 2º. A partir del 1º de enero de 1946, los Departamentos o los Municipios no podrán establecer ni cobrar sobre la industria extractiva de metales preciosos, ningún impuesto distinto a los mencionados en la presente Ley.

"Artículo 3º. Si el impuesto es del Municipio, el contribuyente que no se conforme con la liquidación, podrá reclamar ante el respectivo Gobernador del Departamento, quien decidirá dentro de los diez días siguientes al recibo de las diligencias, apreciando las pruebas que se le presentaren, durante dicho término. Las resoluciones de los Gobernadores podrán ser revisadas por los Tribunales Administrativos, según las reglas generales. Si es Departamental, la liquidación podrá estar sujeta a la misma revisión.

"Artículo 4º. Esta Ley regirá desde su sanción".

El demandante considera que esta Ley quebranta varios preceptos de la Constitución Nacional, o sea, los artículos 30 (inciso primero), 31 (inciso tercero), 81 (numerales 1º, 2º e inciso segundo), 82, 105, 197 (numeral 2º) y 199.

Pasa, pues, la Corte a estudiar si existe o no la incompatibilidad denunciada entre el estatuto transcrito y la Carta Fundamental. Para ello enumerará los argumentos presentados, para mayor orden y claridad:

a) La Ley acusada no se expidió de conformidad con los cánones constitucionales;

b) La Ley acusada no se votó consultando la justicia y el bien común;

c) La Ley acusada encierra un privilegio;

d) La Ley acusada violó derechos adquiridos de los Municipios;

e) La Ley acusada quebrantó la atribución de los Concejos Municipales de decretar lo conveniente para la administración y de ordenar las contribuciones y gastos locales; y

f) Los Municipios que se encuentren en las condiciones del de Bogotá, pueden crear libremente, sin limitación legal posterior, impuestos como los suprimidos por la Ley acusada.

---

a) La Ley acusada no se expidió de conformidad con los cánones constitucionales.

Dice el demandante:

"Cuando se discutió en primer debate en la Comisión Permanente el Proyecto de Ley ameritado, no asistió la mayoría absoluta de los individuos que componían esa Comisión; por otra parte, su adopción y aprobación no se hizo en días distintos, como lo preceptúa el inciso segundo del artículo 81 de la C. N.; se **adoptó** y **aprobó** en un mismo día, y no por la mayoría absoluta de votos que debían ser el (sic) de todos los ciudadanos que asistieron a la reunión, ya que para la aprobación de todo proyecto en primero y segundo debate, se requiere la asistencia de la mayoría absoluta de los que componen la respectiva Comisión Permanente, o la Cámara respectiva".

Se considera:

No trajo el actor con la demanda, como ha debido hacerlo, los ejemplares de los Anales del Congreso que contienen la relación de los debates que precedieron a la expedición de la Ley, y sin los cuales no es posible entrar al estudio de las irregularidades que anota. Porque, como se ve de lo transcrito, se trata de cuestiones de hecho que aquí, como en otras acciones, tienen que ser materia de probanza, puesto que es de presumirse que las Cámaras al expedir la ley han procedido de acuerdo con los mandatos constitucionales y que el Presidente de la República al sancionarla, no ha encontrado defectos que la vicien y que por mandato de la Carta debe hacer corregir o señalar en tiempo oportuno. (Artículos 85 y siguientes de la Constitución).

---

b) La Ley acusada no se votó consultando la justicia y el bien común.

El artículo 105 de la Carta dice que "los individuos de una y otra Cámara representan a la Nación entera y deberán votar consultando únicamente la justicia y el bien común".

A este argumento basta con responder que ese precepto es una pauta o derrotero que deben seguir los congresistas, pero que su naturaleza abstracta no permite afirmar en un caso concreto si ha sido quebrantado, pues apenas formalmente tiene carácter imperativo u obligatorio.

Al respecto comenta el señor Procurador:

Por medio del artículo 105 de la Constitución "no se da un mandato concreto ni se establece una prohibición efectiva, pues sólo establece un principio abstracto regulador de la conducta de

los congresistas. De consiguiente, nunca podrá acusarse válidamente una ley como inconstitucional por haber violado ese principio, de la misma manera que dentro de las causales de casación por violación de la ley no puede alegarse la de disposiciones legales que tengan ese carácter de pauta o derrotero. Lo que en tal caso podría hacerse sería demostrar que por no haber ajustado la conducta a esa norma, se violó otra disposición".

c) La Ley acusada encierra un privilegio y la Constitución sólo autoriza concederlos cuando "se refieren a inventos útiles y a vías de comunicación". (Artículo 31, inciso tercero).

Y estima que es un privilegio, "porque —dice— no es jurídico sostener que porque una propiedad se encuentra gravada con el impuesto predial, no puede establecerse sobre ella otro impuesto como el de industria y comercio, que no recae sobre la misma propiedad, sino sobre el negocio o actividad que dentro de ella se desarrolla".

Se considera:

Privilegio, según el uso corriente del idioma, es una gracia o prerrogativa que concede un superior, exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una exención de que no gozan otros. En este sentido, constituyen privilegio el fuero de que gozan algunas personas para no ser juzgadas sino ante ciertos tribunales, y, en la cuestión de que se ocupa la Corte, las exenciones de ciertos impuestos que concede la ley cuando la actividad de un individuo o entidad consulta fines de interés público o colectivo.

Pero en el negocio que se estudia no se trata de un privilegio, porque lo característico de éste consiste en la circunstancia de ser otorgado en forma concreta e individual. La ley ha de referirse a los casos que acaecen con frecuencia y no a los que suceden rara vez y, por lo tanto, al común de las personas y no a sujetos determinados. Como dice el señor Procurador, "lo odioso es que pueda haber leyes con nombre propio, para determinada persona, y es a esa clase de leyes, cuando su contenido se traduce en privilegio, a las que se refiere el Constituyente".

Ahora bien, el hecho de que el legislador haya dispuesto que a las compañías mineras o establecimientos que se ocupan de la extracción de metales preciosos no se les cobre sino un impuesto único anual, no constituye privilegio de los vedados por la Corte, porque no se refiere a un sujeto natural o jurídico determinado, sino a todos los que se hallen en iguales condiciones a las contempladas por la ley. De otra suerte, habría que concluír que siempre que un precepto establezca excepciones favorables para una clase de individuos que se hallen en ciertas circunstancias, más precisamente, que toda exención de gravámenes o impuestos hecha, no singularmente, sino para la generalidad de los comprendidos en el estatuto legal, sería un privilegio ilícito.

Todo lo cual conduce a declarar que este argumento del actor no tiene consistencia.

d) y e). La Ley acusada violó derechos adquiridos de los Municipios y, además, quebrantó la atribución de los concejos municipales de decretar lo conveniente para la administración y de ordenar las contribuciones y gastos locales (artículos 30, inciso primero, y 197, ordinal 2º, de la Constitución).

Reúne la Corte estos dos argumentos, por la semejanza que guardan. Pero conviene exponer, siquiera en forma sintética, las razones que les sirven de fundamento.

Alega el demandante que el artículo 30 de la Constitución, inciso primero, garantiza la propiedad privada y los derechos adquiridos con justo título, y los Municipios, que son personas jurídicas, tienen perfecta facultad para imponer sus contribuciones, porque éste es un derecho adquirido con justo título que garantiza la Corte.

Estima también que la Ley acusada se llevó de calle el artículo 197, ordinales 1º y 2º, del Estatuto fundamental, que consagra como atribuciones de los concejos municipales la de "ordenar por medio de acuerdos, lo conveniente para la administración del distrito" y la de "votar, en conformidad con la Constitución, la ley y las ordenanzas, las contribuciones y gastos locales".

Se considera:

Si la Corte estimara bien traídos estos argumentos del actor, se detendría, además y especialmente, en el estudio del artículo 183 de la Constitución, correspondiente al 50 del Acto Legislativo número 3 de 1910, según el cual los bienes y rentas de los Departamentos, así como los de los Municipios, son propiedad exclusiva, respectivamente, de cada uno de ellos, y gozan de las mismas garantías que las propiedades y rentas de los particulares.

Pero el problema que suscita la Ley acusada es diferente, como luego se verá. De paso anota, sí, la corporación que no es propio alegar la garantía del artículo 30 de la Carta, sobre propiedad y derechos adquiridos, porque la facultad de establecer impuestos, otorgada a los Departamentos y Municipios por los artículos 191 y 197, no se ejercita por preceptos de derecho privado, sino por facultades o atribuciones de derecho público, concedidas en forma unilateral por el legislador y dentro de las condiciones y límites que fije la ley.

Mas la cuestión que surge es distinta y por eso no hay necesidad de entrar a hacer la fijación de los límites del derecho de los Departamentos y Municipios a sus bienes y rentas frente a la potestad del legislador. Porque la Ley acusada no suprime los impuestos predial, de catastro, o de caminos, sino que los reemplaza con un impuesto único anual para "los establecimientos dedicados a la industria extractiva de metales preciosos". Crea, pues, un impuesto especial, pero impidiendo que se cobren aquellos otros sobre los establecimientos aludidos, tanto por consultar principios de técnica fiscal, como con el indudable propósito de fomentar o favorecer la industria de la minería.

Esto último se deduce de los términos empleados por la exposición de motivos y del contenido de la Ley, y aun lo primero se desprende fácilmente. Pero para mejor comprensión del asunto, es conveniente seguir el texto del estatuto acusado.

En el artículo acusado se establece el impuesto único y especial de que se viene hablando. Porque es el caso que los impuestos que recaían sobre la industria extractiva de metales preciosos venían dando lugar a controversias insolubles, cuyo resultado más palpable era el de estar acabando con ella. Así, principiando por lo más elemental o visible, se discutía en qué consistía **la mina:** si comprendía el suelo y el subsuelo mineral, o si abarcaba también aquellos bienes destinados a la explotación. Y aunque parece claro que la mina es solamente el suelo y el subsuelo mineral, se presentaba el inconveniente de que el **impuesto de estaca,** que figura en el código de minas, inhibía a los Departamentos y a los Municipios para establecer nuevos gravámenes por ese mismo concepto.

Igual dificultad se ofrecía respecto del **mineral,** por existir otro impuesto, llamado de **oro físico,** y éste no permitía cobrar el de **caminos,** el cual debía deducirse del dicho mineral extraído o del valor de éste una vez vendido.

Ahora, todas las minas tienen construcciones o bienes que son para uso público o para servicio público, tales como caminos, casas para obreros, calles, etcétera.

En fin, para completar el estudio del artículo primero, todas las empresas que se ocupan en estos menesteres, invierten sumas en veces considerables, para labores de cateos, exploraciones, estudios previos, que no son productivos y que por elemental equidad deben deducirse para imponer gravámenes.

Todo lo cual hace ver qué tan conveniente es que la Ley haya establecido un impuesto único y, como consecuencia, que haya excluído del pago aquellos bienes que no sólo no producen ganancias sino que en ocasiones representan pérdidas.

Las mismas razones explican el parágrafo del artículo primero: se establece allí una cuota de depreciación, porque la maquinaria en actividad, en vez de valorizarse, va perdiendo su valor por el uso, hasta llegar el caso de repararla o de reemplazarla, depreciación que, por equitativo que parezca tenerlo en cuenta, no se contempla en aquellos impuestos predial o de catastro y de caminos. Además, se reconoce el pasivo del contribuyente, cosa que tampoco ocurre con los dichos impuestos.

Todo esto indica que se trata de un impuesto especial, lo que viene a confirmarse con la lectura de los artículos segundo y tercero, en donde se da una reglamentación precisa de esta contribución.

Pues bien, si es función del legislador el crear o autorizar impuestos, ninguna tacha de inconstitucionalidad puede hacerse a la ley que establece el de que ahora se trata. Eso aparte de que, como ya se dejó expresado, el Municipio de Buenos Aires, como los demás Municipios, pueden continuar cobrando sobre los otros bienes que tenga un contribuyente, los impuestos predial o de catastro y de caminos, aunque ese contribuyente sea socio de una compañía extractora de minerales preciosos, pero no sobre los establecimientos dedicados a la citada industria.

La Ley exime a la industria minera o extractiva de metales preciosos de los impuestos departamentales o municipales que recaigan sobre ella, sin permitir que se cobre otro distinto al estable-

cido por el estatuto acusado. Mas esa exención de impuestos, que le está prohibido hacerla al Gobierno, no le está vedada al legislador, de acuerdo con el texto del artículo 183 de la Constitución, ya citado, que dice:

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

El doctor Tulio Enrique Tascón comenta este precepto diciendo:

"La parte final de la disposición prohibe al Gobierno Nacional conceder exenciones de derechos o impuestos departamentales o municipales. Empero, esta prohibición se limita al Gobierno, y, en consecuencia, puede el Congreso decretarla... Se trata de una excepción expresamente hecha a la garantía que el artículo consagra para las rentas departamentales y municipales".

Lo ya expuesto lleva a concluír que no se trata de una excepción gratuita siquiera, sino de una excepción compensatoria, por hallarse la industria en circunstancias desfavorables. En otros términos, en cambio de unos tributos se permitió cobrar otro único, con la mira de llevar un concepto técnico al recaudo del impuesto y con la de favorecer una industria, lo cual confirma lo que antes se dijo sobre la no existencia del privilegio.

f) El último argumento de que los Municipios que se encuentren en las condiciones del de Bogotá pueden crear, sin limitación legal posterior, impuestos como los suprimidos por la ley acusada, es erróneo e impertinente, como afirma la Procuraduría. Sobre todo es impertinente, porque de la autorización o mandato constitucional de que la Capital de la República se organice como un Distrito especial, no se desprende consecuencia alguna para abogar por los impuestos municipales que considera perjudicados el demandante.

"En cuanto a la observación de que la ley acusada es inconstitucional porque coarta una facultad concedida por ley anterior —dice el Ministerio Público— en la hipótesis de que tal facultad existiera para todos los Municipios, tampoco tiene validez alguna, porque lo que una ley establece puede ser cambiado por otra sin que, por esta sola razón, la nueva ley sea atacable como inexequible".

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con el concepto del señor Procurador y en ejercicio de la facultad que le otorga el artículo 214 de la Constitución, declara que ES EXEQUIBLE la Ley 34 de 1945, que ha sido objeto de esta acusación.

Cópiese, notifíquese, publíquese y dése cuenta a los señores Ministros de Hacienda y de Minas.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado. Francisco Bruno — Pedro Castillo Pineda — Tulio Gómez Estrada—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—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas — Pedro León Rincón, Secretario.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION PETITORIA DE CESACION DE UN JUICIO EJECUTIVO. — RECONVENCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS.—RECURSO DE REVISION.

La acción para que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, en los casos en que la ley la concede, como acontece con las sentencias de excepciones y pregón y remate en juicio ejecutivo, es cosa diferente, como del propio texto del artículo 473 del C. J. se ve, del recurso extraordinario de revisión reglamentado en el artículo 542 y siguientes del C. de P. C., de aplicación restricta. Las causas o motivos que dan lugar al replanteamiento de la cuestión litigiosa juzgada, taxativamente enumerados, para el recurso de revisión de sentencias proferidas por la Corte o Tribunales Superiores de Distrito, no tienen limitación cuando se trata de ventilar en juicio ordinario un asunto decidido por vía especial de acuerdo con el inciso 2º del artículo 473 del C. J. Tratándose de las sentencias a que alude el artículo 1030 del código citado, la acción para ventilar nuevamente el asunto decidido en ellas se condiciona al estado de la ejecución para el efecto de demandar solamente la revisión de la sentencia de excepciones, que es la verdaderamente tal porque en ella se decide sustantivamente sobre la obligación, por no haber sobrevenido la segunda que ordena el remate de los bienes; o para pedir la revisión de ambas por haber culminado ya las diligencias ejecutivas. Para la nueva ventilación del asunto sentenciado en juicio especial, en los casos en que procede, no es necesario demandar la nulidad de los fallos, según lo dijo ya la Corte en sentencia publicada en el tomo L de la GACETA JUDICIAL, pág. 78.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por documento privado suscrito en esta ciudad el 1º de abril de 1938, Margarita Hoyos de Uribe y Luis Camacho Matiz celebraron un contrato de promesa de venta de la casa Nº 20-30 de la carrera 8ª de esta ciudad, de propiedad de la primera, por la cantidad de $ 40.000 moneda corriente, de los cuales $ 5.000 fueron entregados por el promitente comprador Camacho al suscribir la promesa, y el resto debía pagarlos al cabo de seis meses a partir de la fecha del instrumento, plazo éste fijado para la solemnización del contrato prometido con el otorgamiento de la correspondiente escritura.

En las cláusulas quinta y octava de este contrato se estipuló:

"Quinta.—La propiedad que la promitente vendedora se obliga a vender al promitente comprador, se halla libre de todo gravamen, hipotecas, embargos judiciales, condiciones resolutorias del dominio, pleitos pendientes, arrendamientos por escritura pública y contrato de anticresis, y en el mismo estado jurídico se encontrará al otorgarse la correspondiente escritura de venta. Sexta.—La promitente vendedora ya ha hecho entrega material del inmueble objeto del presente contrato de promesa al promitente comprador y éste lo declara recibido a su entera satisfacción. Séptima.—Como el promitente comprador ya ha recibido materialmente la finca, se obliga a reconocer a la promitente vendedora Margarita Hoyos de Uribe, sobre la suma de $ 35.000 moneda legal colombiana, un interés del 7% anual, pagadero por mensualidades anticipadas, en esta ciudad de Bogotá. Octava.—En caso de que el promitente comprador Luis Camacho Matiz no cumpliera con las obligaciones que le impone el presente contrato, se obliga a devolver inmediatamente la finca materia de la promesa que le ha sido ya entregada

materialmente y perderá la suma de $ 5.000 moneda legal colombiana que ha entregado hoy a cuenta del precio de la venta prometida".

Camacho Matiz ocupó la casa para habitación con su familia, pero como al poco tiempo y antes de solemnizarse la venta prometida, se reventó dentro de la casa una cañería portadora de aguas negras de las edificaciones vecinas, lo cual la hizo inhabitable, Camacho, después de inútiles reclamos a su prometente vendedora; se consideró desligado del contrato de promesa.

La señora de Uribe demandó entonces ejecutivamente a Camacho para que éste le restituyera la casa y le indemnizara los perjuicios moratorios estimados en la suma de $ 1.804 por mes, más la suma de $ 408 mensuales "valor de los arrendamientos" que se estipularon en la cantidad equivalente al 7% anual sobre $ 35.000. Se libró mandamiento de pago por los dos primeros pedimentos y se denegó el último porque el contrato del 1º de abril "no acredita contrato alguno de arrendamiento". El ejecutado alegó la excepción de contrato no cumplido y otras defensas que el Tribunal de Bogotá declaró improbadas, por lo cual se han seguido adelantando las diligencias ejecutivas.

Entre tanto Camacho Matiz instauró juicio ordinario contra Margarita Hoyos de Uribe para que se declarara resuelto el contrato de promesa de venta de 1º de abril de 1938, por incumplimiento de la promitente vendedora, se declarara el actor libre de las obligaciones que contrajo por ese contrato y se condenara a la demandada, como infractora de la convención, al pago de los perjuicios. Este juicio lo decidió esta Corte de Casación en sentencia de 11 de mayo de 1942, en la cual invalidó las absolutorias de instancia y declaró en su lugar resuelto el contrato de promesa de venta; extinguidas para Camacho las obligaciones que contrajo por él y condenó a la demandada, como responsable de incumplimiento, a pagar a Camacho los perjuicios causados y a devolverle los $ 5.000 que recibió como parte de precio de la venta prometida.

Inútilmente solicitó Camacho al Juez de la ejecución, con exhibición de la sentencia de la Corte, que se declarara terminada la actuación ejecutiva, porque se consideró que no era incompatible con el objeto del juicio ejecutivo.

Tales son los antecedentes del presente juicio iniciado "para que por vía de revisión de la sentencia definitiva de excepciones pronunciada en aquel juicio ejecutivo" se hagan las siguientes declaraciones pedidas en libelo de demanda del 29 de abril de 1943 al Juez 1º Civil de este Circuito:

Primera.—Que debe cesar la ejecución que la señora Margarita Hoyos de Uribe adelanta contra el señor Luis Camacho Matiz en el Juzgado 2º del Circuito de esta ciudad y, en consecuencia, deben desembargarse todos los bienes que allí se encuentran sometidos a la traba ejecutiva, por estar probada, por parte del ejecutado Luis Camacho Matiz, la excepción de pacto no cumplido por dicha señora, por el hecho de haberse presentado en la casa objeto de la promesa de contrato de 1º de abril de 1938 la perturbación ocasionada por las aguas negras de los predios superiores".

"Subsidiariamente pido que debe cesar la referida ejecución por estar resuelto el contrato de promesa de compraventa celebrado entre la señora Margarita Hoyos de Uribe y el señor Luis Camacho Matiz el 10 (sic) de abril de 1938 a que se refiere la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de fecha 11 de mayo de 1942, dictada en el juicio ordinario de don Luis Camacho Matiz contra dicha señora sobre resolución de la referida promesa de contrato. Consecuencialmente deben desembargarse los bienes trabados en tal ejecución, y así debe declararse en la sentencia que provoco con esta demanda".

La demandada se opuso a las pretensiones del actor. Aceptó la celebración del contrato de promesa, el hecho de que los caños se reventaron, y afirmó que Camacho incumplió el contrato y por eso se vio obligada a pedir ejecutivamente la devolución de la casa, que no logró sino veinte meses después del término convenido. A su vez, dentro del término legal, demandó en reconvención a su demandante para que se declare que es civilmente responsable y en consecuencia se le condene a pagarle los perjuicios materiales y morales que le causó por el hecho de haber permitido ejecutar obras para pasar caños de desagüe de edificios por la casa prometida en venta, y los que le causó y sigue causando con el cargo injusto de simulación que le ha formulado en la demanda del juicio ordinario que le adelanta Camacho Matiz en el Juzgado 5º Civil de este Circuito.

La contrademanda se arraiga también en la promesa de venta, y en el hecho de haber sido incumplida por el promitente comprador, quien demoró la devolución del inmueble y quien fue el responsable, por su propia culpa de que la casa se anegara con aguas negras.

Trabado así el doble litigio, y agotada la tramitación del grado, el Juez del Circuito, en sentencia del 11 de agosto de 1944, decidió:

"1º.—La señora Margarita Hoyos de Uribe no cumplió con las obligaciones nacidas a su cargo como consecuencia del contrato de promesa de compraventa celebrado el día 1º de abril de 1938 con el señor Luis Camacho Matiz. 2º.—En consecuencia, la ejecución que inició contra Camacho Matiz y que se adelanta ante este Despacho, debe cesar. 3º.—Los bienes trabados en dicha ejecución deben desembargarse. 4º.—Condénase a la señora Margarita Hoyos de Uribe a pagar a Luis Camacho Matiz las costas ocasionadas por dicha ejecución, seis días después de ejecutoriado este fallo. 5º.—Absuélvase a Luis Camacho Matiz de todos los cargos que le hace la señora Margarita Hoyos de Uribe en su demanda de reconvención. Sin costas".

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial confirmó esta sentencia en la suya de 16 de abril de 1945, proferida al cabo de la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la demanda.

Parte la sentencia de la base de que la demanda, según sus términos y sus razones, se endereza a obtener la revisión de la sentencia de excepciones proferida en la ejecución que Margarita Hoyos de Uribe adelanta a Camacho Matiz en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, con apoyo en la cláusula octava del contrato de promesa el 1º de abril de 1938, juicio en el cual el ejecutado propuso inútilmente la excepción que se dedujera del hecho de haber tenido que hacer dejación de la casa que había prometido comprar, después de haberla recibido y ocupado, debido a que habiéndose reventado las cañerías de desagües de edificios vecinos inundó de aguas sucias en forma que hizo inhabitable e inepta, por tanto, para el fin de habitarla con su familia que era lo que se proponía con la compra prometida. Esta situación relacionada con el incumplimiento imputado a Camacho de las obligaciones que contrajo por el contrato de promesa, que era el sostén de la ejecución, quedó definitivamente resuelto en la sentencia de esta Sala de Casación Civil que decidió el juicio ordinario de Camacho contra la señora de Uribe al decretar la resolución del referido contrato de promesa y extinguidas para el promitente comprador las obligaciones que contrajo por el mismo contrato, por haberse probado incumplimiento por parte de la promitente vendedora. "Por consiguiente —dice la sentencia—, si no hubo por parte de Camacho Matiz incumplimiento del contrato tántas veces citado, no podía tener imperio la condición estipulada en la cláusula octava tántas veces citada, que preveía las prestaciones a cargo de aquél, al ocurrir ese evento; y en consecuencia, la ejecución decretada con fundamento en ella, y "en razón de no haberse cumplido la obligación impuesta en el contrato", quedaba, y está enervada, por falta de fundamento en la acción...".

Por lo que respecta a la demanda de reconvención, la negativa de sus pedimentos se funda en que la señora de Uribe no aportó al debate prueba alguna del daño que dice haber sufrido por causa de los hechos que imputa Camacho, fuera de que no es posible hallar ninguna culpa en el simple hecho de demandar la declaratoria de simulación de un contrato, sobre todo estando pendiente la decisión definitiva.

El recurso

Ambas partes han recurrido en casación contra la sentencia de segunda instancia. Agotados los trámites legales se procede a decidir el recurso para lo cual se consideran separadamente las dos demandas.

Recurso de la parte demandada

Se funda en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., que se examinan en el orden en que se presentan.

Causal segunda

La hace consistir el recurrente en que no hay consonancia entre lo pedido por el demandante Luis Camacho Matiz y lo decretado en la sentencia del Tribunal, y lo explica así: la pretensión del actor en este juicio en que se quiere revisar la sentencia de excepciones del ejecutivo de la señora Uribe contra él se enderezó a obtener que cesara tal ejecución y se desembargaran los bienes trabados en ella por estar probada por parte del ejecutado la excepción de pacto no cumplido, y el Tribunal, en su sentencia confirmatoria de la del Juzgado, ordenó cesar el juicio ejecutivo y desembargar los bienes porque la señora de Uribe no cumplió con las obligaciones que contrajo por el contrato de promesa de venta de 1º de abril

de 1938. De aquí deduce que la sentencia está afectada de **ultra petita** porque el demandante no solicitó la declaración de incumplimiento de la demanda, sino que invocó la excepción de pacto no cumplido, que son acciones de naturaleza distinta y hasta contradictoria.

Se considera:

En el citado juicio ejecutivo seguido en el Juzgado 2º Civil de este Circuito, el ejecutado Camacho Matiz en el trámite correspondiente expuso algunos hechos generadores, en su concepto, de las excepciones perentorias de "...carencia de acción de la parte ejecutante y demás accesorias y consecuenciales". Entre los hechos fundamentales figura como principal éste: "Durante dicho término (los seis meses señalados en la promesa para la legalización de la venta) mi poderdante y su familia tuvieron que hacer dejación del referido inmueble debido a que, desaguando el edificio de cinco pisos del general Víctor Manuel Salazar con que colinda el inmueble por oriente por entre éste a la carrera 8ª los caños se reventaron, anegando de aguas sucias el primer piso del mismo inmueble, haciéndolo inhabitable e inapto para habitación de familia que era para lo que mi poderdante se proponía adquirirlo".

Este hecho, no generador de excepción en el concepto del Juez de la ejecución, fue el que la Corte consideró constitutivo de incumplimiento por parte de la vendedora promitente a la luz de la cláusula quinta del contrato de promesa porque consideró que al tiempo de la solemnización de la venta no existía el mismo estado jurídico que cuando se prometió, pues entonces ya se había revelado la existencia del albañal que conducía las aguas sucias del predio de Salazar, y sobre él sustentó su declaratoria de resolución del contrato de promesa, declarando al promitente comprador libre de sus obligaciones.

Con apoyo en estos antecedentes se pidió en la demanda de este juicio revisorio de la sentencia de excepciones proferidas en el ejecutivo, que se hiciera cesar la ejecución "por estar probada, por parte del ejecutado Luis Camacho Matiz, la excepción de pacto no cumplido por dicha señora", o, subsidiariamente, "por estar resuelto el contrato de promesa de compraventa". Y explicando el actor la razón de su demanda dice "que tal juicio (ejecutivo) se funda en la existencia del contrato de promesa de compraventa referido y en la afirmación inexacta de que el contratante Luis Camacho Matiz lo infringió. Lo contrario fue que ocurrió, según el fallo de la Corte, o sea que don Luis Camacho Matiz cumplió las obligaciones que el contrato de promesa le impuso y la señora Margarita Hoyos de Uribe infringió las que el mismo contrato de promesa le impuso".

En estas condiciones el cargo de incongruencia se convierte en un vano juego de palabras, porque cuando la sentencia dice que la señora de Uribe "no cumplió con las obligaciones nacidas a su cargo como consecuencia del contrato de promesa", no está fallando sobre una cuestión de incumplimiento no propuesta, como lo cree el recurrente, y que sobraría después de la sentencia de la Corte. Lo que allí se dice, no obstante su discordancia textual con la demanda, es que se declara probada la excepción de incumplimiento, por parte de la señora de Uribe, de sus obligaciones generadas en el pacto de promesa, o "excepción de pacto no cumplido por dicha señora", que es lo mismo dentro del planteamiento del pleito. Cabe también sin incongruencia la fórmula decisoria dentro del pedimento subsidiario en que se da a la pretensión de que cese la ejecución el hecho de haberse declarado en sentencia de la Corte la resolución de la promesa por incumplimiento de la señora de Uribe, porque cambiando las palabras no se altera la relación esencial entre lo pedido y lo resuelto. En todo caso, es el incumplimiento de la demandada, que es el hecho exceptivo fundamental, expresado en distintos términos, y no acción contra el contrato sino para ser demostrado como hecho ya indiscutible.

No hay sino que recordar el compendio que atrás se hizo de la motivación del fallo, para ver que en él, dentro de la órbita jurisdiccional del litigio, no se estudiaron y definieron sino las cuestiones planteadas en concordancia con las situaciones procesales de los litigantes.

Por lo dicho, se rechaza la acusación por la causal segunda.

Causal primera

Por quebranto de la ley sustantiva se formulan contra la sentencia los cargos que en seguida se enuncian y consideran:

a) Violación directa de los artículos 473 y 1030 del C. J., por indebida aplicación e interpretación errónea. Dice el recurrente que el Tribunal desnaturalizó el recurso especial de revisión en materia civil, porque lo admitió sin que el demandante hubiera pedido simultáneamente la revisión

de las sentencias de excepciones y de pregón y remate, y sin que se hubiera pedido la nulidad de esos actos judiciales puesto que el objetivo de la revisión es la invalidación del fallo en juicio especial y su alcance no puede ser otro que volver las cosas al estado anterior porque con él se persigue una especie de resolución.

Se considera:

La acción para que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, en los casos que la ley lo concede, como acontece con las sentencias de excepciones y pregón y remate en juicio ejecutivo, es cosa diferente, como del propio texto del artículo 473 del C. J., se ve, del recurso extraordinario de revisión reglamentado en el artículo 542 y siguientes del C. de P. C., de aplicación estricta. Las causas o motivos que dan lugar al replanteamiento de la cuestión litigiosa juzgada, taxativamente enumerados para el recurso de revisión de sentencias proferidas por la Corte o Tribunales Superiores de Distrito, no tiene limitación cuando se trata de ventilar en juicio ordinario un asunto decidido por vía especial de acuerdo con el inciso 2º del artículo 473 del C. J. Tratándose de las sentencias a que alude el artículo 1030 del código citado, la acción para ventilar nuevamente el asunto decidido en ellas se condiciona al estado de la ejecución para el efecto de demandar solamente la revisión de la sentencia de excepciones, que es la verdaderamente tal porque en ella se decide sustantivamente sobre la obligación, por no haber sobrevenido la segunda que ordena el remate de los bienes; o para pedir la revisión de ambas por haber culminado ya las diligencias ejecutivas. No habiéndose verificado el remate, como acontece en el caso presente no se persigue restitución ninguna, que sería lo que haría explicable la revisión de la llamada sentencia de pregón. Se trata simplemente, como lo dice la demanda, de paralizar el juicio ejecutivo.

Para la nueva ventilación del asunto sentenciado en juicio especial, en los casos en que procede, no es necesario demandar la nulidad de los fallos. "Son instituciones jurídicas distintas —ha dicho esta Sala— la nulidad procesal de una sentencia proferida en juicio especial, por irregularidades en la secuela, y su infirmación o reforma en juicio ordinario revisorio por violación manifiesta de un derecho sustantivo, no obstante que ambas cuestiones pueden proponerse y obtenerse, en aquellos casos en que la ley lo permite. El criterio científico es el de que para ventilar en juicio ordinario, con la acción consagrada en el artículo 473 del C. J., un asunto o controversia que ya había sido decidido en vía especial, no es necesario pedir la nulidad de la respectiva providencia judicial que decidió la controversia en juicio especial, ni tal declaratoria procede, porque la nulidad de los actos judiciales tiene su origen en defectos de procedimiento, en tanto que el llamado recurso de revisión plantea el estudio y exámen de fondo de hechos generadores de derechos sustantivos o ventila en ocasiones el derecho mismo. Esto es así porque la nulidad ataca el acto judicial mismo, en tanto que la revisión a sus consecuencias; la nulidad mira a la causa que es la sentencia, la revisión al efecto que es la obligación que resulta de la sentencia; la nulidad deja sin efectos el juicio o la sentencia, pero nada resuelve sobre la obligación declarada en ésta, y la revisión fija en concreto esa obligación sin que se pueda admitir posterior debate sobre ella". (G. J. Tomo L, pág. 78).

No se ve, pues, en la sentencia acusada violación de los artículos a que este cargo se refiere.

b) "La sentencia es violatoria de ley sustantiva, por infracción directa, mala interpretación y aplicación indebida al caso del pleito de los artículos 1498, 1546, 1602, 1603, 1609, 1620, 1761, 2005 y 2008 numeral 2º y 2014 inciso 2º del C. C. y lo es también por error de hecho en la apreciación de la prueba que ofrece el documento privado de fecha 1º de abril de 1938, especialmente en lo referente a las cláusulas 7ª y 8ª, error ese que llevó al sentenciador a la violación de los artículos antes citados y del artículo 637 del C. J. Violó también el artículo 89 de la ley 153 de 1887".

Es bastante confuso el capítulo sustentatorio de este cargo. En él afirma el recurrente, en resumen, que el Tribunal se equivocó al considerar que la entrega o restitución de la casa se vincula al contrato de promesa de venta y que Camacho sólo estaba obligado a hacerla en caso de que él hubiera incumplido sus obligaciones de promitente comprador. Sostiene que en uso de la libertad contractual se hicieron constar en el documento del 1º de abril de 1938 dos contratos diferentes: una promesa de venta y un arrendamiento, gobernados por reglas inconfundibles que es necesario tener en cuenta para efecto de deducir las contraprestaciones convenidas. Dice el recurrente que la Corte, al negarle a Camacho el derecho de retención que demandó en su acción resolutoria, esti-

mó que la obligación de restituír el inmueble no estaba condicionada al cumplimiento del contrato de promesa de venta sino que provenía de la expiración del pacto de arriendo.

Se considera:

Ni la intención claramente manifestada por los contratantes ni los términos en que fue expresada dan base ninguna para afirmar que en el documento del 1º de abril de 1938 puede hallarse un caso de contratación mixta o compleja, o sea posible ver dos contratos de individualidad independiente y de propia y autónoma reglamentación. Sus estipulaciones no configuran los elementos constitucionales del contrato de arrendamiento. En sus cláusulas, transcritas atrás en su parte pertinente, no hay sino una promesa de venta. Camacho Matiz no recibió la casa a título de arrendatario; la entrega que le hizo su promitente vendedora fue por virtud de la promesa, como entrega anticipada en cumplimiento de sus posteriores obligaciones de vendedora, y los intereses pactados sobre la parte de precio que quedó debiendo Camacho, junto con el goce de los $ 5.000 que anticipó en esa calidad, se consideraron como frutos compensatorios del uso anticipado de la casa, pero dentro del entendimiento y con el propósito incuestionable de contratar una promesa de venta. El Juez de la ejecución seguida por la señora de Uribe contra Camacho, cuya casación se persigue con este juicio, rechazó desde el auto ejecutivo, como se dejó visto, la tesis del arrendamiento que ahora se quiere revivir en el recurso de casación por la parte demandada.

Manifiestamente infundada es la aseveración que hace el recurrente de que la Corte, en su sentencia resolutoria de la promesa de venta, "estimó que la obligación de restituír la finca provenía de la expiración del pacto de arriendo y no del incumplimiento o no formalización del contrato prometido". La referida sentencia, traída a este proceso en calidad de prueba, al resolver la petición de Camacho Matiz sobre la retención de la casa mientras su demandada le pagaba las prestaciones a que fuera condenada en virtud de la resolución contractual por su incumplimiento, dijo: "El señor Camacho Matiz tampoco tiene derecho a retener el inmueble materia de la promesa de contrato, una vez resuelta ésta, porque el derecho de retención sólo se concede cuando el poseedor vencido tuviere que reclamar en razón de expensas y mejoras algún saldo, caso éste en que no se encuentra el demandante Camacho". Ahí no dice sino que el derecho de retención es legalmente improcedente en el caso alegado; nada más. La obligación restitutoria de la casa prometida en venta y anticipadamente entregada al promitente comprador, a que la sentencia de esta Sala no hace particular referencia, era una obvia consecuencia del fenómeno resolutorio.

La ejecución propuesta por la señora de Uribe contra Camacho en el Juzgado 2º Civil de este Circuito se fundó en incumplimiento del promitente comprador del contrato de promesa de venta cuyo documento sirvió de recaudo ejecutivo. En el mandamiento de pago se dice que las obligaciones recíprocas de los contratantes de la promesa se reducían, para la señora de Uribe, a vender la casa por el precio convenido; y para Camacho, a comprarla dentro del plazo fijado, pagando el resto del precio acordado, y para el caso excepcional de no satisfacer estas obligaciones, devolver inmediatamente el inmueble que había recibido por anticipado a su satisfacción. Como vencido el término para la solemnización de la venta Camacho no lo hiciera, se libró ejecución. Fue, pues, acción del contrato de promesa y se basó en incumplimiento de Camacho de sus obligaciones de comprador promitente. El asunto que se ventiló en el incidente de excepciones y se decidió en la sentencia que las declaró infundadas fue el de carencia de acción de la ejecutante por virtud del acaecimiento del hecho de la ruptura del albañal que hizo inhabitable la casa. Es esta misma cuestión de incumplimiento de contrato de promesa la que de nuevo se ventila en este juicio ordinario de revisión de la sentencia de excepciones, y al decidirlo se encuentra que hay una sentencia definitiva que decretó la resolución de ese contrato de promesa por incumplimiento de la señora de Uribe. Este fallo de la Corte que además de ser prueba completa acerca de la cuestión de quién y en qué forma incumplió el contrato de promesa, de contraria manera a la adoptada en la sentencia de excepciones, ciega o destruye indudablemente la fuente contractual señalada a la obligación cuyo pago se demandó ejecutivamente, por efecto jurídico de la resolución que opera retroactivamente. La obligación de restituír, a cargo de Camacho, no puede demandarse con acción del contrato de promesa apoyada en la cláusula 8ª del documento del 1º de abril de 1938.

A la luz de las consideraciones elementales que se dejan expuestas en torno de la cuestión que constituye el centro o eje de la controversia, bien

claro se ve la vanidad e improcedencia de los cargos que se formulan por quebranto de las disposiciones que se citan como violadas, cuya discriminación no es indispensable para no dar acogida al cargo.

c) Violación de los artículos 473 y 474 del C. J. en que incurrió el Tribunal como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en la apreciación de la sentencia de fecha 11 de mayo de 1942, dictada por la Corte Suprema de Justicia, en el juicio ordinario de Luis Camacho Matiz contra Margarita Hoyos de Uribe. (Se citan también como mal apreciados varios autos dictados en el ejecutivo del Juzgado 2º que no se mencionan aquí porque no dan base a cosa juzgada y porque en ellos no se apoya ninguna conclusión del cargo). La acusación se sustenta en que en el juicio en que se produjo la citada sentencia "el demandante propuso como acción el derecho a retener la finca prometida en venta, acción que corresponde precisamente a la excepción de contrato no cumplido, y que no prosperó en aquel juicio, produciéndose así el fenómeno de la cosa juzgada y surte sus efectos tanto en el juicio a que me refiero como en el ejecutivo cuyo fallo de excepciones se pretende revisar... Estimó entonces la Corte que la obligación de restituír el inmueble no estaba condicionada al cumplimiento de la promesa de compraventa, pues ella resultaba de un pacto adicional y distinto que fue el de alquiler o uso de la finca... Está, pues, definitivamente fallado que el señor Luis Camacho Matiz no puede ni podía oponerse a la restitución del inmueble a pretexto de no haberse cumplido el contrato de promesa.

Se considera:

En el capítulo anterior, con ocasión del cargo que en sustancia es el que aquí se hace, se vio cómo carece de razón la tesis de que al lado del contrato de promesa, e independientemente de él, se celebró un arrendamiento de la casa de la señora de Uribe, y cómo no hay base literal ni conceptual en su sentencia para afirmar que la Corte aceptara y reconociera esta nulidad contractual. La Corte negó al demandante Camacho el derecho de retención sobre la casa, como ya se vio, por considerar que tal derecho **sui generis** no puede alegarse ni se tiene sino en los casos en que expresamente lo concede la ley como lo dispone el artículo 2417 del código civil, entre los cuales no puede considerarse incluído el del promitente comprador. Hay que echar esto en olvido para poder decir que la retención aludida equivalió en aquel juicio ordinario a la excepción **non adimpleti contractus,** como si Camacho hubiera dicho: no devuelvo la casa si la señora de Uribe no cumple por su parte sus obligaciones de promitente vendedora o mientras no las cumpla; y no lo que en realidad dijo, esto es, pido que la promesa se resuelva porque la vendedora promitente ha incumplido sus obligaciones y que mientras me paga las prestaciones que le resulten de la resolución se me permita retener la casa. Por lo demás, la sentencia acusada no asienta sus conclusiones en la existencia de la excepción de pacto no cumplido en su estricta acepción jurídica, puesto que excluye todo incumplimiento por parte de Camacho Matiz del contrato de promesa de venta, sino simplemente en el hecho de que la promitente vendedora quebrantó sus obligaciones, que es el motivo o razón fundamental de la resolución declarada.

En estas condiciones, apenas hay que advertir la improcedencia con que se plantea el cargo por quebranto de la cosa juzgada.

d) En este último cargo, cuya improcedencia lo condena a la misma adversa suerte que los antecedentes, acusa el recurrente la sentencia por violación de los artículos 2341, 2342, 2347 y 2356 del C. C. como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal al apreciar la contestación de la demanda de reconvención y la copia de la demanda ordinaria propuesta por Camacho Matiz contra Margarita Hoyos de Uribe ante el Juzgado 5º Civil de este Circuito, pruebas que fueron pasadas por alto puesto que a pesar de que ellas demuestran que el demandante ha hecho acusación pública de simulación fraudulenta contra la señora de Uribe el Tribunal negó la obligación de indemnizar el daño. Le parece equivocado al recurrente el concepto del Tribunal de que mientras no se falle el juicio sobre simulación del contrato a que se alude no hay base ninguna para deducir si hubo o no ejercicio abusivo del derecho, porque basta para demostrar el perjuicio, el hecho de que se haya formulado el cargo de simulación en la demanda.

Se considera:

La sola enunciación de este cargo y de los motivos del fallo acusado respecto de la demanda de reconvención, ponen tan de relieve su sinrazón jurídica que podría excusar a la Sala de recordar que el sistema de responsabilidad civil reposa en

nuestra legislación sobre la noción de la culpa, que no es posible configurar sobre el simple hecho jurídicamente normal y lícito de promover una acción judicial para que se declare que una venta no es real sino simulada como es el caso de que se trata. Sobre todo, no habiéndose sentenciado la acción de simulación, porque, ¿qué ocurriría, como lo hace notar el opositor de este recurso, si declarada la responsabilidad por el solo hecho de la demanda, la sentencia declara que el contrato fue simulado?

Recurso de la parte demandante

La acusación de este litigante triunfador en la litis que concreta a la absolución de costas en la segunda instancia y consiste en que el Tribunal violó el artículo 575 del C. J. porque aunque es verdad que los jueces son libres en la apreciación de las circunstancias que la ley ordena tener en cuenta para condenar o no en costas, habiendo, en este caso, considerado el Tribunal que las pretensiones de la parte demandada carecen de todo fundamento, como en varios pasajes del fallo se reitera, debió condenarla al pago de las costas del grado .

Se considera:

Una cosa es la apreciación de las razones o fundamentos de la acción, excepción, oposición o incidente como examen de su procedencia o conformidad con el derecho para el efecto de reconocerlo o denegarlo, y otra la estimación de esas razones y fundamentos desde el punto de vista de su temeridad o malicia, para el efecto de aplicar las reglas sobre condena en costas. Si fuera bastante la simple falta de fundamento de la pretensión deducida por el litigante, la condena en costas sería siempre mecánica como acontece en caso insuceso del recurso en casación, y no estaría condicionada por el criterio de la temeridad y la malicia a que se refiere el artículo 575 del C. J. No sobra recordar, por otra parte, "que en repetidas ocasiones ha dicho esta Sala que sólo excepcionalmente, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede la condena en costas dar lugar y materia al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia, porque siendo siempre las costas cosa accesoria del derecho principal deducido en el pleito, las cuestiones relativas a su reconocimiento no pueden fundar la casación del fallo en cuanto al derecho principal, y porque la condenación a su pago está subordinada a la apreciación de la temeridad propia del fondo del derecho controvertido, de modo que es este derecho el que debe atacarse y no la condena en costas, que es ya la represión legal a la temeridad con que aquel derecho fue ejercitado. Por lo demás, no es acusación conducente la sola afirmación de que no se expresó en la sentencia ninguna razón justificativa de la condena, demostrativa de la temeridad o malicia de la defensa, porque la apreciación de estas condiciones, a falta de reglas que las determinen, la ha dejado la ley a la arbitraria apreciación de los Tribunales, y de este modo fuera del alcance normal de la casación". (G. J. tomo XLIX pág. 104).

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 16 de abril de 1945, materia de este recurso.

No hay lugar a condenación en costas.

Publíquese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y OTRAS POR PARTE DEL ACTOR Y RECONVENCION PETITORIA DE NULIDAD DE UNA PARTICION, ETC. REGIMEN PATRIMONIAL DE LA LEY 28 DE 1932.—BIENES SOCIALES Y BIENES DE CADA CONYUGE.—DEUDAS SOCIALES Y DEUDAS PERSONALES DE CADA CONYUGE.

1.—A partir de la vigencia de la ley 28 de 1932, que le otorgó a la mujer casada plena capacidad civil, los bienes pertenecientes a las sociedades conyugales entonces existentes quedaron bajo la administración y disposición conjunta de marido y mujer, desde luego que aquél dejó de ser desde el 1º de enero de 1933 jefe exclusivo de la sociedad conyugal y dueño ante terceros de los bienes sociales, y en cuanto a los bienes aportados al matrimonio o durante él adquiridos por los cónyuges a cualquier título, cada uno de éstos puede con absoluta indepehdencia del otro disponer de ellos, en fuerza de lo expresamente establecido en el artículo 1º de esa ley.

La ley 28 no acabó ni explícita ni implícitamente con las sociedades conyugales que encontró formadas, y con respecto a los matrimonios celebrados después de su vigencia conservó esa institución como vínculo patrimonial entendido entre los esposos, la cual viene a manifestarse en la forma más concreta y real con el fallecimiento de algunos de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de bienes de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma (artículos 164 C. C. y 2º de la ley 8ª de 1922).

Los artículos 1781 y 1797 del Código Civil no han quedado derogados por virtud de la reforma de la ley 28 de 1932; lo que ocurre es que esas disposiciones, como otras muchas del capítulo del Código en que están contenidas, no tienen aplicación actualmente sino cuando llegue el caso de liquidar la sociedad latente, y conforme a sus reglas debe hacerse la liquidación en cuanto no pugnen con las establecidas en aquella ley.

2.—Conforme al sistema consagrado en el Código Civil sobre régimen patrimonial en el matrimonio, con respecto a los bienes cabía distinguir entre bienes sociales, bienes propios del marido y bienes propios de la mujer, e igual distinción ocurría u ocurre hacer con relación a las deudas, las cuales se calificaban de deudas sociales, deudas personales del marido o deudas de la mujer. Estas últimas son las contraídas antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges o las contraídas durante el mismo, pero con el fin de satisfacer necesidades propias y exclusivas de uno de los cónyuges. Estas obligaciones gravan la masa de los bienes sociales (artículo 1796, numeral 3º C. C.), pero la sociedad no soporta en definitiva el gasto porque el cónyuge de quien era la deuda está obligado a compensarle a la sociedad lo que ésta hubiera invertido en el pago. Las deudas sociales son las contraídas durante el matrimonio para satisfacer las necesidades comunes que de él surgen, y la sociedad está obligada a su pago, sin lugar a recompensa alguna porque es una obligación que le es propia. (Artículo 1796 numeral 2º). Siendo el marido, conforme al régimen del Código Civil, el jefe de la sociedad y el dueño, respecto de terceros, tanto de los bienes sociales como de sus bienes propios, (artículos 1805 y 1806), ordinariamente las deudas sociales son contraídas por él, al punto de que todas las que adquiera durante el matrimonio se suponen por regla general sociales, salvo que, por excepción, conste o se pruebe que es una deuda personal de alguno de los cónyuges.

3.—La ley 28 de 1932 introdujo sustanciales reformas al Código Civil, entre otros puntos en cuanto al régimen imperante en materia de deudas. Hoy, conforme al artículo 2º de dicha ley, puede decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido

o la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, lo que ocurre con las concernientes a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Y la responsabilidad por esas obligaciones también gravita de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable sino el cónyuge que las haya contraído, y se hacen efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertenecían cuando contrajo el matrimonio o sobre los que haya adquirido a cualquier título durante el mismo. Con respecto a las deudas comunes o sociales ya mencionadas, los cónyuges responden solidariamente ante terceros, con todos sus bienes presentes y futuros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil (artículos 2º y 4º, Ley 28 de 1932).

4.—Una deuda social nacida bajo la vigencia del Código Civil, no pierde su calidad de tal por virtud de la reforma que operó la ley 28 de 1932; esa deuda puede hacerse efectiva no sólo sobre los bienes propios del marido sino también sobre los bienes que integraban el patrimonio de las sociedades conyugales existentes al momento de entrar en vigencia dicha ley, o sobre los que deben reputarse sociales al disolverse el matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

1º.—En el juicio mortuorio de la señora María Josefa Pardo de Salgar, protocolizado por Escritura Número 3446, de 14 de diciembre de 1935, de la Notaría 2ª de Bogotá, registrada el 17 de diciembre de 1935, se adjudicó a la señora Cecilia Salgar de Pardo el Almacén de dos puertas con el suelo en que está edificado, situado en la calle 11 de esta ciudad, marcado en sus puertas de entrada con los números 224 y 226 de la nomenclatura antigua, hoy con los números 8-50 y 8-54 de la nomenclatura actual, determinado por los linderos que allí se indican, adjudicación que se hizo por valor de $ 30.923,30.

2º.—Por contrato contenido en Escritura Pública Número 192, de 30 de enero de 1936, de la Notaría 2ª de Bogotá, registrada el 18 de febrero siguiente, la señora Salgar de Pardo vendió el local indicado en el punto anterior al señor José Latuf, por la suma de $ 45.000,00.

3º.—Al tiempo de la adquisición hérencial y de la venta del bien a que se refieren los numerales anteriores la señora Cecilia Salgar estaba casada con el señor Pablo E. Pardo Durán.

4º.—Por Escritura Pública Número 1320, de 15 de mayo de 1936, corrida en la expresada Notaría, Cecilia Salgar de Pardo compró a Agustín Torres la finca denominada "Sevilla", junto con sus edificaciones y dependencias, ubicada en el Municipio de la Calera, por la suma de $ 10.000,00. Consta de ese instrumento que en su otorgamiento intervino el doctor Luis Vergara Zapata como representante de la señora Salgar de Pardo y declaró que dicha señora "adquiere esta finca con el ánimo de subrogarla en parte a los inmuebles que vendió al señor José Latuf, por escritura número 192".

5º.—Por medio de documentos privados suscritos en 1927 y 1930, Pablo E. Pardo Durán se constituyó deudor de los señores Adolfo y Leonidas Botero Uribe, por sumas de dinero que recibió de ellos en préstamo. Para la época de esos contratos Pardo Durán estaba ya casado con la señora Cecilia Salgar.

6º.—Los acreedores Botero Uribe iniciaron cobro ejecutivo de sus créditos ante el Juzgado Sexto Civil de este Circuito contra el deudor Pardo Durán; en el procedimiento correspondiente se dictó auto de citación para sentencia de pregón y remate con fecha 21 de marzo de 1938 y sentencia de pregón y remate y de prelación de créditos con fecha 29 de marzo del mismo año.

7º.—El ejecutado Pardo Durán falleció el 30 de octubre de 1938, cuando el juicio ejecutivo se encontraba en el estado de que se habla en el punto anterior.

8º.—Después de la muerte del señor Pardo Durán los títulos ejecutivos fueron notificados a la señora Cecilia Salgar vda. de Pardo, en su calidad de cónyuge sobreviviente, y el 22 de octubre de 1940 fue embargada en la ejecución la finca "Sevilla", y su desembargo solicitado por dicha señora, fue negado por el Juez del conocimiento por estimar dicha finca como un bien social.

9º.—Pocos días después de consumado el embargo, la señora Salgar viuda de Pardo inició ante el mismo Juzgado Sexto el juicio de sucesión del señor Pardo Durán y la consiguiente liquidación de la sociedad conyugal disuelta por la muerte del mismo. En ese juicio se inventarió como activo el predio rural denominado "Sevilla", avaluado en la suma de $ 10.080,00 y un crédito litigioso estimado en $ 2.700,00. En el pasivo se hizo figurar un crédito por $ 40.000,00 a favor de la cónyuge sobreviviente, proveniente del precio de la venta que se hizo al señor José Latuf y los dos créditos a favor de los señores Adolfo y Leonidas Botero por las cantidades de $ 2.173,12 y $ 886,00. En la partición el activo se destinó totalmente para cubrir en parte el crédito de la cónyuge sobreviviente contra la sociedad conyugal por $ 40.000, quedando insoluto el crédito de los Botero, por estimar el partidor que el de la señora Salgar de Pardo gozaba del privilegio de cuarta clase consagrado en el numeral 3º del artículo 2502 del Código Civil. Esa partición fue aprobada en sentencia de 4 de agosto de 1941 y registrada el 27 y 28 de noviembre siguiente.

10.—Entre tanto, en el ejecutivo de los Boteros ya mencionado, se verificó el remate de la misma finca "Sevilla" el 8 de septiembre de 1941, y por cuenta del crédito de los Botero Uribe se les adjudicó a éstos por la suma de $ 7.000,00. El remate fue registrado el 29 de septiembre de 1943.

La controversia

Apoyándose principalmente en esos antecedentes, Cecilia Salgar de Pardo demandó por la vía ordinaria a Adolfo y Leonidas Botero Uribe para que con su audiencia se hagan las siguientes declaraciones:

1ª.—Que la finca denominada "Sevilla", cuya situación y linderos se expresan en el libelo, salió del patrimonio de la sociedad conyugal que existió entre la actora y Pablo E. Pardo Durán en virtud del registro de la partición de los bienes de la sucesión del señor Pardo Durán, o mejor aún, de dicha sociedad conyugal.

2ª.—Que como consecuencia del registro de la hijuela de la demandante en el juicio sucesorio de Pardo Durán, quedó extinguido el haber de la sociedad conyugal Pardo-Salgar y por tanto, es nulo el remate de la finca adjudicada en la correspondiente hijuela a la demandante, acto verificado en el juicio ejecutivo seguido por los demandados contra el marido de la demandante.

3ª.—Que en el supuesto de ser antagónica la subsistencia de la adjudicación de esa finca con la del remate de la misma, debe primar la adjudicación que ya está registrada, sobre el remate, ya que el Juez que conoce del juicio ejecutivo es el mismo que conoció del sucesorio.

4ª.—Que la partición hecha en el juicio de sucesión de Pablo Pardo Durán perjudica a los acreedores del causante, a los de la sucesión y a los de la sociedad conyugal, pues en él se emplazó debidamente a todos los posibles interesados.

5ª.—Que la demandante no es responsable de las deudas de la extinguida sociedad ni de las de su marido, porque no hubo gananciales y que por tanto, se declara la nulidad del ejecutivo de los demandados contra la sociedad conyugal Pardo-Salgar.

Los demandados aceptaron algunos de los hechos de esa demanda, negaron otros; se opusieron a que se hicieran las declaraciones solicitadas y presentaron demanda de reconvención contra la señora Salgar de Pardo, pidiendo en resumen que se declare:

"a) Es nula la partición en el juicio de sucesión del Sr. Pablo E. Pardo Durán registrada en el libro número primero el 27 de noviembre de 1941 y en el de causas mortuorias del 28 de noviembre del mismo año, en el cual juicio se adjudicó la hacienda "Sevilla", a la señora Cecilia Salgar de Pardo, a espaldas de los acreedores Adolfo Botero Uribe y Leonidas Botero Uribe, cuyos créditos que prestan mérito ejecutivo, no fueron relacionados en el pasivo de la mortuoria y con manifiesto perjuicio para sus intereses violando la ley;

"b) Que como consecuencia de esa nulidad se ordene, al ejecutoriarse la sentencia que ponga fin a este juicio, la entrega inmediata de la finca "Sevilla", determinada en esta demanda, y que ha sido rematada por Adolfo Botero Uribe y Leonidas Botero Uribe, en el ejecutivo que han seguido en el Juzgado 6º contra Pablo E. Pardo Durán y su cónyuge sobreviviente Cecilia Salgar de Pardo, a quien se notificaron en legal forma los títulos ejecutivos y es responsable de las deudas contraídas por el Sr. Pardo Durán durante la sociedad conyugal y cuando dicho Sr. Pardo era jefe y administrador de la misma en los años de 1927 y 1928, según los documentos respectivos y para pagar el importe total de esos créditos con sus intereses, gastos y costas;

"c) Que se condene a la demandante Cecilia

Salgar de Pardo demandada en esta demanda de reconvención a pagar todos los gastos, costos y costas y demás accesorios legales, que se establecerán por medio de peritos en forma legal y que le ha ocasionado a los suscritos demandantes por negarse y oponerse al pago de las cantidades y capitales que se les adeuda por la sociedad conyugal Pardo-Durán;

"d) Que se le condene a las costas del presente juicio".

Entre los hechos de esa contrademanda se afirmó que la sociedad conyugal Pardo-Salgar recibió de los contrademadantes el dinero de que hablan las obligaciones suscritas por Pardo Durán a favor de los Botero; que esa sociedad conyugal compró la hacienda "Sevilla" sin que mediara subrogación; que la adjudicación que de esa finca se le hizo a la señora Salgar de Pardo en la sucesión de Pablo E. Pardo, cuando a la sazón estaba embargada en el ejecutivo mencionado, constituye objeto ilícito.

Contestada la contrademanda y surtido el juicio doble con arreglo a las formalidades pertinentes, el Juez del conocimiento lo decidió en sentencia de 25 de febrero de 1944, por medio de la cual absolvió a los demandados Adolfo y Leonidas Botero de los cargos formulados en la demanda principal; declaró la nulidad absoluta de la partición en cuanto se refiere a la adjudicación que de la hacienda "Sevilla" se hizo a la contrademandada; y ordenó la cancelación del registro de la partición en ese punto, sin costas.

La apelación de las partes llevó el negocio al Tribunal Superior de Bogotá, el que decidió la alzada en sentencia de 18 de mayo de 1945, por medio de la cual confirmó la apelada, sin costas.

Las consideraciones en que se fundamentó esa sentencia son, en resumen, las siguientes: que el precio de $ 45.000,00 en que Cecilia Salgar vendió su Almacén a Latuf, ingresó al haber de la sociedad conyugal Pardo-Salgar, pero la sociedad quedó deudora de ese precio, porque en la escritura de venta no se destinó a la subrogación; que "se entiende que al adquirirse después la finca "Sevilla" a título oneroso por la misma cónyuge, tal adquisición la realizó también la sociedad conyugal (artículo 1781, 5º ibidem), en cuyo poder se encontraba en el momento de disolverse la sociedad"; que el privilegio de que trata el numeral 3º del artículo 2502 del Código Civil es inaplicable al pago del crédito en favor de la señora Salgar de Pardo, como lo hizo el partidor, en perjuicio de los créditos a cargo de la misma sociedad y a favor de los acreedores señores Botero Uribe; que la sociedad conyugal es responsable en el pago de esos créditos contraídos por el marido antes de la vigencia de la Ley 28 de 1932 y el patrimonio social está afecto a ese pago; que los contratos de mutuo válidamente celebrados por el marido señor Pardo y por los señores Botero bajo el imperio del Código Civil deben tener cumplido efecto dentro del nuevo régimen patrimonial; que adquirida la finca "Sevilla" por la esposa Cecilia Salgar después de la vigencia de dicha ley, el citado inmueble ingresó sin embargo al haber de la sociedad conyugal; que "como el activo de la sociedad conyugal Pardo-Salgar anterior a la Ley 28 de 1932 se hallaba afectado por el pasivo de la misma mientras no se practicara la liquidación definitiva de ella, por haberse disuelto por la muerte del marido desde el 30 de octubre de 1938, es evidente que los acreedores Botero tenían pleno derecho a embargar no solamente el dinero social producto de la venta del local de la esposa, sino también la finca "Sevilla", como lo hicieron con fecha 22 de octubre de 1940, porque a la sazón la mencionada finca se encontraba dentro de la masa social de la misma comunidad conyugal que se formó con el hecho del matrimonio de los esposos, celebrado desde el 30 de octubre de 1913 y que renació o volvió a la escena jurídica al fallecer el marido, entrando entonces en estado de liquidación definitiva".

Embargada la finca por los acreedores Boteros dentro del juicio ejecutivo enderezado contra la viuda señora Cecilia Salgar, es claro que la misma señora, en su calidad de adquirente del inmueble, estuvo privada de la libre administración y disposición de él, en la forma a que le otorgaba derecho el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, desde cuando se consumó el embargo.

Por tanto, a la fecha de disolución de la sociedad conyugal por la muerte del marido, la referida finca no pertenecía ni formaba parte del patrimonio exclusivo de la cónyuge adquirente (artículo 1795 del C. C.). Dentro de la **masa social** por partir constituía aquel inmueble un bien **gananciał**, sujeto en primer término a la deducción de las deudas sociales conforme a los artículos 4º de la Ley 28 de 1932 y 1016 del Código, y en segundo lugar, si cubiertas esas deudas quedaba algún remanente o saldo, él debía sujetarse a su turno a las deducciones y compensaciones establecidas por los artículos 1826 y concordantes del Código Civil".

Finalmente consideró el Tribunal que hallándose embargado legalmente ese inmueble dentro del ejecutivo de los Botero Uribe la adjudicación que del mismo se hizo en el juicio sucesorio a la señora Salgar de Pardo, quedó afectada por ilicitud del objeto de la enajenación, determinándose la consiguiente nulidad absoluta de la hijuela y su registro.

El recurso

A la actora señora Salgar de Pardo se le concedió recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede hoy a decidir.

Todos los cargos de la recurrente los propone con apoyo en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y en el primero de ellos dice que la sentencia es violatoria de ley sustantiva por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea, proveniente todo esto, en parte del error de derecho, y de error de hecho manifiesto en los autos. Señala como violados los artículos 1788 del C. C. por no aplicación al caso del pleito, 1789 de la misma obra por interpretación errónea y 1º de la Ley 28 de 1932, tanto por no aplicación como por interpretación errónea.

El error de derecho y de hecho en que incurrió el Tribunal lo hace consistir en que no se tuvo en cuenta, para darles todo el alcance legal del caso los contratos recogidos en las Escrituras números 192, de 30 de enero de 1936 y 1320 de 15 de mayo de 1936, ni otros antecedentes probatorios de que más adelante se hablará. Considera que por esta causa el Tribunal violó los artículos 1759, 1765 del Código Civil, y 601, 662, 663, 664 y 687 del Código Judicial, violación que lo llevó a infringir también, en el concepto ya dicho, los artículos 1788, 1789 del C. C. y 1º de la Ley 28 de 1932.

En desarrollo del cargo dice en resumen que, al contrario de lo sostenido por el Tribunal, ni el precio de $ 45.000,00 en que la recurrente vendió su Almacén al señor José Latuf, según Escritura Pública Número 192 de 30 de enero de 1936, ni la finca "Sevilla", comprada por Escritura Pública Número 1320 de 15 de mayo de 1936, entraron jamás al patrimonio de la sociedad conyugal. Lo primero porque habiéndose verificado la venta en 1936, y siendo lo vendido un bien propio de la recurrente y rigiendo el día de la venta el artículo 1º de la Ley 28 de 1932, el dinero precio de esa negociación no entró a la sociedad conyugal sino a su patrimonio propio, y lo segundo porque, también bajo la vigencia de la disposición citada, el precio "Sevilla" fue comprado por la recurrente con parte del precio de la venta del Almacén, que era un bien propio de ella, adquirido por herencia; que el Tribunal llegó a la conclusión contraria como si la Ley 28 de 1932 no existiera y aplicó normas del Código Civil como los artículos 1781 y 1797, que quedaron derogados por la precitada Ley 28, la cual le otorgó a la mujer casada una capacidad civil plena, igual a la del marido y desde la fecha de su vigencia lo que adquieran el uno o la otra, lo hacen para ellos, para su patrimonio propio.

Sostiene igualmente que en la compra de la finca "Sevilla", hecha por la recurrente, se verificó el fenómeno de la subrogación, o sea que esa finca fue subrogada al Almacén que ella le vendió a Latuf. Agrega que el ánimo de subrogar está claramente manifestado en la escritura de compra de la finca "Sevilla" y que aun cuando por causas inexplicables no quedó expresa esa constancia en la Escritura Número 192, esa intención de subrogar se deduce claramente de las estipulaciones respecto a los plazos para el pago otorgados a Latuf en esa Escritura; pues al cumplirse los cuatro meses de plazo de otorgada, el señor Latuf pagó a la vendedora los primeros $ 10.000,00 que le adeudaba, y con ese dinero, casi inmediatamente, compró en $ 10.000,00 la finca "Sevilla"; que esos indicios no tomados en cuenta por el Tribunal y agregados a los siguientes, que el dinero era de propiedad de la recurrente, que su marido no tenía bienes; que el dinero no podía ingresar legalmente a la sociedad conyugal, forman una serie de indicios que, de acuerdo con el artículo 665 del Código Judicial, llevan a la conclusión de que la finca adquirida por la recurrente fue para subrogar, en parte, el Almacén que había vendido a Latuf. Afirma que basta para que el artículo 1789 del Código Civil "tenga operancia que la intención de subrogar aparezca en alguna forma, y que los terceros queden resguardados y amparados, contra el dolo o la mala fe de los cónyuges; que constando expresamente en la Escritura de compra ese ánimo de subrogar, los terceros saben ya a qué atenerse, y dentro de la órbita de su diligencia y cuidado entra el estudio del fenómeno de la subrogación y su deber es atenerse a ella y averiguar los antecedentes de ese fenómeno legal".

De todo ello deduce que la subrogación se verificó y que al no haberlo considerado así el Tribunal interpretó erróneamente los artículos 1788

y 1789 del C. C. y violó, por no haberlo aplicado al caso del pleito, el artículo 1º de la Ley 28 de 1932 y aplicó indebidamente los artículos 1805 y 1806 del C. C. Como se vio al comienzo de este cargo, las tres disposiciones primeramente citadas, se señalan también como violadas a consecuencia de los errores de derecho y de hecho que se dejan anotados.

Para resolver se considera:

Las cuestiones fundamentales que en concepto de la Sala aquí es pertinente esclarecer, como que son las únicas que incidirán sobre la parte resolutiva de la sentencia acusada, son las siguientes: determinar si el inmueble "Sevilla", comprado por la cónyuge Cecilia Salgar de Pardo bajo la vigencia de la Ley 28 de 1932, sea que la compra la hubiere verificado con dineros provenientes de la venta anterior de un bien raíz adquirido por herencia o de cualquier otro origen, debe o no reputarse como un bien social para los efectos de la liquidación definitiva de la sociedad conyugal por disolución del matrimonio que ella tenía contraído con Pablo E. Pardo Durán o si ese bien, por haber sido subrogado a otro adquirido por herencia durante el matrimonio, no debe considerarse como social sino como propio de la cónyuge. Estas dos cuestiones se examinan separadamente, en el orden que han sido enunciadas.

Primera:—El Tribunal estimó que el inmueble "Sevilla", que se encontraba en poder de la cónyuge a la fecha de la disolución del matrimonio por muerte del marido, constituía un bien social. Como tal fue también considerado tanto en la partición realizada dentro del juicio sucesorio de Pardo Durán, (fs. 5 ss., cuaderno número 4), como en la demanda propuesta por la recurrente, pues así se expresa inconfundiblemente en los hechos 16, 17, 19, 22 y hasta se pide que se declare en las súplicas primera y segunda de esa demanda. Esta circunstancia por sí sola sería suficiente para desestimar el cargo en su primer aspecto, por extraño y contrario a los términos en que la propia recurrente planteó la litis, pero la Corte no estima supérfluo expresar someramente las razones que la llevan a compartir la tesis del Tribunal.

Pablo E. Pardo Durán y Cecilia Salgar contrajeron matrimonio en el año de 1913, y por consiguiente a partir de esa fecha y por virtud de ese hecho jurídico quedó contraída la sociedad conyugal Pardo-Salgar, (artículos 180 y 1774 del C. C.), de la cual fue único administrador y dueño ante terceros tanto de los bienes sociales como de sus bienes propios, el marido Pardo Durán. Esa situación jurídica se mantuvo hasta la vigencia de la Ley 28 de 1932, pues ésta en su artículo 1º dispuso que "durante el matrimonio cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera".

A partir de la vigencia de esa ley, que además le otorgó a la mujer casada plena capacidad civil, los bienes pertenecientes a las sociedades conyugales entonces existentes quedaron bajo la administración y disposición conjunta de marido y mujer, desde luego que aquél dejó de ser desde el 1º de enero de 1933 jefe exclusivo de la sociedad conyugal y dueño ante terceros de los bienes sociales, y en cuanto a los bienes aportados al matrimonio o durante él adquiridos por los cónyuges a cualquier título, cada uno de éstos puede con absoluta independencia del otro disponer de ellos, en fuerza de lo expresamente establecido en el artículo 1º citado.

De otro lado, la Ley 28, aun cuando como queda esbozado cambió radicalmente el sistema de administración y disposición de bienes durante el matrimonio, no acabó ni explícita ni implícitamente con las sociedades conyugales que encontró formadas, y con respecto a los matrimonios celebrados con posterioridad a su vigencia, conservó esa institución como vínculo patrimonial entendido entre los esposos, la cual viene a manifestarse en la forma más concreta y real con el fallecimiento de alguno de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de bienes de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma (artículos 164 del C. C. y 2º de la Ley 8ª de 1922). Así lo ha demostrado y sostenido la Corte en muchas sentencias a partir de la de 20 de octubre de 1937 (G. J. Tomo XIV, número 1928), y así surge expresamente establecido en la parte final del artículo 1º de la Ley 28, según el cual "a la disolución del matrimonio y en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal, se considerará que los cónyuges han tenido esta sociedad desde la celebración del matrimonio y en consecuencia se procederá a su liquidación".

Conforme a lo dicho, precisa admitir que la sociedad conyugal Pardo-Salgar, que cuando menos

se mantuvo en estado de latencia desde el 1º de enero de 1933, surgió de nuevo a la vida real con motivo de la disolución del matrimonio, producida por la muerte del señor Pardo Durán, ocurrida el 30 de octubre de 1938. De consiguiente para determinar cuáles son los bienes que integran el patrimonio común de esa sociedad conyugal, debe acudirse a las normas del Código Civil, una de las cuales está consignada en el numeral 5º del artículo 1781, que enseña que el haber de la sociedad conyugal se compone "de todos los bienes que cualquiera de los cónyuges adquiera durante el matrimonio a título oneroso". Y como está visto que la finca "Sevilla" fue adquirida por la recurrente a ese título durante el matrimonio y que a la disolución de éste se encontraba en su poder, en cuanto para entonces la recurrente no había ejercitado su potestad de libre disposición que le había otorgado la Ley 28, aparece clara la conclusión de que es un bien social.

Resta sólo por anotar que los artículos 1781 y 1797 del Código Civil no han quedado, como lo considera la recurrente, derogados por virtud de la reforma que aquella ley implicó; porque lo que ocurre es que esas disposiciones, como otras muchas del mismo capítulo del Código en que están contenidas, no tiene aplicación actualmente sino cuando llegue el caso de liquidar la sociedad latente, y conforme a sus reglas debe hacerse la liquidación en cuanto no pugnen con las establecidas en la Ley 28.

Sobre estos temas la Corte se ha pronunciado de manera uniforme y reiterada en muchas sentencias, y en una de las últimas suscritas por la totalidad de los Magistrados que integraban la Sala de Casación Civil, dijo lo siguiente:

"De los bienes sociales adquiridos con anterioridad a la vigencia de la Ley 28 de 1932, no puede disponer el marido con prescindencia de su mujer, por lo que ya se expresó arriba, o sea porque desde el primero de enero de 1933 el marido dejó de ser jefe exclusivo de la sociedad conyugal y dueño respecto de terceros de los bienes sociales. De la vigencia de esa Ley para adelante, cada uno de los cónyuges puede disponer independientemente de los bienes que adquiera durante el matrimonio; pero cuando la sociedad conyugal se disuelve o liquida, los bienes adquiridos a título oneroso, por cualquiera de los cónyuges y existentes en el momento de la liquidación o de la disolución de la sociedad conyugal, entran a formar parte del acervo social y a dividirse según las normas del Código Civil, que reglamentan la materia y que hoy subsisten". (Sentencia de 18 de octubre de 1944, G. J. Tomo LVIII, número 2016, pág. 68).

Segunda: Establece el artículo 1789 del C. C. que "para que un inmueble se entienda subrogado a otro inmueble de uno de los cónyuges, es necesario que el segundo se haya permutado por el primero, o que, vendido el segundo durante el matrimonio, se haya comprado con su precio el primero; y que en la escritura de permuta o en las escrituras de venta y de compra se exprese el ánimo de subrogar".

Conforme se desprende del transcrito texto legal, en tratándose de contratos de compra-venta de bienes raíces, para que se verifique el fenómeno de la subrogación es necesario que con el precio de la venta de un inmueble propio de uno de los cónyuges se haya comprado otro inmueble, y además que tanto en las escrituras de venta como de compra se exprese el ánimo de subrogar.

En el caso de autos se echan de menos esos requisitos. No concurre el primero, porque en la escritura pública número 1320, de 15 de mayo de 1936, por medio de la cual la recurrente compró el inmueble "Sevilla" no se expresó que la compra se hacía con dineros provenientes del precio de la venta de los inmuebles vendidos a Latuf, mediante la escritura número 192, de 30 de enero de 1936, y aun cuando la recurrente afirmó en el hecho 5º de la demanda que así había ocurrido, los demandados lo negaron y no se ha traído prueba suficiente para demostrar que así sucediera Tampoco concurre el segundo, porque aun cuando en la escritura número 1320 se hizo por el doctor Luis Vergara Zapata, en nombre de la compradora, la declaración de que la finca se adquiría con ánimo de subrogarla en parte a los inmuebles vendidos a Latuf, es lo cierto que en la escritura número 192 no se dejó manifestación alguna sobre el particular, y requiriendo la ley que tanto en la escritura de venta como en la de compra se exprese el ánimo de subrogar, tal formalidad no podría suplirse por otro medio probatorio, cuando falta, como aquí ocurre, en el respectivo instrumento público en que consta la venta.

Invocándola como un antecedente en favor de su tesis, cita la recurrente la sentencia de 30 de marzo de 1939, proferida por la Sala Civil de Unica Instancia de la Corte (Tomo XLVIII, G. J. página 348 y ss.), en la cual dice que "se declaró la

subrogación sin estar expresado el ánimo de subrogar en la escritura de venta" pero sí en ciertos antecedentes que obraban en el juicio; mas, el caso allí decidido no guarda paridad con el actual, ni es tampoco evidente lo que afirma la recurrente, porque en la escritura de compra analizada en esa sentencia se expresó que el dinero con que se pagaba el inmueble era de la cónyuge y provenía de la venta de un terreno adquirido por herencia, al cual era su ánimo y voluntad subrogarlo, y porque en la escritura de venta se había insertado la licencia judicial otorgada para vender el inmueble de la cónyuge, y de esa licencia aparecía que la venta se hacía con el fin de subrogar los bienes vendidos por otro bien raíz en Bogotá. De allí que la Sala Civil de Unica Instancia hubiera dicho: "De las cuales consideraciones se deduce que en la escritura de venta de la señora de Guerrero a Nicolás Perdomo sí se encuentra consignado el ánimo de subrogar, si no de un modo expreso y directo, sí por el hecho mismo, los antecedentes y los términos de la licencia judicial que precedió a la venta, y que hace parte de la escritura en que ésta se consignó". (Pág. 351).

No está por tanto acreditado el fenómeno de la subrogación que se alega, y para destacar más la certeza de esa conclusión es conveniente anotar estos hechos: que en la partición realizada en el juicio sucesorio de Pardo Durán, la finca "Sevilla" se incluyó en el activo de la sociedad conyugal; que el propio apoderado de la recurrente reconoció en el acto de partición que "el precio del inmueble que se acaba de mencionar no fue invertido en la subrogación de que habla el artículo 1789 del C. C., porque aunque la cónyuge quiso hacerlo, no llenó los requisitos exigidos por la ley", y porque la recurrente planteó la litis sobre la base de que el mismo inmueble ingresó al haber de la sociedad conyugal Pardo-Salgar según así se ve de lo expuesto en los hechos 16, 17, 19 y 22, y que salió de él por virtud de la partición y su registro, sobre lo cual hasta se ha pedido que se formule la súplica primera de la demanda, antes transcrita.

Todo lo que se deja expuesto es más que suficiente para declarar improcedente el cargo estudiado.

Los cargos que se formulan en los Capítulos II, IV, V y X de la demanda de casación se agrupan para considerarlos conjuntamente por guardar entre sí estrecha analogía, como se verá en seguida.

En los citados capítulos sostiene el recurrente, en su orden, lo siguiente: que el sentenciador aplicó indebidamente el artículo 1795 del C. C., pues, por un error manifiesto en la apreciación de las pruebas, estimó que la finca "Sevilla" entró al haber social, cuando está demostrado que dicho bien es del patrimonio exclusivo de la recurrente, y porque además la citada norma no se refiere a inmuebles; que el artículo 2502 fue violado por no haberlo aplicado al caso del pleito, porque estando establecido que la mencionada finca era un bien propio de la recurrente, esa disposición tiene operancia y debe aplicarse en el extremo en que se situó el partidor en la partición; que el artículo 1826 del C. C. fue quebrantado por no haberlo aplicado al caso del pleito, por lo que ya se ha expresado, o sea porque el inmueble "Sevilla" es un bien propio de la recurrente y no tenía por qué entrar a la masa de la sociedad conyugal ni ser destinado al pago de las deudas sociales; que el artículo 1783 del C. C. fue violado, en el mismo concepto expresado, por cuanto considera demostrado el fenómeno de la subrogación de que antes se ha hablado.

Se considera:

La violación de las citadas disposiciones del Código Civil la hace depender la recurrente del mismo supuesto que sirvió de base al cargo estudiado en primer término en esta providencia, y como allí se vio que es acertada la conclusión a que llegó el Tribunal de que la finca "Sevilla" no es un bien propio de la recurrente sino un bien social, es claro que no ha podido darse el quebranto de los referidos textos, desde el punto de vista en que la recurrente plantea sus acusaciones.

Por tanto no prosperan los cargos.

En el Capítulo III de la demanda de casación sostiene la recurrente que el Tribunal infringió el artículo 1833 del C. C. por no haberlo aplicado al caso del pleito, y hace provenir esa infracción del error de hecho manifiesto en que aquél incurrió al no haber apreciado las pruebas emanadas del juicio de sucesión de Pardo Durán (fs. 3 a 11, cuaderno número 4), según las cuales se demuestra que no hubo gananciales en la sociedad Pardo-Salgar sino pérdidas, y que el sentenciador estimando que la deuda contraída por Pardo Durán era social, vino en definitiva a hacer a la recurrente responsable de esa deuda.

Se considera:

El cargo es infundado. Está visto que la finca "Sevilla" es un bien social, el cual como tal debe

responder de las deudas sociales, al tenor de lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 1796 del C. C., y tales créditos tanto bajo el imperio del Código Civil como ahora bajo la reforma introducida por la Ley 28 de 1932, deben satisfacerse antes de entrar a repartir el remanente entre los cónyuges. Si pagadas esas acreencias se extingue el haber social, es claro que no hay gananciales, y como eso es lo que ha ocurrido en el caso de autos, salta a la vista que el artículo 1833 que limita la responsabilidad de la mujer por las deudas sociales hasta concurrencia de la mitad de gananciales, era inoperante, y al no aplicarlo el sentenciador, no incurrió, por lo mismo, en su quebranto. Sobre aspectos relacionados con los temas aquí enunciados habrá de volverse a considerar el cargo que se expone a continuación.

En el Capítulo VI de la citada demanda de casación alega la recurrente que el Tribunal violó los artículos 1, 2, 4 de la Ley 28 de 1932, por no haberlos aplicado al caso del pleito; los artículos 1805 y 1806 del C. C., por haberlos aplicado indebidamente, y el 1829 de la misma obra, por no haberlo aplicado.

En el desarrollo del cargo sostiene, compendiada, la siguiente tesis: que el señor Pardo Durán respondía de la deuda contraída en favor de los señores Botero Uribe con sus bienes propios y a lo sumo con los bienes sociales adquiridos antes de 1933, pero que en ninguna manera podía responder de tal deuda con los bienes adquiridos por su mujer después del citado año, los cuales no entraron ni por ministerio de la ley ni por el título al cual se obtuvieron, dentro del patrimonio social; que la tesis contraria conduciría a quitarle por una parte, efecto a la Ley 28, y por la otra, a poner en una condición de inferioridad y en un plano de injusticia a la mujer casada a quien se quiso favorecer con dicha Ley, y que en consecuencia, habiendo adquirido la recurrente la finca "Sevilla" después de la vigencia de la Ley 28, ese inmueble no puede ser destinado a pagar deudas personales de su marido.

La Corte considera:

Conforme al sistema consagrado en el Código Civil sobre régimen patrimonial en el matrimonio, con respecto a los bienes cabía distinguir entre bienes sociales, bienes propios del marido y bienes propios de la mujer, e igual distinción ocurría u ocurre hacerla con relación a las deudas, las cuales se calificaban de deudas sociales, deudas personales del marido o personales de la mujer. Estas últimas son las contraídas antes del matrimonio por cualquiera de los cónyuges o las contraídas durante el mismo pero con el fin de satisfacer necesidades propias y exclusivas de uno de los cónyuges. Estas obligaciones gravan la masa de los bienes sociales (artículo 1796, numeral 3º, del C. C.), pero la sociedad no soporta en definitiva el gasto, porque el cónyuge cuya era la deuda está obligado a compensarle a la sociedad lo que ésta hubiera invertido en el pago.

Las deudas sociales son las contraídas durante el matrimonio para satisfacer las necesidades comunes que de él surgen, y la sociedad está obligada a su pago, sin lugar a recompensa alguna, porque es una obligación que le es propia. (Artículo 1796, numeral 2º).

Siendo el marido, conforme al régimen del C. C., el jefe de la sociedad conyugal y el dueño, respecto de terceros, tanto de los bienes sociales como de sus bienes propios (arts. 1805 y 1806), ordinariamente las deudas sociales son contraídas por él, al punto de que todas las que adquiera durante el matrimonio se suponen por regla general sociales, salvo que, por excepción, conste o se pruebe que es una deuda personal de alguno de los cónyuges.

Por consiguiente, miradas a la luz de las disposiciones del Código Civil, las obligaciones que el señor Pardo Durán contrajo a favor de los Botero Uribe en los años de 1927 y 1930, cuando aún regían en su integridad las normas de aquel Código, tienen indiscutiblemente la calidad de deudas sociales, y la sociedad conyugal Pardo-Salgar está obligada a cubrirlas con los bienes que resultaren sociales durante la existencia o al momento de la disolución del matrimonio.

La Ley 28 de 1932 introdujo sustanciales reformas al Código Civil, entre otros puntos, en cuanto al régimen imperante en materia de deudas. Hoy, conforme al artículo 2º de dicha Ley, puede decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido o la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, lo que ocurre con las concernientes a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Y la responsabilidad por esas obligaciones también gravita de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable sino el cónyuge que las hubiere contraído, y se hacen efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertene-

cían cuando contrajo el matrimonio o sobre los que hubiere adquirido a cualquier título durante el mismo. Con respecto a las deudas sociales o comunes ya mencionadas, los cónyuges responden solidariamente ante terceros, con todos sus bienes presentes y futuros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil (artículos 2º y 4º, Ley 28 de 1932).

Sentado lo anterior, cabe preguntar: ¿por virtud de la reforma que la Ley 28 implicó perdieron los aludidos créditos en favor de los Botero Uribe la calidad de deudas sociales o comunes y los derechos inherentes a esa calidad que tenían con respecto a la sociedad conyugal Pardo-Salgar al momento en que fueron contraídos? Para la Corte se impone una solución negativa a esa cuestión.

En efecto, los créditos mencionados nacieron a la vida jurídica por virtud de la anterior legislación matrimonial. Ellos constituyen, por tanto, derechos adquiridos en favor de terceros acreedores, y ninguna disposición legal los puede afectar o lesionar, en fuerza de la garantía que consagra el artículo 30 de la Constitución Nacional, según la 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. Es cierto, además, que los derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la ley nueva, conforme lo ordenan los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887; pero no es menos evidente, que siguiendo el mandato de esos mismos textos legales, la aplicación de la ley nueva debe hacerse sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

Por otra parte, al momento en que se celebraron los contratos de los Botero Uribe regían, entre otras, las siguientes disposiciones del Código Civil: el artículo 1796, que en su numeral segundo dispone que la sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían los que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior, y el artículo 2488, conforme al cual toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables.

Y si de acuerdo con lo estatuído por el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, forzoso es concluír que a los contratos de los Botero Uribe se incorporaron, desde el momento en que se celebraron, los derechos que le conferían las dos disposiciones legales primeramente citadas, o sea, en concreto, que la sociedad conyugal Pardo-Salgar les pagaran el monto de las deudas con ellos contraídas y que los mismos acreedores pudieran hacerlas efectivas sobre los bienes presentes y futuros de la misma sociedad conyugal. Y esto no podía ser de otro modo, porque si los particulares contratan en consideración a las leyes vigentes, no sería justo alterar los efectos que tuvieron a la vista al celebrar el contrato, sometiéndolos a leyes posteriores que no les era dable conocer ni prever.

Como consecuencia de lo expuesto se pueden destacar las siguientes conclusiones: una deuda social, nacida bajo la vigencia del Código Civil, no pierde su calidad de tal por virtud de la reforma que operó la Ley 28 de 1932; esa deuda puede hacerse efectiva no sólo sobre los bienes propios del marido sino también sobre los bienes que integraban el patrimonio de las sociedades conyugales existentes al momento de entrar en vigencia dicha Ley, o sobre los que deben reputarse sociales al disolver el matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal.

Por tanto, siendo sociales las deudas contraídas por el señor Pardo Durán en favor de los Botero Uribe y social también, como está dicho, el inmueble "Sevilla", los acreedores tenían un claro derecho para perseguirlo y pagarse con él el monto de sus créditos, y como así lo estimó el Tribunal, es forzoso deducir que éste no incurrió en el quebranto de las disposiciones citadas por la recurrente.

No se admite el cargo.

En los Capítulos VII, VIII y IX de la demanda de casación formula la recurrente tres cargos más contra la sentencia, y dada la estrecha analogía que los vincula, la Corte los agrupa y considera conjuntamente. Dichos cargos, resumidos, son:

a) Violación por aplicación indebida al caso del pleito del artículo 1521, numeral 3º, del C. C., y por falta de aplicación del artículo 42 de la Ley 95 de 1890, pues considera la recurrente que ella

es un tercero en el juicio ejecutivo seguido por los Botero Uribe, en donde se había embargado la finca "Sevilla" y que por tanto ésta no se consideraba en litigio para la recurrente;

b) Violación del artículo 1873 del C. C., por no haberlo aplicado el Tribunal al caso del pleito, pues dice que habiéndose verificado la inscripción de la finca "Sevilla" en cabeza de la recurrente el 27 de noviembre de 1941 y la del remate del mismo inmueble el 29 de septiembre de 1943, tiene prevalencia el título en su favor, y

c) Violación, por aplicación indebida, de los artículos 1740, 1741 y 1521 del C. C. y, por falta de aplicación al caso del litigio, del artículo 1871 de la misma obra, sobre lo cual sostiene que a la partición y adjudicación realizada dentro del juicio sucesorio de Pardo Durán no le falta ninguno de los requisitos que para su validez exige la ley; que en esos actos no hay causa ni objeto ilícitos; que ella es un tercero con respecto al juicio ejecutivo antes mencionado, y que, aun suponiendo, que se le hubiera adjudicado un bien ajeno, tampoco sería nula la adjudicación, porque la venta de la cosa ajena es válida.

Se considera:

Conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 1521 del Código Civil, hay objeto ilícito en la enajenación de las cosas embargadas por decreto judicial, a menos que el Juez lo autorice o el acreedor consienta en ello. El embargo de la finca "Sevilla", decretado en el juicio ejecutivo que adelantaban los Botero Uribe contra Pardo Durán y posteriormente contra la señora Salgar de Pardo, en su calidad de cónyuge sobreviviente de la sociedad Pardo-Salgar, fue registrado el 22 de abril de 1940, y como estando a la sazón embargado ese inmueble fue adjudicado a la recurrente en el juicio sucesorio de Pardo Durán, en pago de acreencias que tenía contra dicha sociedad conyugal, es claro que en esa adjudicación —que implica un cambio del dominio del inmueble, desde luego que del patrimonio común de la sociedad conyugal ilíquida en que se encontraba se transfería a la recurrente en nombre propio como acreedora—, hubo objeto ilícito y es absolutamente nula al tenor del artículo 1741 del C. C.

Y la recurrente no puede ampararse en lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley 95 de 1890, porque era parte en la ejecución que adelantaban los Botero Uribe, desde luego que a ella en su calidad de cónyuge sobreviviente se le notificaron los títulos ejecutivos; con ella en su calidad de tal se siguió el juicio, y estando presente en él se embargó la finca y se efectuó su remate. En esas condiciones no es posible considerar a la recurrente, ni a la sociedad conyugal que ella representaba, como un tercero dentro de la ejecución precitada.

El artículo 1873 del Código Civil es inaplicable al pleito, porque esa disposición contempla el caso de la venta separada de una misma cosa a dos personas, en que ninguno de los contratos está afectado de vicio alguno, y en este juicio ocurre algo completamente distinto, como es la adjudicación a la recurrente de un bien embargado, que por tanto, es nula, como ya se ha dicho, y el remate del mismo bien dentro del juicio ejecutivo en que se le había sujetado a la traba del embargo, y que, por tanto, es válido.

Tampoco puede contemplarse la cuestión desde el punto de vista de la venta de cosa ajena, cuya validez consagra el artículo 1871 del Código Civil, porque aquí de lo que se trata es de la adjudicación de un bien embargado por decreto judicial, que es nula conforme está visto.

Finalmente, como la sentencia acusada llegó a la conclusión de que adolecía de nulidad absoluta, por ilicitud de objeto, la partición y adjudicación tantas veces citada, en atención precisamente a los motivos aquí expresados, y como las particiones se anulan conforme a las reglas de los contratos, resulta obvio que el Tribunal no ha incurrido en el quebranto de las disposiciones que la recurrente cita en los cargos que se dejan estudiados.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la Repblica de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha diez y ocho (18) de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

Las costas del recurso son de cargo de la recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en oportunidad 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.

OBJECIONES A UNA PARTICION

El artículo 2338 del Código Civil impone que en el juicio divisorio se tenga noticia exacta del derecho de cada comunero en la comunidad, porque de otra manera no estará en capacidad el partidor de hacer la distribución proporcional de que habla el precepto. De la extensión del derecho de cada comunero da razón el título respectivo de la adjudicación indivisa en determinado globo de terreno. De manera que es natural que antes de que el agrimensor parta el predio indiviso, fraccionándolo en porciones equivalentes a las cuotas de los interesados, figuren todos los títulos en el expediente, sin que al partidor le sea dado irlos a buscar en las Notarías cuando no figuran en el proceso. En este caso se debe proceder de acuerdo con el artículo 960 del Código Judicial y es al Juez a quien corresponde decidir la duda que abrigue el partidor sobre los vacíos que halle en el proceso para formar la cuenta de partición.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Dentro de la causal primera de casación del artículo 520 del Código Judicial, tres cargos se formulan contra la sentencia del tribunal superior de Buga, aprobatoria de la cuenta de partición material presentada por el partidor doctor Cayetano Domínguez, del fundo común denominado "Jagua", ubicado en jurisdicción del municipio de Obando, departamento del Valle. Este trabajo fue elaborado luego de haber sido decretada la división material del mencionado fundo, con audiencia de los respectivos comuneros.

A la cuenta de partición mencionada se le hicieron varias objeciones, las que sustanciadas en debida forma, fueron resueltas por el juez del conocimiento en providencia en la cual declaró probadas algunas de las objeciones propuestas y en consecuencia ordenó que el partidor rehiciera la partición. El tribunal la revocó y en su lugar aprobó la cuenta de partición.

Prosperando uno de los cargos de casación, ese será motivo suficiente para romper la sentencia del tribunal y entrar en instancia.

EL CARGO

Manifestó el partidor en el trabajo de partición que no habiendo él encontrado en el expediente ningún otro dato en relación con la mortuoria de Joaquín Vélez Soto, que el suministrado por el demandante referente al derecho que le fue adjudicado en dicha mortuoria, tuvo que acudir, en repetidas ocasiones, a la notaría y oficina de registro en busca de datos para la "concatenación" de derechos, y de esa investigación obtuvo el resultado de las cuotas que en esa mortuoria se adjudicaron en el indiviso por un valor total de $ 640, cuyos pormenores apunta el partidor.

Esta manifestación sirvió para que se objetara la partición, alegándose que en el proceso no hay datos que permitan establecer la verdad de lo afirmado por el partidor.

El tribunal declaró inadmisible esta objeción. Entre otras razones adujo la de que si es cierto que el partidor debe sujetarse en la división de los bienes comunes a los elementos de prueba que obren en el juicio, tal principio quiere decir que no puede desconocer aquellos elementos para conducir su trabajo por rutas diferentes; pero no extravasando sus funciones de los límites señalados, tiene la facultad de adelantar las investigaciones que estime convenientes para la efectividad de su trabajo. De no ser así, y especialmente en este caso, podría llegarse a la conclusión de que el juicio jamás termina, "pues bastaría que alguno de los interesados no presentara sus títulos a pesar de la orden del juez, para que la división se hiciera imposible, pues que el interesado en que la partición se efectúe no podría ir a las oficinas públicas a pedir copias de las escrituras ajenas".

Por haber aceptado el tribunal el procedimiento del partidor y aprobado la cuenta de partición

así redactada, según el recurrente, violó los artículos 593 y 597 del Código Judicial y los artículos 756, 785, 789, 980, 1500, 1760 y 1857 del Código Civil. Error de derecho debido a que el tribunal le dio mérito a un medio probatorio no consagrado en la ley, como es la aceptación del dicho de un partidor, como prueba de derechos y calidades de comuneros sobre inmuebles, cuya propiedad solamente puede acreditarse por medio de títulos sometidos a inscripción y registro.

Este es el segundo cargo en casación, configurado como un error de derecho en la apreciación probatoria, que la Sala acoge, por encontrarlo fundado, como veráse a continuación:

Dispone el artículo 2338 del Código Civil que cuando haya de dividirse un terreno común se hará avaluar por peritos y el valor total se distribuirá entre todos los comuneros en proporción de sus derechos.

Esta disposición impone que en el juicio divisorio se tenga noticia exacta del derecho de cada comunero en la comunidad, porque de otra manera el partidor no estará en capacidad de hacer la distribución proporcional de que habla el precepto.

De la extensión del derecho de cada comunero da razón el título respectivo de adjudicación indivisa en determinado globo de terreno. De manera que es natural que antes de que el agrimensor parta el indiviso, fraccionándolo en porciones equivalentes a las cuotas de los interesados, en el expediente figuren todos los títulos.

No figurando en el expediente tales títulos, como aquí ocurrió, ¿qué podía hacer el partidor? ¿Estaba facultado, según lo piensa el tribunal, para recoger extrajudicialmente y por su cuenta y riesgo el dato de los títulos cuya ausencia hacía imposible el cumplimiento de su función?

No lo estima así la Corte. La anotada ausencia se traducía en una duda sobre la manera de hacer la división. El artículo 960 del Código Judicial, aplicable en el juicio de división material, según lo preceptuado en el artículo 1158 del mismo estatuto, está indicando al partidor la vía conducente para resolver esa duda, que debe ser materia de especial pronunciamiento del juez, dictado con audiencia de las partes. No podía así el partidor resolver la duda por su cuenta, máxime versando ella sobre cuestión tan fundamental como la atinente a determinar la cuota de cada copartícipe, hecho que debe constar en instrumento público, por tratarse del derecho de dominio en bien raíz.

De esta manera, atribuyéndose el partidor una facultad de la que manifiestamente está desposeído, debido a que en el fondo implica un acto jurisdiccional en el proceso, porque la cuestión sólo podía ser resuelta por el juez, la partición se vició por ese aspecto. Vicio que hacía viable la respectiva objeción basada en esa irregularidad. En casación el cargo es también viable, dado que el Tribunal incidió en error de derecho asignándole mérito a la sola afirmación del partidor, respecto de la calidad de comunero de determinada persona en un inmueble, hecho que debe constar en escritura pública registrada. Por tal causa el Tribunal violó especialmente los artículos 756, 785, 789 y 980 del Código Civil, invocados por el recurrente.

No figurando en el expediente los títulos de propiedad de los comuneros, el partidor, antes de rehacer el trabajo, debe consultar el punto con el juez. En la respectiva articulación habrá ocasión de allegar por cualquiera de las partes esos títulos; y con base en ellos el juez determinará la cuota de cada uno de los comuneros. Así se remedia la posibilidad apuntada por el Tribunal de que el juicio se paralice indefinidamente, por la acción de algunos de los demandados interesados en que la división continúe.

Sentencia de instancia

Rota la sentencia del Tribunal, en instancia corresponde examinar la materia del primer cargo de casación, relativo a los linderos oriental y occidental del globo comunal, cuestión que fue también materia de una objeción, declarada infundada en la segunda instancia. Es el único punto que a la Corte le queda por tratar. El Tribunal negó otras objeciones, pero el recurrente no hizo mérito de ellas, lo cual equivale a conformarse con lo resuelto al respecto por aquél. Y en cuanto a la objeción **tercera**, relativa al error aritmético del partidor al tomar la cantidad de 4.955 como la cuarta parte de 20.21, correspondiente al derecho que fue de Vicenta Vélez, desaparece ahora de toda consideración, en fuerza de que ese yerro se dedujo por el objetante de los informes suministrados por el partidor, a falta de títulos; mas como la nueva partición tendrá que apoyarse en los datos que arrojen los títulos que se alleguen al expediente, la materia de la objeción ha quedado por lo mismo eliminada.

La objeción relativa a los linderos de la comunidad, que el juez halló fundada y el Tribunal infundada, estriba en que al medir el partidor el indiviso, se apartó de sus verdaderos linderos. Dice el objetante que el lindero oriental es el camino público antiguo que de la población de Obando conducía antiguamente a otras poblaciones del departamento, pero que el partidor tomó por tal la carretera central del Valle y la zona del ferrocarril del Pacífico, dejando más al oriente una zona sin adjudicar.

Con respecto al lindero occidental dice el objetante que es la mitad de una ciénaga, pero el partidor tampoco tuvo en cuenta esto sino que trazó la línea en lugar menos al occidente de la mitad de dicha ciénaga, dejando sin adjudicar allí también una zona de terreno de la comunidad.

El Tribunal dijo con respecto a esta objeción:

"Para comprobar esta objeción los opositores hicieron practicar el 24 de noviembre de 1942 una inspección a la que concurrieron peritos ingenieros y los señores Peña y Delgado como testigos para que indicaran el antiguo camino público nombrado; según el acta (fs. 3 vto.) cuaderno Nº 4) los testigos "después de confusiones mostraron un camino que dicen ser el antiguo camino real nacional, advirtiendo además que no era un camino constantemente utilizado para comunicar la región con las ciudades vecinas, por cuanto en tiempos de lluvias servía como camino cualquier parte del llano que entonces estaba limpio y sin cercas"; y más adelante dejó constancia el Juzgado a petición de un interesado que concurrió a la diligencia que el testigo señor Delgado se perdió o "envolató" al identificar uno de los puntos que sirvieron a los peritos para concluír que el lindero oriental no era el indicado y tomado en cuenta por el partidor sino otro más al oriente. Estos llegaron entonces a la conclusión de que como tal camino nacional estaba más al oriente del tenido en cuenta para la partición habían quedado sin adjudicar unas diez fanegadas en este costado del inmueble. El Juzgado aceptó esta objeción, y ordenó lo del caso".

"Para el Tribunal esta objeción no está probada por la siguiente razón: El camino público señalado como lindero oriental no pudo determinarse en forma precisa por el Juzgado, y como se vio por la transcripción hecha antes, uno de los testigos hasta se perdió, de tal manera que no puede llegar a concluírse en forma cierta que el lugar indicado por los peritos sea el verdadero lindero y al contrario, debe aceptarse que la línea verdadera es la trazada por el partidor, ya que ella tiene como base, no la carretera central ni la zona del Ferrocarril como lo afirman los peritos, sino dos mojones de piedra antiguos colocados en los puntos norte y sur del tal lindero oriental. Estos mojones de referencia deben aceptarse como ciertos, ya que en la diligencia de entrega practicada por el Juez letrado de Cartago el 14 de 1843 (fs. 6 vt. y ss. del Cuad. principal), se dice que este globo fue distinguido en el punto oriental por medio de mojones clavados en el camino público".

"En cuanto al lindero occidental dice el abogado de los opositores que es la mitad de la ciénaga, y que como el partidor no tuvo en cuenta sino un lugar menos al occidente de la mitad de la ciénaga dejó de adjudicarse igualmente una zona de terreno. A esta conclusión también llegaron los peritos en la diligencia y asimismo lo conceptuó el Juez en el auto apelado".

"No está probado para el Tribunal tampoco este aspecto de la objeción analizada porque aunque es cierto que el partidor habla de la mitad de la ciénaga, del trabajo se desprende que sólo fue adjudicado terreno seco sin incluír la ciénaga, ésta no fue avaluada, ni podía serlo porque no era objeto de partición. Al efecto, ni en la escritura Nº 35 citada, ni en la demanda de partición, ni en el auto que la decretó, ni en la diligencia de avalúo que se hizo del terreno se dice que el inmueble se extienda hasta la mitad de la ciénaga; todas estas piezas del proceso hablan de lo de que el inmueble linda por el occidente con la ciénaga grande".

Se considera:

Con respecto al lindero ORIENTAL de la comunidad, se tiene:

En la división practicada por el juez letrado de Cartago, según diligencia del año de 1843, el terreno de Jaguas correspondió a José María Murgueitio, con una cabida definitiva de "cinco cuadras cuarenta y dos varas y tres cuartas". En una primera medida hecha en la misma partición, la extensión del terreno dio seis cuadras sesenta y ocho varas dos y media cuartas una y media pulgada, y en nueva mensura dio las cinco cuadras y pico, "cuya disminución resultó de haberse practicado la primera medida siguiendo el curso del camino antiguo, y la segunda por una línea recta, y por un plano casi oriental; y en su

virtud se volvió a medir nuevamente la porción que a cada uno ha correspondido, y en donde terminaba se clavó un mojón de piedra final, coincidiendo del mojón superior con el inferior y así sucesivamente hasta concluír la operación".

El demandante en la demanda dijo con respecto al lindero oriental: "El camino público antiguo que se cita como límite oriental, de por medio con el predio de Vanegas, está situado al oriente de la carretera central y dista de ésta cerca de dos cuadras, y determinado con los mojones de piedra que allí fueron clavados desde el tiempo en que fue deslindado el expresado lote de terreno".

Con la concurrencia de Eduardo Correa, uno de los comuneros objetantes, y del doctor Feijoo, apoderado de aquél y de los demás objetantes, se hizo el avalúo del predio de Jaguas, con intervención del juzgado del conocimiento, según diligencia de 23 de septiembre de 1941. Reza el acta respectiva, que el juez asociado de los peritos" y de los interesados ya mencionados procedió a recorrer el predio materia del avalúo, a fin de singularizarlo por su situación y linderos encontrándose al efecto que está limitado así: por el oriente, propiedades de Josefa Antonia Fonseca y José Domingo Solano, hoy pertenecientes al señor Gregorio Vanegas... Hacia la parte oriental, el lote se encuentra dividido en dos por el paso de la carretera central del Valle y la carrilera del Ferrocarril del Pacífico, dando lugar a que, del lado oriental de las mencionadas vías quede separado del predio general, un lote pequeño que mide unas seis plazas".

En esta diligencia no se menciona como lindero oriental el camino público antiguo; simplemente se alude a que colinda con propiedad del señor Gregorio Vanegas. Empero, la diligencia y el avalúo contienen un dato decisivo: el de que al extremo oriental, el globo está dividido por la carrilera del ferrocarril y la carretera; quedando en ese extremo un lote aparte de seis piezas; y los peritos avaluaron ese lote a razón de cincuenta pesos la plaza, dando en total trescientos pesos ($ 300).

De acuerdo con el artículo 2338 del código civil el avalúo es requisito previo a la división de un terreno común, y es la base con que cuenta el partidor para la formación de los respectivos lotes. Luego el partidor no puede alterar los datos del avalúo, cuando en éste se ha tenido en cuenta la extensión superficiaria del terreno y las distintas calidades de la tierra, mediante su clasificación según sea de mayor o menor valor.

Está visto que en la diligencia de avalúo se calcularon seis plazas del lado oriental del ferrocarril y la carretera, y seis plazas se avaluaron a razón de cincuenta pesos cada una. Sin embargo el partidor, de ese lado sólo tuvo en cuenta un lote de dos fanegadas. Lo que está indicando que no se ciñó al avalúo. Como la objeción no versa sobre los linderos norte y sur del lote de Jaguas, quiere decir que al rehacer la partición debe correr la línea divisoria más al oriente de la que fijó, hasta comprender las seis fanegadas del avalúo.

El objetante pretende que el lindero oriental es el camino público antiguo. Pero fuera de que ese dato lo rectifica la misma diligencia de partición del juez letrado de Cartago, en que la línea definitiva se acordó por una perpendicular de mojón a mojón, pues siguiendo el susodicho camino se encerraba mayor extensión de terreno de la que le debía corresponder a don José M. Murgueitio, la ruta de tal camino es hoy incierta, ya que conforme lo asevera el Tribunal en la sentencia, su identificación en la diligencia de inspección ocular del 24 de noviembre de 1942, fls. 3 a 4 del cuaderno Nº 4, es poco satisfactoria.

Por esta razón la Corte tampoco le dá mérito al dictamen pericial de los doctores Ochoa y Suárez, en lo tocante a adoptar el camino antiguo por ellos identificado, como lindero oriental. Teniendo en cuenta dicho camino, según esos peritos, el lote del lado oriental del ferrocarril y de la carretera comprendería 18 fanegadas, cantidad que excede en demasía de las seis computadas en el avalúo, practicado con intervención de los mismos objetantes.

En suma la línea oriental ni es la indicada por el partidor en el plano, ni tampoco la fijada por los peritos Ochoa y Suárez; esa línea debe fijarse hasta donde alcancen las seis fanegadas determinadas en el avalúo, y en línea recta del lindero norte al lindero sur del globo general.

Con relación al lindero OCCIDENTAL, se observa:

En el memorial de objeciones se dice que el lindero occidental "es la mitad de la ciénaga y no el que señaló el partidor, fijando como indicativo una cerca de alambre o guadua que existe y que existía cuando la mensura, pues que de dicha cerca a la mitad de la ciénaga hay mucho terreno

que se quedó sin medir porque se dejó afuera. Pues, ni en el caso hipotético que el lado occidental llegara solamente a dicha cerca, esta cerca, por su mala colocación no sirve para señalar en el terreno la verdadera línea o el lindero".

El partidor expresa en su trabajo que "para fijar el lindero occidental del terreno, o sea la línea de la MITAD DE LA CIENAGA, se hizo lo humanamente posible triangulando a un lado y otro de ella con puntos colocados a la orilla, y se constató que el cerco que actualmente existe entre los potreros de Caja de Oro y Paso Ancho, está señalando dicho lindero occidental, pues no fue posible emplear el sistema de medida a rumbo y distancia".

El título de la comunidad, la escritura número 535 de 21 de septiembre de 1875, otorgada en Cartago, habla de que el terreno de LAS JAGUAS limita al occidente con la Ciénaga Grande.

El demandante en el libelo en que pidió la partición dice que "así mismo el lindero occidental es por la mitad de la Ciénaga Grande ya citada, el cual existe por allí reconocido con ese carácter por los mencionados dueños y colindantes".

La objeción se propone porque el partidor no trazó la línea divisoria occidental por la **mitad de la ciénaga.**

Luego hay acuerdo en el juicio entre los comuneros que la línea occidental debe ir por la mitad de la Ciénaga Grande.

En el dictamen pericial dirigido a respaldar la objeción, rendido en el juicio, los peritos Ochoa y Suárez dijeron:

"La línea llamada por el partidor en su plano como demarcación de la mitad de la denominada Ciénaga Grande, en nuestra opinión no corresponde a la exactitud del concepto "mitad de ciénaga". El señor partidor tomó como base de tierra firme en dicha ciénaga, un punto sobre una península o cuchilla del terreno por su parte norte, siendo así que el lecho de la misma rodea dicha cuchilla para hacer nuevamente su entrada más al occidente, donde la curva de separación del terreno cenagoso se marca inconfundiblemente con la más firme y aproximada a la ribera del río Cauca. EN CONCLUSION: Conceptuamos que el centro de la ciénaga por su lado sur, debe quedar a los 200 metros más hacia el occidente de la línea o cerca que tiene como mitad de la ciénaga el ingeniero Domínguez. Y por el lado norte, 90 metros más al occidente de la misma línea o cerca demarcada por el ingeniero Domínguez".

Al ampliar su dictamen los mismos peritos expusieron:

"El lindero occidental de la ciénaga se determinó mediante la medida cuidadosa a rumbo y distancia del terreno o zona inundada, considerándola en estado de reposo, teniendo como auxiliar la misma curva de nivel a igual altura en todo el perímetro de la zona en litigio, curva que se determinó con nivel de precisión. No hubo necesidad de apelar a ninguna triangulación, que es uno de los sistemas más usados en geodesia cuando la topografía del terreno no lo permite. Sólo se sacó hacia el norte, por medio de normales, una distancia dada o terreno despejado, trazando una línea paralela a la que determinan el mojón Azul y el mojón de los Guásimos. Cuando se llegó a la ciénaga se restó dicha distancia hacia el sur quedando así fijada la misma línea de los mojones nombrados. En la medida de la ciénaga hubimos de buscar una misma cota o curva de nivel de separación del terreno seco al inundado, considerando el agua en estado de reposo y marcando el labio de la ciénaga hacia los lados oriental y occidental del cerco que el señor Domínguez fijara como centro de la ciénaga y también por los lados norte y sur tuvimos en cuenta las líneas que delimitan el terreno de Jaguas; la figura así obtenida se midió a rumbo y distancia y por el sistema de ordenadas, aplicando la fórmula de Poncelet, hallamos el resultado de veinte fanegadas. Como al proindiviso de Jaguas le corresponde la mitad, o sean diez fanegadas que dejaron de incluírse en la mitad del doctor Domínguez por el lado occidental".

Este dictamen pericial, rendido por expertos, que establecen con certidumbre lo que puede llamarse la **mitad de la ciénaga,** mediante operaciones más extensas y completas, que el partidor manifiesta no haber podido practicar, es plena prueba del hecho controvertido, de acuerdo con el artículo 722 del Código Judicial, y por ende determina la solución del problema en favor del punto de vista de la parte objetante.

La partición debe así rehacerse adoptando por lindero occidental el indicado en el plano de los peritos Ochoa y Suárez.

Sentencia

Por lo relacionado la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, administrando justicia en nom-

bre de la república de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia recurrida del tribunal superior de Buga, y REFORMANDO la del juez de primera instancia, desata así el incidente de objeciones a la partición del terreno denominado **Jaguas,** hecha por el partidor doctor Cayetano Domínguez:

Decláranse probadas las objeciones **primera,** parcialmente, y **segunda,** de acuerdo con las ideas expuestas en este fallo.

En consecuencia el partidor debe rehacer la partición con dos finalidades únicamente: a) fijar el lindero occidental por donde lo trazan los peritos Ochoa y Suárez, en la mitad de la ciénaga; y el **oriental,** en forma que comprenda las seis fanegadas del lado oriental de la carretera y el ferrocarril, avaluadas en la diligencia de fecha 26 de septiembre de 1941; y b) tener por base de la partición en lo correspondiente a la cuota de cada comunero, la decisión que habrá de dictarse en el juicio sobre ese punto, mediante la articulación prevista en el artículo 950 del Código Judicial, a virtud de la consulta que haga el partidor, incidente en el cual los comuneros tendrán que allegar el título que determine sus cuotas en la comunidad.

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.

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA.— MEDIOS NUEVOS EN CASACION

1.—Como sanción legal por la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o contrato, según su especie o la calidad o estado de las partes, la ley ha establecido la nulidad del mismo. Cuando la omisión se refiere a un requisito exigido en los actos celebrados en consideración a su naturaleza o especie, la nulidad es absoluta, existe respecto de todos, afecta al orden público. Cuando se trata de la prescindencia de un requisito exigido en el acto o contrato en atención a la calidad o estado de las partes, la nulidad sólo beneficia al relativamente incapaz; es, pues, de efectos limitados. A diferencia de la nulidad absoluta que por afectar el derecho público de la Nación puede ser declarada de oficio, la relativa sólo puede solicitarla la persona en cuyo favor se ha establecido, sus herederos o cesionarios.

2.—Los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones ante la Corte han de haber sido ya propuestos a los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias, se llaman medios nuevos que no tienen cabida en el recurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Los siguientes hechos son el fundamento del juicio ordinario promovido ante el Juez del Circuito de Palmira por el señor Lino Vergara o Bonilla y su esposa Domitila Vergara de Vergara e Isabel Orejuela de Escobar, contra Alfonso Salamanca, sobre nulidad de un contrato de compraventa de un inmueble y consiguiente reivindicación del bien materia de ese contrato:

1) Por medio de la escritura pública número 140 de 20 de junio de 1933 de la notaría primera de Pereira, José Lino Vergara o Bonilla transfirió a título de venta a Isabel Orejuela y a su menor hija llamada también Isabel, dos predios así: a la primera, un lote de dos plazas de terreno, ubicado en el sitio de La Torre, en el distrito de Palmira; y a la segunda, diez plazas de terreno en el mismo paraje y por los linderos descritos en el memorado instrumento. La venta fue aceptada por Guillermo Carrejo M., quien declaró obrar como mandatario de las compradoras. Se expresó que el valor de los referidos bienes ascendía a la suma de $ 360.00, repartidos así: $ 60.00, que Carrejo dijo cubrir en nombre de la madre; y $ 300.00, en nombre de la hija.

2) En la escritura no hay constancia alguna de la autorización que le hubieran conferido a Carrejo sus mandantes para el otorgamiento del citado contrato.

3) Por la escritura pública número 510 de 12 de diciembre de 1935 de la misma notaría, se hizo constar que Isabel Orejuela (la madre) y el señor Carrejo, comparecieron ante el Notario y dijeron: que por escritura pública número 140 de fecha 20 de junio de 1935, pasada en esta notaría, la deponente celebró un contrato de compraventa con el señor Lino Vergara, en el cual le traspasó dos lotes de terreno ubicados en el sitio de la Torre, jurisdicción de este distrito, en la siguiente forma: para la compareciente, un lote de terreno constante de dos plazas o fanegadas, determinadas por los linderos allí comprendidos; y para Isabelita Orejuela, un lote compuesto de diez plazas, con la misma ubicación y por los linderos indicados en el respectivo instrumento.

Se manifestó "que en el expresado contrato de compraventa se declaró que la otorgante había pagado al vendedor Lino Vergara los sesenta pesos, precio del lote de dos plazas y los trescientos pesos valor fijado al lote de diez plazas, y que Vergara los había recibido a su entera satisfacción, lo cual no fue verdad y en efecto la deponente no pagó a Vergara los expresados valores de trescientos sesenta pesos, precio de los dos lotes materia de la venta, y los debe hasta hoy a pesar de haber recibido y estar en posesión quie-

ta y pacífica del terreno de la ubicación y linderos señalados".

Declaran los mismos, en cláusula posterior que no siendo posible cubrir el precio, han dispuesto resolver la mencionada compraventa y que la otorgante Isabel Orejuela autoriza al señor Carrejo M., para firmar la escritura, por no saberlo hacer. Asimismo expresa que como consecuencia de lo dicho, venden a Lino Vergara los dos lotes de terreno en cuestión. Al final del instrumento el señor Carrejo dijo: "que es cierto lo afirmado por este contrato; que le da su aceptación y firma a ruego de la vendedora señora Isabel Orejuela, para legalizarlo de acuerdo con la ley".

4) Por medio de la escritura pública número 527 de 20 de diciembre de 1935, la menor Isabel Orejuela, que para entonces era esposa de un señor Escobar, vendió a Alfonso Salamanca, su hermano materno, las diez plazas de terreno que dice haberle comprado al señor Lino Vergara o Bonilla. En el respectivo contrato, la otorgante declara ser mayor de edad, a pesar de no serlo, pues según consta de su partida de bautizo, nació el día 26 de junio de 1915. Es decir, para la fecha del instrumento tenía 17 años, 5 meses y 24 días.

5) Por la escritura número 423 de 22 de agosto de 1939, la nombrada Isabel Orejuela de Escobar, ya para entonces mayor de edad, se presentó ante notario y declaró que la señora Orejuela de Salamanca, en ejercicio de la patria potestad como su madre natural, retrovendió en su nombre, dice la escritura, tomando esta expresión por resiliación del contrato celebrado, a don Lino Vergara el predio de La Torre, compuesto de diez plazas o sea el mismo que don Lino les había vendido por medio de la escritura número 140 mencionada. Que el contrato celebrado en tal instrumento entrañaba una estipulación a su favor al tenor del artículo 1506 del C. C. Declara que siendo ella menor de edad, su hermano Alfonso había logrado que le vendiera el terreno de que se ha venido hablando, sin que de su parte hubiera intención de transferirle el dominio. Explicado todo esto, manifiesta que ratifica lo convenido en la escritura número 510 de 1935, por medio de la cual su madre reescrituró a Lino Vergara las fincas o lotes de terreno que había comprado para ella y para la exponente, según las voces de la escritura número 140 de junio de 1935. Es decir, da por bien hecha la devolución de las fincas que la madre hizo al señor Lino Vergara, por no haberse cubierto el precio.

6) Consta también en el expediente que Isabel Orejuela de Escobar, cuando todavía era menor de edad, por medio de curador debidamente designado entabló juicio ordinario contra Alfonso Salamanca, sobre nulidad del contrato celebrado por ella con el demandado, por medio de la escritura número 527 de 1935, fundada en que cuando se otorgó tal instrumento carecía de la capacidad legal para otorgar su consentimiento por ser entonces menor de edad. La demanda se notificó a Salamanca el 13 de junio de 1939.

Al cumplir la mayor edad, la Orejuela desistió simplemente y sin condición alguna del juicio en referencia, desistimiento que fue decretado y notificado a las partes.

7) Por escritura pública número 367 de 12 de julio de 1939, Lino Vergara y su esposa hicieron liquidación provisional de los bienes de su sociedad conyugal, adjudicándose a la cónyuge la finca de La Torre, compuesta de las diez plazas de terreno materia del pleito.

La acción propuesta

Con fundamento en los hechos que se desprenden de los instrumentos públicos descritos, los nombrados Lino Vergara o Bonilla, Domitila Vergara de Vergara e Isabel Orejuela de Escobar, demandaron ante el Juez Civil del Circuito de Palmira al señor Alfonso Salamanca, en juicio ordinario, para que con su audiencia se hicieran las siguientes declaraciones:

"Primera.—Es nulo —de nulidad relativa— y por consiguiente, se rescinde el contrato de compraventa de un lote de terreno de diez plazas de extensión, cultivado con plátano, maíz, pastos artificiales, caña, ubicado en el sitio de La Torre, en el Corregimiento de Rozo, Municipio de Palmira, alinderado por el Oriente y por el Sur, con propiedad de los herederos de Julia Vernaza v. de Echeverri; por el Occidente, con propiedades de José A. Orejuela, Perpetua Molina y Elías Martínez; y por el Norte, con el camino público que de El Cerrito conduce al paso de La Torre, hacienda de Guadualito, de Jesús Lourido. Contrato éste celebrado por el señor Alfonso Salamanca con la menor Orejuela de Escobar, por medio de la escritura pública número 527 de fecha 20 de diciembre del año de 1935, de la Notaría Primera de esta ciudad.

"Segunda.—En consecuencia, vuelvan las cosas al estado que tenían antes de la celebración del

contrato de compraventa consignado en la escritura número 527 de 20 de diciembre de 1935, de la notaría citada.

'Segunda-bis.—Por consiguiente, es de propiedad absoluta, plena, nuda, útil o fiduciaria de los cónyuges entre sí, Lino o José Lino Vergara o Bonilla y Domitila Vergara de Vergara, el siguiente inmueble (el descrito en el punto primero).

"Tercera.—Entregue, real y materialmente, Alfonso Salamanca a los cónyuges de un mismo matrimonio, Vergara Bonilla y Vergara de Vergara, al día siguiente hábil de la ejecutoria del presente fallo, el lote de terreno materia de la declaración inmediatamente anterior.

"Cuarta.—Restituya el mismo Salamanca, demandado, a los demandantes ya nombrados, los frutos naturales y civiles del lote de terreno, no solamente los percibidos, sino los que sus dueños hubieran podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniéndolos en su poder.

"Quinta.—Alfonso Salamanca, como demandado en este proceso, es poseedor de mala fe, del lote de terreno, materia del presente juicio; por lo tanto, la restitución de los frutos arriba mencionada, debe hacerla el demandado desde que la cosa raíz reivindicada entró a su patrimonio ilegalmente, injustamente, hasta el día de la entrega".

Se solicitó igualmente la cancelación del registro de la escritura número 527 de 20 de diciembre de 1935 de la Notaría Primera de Palmira y la condenación en costas para el demandado. La demanda fue coadyuvada por la señora Isabel Orejuela de Salamanca en libelo posterior.

Alfonso Salamanca contestó oponiéndose a las pretensiones de los actores y propuso, entre otras excepciones, la de carencia de acción, por cuanto la señora Orejuela de Escobar, por medio de curador cuando aún era menor de edad, había demandado la nulidad de la venta que se le había hecho y que ya legalmente capaz, como se vio atrás, desistió incondicionalmente del litigio.

El mismo demandado a su vez, contrademandó para que se decretara la nulidad de la escritura número 20 de 1935 y su correspondiente registro y para que se le tuviera como único poseedor inscrito del predio materia del juicio.

La sentencia de primera instancia

Por providencia del 12 de diciembre de 1941, el Juez del conocimiento falló el pleito declarando probadas las excepciones de ilegitimidad de personería y carencia de acción en los demandantes y absolviendo en definitiva al demandado. Con respecto a la contrademanda, decidió que no estaban probadas las excepciones propuestas, dispuso cancelar el registro de la escritura número 510 y mandó tener a Alfonso Salamanca como poseedor inscrito del lote de diez plazas materia del pleito.

La sentencia recurrida

Subidos los autos al Tribunal Superior de Cali, en virtud de la apelación interpuesta por los demandantes Lino Vergara y esposa, se falló allí el pleito con fecha 22 de agosto de 1944 reformando en parte el proveído del inferior, pero confirmando los puntos esenciales de la sentencia recurrida. Se declaró, entre otras cosas, que no estaba demostrada la excepción de cosa juzgada y se dispuso librar despacho al Registrador y al Notario para que se efectuaran algunas cancelaciones.

El Tribunal se fundó para absolver al demandado, en la carencia de acción por parte de los demandantes, por cuanto a su juicio el señor Carrejo adquirió para la menor Orejuela, como su mandatario, el predio materia de la litis y ésta lo transfirió a Salamanca, por acto notarial que sólo puede demandar la vendedora.

Dice el Tribunal: "Se ha creído que ese traspaso implica una enajenación de bienes raíces de la menor sin el correspondiente decreto judicial, mas no hay que olvidar que la enajenación no fue hecha a nombre de la menor pues no consta así en la citada escritura 510; y porque aunque la tradente hubiera tenido la intención de obrar a nombre de su hija, carecía en aquella fecha de la facultad legal para representarla, primeramente, porque en aquella fecha la institución de patria potestad se refería únicamente a los padres respecto de sus hijos legítimos, y en segundo lugar, porque aunque era verdad que conforme al artículo 458 la madre natural ejercía legalmente la tutela o curaduría de sus hijos naturales, el 5 de diciembre de 1935, fecha en la cual la menor contrajo matrimonio, perdió su madre el carácter legal dicho y la menor quedó colocada en el caso del artículo 6º de la ley 28 de 1932. De aquí que el juzgador de primera instancia concluyera que se trataba del traspaso de cosa ajena".

Con respecto al desistimiento de la acción propuesta por la señora Orejuela de Escobar contra

Alfonso Salamanca, dice: "De tal desistimiento se siguen dos conclusiones jurídicas: implica, por una parte la ratificación del contrato celebrado con Salamanca y, por otra parte, la imposibilidad legal en relación con la desistente para instaurar nuevamente la misma acción contra Salamanca. (Artículos 1752, 1754 y 1727 del C. C.)".

Contra la sentencia que se acaba de compendiar, interpuso en tiempo recurso de casación el apoderado de los señores Lino Vergara y esposa, el cual se fundó en la oportunidad legal. Cumplida la tramitación correspondiente, la Corte pasa a fallar.

Las causales de casación

Para el estudio de las alegaciones presentadas contra la sentencia, la Sala por vía de método las estudia en dos grupos: las que se proponen en nombre de la señora Isabel Orejuela de Escobar y las que se hacen en nombre de los cónyuges Vergara y de Vergara.

No está por demás recordar que la sentencia del Tribunal al declarar probada la excepción de ilegitimidad de la personería de los demandantes, negó la acción rescisoria propuesta por la señora Orejuela de Escobar. Que de tal providencia sólo se interpuso recurso de casación en nombre de los esposos Vergara y que el apoderado ante la Corte únicamente recibió poder de los mismos.

Acusa la sentencia el apoderado de los demandantes, o sea el representante en juicio de los señores Lino Vergara o Bonilla y esposa, con fundamento en la causal primera del artículo 520 del C. J., por violación de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida e interpretación errónea de la ley y señala como violadas las siguientes disposiciones sustantivas: artículos 303, 483, 484, 1502, 1504, 1523, 1740, 1741. 1748, 1750, 1851 y 1874 del C. C., y hace al efecto los cargos que en seguida se sintetizan:

Cargo primero

A) Dice el apoderado de los recurrentes:

La venta hecha por la señora Orejuela de Escobar a Alfonso Salamanca por medio de la escritura pública número 527 de 1935 es nula, porque siendo aquélla menor de edad cuando celebró el contrato, se requería para su validez, licencia judicial y venta del bien raíz en subasta pública. No podría argüírse al respecto que la Orejuela, siendo todavía menor de edad, por medio de su curador demandó la nulidad de tal venta y que al llegar a su mayoría desistió del pleito, con lo cual extinguió toda acción sobre el particular, por cuanto antes de tal acto había ratificado la venta que su madre y el señor Carrejo le había hecho de sus bienes a Vergara.

Sostiene que aun cuando estos dos actos no son recomendables, ratificar la venta y luego desistir del pleito, careciendo de derecho para ello, la ratificación de la venta debe primar por ser anterior al desistimiento.

Termina diciendo: "Es, pues, indudable que Isabel Orejuela (hija) sí tiene personería suficiente para demandar la declaratoria de nulidad y pedir la consiguiente restitución de sus bienes".

B) Conceptúa el recurrente que entre las varias hipótesis que pueden plantearse en el estudio del problema, está la de que Isabel Orejuela adquirió por compra de Lino Vergara, el bien a que hace referencia la escritura número 140 de 20 de junio de 1933; en consecuencia, no podía venderlo al señor Salamanca, como consta de la escritura pública Nº 527 de 27 de diciembre de 1935, porque para tal época era menor de edad y requería la enajenación para que fuera válida, decreto judicial con conocimiento de causa y venta del inmueble en almoneda. La nulidad de esta venta y la consiguiente restitución del predio, es lo que ha pedido Isabel Orejuela y lo que fue materia de la negativa del Tribunal.

Textualmente dice: "De aceptarse esta hipótesis, tenemos que a Isabel Orejuela le asiste personería o acción suficiente para entablar la presente demanda y obtener la declaración de nulidad y la reivindicación de sus bienes".

Como se ve, el memorialista se propuso hacer presente el derecho que a su juicio asiste a la señora Orejuela de Escobar para solicitar la rescisión del contrato de compraventa de un bien y su consiguiente reivindicación.

Se considera:

Como sanción legal por la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o contrato, según su especie o la

calidad o estado de las partes, la ley ha establecido la nulidad del mismo.

Cuando la omisión se refiere a un requisito exigido en los actos celebrados en consideración a su naturaleza o especie, la nulidad es absoluta, existe respecto de todos, afecta el orden público.

Cuando se trata de la prescindencia de un requisito exigido en el acto o contrato en atención a la calidad o estado de las partes, la nulidad sólo beneficia al relativamente incapaz; es pues de efectos limitados.

A diferencia de la nulidad absoluta que por afectar el derecho público de la Nación puede ser declarada de oficio, la relativa sólo puede solicitarla la persona en cuyo favor se ha establecido, sus herederos o cesionarios.

En el caso en estudio el contrato celebrado por la menor Orejuela con su hermano Alfonso, careció de las formalidades y requisitos exigidos por la ley para la validez del contrato de compraventa de un bien raíz perteneciente a un menor.

Como era lo legal, la demanda se entabló en su nombre, en lo que respecta a la rescisión del contrato por la omisión de tales requisitos, pero el Tribunal negó la acción y su representante en el pleito interpuso el recurso de casación.

La sentencia quedó en firme en cuanto a la negativa de la acción rescisoria, por no haber sido recurrida por la parte interesada en tal aspecto. La menor o su representante legal eran los únicos que hubieran podido ocurrir en casación en contra de la memorada providencia. Dejada trascurrir la oportunidad legal para ello, la sentencia está ejecutoriada y la Corte no puede revisarla en casación por ese aspecto.

Careciendo, en consecuencia, de interés jurídico los esposos Vergara para alegar ante la Corte en contra de la decisión del Tribunal que negó la acción rescisoria impetrada por la Orejuela de Escobar, mal se pueden tener en cuenta los cargos propuestos contra ella.

No habiéndose establecido la acción rescisoria sino en favor de la persona que celebró el acto o contrato con prescindencia de los requisitos exigidos en atención a su calidad o estado, es esta persona y no otra quien puede hacer uso de tal derecho.

Cargo segundo

Para sustentar este cargo presenta el recurrente una nueva hipótesis que desarrolla en los siguientes términos:

José Lino Vergara no vendió esos terrenos a Isabel Orejuela (hija), ya que no consta que ésta diputara a Guillermo Carrejo para comprarlos, ni para otorgar la correspondiente escritura, y porque siendo la Orejuela menor de edad, carecía de capacidad legal para otorgarlo. Con lo cual el verdadero dueño de los terrenos en litigio sería Lino Vergara, si se tiene en cuenta que por medio de la escritura pública número 140 de 1933 nada traspasó a la Orejuela por las razones anotadas.

Los bienes pertenecen a Vergara, quien no está en posesión de ellos, tiene acción para reivindicarlos.

Siguiendo la hipótesis planteada, la venta que la Orejuela le hizo a Salamanca, sería venta de cosa ajena, que si bien es válida en nuestro derecho, no impide que el verdadero dueño reivindique.

Se considera:

Es éste un nuevo aspecto del problema, planteado por primera vez en el juicio en casación, y que por consiguiente no fue tema de debates, ni materia sometida a discusión y fallo en el proceso y mal podía el Tribunal pronunciarse en algún sentido sobre esa circunstancia. Lino Vergara y su esposa demandaron la reivindicación del inmueble materia del pleito, fundados en que por la escritura número 140 de 1933, Carrejo estipuló para la menor Isabel Orejuela y que antes de que ésta estuviera en capacidad de aceptar, el estipulante a favor del tercero (señor Carrejo), y el vendedor, deshicieron la venta y que luego, ya siendo mayor de edad la Orejuela había ratificado tal estipulación dando por no celebrado el contrato de compraventa.

No se ha discutido si la venta hecha por Vergara a la Orejuela era o no válida; por el contrario, se ha partido de su validez y el actor se funda en que la estipulación que contiene tal contrato fue revocada por la sola voluntad de las partes y ratificada por quien correspondía.

Sostener en casación la nulidad del contrato celebrado entre Lino Vergara e Isabel de Escobar, como aparece de la escritura número 140 de 1933 y apoyados en tal nulidad reivindicar, es un cambio total en la demanda. Es una acción no propuesta y que no ha sido materia de los debates.

Se plantea, pues, por medio de este cargo en el recurso, un aspecto nuevo, no admisible en casación. Los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones ante la Corte, han de haber sido ya propuestos a los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias, se llaman medios nuevos que no tienen cabida en el recurso.

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 proferida por el Tribunal Superior de Cali con fecha 22 de agosto de 1944. Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

ACCION DE RESOLUCION DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

Ningún texto legal le otorga al comprador de un inmueble derecho para retener MANU MILITARI una parte o la totalidad del precio, sin exponerse a las contingencias legales correspondientes, y sólo en las circunstancias excepcionales previstas en el inciso 2º del artículo 1929 del C. C. tiene facultad para depositarlo, pero mediante previa autorización de la justicia.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

1º.—Por Escritura Pública Número 140 de 8 de abril de 1930, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Pasto, José Demetrio Armero, diciéndose dueño de la finca denominada "Sacha", la permutó con Luis Felipe Medina por la hacienda "El Tambillo", de propiedad del último de los nombrados. En dicho Instrumento se determinaron los linderos de los inmuebles permutados. Armero manifestó que una parte de la finca "Sacha" la había adquirido por compras hechas a los herederos de su finada madre Matilde Mejía de Armero, y otra parte, por haberle correspondido como heredero de dicha señora y de su padre Rudecindo Armero (folios 3 a 7, cuaderno número 7).

2º.—En la partición practicada en el juicio sucesorio de Rudecindo Armero, fechado el 29 de agosto de 1936 y que fue aprobada en sentencias de 30 de septiembre de 1936 y 10 de marzo de 1937, proferidas, respectivamente, por el Juzgado 1º del Circuito y por el Tribunal Superior de Pasto, se adjudicaron a José Demetrio Armero, o a quien tenga o represente sus derechos, varios lotes de la hacienda "Sacha", por los linderos determinados en ese acto de partición, los cuales no concuerdan en su totalidad con los que al mismo inmueble se fijaron en la escritura de permuta.

3º.—Por medio de la Escritura Pública número 353 de 11 de junio de 1937, de la Notaría Segunda de Pasto, Juan Bautista Hoyos dio en calidad de mutuo o préstamo a Luis Felipe Medina la suma de $ 1.500,00, con plazo de ocho años y Medina constituyó anticresis, por el término expresado, de la finca "Sacha" en favor de Hoyos, para que con el uso y goce de ese inmueble se pagara los intereses que debía producir la suma prestada. Los linderos de la finca se determinaron en el mismo instrumento, pero se hizo constar expresamente que ellos "deben entenderse con referencia a la partición judicial del fondo y excluyendo el lote correspondiente a los cuatro legatarios del finado Rudecindo Armero". Consta también en el mismo documento que la finca fue entregada real y materialmente al acreedor.

4º.—Por Escritura Pública Número 828, de 28 de noviembre de 1939, Luis Felipe Medina dio en venta a Juan Bautista Hoyos la mencionada finca "Sacha", circunscrita por los linderos que en ese instrumento se expresaron y en el cual se dijo que el comprador la tenía ya recibida. El precio de la venta se acordó en la suma de $ 7.000,00, y la forma de pago fue determinada en la cláusula 2ª del mismo instrumento, en cuyo aparte c), al hacer referencia a una hipoteca que el comprador constituye sobre el inmueble para garantizar una coherencia de Enriqueta Burbano de Salazar, se dijo que los linderos de la finca "deben entenderse con referencia a la partición judicial del fundo "Sacha" y excluyendo el lote correspondiente a los cuatro legatarios del finado Rudecindo Armero".

La controversia

Con fecha once de diciembre de mil novecientos cuarenta y dos, Luis Felipe Medina propuso ante el Juez 2º Civil del Circuito de Pasto demanda ordinaria contra Juan Bautista Hoyos, fundándose, entre otros, en los hechos que se dejan relatados y en los que se copian a continuación:

"4º.—El señor Hoyos G. no ha hecho el pago previsto en el aparte g) de la cláusula segunda

de la escritura de venta, pues allí se comprometió a entregarme doscientos pesos dentro de sesenta días, contados desde la fecha de la escritura, y aun cuando han pasado tres años y días, sólo me ha pagado parte pero no todos los doscientos pesos;

"5º.—El señor Hoyos G. no me ha pagado ni un tan solo centavo de los **mil trescientos veintinueve pesos con setenta y ocho centavos** ($ 1.329,78) que se obligó a pagar y debió pagarme en dos contados, uno el 28 de noviembre de 1940 y otro el 28 de noviembre de 1941, respectivamente";

En las súplicas de esa demanda se pidió que se declarase resuelto, por falta de pago, el contrato de compraventa que consta en la citada escritura número 828 de 28 de noviembre de 1939, celebrado entre el demandante Medina y el demandado Hoyos, que se condenase a éste a restituírle el inmueble vendido junto con sus frutos, en proporción a la parte del precio dejado de pagar, y a cubrirle los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato, más las costas del juicio.

El demandado Hoyos contestó la demanda negando algunos de los hechos, y aceptando otros, como el 5º antes copiado, con respecto al cual dijo ser cierto que no ha pagado la suma de $ 1.379,78, alegando que retenía esa cantidad porque no se creía obligado a pagarla en atención a que el demandante había dejado de entregarle parte de la finca comprada. Finalmente propuso algunas excepciones, entre las cuales está la de incumplimiento del contrato por parte del actor, y se opuso a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

A la vez el demandado, fundándose principalmente en la circunstancia mencionada, o sea que Medina dejó de entregarle una parte de la finca vendida, propuso demanda de reconvención contra éste, para que se declarase lo siguiente:

"Que el señor D. Luis Felipe Medina está en la obligación de entregar al Dr. Juan Bautista Hoyos la hacienda "Sacha" por los linderos que indica la escritura número 828 de 28 de noviembre de 1939, otorgada en la Notaría 1ª de este Circuito.

"Que está obligado el vendedor, señor Medina, al saneamiento de lo vendido, amparando al comprador Dr. Hoyos en el dominio y posesión pacífica de la "hacienda Sacha" en su totalidad, es decir, por los linderos ya expresados en el punto 1º de los hechos de esta demanda y que deberá responder por todos los vicios y gravámenes que dejaron de indicarse en la escritura de compra.

"Que en caso de que por cualquier motivo el Sr. D. Luis Felipe Medina no pudiera entregar al Dr. Juan Bautista Hoyos la hacienda "Sacha" de acuerdo con el contrato de compraventa cuyo título se halla ya indicado, está obligado a pagarle el valor de la parte o de los lotes que no le entregare, previa tasación de peritos, rebajándose así el precio de la venta.

"Que el vendedor Medina está obligado además a cancelar el valor de los perjuicios sufridos por el comprador debido a la no entrega en su debido tiempo y que comprenderán los frutos naturales y civiles percibidos o que se hubieren podido percibir con mediana inteligencia y cuidado".

Contestada la contrademanda como aparece del escrito que obra a folios 5 a 7 del cuaderno Nº 2, y surtido el juicio doble por sus correspondientes trámites, el Juzgado lo decidió en sentencia de 28 de marzo de 1944, por medio de la cual declaró probada la excepción de contrato no cumplido alegada en su defensa por el demandado Hoyos e improcedentes las peticiones formuladas tanto en la demanda principal como en la de reconvención.

Sentencia recurrida

La apelación que ambas partes interpusieron oportunamente, llevó el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el cual decidió la alzada en sentencia de 5 de abril de 1945, por medio de la cual revocó la recurrida y en su lugar resolvió lo siguiente:

"1º—Declárase no probadas las excepciones de incumplimiento de la obligación, carencia de acción y derecho para demandar, dolo y engaño, alegados por el demandado;

"2º.—Declárase resuelto, por falta de pago, el contrato de compraventa contenido en la escritura Nº 828 de 28 de noviembre de 1939, por los linderos ya anotados;

"3º.—El señor Juan Bautista Hoyos G. restituirá al señor Luis Felipe Medina la finca "Sacha" de que trata el punto anterior, tan pronto como éste entregue a aquél el valor recibido por concepto del precio de esa venta, de acuerdo con la cláusula segunda de la escritura Nº 828 de 28 de noviembre de 1939.

"4º.—No hay lugar a la restitución de los frutos naturales y civiles;

"5º.—Sin lugar a decretar el pago de perjuicios; y,

"6º.—Sin lugar a declarar la petición segunda de la demanda de reconvención, ni las demás de ésta y de la demanda principal.

"Sin costas".

En la motivación de ese fallo, después de hacer el relato de los antecedentes del pleito y de tomar en cuenta las pruebas principales aportadas al debate, llegó el Tribunal a las siguientes conclusiones que se sintetizan: que dadas las constancias que aparecen en las Escrituras de mutuo con anticresis y en la de compraventa, el demandado Hoyos aceptó que los linderos de la finca "Sacha" debían entenderse con referencia a la partición judicial; Que el mismo demandado tenía conocimiento pleno de que el terreno cuyo dominio se le transfería, no abarcaba lotes que en otro tiempo lo integraron; que siendo esto así hay que presumir que el vendedor Medina entregó al comprador Hoyos el terreno vendido, entendiéndose sus linderos con relación a la partición y con exclusión de las propiedades de otros dueños; que en el caso de que lo anterior no fuera así, la acción que al comprador le concede el artículo 1889 del Código Civil está prescrita, por no haberla ejercitado a su debido tiempo; que habiendo cumplido el vendedor con sus obligaciones y no habiendo pagado el comprador la totalidad del precio estipulado, es procedente decretar la resolución del contrato, por virtud de lo dispuesto en el artículo 1930 del Código Civil; que como Medina entregó a Hoyos la finca "Sacha" en virtud de un contrato anticrético, cuya duración no se ha vencido, el segundo no está obligado a la restitución de los frutos de ese inmueble, así como tampoco al pago de perjuicios, porque éstos no se hallan comprobados en el proceso.

A las partes se les otorgó recurso de casación, el que por encontrarse debidamente tramitado se procede a decidir.

Recurso de casación de la parte demandada:

Lo apoya en las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del Código Judicial.

Con respecto a la 1ª, en el Capítulo III de la demanda titulado "Violación directa de la ley sustantiva, por interpretación errónea", propone los siguientes cargos:

a) Violación de los artículos 1524, 1546 y 1930 del Código Civil, en desarrollo del cual dice, en síntesis, que aún en el supuesto de que el demandante no hubiera estado obligado a entregar los ya aludidos lotes de la hacienda "Sacha" por estimarse que en la partición judicial quedaron excluídos del globo general de aquélla, en tal caso el recurrente tampoco estaba en mora de cumplir su obligación, porque él había pagado ya todo el precio al firmarse la Escritura de compraventa. En favor de su tesis invoca la cláusula 2ª de ese instrumento en el cual dice que se advirtió que "el precio es la cantidad de $ 7.000,00 moneda legal que el comprador **paga**" de la manera como allí se indica y que si se hubiera dicho PAGARA, indudablemente cabría la acción de resolución del contrato, pero como se dijo **paga**, ya ella no tiene cabida, porque el precio ya había sido pagado y no le quedaba al demandante sino la alternativa de exigir el pago de la suma de $ 1.329,78, bien con acción real, con acción personal o con acción mixta, ya que para garantizar el pago de esa cantidad se constituyó hipoteca sobre la finca vendida. A este respecto dice textualmente:

"Según esto, al firmarse el contrato de compraventa, el doctor Hoyos PAGO el precio al señor Medina. ¿Cómo? con la obligación que contrajo, garantizada hipotecariamente, y sujetándose a un juicio ejecutivo o de venta en el caso de no entrega de esa cantidad. De manera que había carencia de causa al pedir la resolución del contrato por falta de pago de parte del precio, porque éste ya se había pagado. Ha habido aquí una lamentable confusión de causas. No es lo mismo un contrato cuya causa es la compraventa, que una obligación puramente personal, cuya causa es la voluntad de las partes de pagar una suma de dinero, que fue lo que se estipuló en la escritura y se garantizó hipotecariamente".

b) Violación de los artículos 1880, 1894 y 1895 del Código Civil, por infracción directa. A este respecto dice en resumen el recurrente que en la Escritura Pública Número 190 de 6 de abril de 1930, de la Notaría 1ª del Circuito de Pasto, por medio de la cual José Demetrio Armero permutó la hacienda "Sacha" con el demandante Medina, por otro bien de propiedad de éste, no se le trasmitió al actor un cuerpo cierto sino derechos y acciones en esa sucesión; que en la partición de bienes de Rudecindo Armero, se adjudicó la finca "Sacha" a José Demetrio Armero, su hijo, pero que nada se adjudicó al demandante Medina; que

ando éste vendió al recurrente el mismo inmue-
e ya se había registrado la sentencia aprobato-
a de la partición, en la que se declaró el domi-
o en poder de Armero; que cuando Medina ven-
ió carecía por tanto del derecho de dominio que
e comprometía trasmitir al recurrente y que co-
no expresamente se obligó al saneamiento por
vicción en los términos de la ley, es claro que no
umplió con esa obligación, y que la sentencia es
iolatoria de las disposiciones que arriba se ex-
resaron.

c) Violación del artículo 1889 del C. C., porque habiéndose hecho la venta con señalamiento de linderos, como así consta en el respectivo instrumento, el vendedor estaba obligado a entregar todo lo comprendido en ellos y habiendo confesado el demandante Medina que no entregó la finca por esos linderos, el recurrente tenía el derecho, alegado por él como excepción, de retener la parte de precio dejada de pagar mientras no se le hubiere entregado el inmueble por los linderos estipulados en la Escritura y que al desconocerle ese derecho el Tribunal quebrantó la citada disposición.

Para resolver se considera:

a) Alégase aquí que la resolución del contrato de compraventa a que se contrae la demanda no podía decretarse porque el recurrente cumplió con su obligación de pagar la totalidad del precio; pero para destacar cuán infundado es ese cargo, bastará anotar que el recurrente al contestar el hecho quinto de la demanda confesó categóricamente que no había cancelado dentro del término estipulado al efecto la suma de $ 1.379,78, proveniente de parte del precio de la finca vendida, y dá la explicación de que retiene ese saldo porque el vendedor no sólo no había cumplido con su obligación de entregar la totalidad de la finca vendida sino que se había puesto en incapacidad de cumplirla. Ante confesión tan explícita, es obvio que nada valen las interpretaciones que de ciertas expresiones del contrato hace el recurrente para sostener lo contrario. Además, en el mismo contrato se hizo constar que el comprador quedaba adeudando al vendedor, entre otras, la expresada cantidad y que para garantizar su pago constituía hipoteca sobre los bienes comprados. Y de esa obligación de pagar la parte del precio que se quedaba adeudando, bien podía el acreedor exigir su cumplimiento por la vía ejecutiva o entablando la acción real de venta de los bienes hipotecados; pero de que tuviese ese derecho, no se deduce que no le asistiera el de pedir, como pidió, por la vía ordinaria, la resolución de la venta, porque el artículo 1930 del C. C. le otorga, a su elección, el derecho alternativo de exigir el pago del precio, por cualquiera de las vías legales correspondientes, o la resolución de la venta, con resarcimiento de perjuicios.

b) El cargo es improcedente, por las siguientes razones:

Primera.—Está mal formulado, porque las disposiciones sustantivas que se citan como violadas por la sentencia se dice que lo fueron "por infracción directa", y el quebranto de un texto legal en tal concepto sólo puede darse cuando el sentenciador estatuye en forma contraria a la en él prevista, como sería, por ejemplo, si afirmara que el comprador evicto no tiene derecho al saneamiento, siendo así que éste es un derecho que claramente surge establecido de los artículos 1880, 1893 a 1895 del C. C. Y el Tribunal de Pasto no ha incurrido en semejante falta. Dados los fundamentos o desarrollos del cargo, se comprende que él debió proponerse por error de derecho o de hecho en la apreciación de las pruebas, o por falta de estimación de las mismas, alegándolo y demostrándolo a la vez, como lo impone el numeral 1º del artículo 520 del C. J.

Segunda.—Porque constando en autos, como lo afirma el mismo recurrente, que a José Demetrio Armero se le adjudicó en la partición judicial realizada en el juicio sucesorio de sus padres, la finca "Sacha", la permuta que de ésta hizo con el demandante Medina, y de que da cuenta la Escritura Pública número 190 de 1930, cuando apenas tenía la espectativa de adquirirla por herencia, quedó legalizada y perfeccionada, dándole a Medina la condición jurídica de dueño de ella, en fuerza de lo dispuesto en el artículo 1875 del C. C., en armonía con el artículo 1958 de la misma obra. Luego, el demandante Medina, en contrario de lo que sostiene el recurrente, sí trasmitió a éste el derecho de dominio sobre el expresado inmueble y la sentencia aprobatoria de la partición y el registro de ambas, lejos de causarle evicción al recurrente, le perfeccionó su título.

c) Entre las razones aducidas por el Tribunal para negarse a reconocer al recurrente el derecho que le otorgaba el artículo 1889 del C. C., figura la de que la acción correspondiente está prescrita, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1890 del C. C., y ese fundamento, que por sí solo

es suficiente para sostener la sentencia, no ha sido atacado en casación en forma alguna.

Por lo expuesto, se rechazan los cargos que quedan estudiados.

En el Capítulo IV de la demanda de Casación sostiene el recurrente que el Tribunal incurrió en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas aportadas al debate y que allí cita, y en error de hecho por falta de apreciación de otras, que también cita, para luego sacar de todo ello la conclusión de que dentro de los linderos generales de la hacienda "Sacha", a que se refiere la Escritura Nº 828 de 28 de noviembre de 1939, contentiva del contrato de compraventa celebrado con respecto a ese inmueble entre Medina y Hoyos, están incluídos y no excluídos, como lo estimó el Tribunal, los lotes de terreno denominados "La Bomba", "La Palma" y "El Morro", los cuales el vendedor no ha entregado al comprador, debiendo haberlos entregado; agrega que por virtud de los aludidos errores, el Tribunal le desconoció al recurrente el derecho que le asiste a retener los $ 1.329,78, saldo del precio no pagado, hasta que el vendedor no se allane a cumplir con la obligación de entregar totalmente la cosa vendida, desconociéndole así "el derecho de oponer la excepción de contrato no cumplido o imperfectamente cumplido, violando de esta manera y de modo indirecto el artículo 1609 del C. C.".

Se considera:

Es completamente superfluo el que la Sala se detenga a indagar aquí si el Tribunal incurrió o no en los errores de hecho o de derecho que le imputa el recurrente, porque sea de ello lo que fuere, es lo cierto que la sentencia no quebrantó el artículo 1609 del Código Civil, que como violado se cita en el cargo. En efecto, el sentenciador estimó que la acción del recurrente encaminada a que el vendedor Medina le entregue los aludidos lotes de terreno, que según lo sostenido por aquél están comprendidos dentro de los linderos generales de la hacienda "Sacha" y que no le han sido entregados, o para que en su defecto se le condene a sufrir la respectiva disminución del precio y a reintegrarle su valor, está prescrita porque no fue intentada a su debido tiempo. Esta conclusión del Tribunal está en firme, porque no ha sido atacada en forma alguna por el recurrente.

Y si, en atención a lo expuesto, las referidas acciones están prescritas, es lógico y jurídico admitir que el vendedor Medina no tiene obligación alguna pendiente o que cumplir derivada del co trato de compraventa a que se refiere la litis y consiguiente, que no está en mora y que pod ejercitar legal y eficazmente la acción resolut ria a que le da derecho el artículo 1930 del C.

Además, ningún texto legal le otorga al com prador dé un inmueble derecho para retener m **nu militari** una parte o la totalidad del precio, si exponerse a las contingencias legales correspon dientes, y sólo en las circunstancias excepciona les previstas en el inciso 2º del artículo 1929 de C. C. tiene facultad para depositarlo, pero me diante previa autorización de la justicia. A esto respectos la Corte ha dicho:

"Si al comprador de predio señalado por linderos no se le ha entregado todo lo comprendido en ellos, tiene un año de plazo para hacer repara la falta (ya desistiendo del contrato, ya pidiendo disminución del precio); pero si no hace uso de sus derechos oportunamente, y deja transcurrir un año desde la entrega sin ejercitar las acciones correspondientes, no puede entonces prevalerse de la falta de entrega de esa porción de terreno para eximir de pagar el precio que quedó debiendo, y disfrutar sin compensación alguna de las porciones entregadas. El vendedor puede entonces ejercitar la acción resolutoria de que habla el artículo 1930 del Código Civil por estar el comprador en mora de pagar el precio o la parte de él que quedó debiendo". (J. de la C. S., Tomo III, Nº 72).

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Invocando la causal 2ª del artículo 520 del C. J., en el Capítulo V de la demanda de casación dice, en resumen, el recurrente, que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas en la demanda de reconvención, por cuanto se le negaron las peticiones en ella formuladas, siendo procedentes conforme a la ley.

Se considera:

El cargo es inadmisible. La sentencia del Tribunal fue absolutoria para el contrademandado Medina, y ello determina por sí solo la improcedencia de la causal 2ª de casación aquí alegada, pues cuando el fallo es absolutorio resuelve todas las cuestiones planteadas en le demanda y la respuesta y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado. Dicha causal sólo procede cuando la sentencia deja indebidamente de fallar algo de lo sometido a su decisión, o cuando la extiende a puntos no sometidos a ella, o cuando en lo que

sí se le sometió excede de los límites trazados por las partes; pero no cuando no incurre en la referida abstención ni peca por fallar extra-petita o ultra petita. Así lo ha decidido la Corte en uniforme y conocida jurisprudencia.

Se rechaza el cargo.

Recurso de casación de la parte demandante:

Fundándose en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, alega el recurrente los cargos contra la sentencia que en seguida se estudian.

Primer cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal al no condenar al demandado al pago de perjuicios, considerando que éstos no se hallaban comprobados en el proceso, incurrió en error de hecho evidente al no tomar en cuenta el aparte g) de la cláusula 2ª de la Escritura Nº 828, en que se estipuló que al no pagarle el comprador al vendedor las sumas o contados de que allí se habla, dentro de sus respectivos plazos, abonaría intereses a la rata también allí convenida, y que como consecuencia de ese error de hecho, quebrantó por no haberles dado aplicación, los artículos 1930, 1613 y 1617 del C. C.

Se considera:

El cargo es infundado. Para demostrarlo así es suficiente observar que el recurrente ha demandado en este juicio la resolución y no el cumplimiento del contrato. Si hubiera solicitado esto último, siendo entonces la obligación la de pagar una cantidad de dinero, entonces sí habría sido procedente concretar la indemnización de perjuicios por la mora al pago de los intereses pactados, o a los legales en caso de faltar la respectiva estipulación, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 1617 del C. C.; pero habiéndose pedido en este pleito la resolución o destrucción del contrato y de sus correspondientes estipulaciones, los perjuicios a que da derecho la acción resolutoria no pueden consistir en el pago de intereses pactados en una cláusula contractual que queda cancelada o destruída retroactivamente por fuerza de la resolución decretada. Esos perjuicios tendrán que derivarse de otras causas o hechos, sobre los cuales, como lo sostuvo el Tribunal, no se ha traído prueba alguna ni se ha alegado en casación que exista otra distinta de la antes puntualizada.

Se rechaza, por tanto, el cargo.

Segundo cargo.—Violación del artículo 1932 del C. C., por cuanto el sentenciador se negó a condenar al demandado al pago de los frutos en la proporción correspondiente a la parte del precio dejada de pagar, por considerar que el demandado no estaba obligado a ello, desde luego que él había recibido la finca en virtud de un contrato de anticresis que aún estaba vigente. El recurrente estima que en esta conclusión del sentenciador existe un error de hecho evidente, motivado por falta de apreciación del aparte d) de la cláusula 2ª de la Escritura número 828, y de la cláusula 8ª de la misma, las que acreditan que la deuda de $ 1.500,00 que el recurrente tenía contraída en razón del contrato anticrético, fue abonada al precio de la venta de la hacienda "Sacha" y cancelada en consecuencia la Escritura en que aquel contrato constaba, y agrega que este error de hecho determinó la infracción del texto legal arriba citado.

Se considera:

El cargo es fundado. Conforme el aparte d) de la Escritura Pública número 828, la suma de $ 1.500,00, porque se constituyó el contrato anticrético consignado en la Escritura Pública número 353 de 11 de junio de 1937, a que ya se hizo referencia al relatar los antecedentes de este pleito, fue imputada por los contratantes como pago de parte del precio asignado a la finca "Sacha" y por medio de la cláusula 8ª del primer instrumento se declaró cancelado dicho contrato de anticresis. Ese pago extinguió, pues, la obligación anticrética por ministerio de la ley y por lo convenido expresamente entre las partes. De allí que esa obligación, ya extinguida, no pueda renacer por efecto de la resolución del contrato de compraventa, la que no puede llegar a tanto como a desconocer la existencia de un hecho definitivamente consumado. Las consecuencias de la resolución están previstas principalmente en el artículo 1932 del C. C. Por tanto, al estimar el sentenciador vigente el contrato de anticresis, incurrió en error de hecho evidente por no haber apreciado las referidas pruebas que demuestran plenamente su cancelación, y por causa de ese error quebrantó el artículo 1932 del Código Civil, que entre otras cosas le da derecho al vendedor para que se le restituyan los frutos en la proporción que corresponda a la parte del precio que no hubiere sido pagada. Lo dicho impone la casación parcial del fallo recurrido y para proferir el que ha de reemplazarlo, a las anteriores se agregan las siguientes razones:

Está demostrado en autos que el comprador Hoyos ha dejado de pagar al vendedor Medina, la

suma de $ 1.329,78, a que se refiere el aparte g) de la Escritura de compraventa, y en proporción a esa parte de precio dejada de pagar deberá restituírle el primero al segundo de los nombrados los frutos del inmueble, a contar de la fecha en que incurrió en mora en el pago, tomando en cuenta los plazos estipulados en el aparte g) del citado instrumento. Y está obligado a restituír no solamente los frutos percibidos sino los que Medina hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad teniendo la finca en su poder.

Como no obran en el proceso pruebas tendientes a comprobar la cuantía de esos frutos, su fijación deberá hacerse con arreglo a lo dispuesto en el ratículo 553 del Código Judicial.

Resta por advertir que debe mantenerse en firme la condena proferida por la sentencia de segunda instancia, ya que a esa parte no se extiende la invalidación de la misma, en cuanto impone al vendedor Medina la obligación que claramente consagra el inciso 2º del artículo 1932 del C. C., de restituír al comprador Hoyos la parte del precio que éste ha pagado, conforme a lo estipulado al efecto en la cláusula 2ª de la Escritura de compra, incluyendo, como es obvio, entre las sumas pagadas y que deben restituírse la cantidad de $ 1.500,00 a que se refería el crédito anticrético en favor de Hoyos, de que antes se hizo mención.

Fallo:

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia de fecha cinco (5) de abril de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto en el presente negocio, la cual quedará así:

Primero.—Revócase la sentencia de primera instancia dictada el veintiocho (28) de marzo de mil novecientos cuarenta y cuatro (1944) por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto;

Segundo.—Decláranse no probadas las excepciones alegadas por el demandado;

Tercero.—Declárase resuelto, por falta de pago, el contrato de compraventa contenido en la Escritura Pública Número 828 de 28 de noviembre de 1939, corrida en la Notaría primera del Circuito de Pasto, y líbrense los oficios correspondientes para la cancelación de ese instrumento y su registro;

Cuarto.—Condénase al demandado Juan Bautista Hoyos a restituír al demandante Luis Felipe Medina, una vez ejecutoriada esta sentencia, la hacienda "Sacha" a que se refiere la Escritura Pública mencionada en el punto anterior;

Quinto.—Condénase al demandado Hoyos a restituír al demandante Medina los frutos del inmueble antes citado en la proporción que corresponda a la parte de precio dejada de pagar, de acuerdo con lo expuesto en la respectiva parte motiva de este fallo.

La cuantía de esos frutos se establecerá con arreglo a lo dispuesto en el artículo 553 del C. J.;

Sexto.—Condénase al demandante Luis Felipe Medina a restituír al demandado Juan Bautista Hoyos, una vez ejecutoriada esta sentencia, las sumas recibidas por el primero de los nombrados por concepto del precio de la venta aquí mencionada, de acuerdo con la cláusula 2ª de la Escritura Pública número 828 de 28 de noviembre de 1939, ya citada, y con lo dispuesto en la parte motiva del presente fallo;

Séptimo.—No hay lugar a decretar las demás peticiones de la demanda principal ni las de la demanda de reconvención.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad al Tribunal de origen.

Entre líneas —del fallo recurrido— Vale.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION

1.—Si bien ha dicho la Corte que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, ello no puede significar que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación.

2.—Ha dicho la Corte repetidas veces que no es posible enmendar en casación el juicio del Tribunal sobre el poder de convicción de los indicios.

3.—La condenación en costas no da, de suyo, materia para el recurso de casación, no puede considerarse como punto principal ni implica violación directa o indirecta de ley sustantiva. La Corte puede variar lo resuelto sobre costas pero en función de Tribunal de instancia, la cual supone previa invalidación del fallo por otras razones, y la apreciación relativa a la temeridad no es susceptible de normas previas, por lo cual queda al buen criterio de los juzgadores de instancia.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Cumplidos los trámites correspondientes al recurso de casación, procede la Corte a decidir el que ha sustentado uno de los demandados contra la sentencia que profirió el Tribunal Superior de Bucaramanga sobre nulidad de unos contratos de compraventa, restitución de los bienes a que ellos se refieren, y otros puntos.

Antes de hacer la historia del litigio, la síntesis del fallo recurrido y la del recurso del mismo, conviene transcribir el relato que trae la sentencia del Tribunal acerca de los hechos que motivaron este pleito, relato que el abogado de la parte recurrente encuentra fiel, pues lo copia también al principio de su demanda de casación. Dice el Tribunal:

"La demanda está fundada, según los hechos que se exponen en doce numerales, en que, en el contrato a que se refiere la escritura 177 de primero de julio de mil novecientos treinta y dos, Javier Quintero no tuvo la intención de vender, ni Pedro C. Cordero la de comprar. Que simplemente, éste ocurrió al sitio de **Los Robles** de la jurisdicción de Enciso, donde Quintero, persona de avanzada edad, se encontraba reducido a la cama, con el objeto de ofrecerle sus servicios para la administración y defensa de sus bienes, en atención a que Quintero no gozaba de buena salud, conviniendo ambos en llamar al notario primero del Circuito de Málaga para otorgar la respectiva escritura de poder general. En el momento de extender la escritura, Cordero advirtió que como él no era abogado titulado no podía aceptar poderes para litigar, y que para obviar ese inconveniente debía otorgarse una simple escritura de venta de todos los bienes de Quintero, y aunque éste y sus parientes allí presentes en un principio se opusieron, accedieron al fin, en vista de las manifestaciones de honradez y rectitud que pregonaba Cordero. Al extenderse la escritura se convino, para los efectos fiscales, solamente, pues no hubo acuerdo de precio, desde luego que realmente no había venta, en hacer figurar como precio la cantidad de dos mil pesos ($ 2.000), y por voluntad de Quintero, que se hiciera constar que él se reservaba de por vida la administración y usufructo de los bienes, y que Cordero quedaba obligado a hacer restitución de los bienes a los herederos de Quintero cuando éste muriera, obligación esta última que fue testada en la escritura a instancias del mismo Cordero, que prometió cumplir con los deberes de mandatario.

"Luego, registrada la mencionada escritura, Cordero no permitió la intervención de Pánfilo Delgado, bajo cuya administración debían quedar los bienes, sino que le otorgó a éste escritura de confianza del terreno **El Lavadero**, e igual cosa hizo con Torcuato Melgarejo, en relación con el terreno de **Salado Grande.**

"Finalmente, que Cordero no pagó precio ninguno a Quintero, porque no hubo realmente venta, puesto que fue simulada, y porque aquél carecía en esa época de dinero y bienes suficientes para hacer compras de esa clase; y, que Cordero no ha cumplido la promesa de devolver los bienes a los herederos de Quintero, una vez muerto éste".

Con fecha 9 de mayo de 1940 Pedro C. Cordero demandó a Gonzalo D. Otero para que mediante juicio ordinario se declare que aquél es dueño de un terreno denominado **El Plan**, cuya situación y límites se indican en el libelo; y, para que se condene a Otero, como actual poseedor, a restituír a Cordero dicho inmueble.

El demandado contestó oponiéndose y, aún más, propuso demanda de reconvención contra Cordero a fin de que se declare nulo y sin valor por ser simulado y carecer de causa legal u objeto lícito, e inexistente, el contrato contenido en la escritura Nº 177 fechada el 1º de julio de 1932 otorgada ante el Notario de Málaga, escritura en la cual aparece Javier Quintero vendiéndole sus bienes —entre ellos el terreno denominado **El Plan**— a Pedro C. Cordero. En el libelo de reconvención se hacen otras súplicas sobre cancelación del registro de aquella escritura y declaración de que el prenombrado terreno pertenece a la sucesión de Javier Quintero representada por Gonzalo D. Otero como subrogatario de los derechos de los herederos.

En esta demanda se solicita orden de cancelar las inscripciones del registro de las escrituras públicas Quintero-Cordero, Cordero-Delgado y Cordero-Melgarejo; se declare que los bienes que aparecen vendidos por Quintero a Cordero pertenecen a la sucesión de Francisco Javier Quintero, y se ordene a Cordero restituírlos a dicha sucesión, representada por Gonzalo D. Otero como subrogatarios de los herederos de Quintero.

Cordero desistió de la acción reivindicatoria pero su contraparte no desistió de la demanda de reconvención, el juicio doble se convirtió en sencillo y así se continuó.

El 9 de abril de 1942 Gonzalo D. Otero presentó demanda contra Pedro C. Cordero, Torcuato Melgarejo y Pánfilo Delgado, para que mediante los trámites del juicio ordinario se declare "que es absolutamente nulo y sin ningún valor ni efecto jurídico por carecer de causa legal u objeto lícito, así como por falta de consentimiento para los fines buscados, el contrato celebrado entre Javier Quintero y Pedro C. Cordero por medio de la escritura pública Nº 177 de julio primero de 1932 ante el notario segundo principal de este Circuito de Málaga, en el sitio de **Los Robles** del Municipio de Enciso". Y se solicita que se declaren "nulos absolutamente y sin valor ni efecto jurídico también por carencia de causa legal u objeto lícito, como por falta de consentimiento entre las partes", el contrato por el cual aparece vendiendo Pedro C. Cordero a Pánfilo Delgado uno de los bienes adquiridos de Quintero, y el contrato en que el mismo Cordero aparece vendiéndole a Torcuato Melgarejo otro inmueble de la misma procedencia.

Por auto fechado el 1º de abril de 1943 el Juzgado decretó la acumulación de los dos juicios, "o sea, dice el Tribunal, el promovido por el Dr. Otero contra Cordero, Delgado y Melgarejo, y el que originó la demanda de reconvención del Dr. Otero contra Cordero". Continuó, pues, como único demandante Gonzalo D. Otero, y como demandados Pedro C. Cordero, Pánfilo Delgado y Torcuato Melgarejo.

Sobre los dos juicios así acumulados dictó sentencia el Juez de Circuito de Málaga cuya parte resolutiva dice así: 'no es el caso de hacer las declaraciones pedidas, tanto en la demanda principal como en la de reconvención, y absuelve a los demandados en los cargos en ellas formulados".

De la sentencia apelaron Otero y Cordero.

La sentencia del Tribunal

Luego de historiar brevemente el pleito, anota el sentenciador de segunda instancia que el Juzgado, previo estudio de la excepción de cosa juzgada propuesto por Cordero y Melgarejo, excepción invocada en virtud de pleitos anteriores sobre la misma escritura Nº 177 por la cual vendió Javier Quintero sus bienes a Pedro C. Cordero, concluyó que no está probada, "porque no hay identidad de causa o acción"; pero que al examinar en el fondo la acción de nulidad "idéntica para ambos juicios" según dice el Juez, encontró éste no probados los hechos en que se funda, y por eso absolvió a los demandados.

El Tribunal principia la motivación de su fallo analizando la naturaleza de la acción intentada en el presente juicio y desecha la insinuación sugerida en la segunda instancia por el apoderado del demandante de que se trata de una acción de simulación, pues en sentir del Tribunal la deman-

a planteó de manera indudable la acción de nu-dad, no la de simulación; hace un recuento de s dos pleitos anteriores, y llega a la conclusión e que no hay en verdad cosa juzgada que impi-a estudiar o decidir de nuevo ahora la vieja con-roversia. Halló, pues, acertada el Tribunal la preciación del Juez acerca de este punto.

No así la relativa a las pruebas, de las cuales hace un prolongado análisis para concluír lo si-guiente: "...surgen varios indicios, antecedentes, concurrentes y subsiguientes, graves todos, que llevan al ánimo del juzgador la convicción de que en el contarto de compraventa que refiere la es-critura pública número 177 de primero de julio de mil novecientos treinta y dos, pasada ante el Notario segundo del circuito de Málaga, el ven-dedor Javier Quintero no tuvo la intención de vender sus bienes, de transferir el dominio de ellos, ni el comprador Pedro C. Cordero tuvo tampoco la intención de comprarlos para sí ni para otro, así como tampoco se acordó el precio con el vendedor, esto es, que no hubo precio".

Y agrega, "es de concluírse que aquella com-praventa no es real, y por tanto está afectada de nulidad absoluta y así debe declararse".

Examina luego separadamente cada uno de los seis indicios que halla comprobados y que, a su vez, demuestran los hechos en virtud de los cua-les considera fundada la acción de nulidad del primitivo contrato Quintero-Cordero; y de la nu-lidad de éste deduce que también es nulo el con-trato por el cual aparece Cordero vendiéndole a Pánfilo Delgado uno de los inmuebles obtenidos por Cordero de Javier Quintero. Por lo que hace a la venta hecha por Cordero a Melgarejo de otro de los bienes de la misma procedencia, dice el Tribunal:

"No es procedente declarar la nulidad del con-trato que refiere la escritura número 137 de trein-ta y uno de agosto de mil novecientos treinta y dos pasada ante el notario del circuito de Con-cepción, en que el nombrado Cordero vende a Torcuato Melgarejo el terreno situado en el punto de **Salado Grande,** porque no aparece que en tal contrato hubiesen faltado el consentimiento y el precio, como se alega en la demanda.

"Pero esa venta 'no es oponible' al demandante, pues, como el título de Melgarejo procede del de Cordero que se anula en este fallo, sobre el cual prevalece el de la parte actora que queda en pie por virtud de esa simulación, esta parte, justifi-cando ser dueño, vende a aquél, el cual ha de res-tituír la cosa por ese mismo hecho. Para esta de-cisión se ha adoptado la doctrina de la Corte sos-tenida en fallo de veinticuatro de febrero de mil novecientos treinta y nueve.

"A Melgarejo se le considera poseedor de bue-na fe, por lo que corresponde a la restitución de frutos, y como no puede hacerse aquí una decla-ración concreta de ellos, habrá de hacerse una condena en abstracto, para que se regulen como ya está indicado".

Con base en estos considerandos el Tribunal Superior de Bucaramanga, revocando la sentencia del Juzgado del Circuito de Málaga, resolvió, en síntesis, lo siguiente:

1º Declarar nula, de nulidad absoluta, la venta que aparece hecha por Javier Quintero a Pedro C. Cordero, de todos los bienes pertenecientes a aquél, contrato consignado en la escritura pública número 177 de 1º de julio de 1932, Notaría de Málaga;

2º Condenar a Pedro C. Cordero, a restituír a la sucesión de Javier Quintero, representada por Gonzalo D. Otero, los tres inmuebles denomina-dos **La Cortadera, El Plan** y **Coromoro,** los crédi-tos activos y las reses, bienes inventariados en aquella sucesión;

3º Condenar a Cordero al pago de los frutos naturales y civiles de dichos bienes, en cuantía que se determinará por el procedimiento que in-dica el artículo 553 del C. J.;

4º Declarar nulo, de nulidad absoluta, el con-trato por el cual Pedro C. Cordero vendió a Pán-filo Delgado el terreno denominado **El Lavadero** (escritura pública número 206 de 6 de agosto de 1932, Notaría 2ª de Málaga);

5º Condenar a Pánfilo Delgado a entregar al demandante dicho inmueble y sus frutos, apre-ciados con arreglo al artículo 553 del C. J.;

6º Condenar a Torcuato Melgarejo a restituír a la sucesión de Javier Quintero (representada por el demandante), el terreno **Salado Grande,** junto con sus frutos apreciados mediante el procedi-miento del artículo 553 del C. J.

En el punto 7º de la parte resolutiva niega el Tribunal la declaración de nulidad del contrato a que se refiere el anterior, o sea, la compraventa Cordero-Melgarejo; en el 8º ordena la cancela-ción de los registros correspondientes a las escri-turas donde se consignaron los contratos que se

declaran nulos. Y por último, declara el Tribunal no probada la excepción de cosa juzgada "propuesta como perentoria por Cordero y por el curador **ad litem** de Melgarejo, en la contestación de la demanda", y condena a Pedro C. Cordero a pagar las costas del juicio en ambas instancias.

EL RECURSO

Pedro C. Cordero presentó, por medio de apoderado, demanda de casación contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga. Los otros dos demandados no recurrieron. Adviértese de paso que Torcuato Melgarejo ha sido representado en el juicio por un curador **ad litem** que designó el Juez en vista de no haber obtenido su comparecencia; y que Pánfilo Delgado, lejos de recurrir en casación, manifestó al contestar el libelo aceptando el derecho invocado por el actor y confesando que "todos y cada uno de los hechos fundamentales de la demanda son rigurosamente ciertos".

La demanda de casación de Pedro C. Cordero, único recurrente, invoca las causales 1ª y 2ª, artículo 520 del C. J. y formula nueve cargos contra la sentencia, los cuales pueden desumirse así:

Sostiene el recurrente que la acción intentada en este pleito es, en el fondo, la de simulación del contrato Quintero-Cordero y que, no obstante, el Tribunal resolvió fallar sobre nulidad del mismo contrato; que Quintero y Cordero quisieron encubrir bajo forma de compraventa un mandato para que éste administrara los bienes pertenecientes a aquél, manera de simulación que nada de ilícito entraña, pues en realidad es un contrato de fiducia —mandato sin representación— en que el efecto jurídico querido no se halla en armonía con el fin económico propuesto; y que siendo en este caso relativa la simulación, no podía tratarse como nulidad. Con la circunstancia de que el apoderado del actor en segunda instancia dijo allí que la acción ejercitada era la de simulación.

Alega también que entre las mismas partes y sobre el mismo objeto hubo ya otro pleito: y que la acción intentada ahora es, en el fondo, la misma anterior, de suerte que hay cosa juzgada la cual no respetó el sentenciador de instancia contra lo preceptuado en los artículos 473 y 474 del C. J., desacato que lo llevó a quebrantar numerosas disposiciones del C. C. que cita, relativas a la prueba de las obligaciones y a la validez de los contratos, en especial al de compraventa.

EXAMEN DE LOS CARGOS

Causal primera.—Primer cargo

Sostiene el recurrente que la sentencia incurre en error "manifiesto" de hecho acerca de la interpretación de la demanda en cuanto a la acción intentada y en cuanto a los hechos relatados, porque en aquella providencia se reconoce que el apoderado del actor dijo en su alegato al Tribunal que de los hechos y de las probanzas que contienen la intención del actor se deduce que la acción intentada es la de simulación; y sin embargo de esta afirmación del actor, que es el genuino intérprete de su libelo, el Tribunal lo interpreta en sentido diferente y en vez de fallar sobre la simulación lo hace sobre la nulidad de los contratos.

La Corte considera:

Verdad es que el Tribunal hace en su sentencia la alusión que el recurrente apunta sobre lo dicho en la segunda instancia por el apoderado del actor. Pero no es menos cierto que la naturaleza de la acción intentada no se precisa por las frases de los alegatos de bien probado, sino por los términos en que se haya propuesto la demanda, pues en ésta y en su contestación queda fijada, como es bien sabido, la materia del debate entre las partes.

Las peticiones contenidas en el libelo de Gonzalo D. Otero contra Pedro C. Cordero, Torcuato Melgarejo y Pánfilo Delgado son sumamente claras en cuanto a la acción propuesta.

Véase lo que dicen la primera, la tercera y la quinta, que son las pertinentes a esta cuestión:

"Primera. Que es absolutamente nulo y sin ningún valor ni efecto jurídico por carecer de causa legal u objeto lícito, así como por falta de consentimiento para los fines buscados, el contrato celebrado entre Javier Quintero y Pedro C. Cordero por medio de la escritura pública número 177 de julio primero de 1932 ante el Notario segundo principal de este Circuito de Málaga, en el sitio de 'Los Robles', del Municipio de Enciso".

"Tercera. Que es igualmente nulo absolutamente y sin valor ni efecto jurídico, también por carencia de causa legal u objeto lícito como por falta de consentimiento entre las partes, el contrato de venta celebrado entre Pedro C. Cordero y Pánfilo Delgado por medio de la escritura pública número 206 de seis de agosto de 1932 ante el

mismo Notario segundo principal de este Circuito".

"Quinta. Que es también nulo y sin valor ni efecto jurídico por carecer de causa legal u objeto lícito y además del necesario consentimiento, el contrato celebrado entre Pedro C. Cordero y Torcuato Melgarejo ante el Notario del Circuito de Concepción por medio del instrumento número 137 de fecha treinta y uno de agosto de mil novecientos treinta y dos (1932) respecto del terreno denominado 'El Salado Grande', ubicado en la fracción Sirguazá, del territorio municipal de Carcasí".

Esto en cuanto a la demanda principal de 9 de abril de 1942; porque en la de reconvención presentada por Otero contra Pedro C. Cordero en el juicio de reivindicación que éste le promovió, se emplea tres veces, como lo anota el Tribunal, la palabra "simulado", refiriéndose al contrato Quintero-Cordero.

Pero la demanda de reconvención también pide que se declare "Que es absolutamente nulo y sin valor ni efecto jurídico, por ser simulado y carecer de causa legal y objeto lícito, e inexistente", el contrato Quintero-Cordero. Habló, pues, de contrato simulado pero en el sentido de absolutamente nulo, tanto porque empleó también esta última expresión, como porque funda la aserción de nulidad en que el contrato es "inexistente", y en las circunstancias de "carecer de causa legal u objeto lícito".

De otro lado, las transcripciones que arriba se hicieron de las súplicas propuestas en la demanda principal del año 1942 no dejan lugar a duda sobre la índole de la acción de nulidad intentada. Y si a interpretaciones del libelo por parte del actor ha de acudirse, más clara no puede ser la que él mismo hace, en esta demanda, de la que había propuesto en reconvención contra Cordero el año 1940.

Si bien la Corte ha dicho que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, ello no puede significar que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación.

Dice el Tribunal:

"Pero en este caso particular, se suplica de manera tan clara y repetida la nulidad absoluta del contrato o los contratos mencionados, se ve tan suficientemente claro el pensamiento del actor, que no hay para qué darle a la demanda la interpretación de que se ha querido promover la acción de simulación.

"Y tanto esto es así, que en parte alguna del libelo se encuentra la súplica sobre prevalencia de alguna contraestipulación o de un pacto secreto; pues, únicamente refiere el actor que Quintero quiso o pensó otorgar un poder general para la administración de sus bienes, pero no que el mandato se celebrara a manera de pacto secreto y que deba prevalecer".

Por último: si hubiese duda sobre la naturaleza de la acción propuesta en el libelo o sobre los hechos en que se fundó el demandante, el posible error de interpretación de la demanda o de apreciación de pruebas, de ningún modo sería **evidente**, condición indispensable para formular el cargo en casación.

Se rechaza, pues, el cargo.

Segundo cargo. Dice el recurrente que a consecuencia del error de hecho puntualizado en el cargo 1º, "el Tribunal incurrió en sus consecuenciales errores de derecho"; y que al acoger la acción de nulidad aplicó indebidamente el artículo 1849 del C. C. y violó, por infracción directa, los artículos 1766, 1502, 1602, 1603, 1618 y 1741 **ibídem**; que "el error de derecho en que incurrió el Tribunal con motivo de la apreciación de la demanda consiste en que negó al consentimiento de las partes su poder de vinculación, pues Quintero y Cordero quisieron constituír un mandato, pero a fin de obviar inconvenientes acordaron efectuar el acto aparente de una compraventa; que se trata, por tanto, de una simulación y como ella no es absoluta sino meramente relativa, no podría tratarse por el aspecto de la nulidad, y sólo cabía la absolución de la parte demandada. Dice el recurrente: "Es imposible subsumir el caso relatado por Otero en los dos primeros incisos del artículo 1741 del Código Civil y en el 1524 **ibídem**". Y agrega que el pacto Quintero-Cordero era un mandato sin representación, que de suyo no es ilícito; y que el Tribunal, ante la omisión del actor de suplicar la prevalencia del pacto oculto, "calificó la acción ejercitada como de nulidad absoluta, violando así especialmente los artículos 1502 y 1741 del C. C.

Se contesta:

En primer lugar el cargo cae por su base puesto que ya se vio cómo la acción intentada no ha sido

la de simulación, concretamente, la de nulidad absoluta "por carecer de causa lícita" el contrato, "así como por falta de consentimiento para los fines buscados", según las textuales palabras del libelo. De manera que los razonamientos hechos sobre la tesis de que el actor se propone obtener una declaratoria de simulación, parten de un error evidente de hecho en que incurre el recurrente.

En segundo lugar, la tesis de que los dos contratantes quisieron constituír un mandato pero le dieron forma o apariencia de compraventa, podría haberle servido a Cordero para promover una acción de simulación relativa y, todavía más sencillamente, para devolver los bienes supuesto que él conviene en no haberlos comprado; y puesto que al morir Quintero debía terminar el mandato cuyo último acto de ejecución, sería la devolución de los bienes a los herederos de Quintero.

Por último: era potestativo del actor pedir la nulidad del contrato o la declaratoria de simulación del contrato. El demandado sugiere que él habría preferido la última para ser obligado más bien al resarcimiento de perjuicios según lo dice a propósito del cargo 5º, no a la devolución de los bienes. Pero el demandante optó por ejercitar la acción de nulidad, y el Tribunal sentenció de conformidad, de modo que por este aspecto (que más bien podría relacionarse con incongruencia entre el fallo y la demanda), no violó el sentenciador, ni por indebida aplicación, ni por infracción directa, la serie de artículos del C. C. que el recurrente cita aunque sin explicar en detalle por qué los estima violados.

Se rechaza, también, este cargo.

Tercer cargo. Asevera el recurrente que el Tribunal desconoció en su sentencia lo dispuesto por los artículos 473 y 474 del C. J. sobre fuerza de la cosa juzgada; que incurrió en error de derecho por no haberle dado mérito probatorio a la copia debidamente autenticada de la sentencia que recayó sobre otra demanda iniciada en el año de 1933 acerca de los mismos hechos que motivaron este pleito; y que por ese error violó los artículos 593, 601 y 632 del C. J., violación que lo llevó a quebrantar los artículos 1494, 1495, 1502, 1602, 1603, 1618, 1626, 1757, 1759, 1849, 1851 y 1857 del C. C.

Considera la Sala:

Acerca del problema de la cosa juzgada se extienden tanto el Juez como el Tribunal en largas consideraciones donde se contemplan los tres factores o elementos de ella, identidad de partes, de objeto y de acciones. Encuentra el Tribunal que existe identidad en cuanto a las partes y al objeto sobre el cual han versado los litigios; pero que no la hay en lo relativo a las acciones.

Es verdad que con fecha 7 de marzo de 1935 el Tribunal Superior de Bucaramanga profirió sentencia en otro juicio ordinario instaurado por el propio Javier Quintero contra Pedro C. Cordero y relativo al contrato de compraventa que entre ellos aparece efectuado según la escritura pública número 177 de la Notaría 2ª de Málaga, fechada el 1º de junio de 1932, contrato y escritura sobre los cuales versa también el pleito en el cual se dictó la sentencia acusada ahora.

Afirma en su demanda el recurrente que Quintero había suplicado:

"a) La resolución del contrato de compraventa, cuya nulidad ahora se demanda, resolución motivada en la falta de pago del precio; b) la restitución de los bienes materia del contrato de compraventa; c) el resarcimiento de los perjuicios ocasionados por el comprador; d) la rescisión por vicio del consentimiento consistente en el dolo, de la mencionada compraventa. Estas son las súplicas pertinentes de las varias que formuló el demandante Quintero. Los hechos, como lo reconoce el mismo Tribunal, según lo dije ya, son en el fondo idénticos a los afirmados en el libelo de este pleito".

La memorada sentencia obra en copia de folios 46 v. y 62, cuaderno C. de este proceso y por cierto la Corte la declaró ejecutoriada por falta de papel para repartir el recurso de casación interpuesto contra ella.

Las ocho primeras súplicas del libelo solicitaban la declaratoria de resolución del contrato por falta absoluta de pago del precio, la cancelación de los registros en Málaga y Concepción de la respectiva escritura, la orden a Cordero de devolver los bienes y restituír los frutos desde la fecha de la escritura, así como también la de indemnizar los perjuicios provenientes del no pago del precio. Subsidiariamente se suplicaba la rescisión del contrato por lesión enorme sufrida por el vendedor demandante.

Es verdad que en las súplicas 9ª y 10ª se hablaba de que Cordero había procedido con dolo valiéndose de medios y recursos falsos para inducir a Quintero a firmar la escritura de venta, cuando éste sólo quería otorgar un poder; y se pedía la

investigación del delito de estafa. Pero la sentencia puntualizó en forma muy clara el sentido y alcance de las acciones.

Anota el Tribunal que el Juzgado declaró resuelto por falta de pago el contrato Quintero-Cordero y que condenó a éste a devolver los bienes y a indemnizar los perjuicios causados por la falta de pago del precio.

La sentencia del Tribunal analiza luego las pruebas y acerca de ellas dice:

"Pero toda esa prueba no compagina con la acción intentada cual es la de resolución del contrato por falta de pago del precio. No se ha entablado, ni entablarse podría por el demandante la acción de nulidad del contrato porque de conformidad con lo dispuesto por el artículo 15 de la ley 95 de 1890, no puede pedir esa nulidad el contratante que ha celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba".

De manera que la sentencia dictada en el pleito anterior de la cual se quiere deducir ahora que hay cosa juzgada para la acción de que hoy se trata, fijó con toda claridad el sentido del libelo propuesto en aquel pleito, delimitó perfectamente la acción al punto de resolución del contrato por no pago, y desechó expresamente no sólo que la acción intentada entonces fuese la de nulidad, sino hasta la sola idea de que hubiese sido posible intentarla.

Al Tribunal que falló sobre dicho pletio era a quien correspondía interpretar la correspondiente demanda, y la interpretó en el sentido que se acaba de indicar. Significa todo ello que sobre nulidad del contrato no versó el juicio anterior ni falló la justicia en el memorado proceso y que, por consiguiente, mal puede afirmarse que sobre ese particular haya cosa juzgada que debiese impedir al juzgador pronunciarse en la sentencia hoy recurrida acerca de la nulidad del contrato.

No quiere la Corte que pase como inadvertido por ella el hecho de que para recuperar los bienes que fueron objeto del contrato Quintero-Cordero hubo, antes del pleito actual, y del fallado por el Tribunal de Bucaramanga el año de 1935 al cual se acaba de hacer referencia, otro juicio seguido por Gonzalo D. Otero contra Pedro C. Cordero que terminó por sentencia del mismo Tribunal de Bucaramanga fechada el 3 de diciembre de 1940, la cual vino en casación a la Corte y ésta se negó a invalidar (2 de septiembre de 1941). En el juicio de que ahora se habla demandó Gonzalo D. Otero, diciéndose cesionario de los herederos de Javier Quintero, la nulidad del contrato de compraventa Quintero-Cordero. La sentencia del Tribunal se negó a decretar las súplicas del libelo con que se inició aquel pleito, por falta de personería en Otero para demandar, tesis que acogió la Corte en casación, pues el actor para acreditar la cesión de derechos en su favor se limitó a traer a ese proceso la copia del auto por el cual se le reconocía como cesionario en el juicio de sucesión; y el Tribunal y la Corte estimaron que para demandar como cesionario no bastaba aquella providencia cuyos efectos deben limitarse al juicio mortuorio, y que para presentarse en otro juicio como dueño del derecho y seguir la acción de nulidad del contrato se requería el título escriturario de cesión.

Se ha hecho esta referencia, como arriba se dijo, a fin de que no se crea que para la Corte pudiera haber pasado inadvertido este antecedente.

Sobre esto dice el opositor en su réplica:

"Como el recurrente solamente relaciona la cosa juzgada con la sentencia de fecha 7 de marzo de 1935, que decidió sobre la acción resolutoria por falta de pago, considero que no tengo para qué referirme especialmente a las que se dictaron en el juicio por simulación, de fechas 3 de diciembre de 1940 y 20 de septiembre de 1941, porque en éstas se declaró probada una excepción y se dijo expresamente que no se entraba al estudio de fondo de la acción. Es claro que en esas condiciones no puede hablarse de cosa juzgada, como lo tiene decidido la Corte en numerosísimos fallos, entre otros los de 27 de mayo de 1920, 5 de julio de 1921, 24 de marzo de 1920 (G. J. de la C. Tomo 3º, números 920, 926 y 3399").

Y lo dice con razón, pues el recurrente no ha estribado en la sentencia de 1940 ninguno de sus argumentos sobre cosa juzgada por pensar acaso que aquel fallo no fue exhaustivo puesto que no versó acerca del fondo de la acción sino sobre personería; y que el hecho mismo de haberle negado ésta al entonces actor elimina uno de los factores constitutivos de la cosa juzgada: la identidad de las partes.

Por todo lo dicho se rechaza el tercer cargo propuesto contra la sentencia recurrida.

Cuarto cargo. Sostiene el recurrente que la aparente compraventa celebrada entre Javier Quintero y Pedro C. Cordero sirvió para ocultar un contrato de fiducia: un mandato sin representa-

ción; "los negocios de fiducia no son simulados, son serios; y si el fiduciario abusa estará obligado al resarcimiento". Dice que se impone "la desestimación de la demanda, porque las súplicas no corresponden a las afirmaciones de los hechos" tales como los enuncia el libelo.

Y de esas tesis concluye que el sentenciador violó numerosas disposiciones del C. C., las cuales cita aunque sin discriminar el concepto en que cada una de ellas ha sido quebrantada.

Respecto de este cargo son valederas algunas de las razones que se expusieron con relación a los cargos primero y segundo.

Allí se vio cómo la acción propuesta en el presente juicio no es de simulación sino de nulidad; por consiguiente resultan vanos los argumentos que se proponen contra la tesis de la simulación en favor de la prevalencia de un pacto oculto, porque ni el actor ha sostenido en este juicio que el contrato sea simulado, ni su acción tiende a la prevalencia del pacto oculto. Si la parte demandada estimaba que el contrato fue simulado y quería que se tuviese como mandato en vez de compraventa, ha debido iniciar el correspondiente juicio o, al menos, plantear esos puntos de vista en demanda de reconvención. Pero lejos de ello, en los pleitos sobre el asunto ha sostenido siempre la verdad y seriedad de la compraventa, tesis bien diferente de la que a última hora ha surgido para este recurso de casación.

De suerte que tampoco es aceptable este cargo.

Quinto cargo. Error "manifiesto" de hecho en la estimación de las pruebas enumeradas en los ordinales a, b, c, d, e, f; y 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la parte motiva de la sentencia, error consistente en que el Tribunal estableció una falsa conexión entre ciertos hechos como indicadores de simulación, conexión falsa porque el negocio no fue simulado sino de fiducia; en el cual, dice el recurrente, "el efecto jurídico querido, o sea el del mandato sin representación, no se halla en armonía con el fin económico propuesto, sino que excede del mismo; el negocio se denomina fiduciario, y como fue este negocio realmente querido por las partes, no es simulado".

Contesta la Corte:

En el cargo primero se acusó la sentencia porque falló sobre nulidad y no sobre la simulación que, según el recurrente, era en el fondo lo demandado; y a propósito de este quinto cargo razona el recurrente como si el sentenciador se hubiese pronunciado sobre simulación. Y puesto que el fallo no se pronuncia acerca de este punto, la acusación resulta improcedente.

Por otra parte, obran en el presente proceso pruebas de diversa índole.

El Tribunal analiza uno a uno los documentos y las declaraciones de testigos que se adujeron al juicio y dice luego que "de las pruebas relacionadas surgen varios indicios, antecedentes, concurrentes y subsiguientes, graves todos, que llevan al ánimo del juzgador la convicción de que en el contrato de compraventa que refiere la escritura pública número 177 de primero de julio de mil novecientos treinta y dos, pasada ante el Notario segundo del circuito de Málaga, el vendedor Javier Quintero no tuvo la intención de vender sus bienes, de transferir el dominio de ellos, ni el comprador Pedro C. Cordero tuvo la intención de comprar para sí ni para otro, así como tampoco se acordó precio con el vendedor, esto es, que no hubo precio".

Y línea más adelante hace mérito de los indicios que enuncia en párrafos distinguidos con las iniciales a), b), c), d), e), f), indicios en la apreciación de los cuales el recurrente estima que el sentenciador incurrió en "error manifiesto de hecho".

Carece de consistencia el cargo desde que el sentenciador fundó su convicción en la prueba de indicios, y la Corte ha dicho repetidas veces que no es posible enmendar en casación el juicio del Tribunal sobre el poder de convicción de los indicios. El opositor cita de modo muy pertinente dos sentencias de casación, así:

"Sobre el particular ha dicho la Corte:

"Por regla general, dice el artículo 665 del Código Judicial, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La apreciación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación". (Casación del 30 de octubre de 1935, pág. 327, GACETA JUDICIAL Nos. 1907 y 1908).

"Y en sentencia del 17 de diciembre de 1931, había expresado estos conceptos:

"De otro lado, en lo que concierne a la fuerza probatoria de los indicios y a la mayor o menor relación que tengan en los hechos que se trata de demostrar, el criterio del Tribunal es soberano, y la Corte no puede sustituír su juicio por el del sentenciador sino en los casos especialmente previstos en una jurisprudencia que sobra repetir aquí". (GACETA JUDICIAL Nº 1883, pág. 450)".

Además, la apreciación global de las pruebas no permitiría localizar en alguna de ellas en particular un posible error del sentenciador.

Sexto cargo.—Dice el recurrente que el Tribunal quebrantó los artículos 1502, 1740 y 1741 del C. C.; y 473 y 474 del C. J. al considerar que el contrato de compraventa Quintero-Cordero "no puede producir ninguna consecuencia legal ni vinculación jurídica alguna" por cuanto obedeció a los engaños y promesas de Cordero. Y agrega: "Esto equivale a declarar una nulidad relativa por vicio del consentimiento consistente (sic) en dolo". Y que con ello violó el sentenciador los artículos 1743, 1505 y 1516 del C. C.

"Aparte, dice la demanda de casación, de que el vicio del consentimiento por el concepto de dolo es materia de la sentencia que hizo tránsito a la cosa juzgada y que por lo tanto no puede ser de nuevo materia de una nueva decisión judicial".

La Corte observa:

El Tribunal sentenciador declaró absolutamente nulo el contrato Quintero-Cordero por cuanto le faltó un elemento esencial como es la causa o motivo: en la compraventa el precio real. Y porque, en general, faltó el consentimiento de Javier Quintero para el contrato de compraventa. Y como éstos son requisitos de los que las leyes prescriben para el valor del contrato, la falta de consentimiento en Javier Quintero para enajenar sus bienes y la carencia de un precio real hacen nulo de nulidad absoluta el contrato.

Que el vicio del consentimiento de Quintero proveniente del dolo de Cordero haya sido materia de la sentencia dictada en 1935, la cual se invoca para alegar que hay cosa juzgada, no es exacto, pues aquellos pleito y sentencia, como antes quedó explicado, versaron sobre resolución del contrato por no pago del precio, y sobre lesión enorme.

Como se ve, por este último aspecto el cargo replantea el propuesto como tercero; y, en general, el que ahora se tiene en cuenta no hace sino repetir, tratando de darles distinta forma, los demás que ya se han examinado.

Por tanto, se rechaza.

Séptimo cargo.—Como resultado de los anteriores cargos sostiene el recurrente que el Tribunal hizo indebida aplicación del artículo 1746 del C. C.

El enunciado hace ver que no se trata de un cargo nuevo sino de una simple deducción que presupone la prosperidad de los otros; y puesto que ellos han sido desechados, la conclusión no puede correr mejor suerte que las premisas.

La disposición que se cita como violada, artículo 1746 del C. C. apenas regula los efectos de la declaración judicial de nulidad absoluta; y como en el presente caso no ha encontrado la Corte ilegal ni injurídico el fallo del Tribunal que declaró nulo de nulidad absoluta el contrato Quintero-Cordero, tampoco es violatoria de la ley la sentencia en cuanto dispone acerca de los efectos de la nulidad.

De manera que el cargo es infundado.

Cargo noveno.—Se examina antes que el 8º porque este último se refiere a la causal segunda de casación.

El recurrente acusa la sentencia por error de hecho por haber omitido apreciar las pruebas consistentes en sentencias anteriores, con fundamento en la misma cuestión de hecho planteada en el pleito actual; y dice que si en aquellas sentencias se absolvió de costas al demandado, "no se ve por qué haya lugar en este pleito a calificar como temeraria la conducta de Cordero".

Se contesta:

La condenación en costas no da, de suyo, materia para el recurso de casación, no puede considerarse como punto principal ni implica violación directa o indirecta de ley sustantiva. La Corte puede variar lo resuelto sobre costas pero en función de Tribunal de instancia lo cual supone previa invalidación del fallo por otras razones, y la apreciación relativa a la temeridad no es susceptible de normas previas, por lo cual queda al buen criterio de los juzgadores de instancia.

Tampoco prospera este cargo.

Causal segunda.—Examen del **cargo octavo** y único relativo a ella.

Aparece formulado así: "La sentencia decretó la nulidad del acto jurídico celebrado entre Quintero y Cordero, no obstante que el apoderado del

demandante dijo que la acción ejercitada había sido la de simulación". Y agrega que decretó válido el contrato de compraventa celebrado entre Cordero y Melgarejo, y sin embargo condenó a éste a restituírle a Otero el inmueble de **El Salado Grande,** objeto de tal compraventa, "como si Otero hubiera suplicado de acuerdo con una acción reivindicatoria, la cual no ejercitó".

Sobre la primera parte de esta acusación contra la sentencia basta recordar que el punto se estudió ampliamente al considerar el cargo primero. Allí se vió, con transcripción de las súplicas de la demanda, cómo ninguna de ellas persigue una declaratoria de simulación sino de nulidad del contrato; y cómo la naturaleza de la acción intentada no puede estar a merced de las variables manifestaciones que en sus alegatos finales deslicen las partes, sino que ella queda fijada por los términos en que se haya propuesto el libelo, términos que en el caso de que se trata no permiten conjeturas, pues son categóricos en cuanto a la acción de nulidad del contrato. Por este aspecto no hay, pues, incongruencia entre el fallo y la demanda.

Ahora, en lo tocante a la restitución ordenada a cargo de Torcuato Melgarejo sin haberse propuesto contra él acción reivindicatoria, cabe observar:

Según se anotó al historiar la controversia, Torcuato Melgarejo aparece comprándole a Pedro C. Cordero, por escritura pública Nº 137 otorgada el 31 de agosto de 1932 ante el Notario del Circuito de Concepción, el terreno llamado **Salado Grande,** que figura entre los bienes que adquirió Cordero de Javier Quintero. Este Melgarejo no ha estado presente en el juicio y el Juez le nombró un curador de ausentes; y ni él ni su curador interpusieron casación.

Ahora: la acción reivindicatoria como consecuencia de la nulidad del contrato Quintero-Cordero fue dirigida por el demandante sólo contra Pedro C. Cordero, como poseedor de la totalidad de los bienes; pero advirtió en el libelo que dos de los inmuebles estaban en poder de terceros, a saber: **El Lavadero,** en manos de Pánfilo Delgado; y **El Salado Grande,** en las de Torcuato Melgarejo.

Habiendo resuelto el sentenciador de instancia que es absolutamente nulo el contrato según el cual aparece Javier Quintero enajenando todos sus bienes en favor de Pedro C. Cordero; y habiéndose suplicado en el libelo que como consecuencia de la nulidad se decretase la restitución de aquellos bienes a la sucesión de Javier Quintero, no podía Torcuato Melgarejo oponer su escritura de compra al verdadero dueño que es la prenombrada sucesión. Por consiguiente, al resolverlo así el Tribunal no incurrió en violación de ley sustantiva.

Se consignan estas observaciones para no dejar sin respuesta el cargo. Pero a la verdad no es indispensable tratar a fondo el punto puesto que Melgarejo no recurrió en casación ni por sí ni por medio del curador de ausentes que lo representó en el juicio; y en tales circunstancias, como lo observa el opositor, la sentencia del Tribunal quedó ejecutoriada respecto de él, que es quien podría considerarse como perjudicado por la orden de restitución de la parte actora de la finca **El Salado Grande.**

Por tanto, se rechaza el cargo.

Como no resulta fundado ninguno de los motivos de casación propuestos, no prospera el recurso.

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 de segunda instancia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Bucaramanga con fecha veinticuatro de agosto de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Costas a cargo de la parte recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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.

PERJUICIOS

La Corte en repetidos casos ha sostenido que el precepto contenido en el artículo 2356 del Código Civil no tiene por objeto repetir la regla del artículo 2341 de la misma obra, sino que separándose del sistema expuesto en este último, establece una presunción de culpa cuando el daño deriva de hecho que por su naturaleza o las circunstancias en que ocurre permiten atribuírlo a malicia o negligencia de otra persona. La colocación del mencionado artículo en seguida de una enumeración de casos en que se presupone responsabilidad y la expresión en él empleada de que "por regla general" todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, está indicando que tal expresión se toma por éstas u otras semejantes: "en igualdad de circunstancias", "en los demás casos análogos", se presupone culpa. La expresión allí también empleada de que "todo daño que pueda imputarse" está diciendo que puede reemplazarse por "que sea susceptible", con lo cual quedaría la redacción del artículo: "Todo daño que sea susceptible de imputarse a dolo o culpa de otra persona debe ser reparado por ésta". No es que el legislador de una manera terminante declare que hechos de tal naturaleza constituyan dolo o culpa, sino que establece una presunción que, por no ser de derecho, admite prueba en contrario, arrojando la carga de ella sobre quienes ejercitan actividades de tal índole.

A la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente.

El artículo 2341 del Código Civil autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa o el dolo del autor del daño; el 2356 la releva de esta obligación arrojando la prueba de la irresponsabilidad sobre la persona que ejercita actividades reputadas peligrosas. La culpabilidad se presume en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite atribuír a culpa o dolo de otro, o de aquellos hechos que, por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realizaron, sean susceptibles de imputarse a culpa de terceros. Fuera de estos cargos la presunción no tendrá aplicación. Sin embargo, la presunción comentada, lo estatuído en el artículo 2356 del Código Civil, no es aplicable a los casos en que la propia víctima sea el agente de la actividad peligrosa, como empleado o dependiente de la empresa. La doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356, "opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquél la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad".

El empleado o dependiente que por cuenta de otro individuo o empresa, que tiene el carácter de dueño, desarrolla actividades en una fábrica o maneja máquinas como calderas, automóviles, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar accidentes en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si la manejara; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo que se destruya o de-

teriore. Si sobre el dueño gravita la obligación de manejar su empresa con suma diligencia y cuidado, el empleado tiene exactamente igual compromiso, tanto en relación con terceros como con respecto al propio dueño.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Tercero Civil del Circuito de Medellín, presentó el señor Carlos Escobar Vélez demanda contra la Cervecería Unión S. A., para que se declarara a ésta civilmente responsable, por culpa de sus empleados u obreros, de las lesiones que sufrió en mayo de 1939 y de los perjuicios de orden moral y material que se le causaron por el mismo hecho. Con base en lo anterior exigió el pago de la suma de tres mil pesos o lo que se estimara por peritos.

Como hechos fundamentales refiere que como a las seis y media o siete de la mañana de uno de los primeros días del citado mes, se ocupaba en su calidad de obrero de la mencionada empresa y en compañía de otro empleado de la misma, llamado Medardo Vélez, en la tarea de vaciar gasolina en un tanque de la fábrica como a una vara de distancia de un soplete calentador de agua que se hallaba encendido, cuando de improviso se desarrolló un incendio que ocasionó la muerte de su compañero y le causó a él graves lesiones, con disminución de su capacidad de trabajo.

El primero de septiembre de mil novecientos cuarenta y dos se notificó la demanda, la cual fue contestada oponiéndose a las pretensiones del actor, alegando la sociedad demandada que el obrero no se encontraba en el lugar de su trabajo y que la acción estaba prescrita, porque la culpa, si existió, se debía a un tercero como lo era el otro empleado, encargado del manejo del gasómetro y que ya habían transcurrido más de tres años desde la fecha de los acontecimientos que motivaron el juicio.

El Juzgado en sentencia de primer grado de fecha 3 de agosto de 1943, declaró la prescripción alegada, fundado en que según la Corte Suprema, el tiempo para prescribir varía según se trate de hechos propios o de hechos ajenos y que en éste último caso, que es el de autos, la prescripción es de tres años (artículo 2358 C. C.).

La sentencia recurrida

Apelada esta providencia subieron los autos al Tribunal Superior de Medellín, donde previa la tramitación del caso se dictó fallo con fecha 11 de julio de 1945, en que se revocó el del juzgado y se condenó a la sociedad anónima demandada a pagar a Carlos Escobar Vélez, el valor de los perjuicios que éste sufrió a consecuencia del accidente ocurrido en la fábrica de cerveza de propiedad de dicha sociedad. La fijación de los perjuicios se dispuso hacerla conforme al procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J., y se ordenó además deducir la suma que hubiere recibido el demandante por concepto de la indemnización por accidente de trabajo, con ocasión del mismo suceso.

El Tribunal se fundó para dictar su providencia condenatoria en la presunción de culpa a cargo de las empresas que desarrollan actividades peligrosas. Consideró que tal presunción invertía la carga de la prueba.

Al respecto dice: "En el caso que aquí se estudia, Escobar Vélez participaba en la realización de un trabajo propio de la empresa, y ésta no ha demostrado, pero ni siquiera alegado que en la realización de la actividad que causó el accidente haya procedido la víctima con imprudencia, descuido, impericia o negligencia. La existencia de un encendedor muy próximo al lugar en donde estaba el gasómetro y en donde por razón de la situación de éste tenían los trabajadores que variar el combustible, no es hecho que pueda alegarse en contra del demandante, aun en el caso de que hubiera probado que en ese momento el soplete estaba encendido. No fue Escobar Vélez quien ordenó la colocación de estos dispositivos en la forma en que estaban cuando ocurrió el hecho. En cambio, sí tocaba a la empresa cuidar de que no existiera cerca al lugar en donde debía vaciarse la nafta nada que pudiera dar ocasión a un incendio.

"La entidad demandada no ha desvirtuado la presunción de culpa que existe en contra suya, por lo cual debe prosperar la acción de Escobar Vélez, advirtiendo, eso sí, que de la suma que se fije en procedimiento aparte, por concepto de indemnización de perjuicios, debe deducirse lo que

como reparación por el accidente de trabajo ha recibido Escobar Vélez de la sociedad demandada, porque de no ser así habría dos reparaciones por un mismo hecho."

En este fallo salvó su voto uno de los magistrados, quien consideró que el demandante debía demostrar la culpa de la Compañía, lo cual no hizo, y que, en consecuencia, se debía absolver a los demandados.

Causales de casación alegadas

Contra la sentencia definitiva de segunda instancia interpuso el apoderado del actor recurso de casación, que debidamente admitido y tramitado, se procede a decidir.

El recurrente ataca la sentencia por violación de diversas disposiciones civiles y entre los cargos propuestos la Sala escoge el que ha de prosperar, siguiendo lo dispuesto en el artículo 538 del C. J.

Afirma el recurrente que el fallo del Tribunal viola los artículos 2341 del C. C. por falta de aplicación, el 2356 de la misma obra por aplicación indebida al caso del pleito, así como también el artículo 12 de la ley 6ª de 1945. Invoca la causal primera del artículo 520 del C. J.

Al respecto dice el apoderado de los recurrentes lo siguiente:

"La sentencia es violatoria del artículo 2356 del C. C. por infracción directa, porque la citada disposición establece el principio de que "todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona", debe ser reparado por ésta, y aun cuando es cierto que en actividades caracterizadas por su peligrosidad la malicia o negligencia, o mejor, la culpa, se presume, también es cierto que la misma disposición exige que el daño reparable haya sido causado por malicia o negligencia de otra persona, y en el caso de autos el daño por el cual se pretende indemnización civil se produjo al realizar el propio demandante, en asocio de otro obrero de la sociedad demandada, la actividad caracterizada por su peligrosidad, o sea, "vaciar una cantidad de nafta en un gasómetro", según se lee en la sentencia objeto del recurso, y es evidente que si hubo malicia o negligencia en la realización de esa actividad peligrosa, y a esa malicia o negligencia se debió el accidente que ocasionó el daño, la malicia o negligencia no fue de otra persona, como lo exige perentoriamente el citado artículo 2356 del C. C., sino del mismo demandante y de su compañero de labor".

Considera igualmente violado el artículo 12 de la ley 6ª de 1945, por cuanto esta disposición habla de que en caso de "accidente de trabajo por culpa del patrón", el valor de la indemnización por el accidente se descontará del monto de la condenación ordinaria por perjuicios. Tal precepto está indicando, dice, la necesidad en tales casos de demostrar la culpa del patrón.

Se considera:

La Corte en repetidos fallos ha sostenido que el precepto contenido en el artículo 2356 del C. C. no tiene por objeto repetir la regla del artículo 2341 de la misma obra, sino que separándose del sistema en éste último consignado, establece una presunción de culpa cuando el daño deriva de hecho que por su naturaleza o las circunstancias en que ocurre permiten atribuírlo a malicia o negligencia de otra persona.

La colocación del artículo en cuestión en seguida de una enumeración de casos en que se presupone responsabilidad y la expresión en él empleada de que "por regla general" todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, está indicando que tal expresión se toma por éstas u otras semejantes: "en igualdad de circunstancias", "en los demás casos análogos", se presupone culpa.

La expresión allí también empleada de que "todo daño que pueda imputarse", está diciendo que puede reemplazarse por "que sea susceptible", con lo cual la relación del artículo quedaría: "Todo daño que sea susceptible de imputarse a dolo o culpa de otra persona debe ser reparado por ésta".

No es que el legislador de una manera terminante declare que hechos de tal naturaleza constituyan dolo o culpa, sino que establece una presunción, que por no ser de derecho admite prueba en contrario, arrojando la carga de ella sobre quienes ejercitan actividades de tal índole.

A la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente.

El artículo 2341 del C. C. autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa o el dolo del autor del daño; el artículo 2356 la releva de esta obligación, arrojando la prueba de la irresponsabilidad sobre la persona que ejercita actividades reputadas peligrosas.

La culpabilidad se presume en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite atribuír a culpa o dolo de otro, o de aquellos hechos que, por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realizaron, sean susceptibles de imputarse a culpa de terceros. Fuera de estos casos la presunción no tendrá aplicación.

Sin embargo, la presunción comentada, lo estatuído en el artículo 2356 del C. C. no es aplicable a los casos en que la propia víctima sea el agente de la actividad peligrosa, como empleado o dependiente de la empresa.

La doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356 del C. C., "opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquél la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad". (G. J. Tomo 58, pág. 741).

El empleado o dependiente que por cuenta de otro individuo u empresa, que tiene el carácter de dueño, desarrolla actividades en una fábrica, o maneja máquinas como calderas, automóviles, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar accidentes en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si la manejara; y aun tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo mientras la tenga en su poder, que se destruya o deteriore.

Si sobre el dueño gravita la obligación de manejar su empresa con suma diligencia y cuidado, el empleado tiene exactamente igual compromiso, tanto en relación con terceros como con respecto al propio dueño.

"Es que, en síntesis —como lo dice el recurrente— cuando la actividad peligrosa la realiza dependiente, es éste y no el patrón quien asu el control de la peligrosidad, y en consecuenc no puede invocar a su favor y en contra de patrón, negligencia o descuido en la activid misma —que a ello equivale la presunción culpa—, porque estaría alegando en su benefic su propia negligencia o descuido. Y en esto diferencia fundamentalmente nuestra legislació civil que tiene como base en el particular la n ción de culpa (negligencia o imprudencia), d otras que están construídas sobre el concepto de riesgo objetivo".

Si, pues, en este pleito la parte actora no cuenta con la presunción de culpa de la parte demandada, establecida por el artículo 2356, el Tribunal al tratar y decidir el presente litigio, apoyado en esta disposición y en la creencia de que a la luz de ella debía éste decidirse, aplicó incorrectamente el artículo citado y dejó de aplicar el artículo 2341 del C. C.

Por haber prosperado uno de los cargos propuestos contra la sentencia ésta habrá de invalidarse.

Resta estudiar en seguida, de acuerdo con las argumentaciones anteriores, si está de autos establecida la responsabilidad de la compañía para dictar la sentencia de instancia que corresponde a la Corte a virtud de la casación del fallo.

Consta de autos simplemente, que de seis a siete de la mañana de uno de los primeros días del mes de mayo de 1939, Carlos Escobar Vélez, empleado de la empresa Cervecería Unión, se ocupaba de vaciar gasolina en un gasómetro de la fábrica, en asocio de otro compañero y que la sustancia inflamable que trasegaba se incendió produciendo la muerte de Medardo Vélez y lesiones al demandante.

Se sostiene por el actor que existía un soplete encendido a corta distancia y que seguramente esto produjo el accidente. El hecho de estar encendido el soplete no se demostró, y aun cuando se hubiera probado, era de elemental prudencia apagarlo antes de proceder a vaciar la gasolina en el lugar acostumbrado. Correspondía a quienes reemplazaban al propietario en aquellos menesteres, obrar con la debida prudencia y cuidado, y era necesario la demostración de que obedecieron a órdenes del patrón al manejar la gasolina con el soplete encendido, lo cual tampoco aparece acreditado.

Pero hay algo más: el actor no adujo prueba directa acerca de la labor que él y Vélez realizaban en el momento de ocurrir el accidente, al extremo de que en el fallo recurrido el Tribunal sentenciador reconoce que se ignora la manera como ocurrió el incendio. La única prueba es la manifestación del demandante de que se ocupaba con Medardo Vélez en la vaciada de la nafta.

No existe, pues, prueba de la obligación que se demanda, y por consiguiente, no hay lugar a hacer declaración alguna sobre excepciones.

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 Medellín con fecha 11 de julio de 1945, y revocando la del juzgado de primera instancia, absuelve a la compañía demandada de los cargos que le fueron formulados en la demanda.

No hay condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

ACCION REIVINDICATORIA

Al confrontar dos series opuestas de títulos no es menester remontarse al originario, buscar la PROBATIO DIABOLICA, sino comparar la calidad de los títulos tomando como punto de partida el más antiguo que pueda estimarse como firme.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Pablo A. Franco F. demandó, por medio de apoderado, en nombre de la sucesión de Elvia Vicenta Franco González, a Anatolio Morales y Otoniel González, en juicio reivindicatorio, para que se les condene a restituír a dicha sucesión cuatro lotes de terreno, de los cuales posee dos lotes cada uno de los demandados; y para que se declare que a la señorita Elvia Vicenta Franco González, representada por sus herederos, pertenece la propiedad de la finca denominada "El Rosal", globo del cual hacen parte los lotes que se pretende reivindicar. Tal inmueble está situado en el municipio de Almeida, antes La Trinidad, circuito de Guateque. En el libelo se indica la demarcación, así del globo total como la de cada uno de los cuatro lotes que se hallan en poder de los demandados.

Estos se opusieron a las súplicas de la parte actora, diciendo tener mejor derecho que ella al dominio de sus respectivos lotes de terreno, ya por su titulación, ya por la posesión en virtud de la cual alegaron, al contestar el libelo, la excepción de prescripción.

La primera instancia finalizó con sentencia absolutoria del Juzgado del circuito de Guateque, basada en la ausencia de uno de los elementos o factores esenciales para la acción reivindicatoria, cual es la identificación de la cosa cuyo dominio se pretende. El Juez no adelantó concepto ni estudio alguno sobre los títulos de propiedad presentados por las partes.

Durante el término probatorio de la segunda instancia se practicó una inspección ocular con peritos en la finca de "El Rosal" y se identificaron como existentes dentro de ella los dos lotes poseídos por Anatolio Morales y uno de los poseídos por Otoniel González; respecto del otro lote que se dice estar en poder de éste manifestaron los peritos que "no pudo localizarse en parte alguna".

La sentencia recurrida

El Tribunal Superior de Tunja revocó la sentencia del Juez y en su lugar declaró que la sucesión de la señorita Elvia Franco González es dueña del inmueble denominado "El Rosal", por los límites enunciados en el libelo; y que tal sucesión tiene el derecho de dominio o propiedad sobre tres de los lotes de terreno que se hallan dentro de dicho globo: dos poseídos por Anatolio Morales y uno poseído por Otoniel González; que los demandados deben restituír a la parte actora los respectivos lotes, y que no es el caso de hacer las demás declaraciones pedidas en la demanda.

Para llegar a tales conclusiones el Tribunal partió de estas bases: la identidad de los terrenos demandados quedó establecida con la inspección ocular y el dictamen de los peritos, quienes hallaron que el inmueble "El Rosal", reconocido por su situación y linderos es el mismo inmueble al cual corresponden los títulos de propiedad de la parte actora; que los lotes de terreno que se trata de reivindicar quedan comprendidos dentro de los linderos generales de aquella finca; que los demandados son poseedores de tres de los cuatro lotes cuyo dominio es materia de la litis; que los títulos exhibidos por ellos traen linderos que no coinciden con los de los lotes, y así, no es posible afirmar que lo poseído sea lo mismo a que se refieren los correspondientes títulos; que éstos no son de cuerpo cierto sino de derechos y acciones en una sucesión, y que en esas condiciones el tiempo que llevan de poseer no es suficiente para fundar la defensa de prescripción adquisitiva del dominio que han invocado; pero que han sido poseedores de buena fe.

El recurso

Los demandados recurrieron a la Corte; Oto-

el González presentó demanda de casación, pero natolio Morales no. Agotados los trámites del curso, la Corte entra a decidir acerca de él.

Dice la demanda de casación que acusa la sencia "por ser violatoria de leyes sustantivas en dos los conceptos de infracción directa, aplicaión indebida y errónea interpretación, como mbién por errores de hecho y de derecho en la preciación de las pruebas del proceso".

Para mejor apreciar los cargos formulados en casación contra la sentencia del Tribunal "por errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, y por violación de leyes sustantivas y disposiciones de interés público", es conveniente enunciar la cadena de títulos traída al proceso por cada una de las partes, puesto que ese ha sido el punto principal del debate en casación.

Títulos de la parte actora

A la causante Elvia Franco González para cuya sucesión se demanda, le fue adjudicado el inmueble "El Rosal" en escritura de partición de bienes comunes otorgada en Bogotá el 23 de octubre de 1912. Entre los otorgantes de dicha escritura aparece Pablo Antonio Franco, y en ese instrumento se expresa que aun cuando los bienes objeto de la división figuran como de propiedad exclusiva de algunos comuneros, tales bienes pertenecen pro indiviso a todos.

Pablo Antonio Franco había comprado la finca a la sociedad **Forero Franco y Cía.**, por escritura número 959, otorgada en la Notaría de Guateque el 7 de noviembre de 1904; la sociedad **Forero Franco y Cía.** la había comprado a Ignacio Franco Pinzón por escritura número 609 otorgada en la Notaría 2ª de Bogotá el 4 de junio anterior; e Ignacio Franco Pinzón adquirió por adjudicación que de **El Rosal** se le hizo en la partición de la mortuoria de Raimundo Alfonso protocolizada por escritura número 224, de 25 de abril de 1901, Notaría de Guateque.

Títulos de propiedad de los demandados

A) Anatolio Morales adquirió uno de los lotes que posee por compra hecha a Joaquín Daza (escritura número 161 de 1926 otorgada en la Notaría de Somondoco); no figuran títulos anteriores a éste, y ni siquiera expresó el vendedor en la escritura de quién había adquirido él.

El otro lote lo compró Anatolio Morales a su actual codemandado Otoniel González por escritura número 80 de 10 de febrero de 1937; y éste tenía los títulos que en seguida se verán.

B) Otoniel González compró a Preselia Martínez por escritura número 154 de 22 de mayo de 1930 lo que hubiera de corresponderle como gananciales en la sociedad conyugal disuelta por muerte de su esposo Aleginio Vaca; y a Teotista Vaca de Perilla, por escritura número 53 de 7 de mayo de 1939, los derechos correspondientes a ella en la sucesión de su padre Aleginio Vaca. En una y otra escritura se dice que los derechos objeto del contrato son los comprendidos en un terreno ubicado en la vereda de **El Rosal**, jurisdicción del municipio de Almeida, y que el causante los había adquirido por compra a Bernabé Bonilla según escritura número 119 otorgada en Garagoa el 19 de marzo de 1908, escritura ésta que también se trajo a los autos y en la cual se dice que Bonilla vende a Vaca un terreno ubicado en la vereda de **El Rosal**; Bernabé Bonilla lo había adquirido por compra a Pedro Bonilla y Juan José Morales de derechos y acciones en una sucesión hereditaria, año de 1899.

Síntesis: la parte actora hace derivar su derecho de la adjudicación a Ignacio Franco Pinzón en la mortuoria de Raimundo Alfonso el año de 1901; venta de Ignacio Franco Pinzón a la sociedad **Forero Franco y Cía.**, año de 1904; venta de esta sociedad a Pablo Antonio Franco en el mismo año de 1904; y adjudicación a Elvia Franco González en un acto de división de bienes comunes en el cual intervino Pablo Antonio Franco, año de 1912. Todas estas escrituras se refieren al inmueble **El Rosal** como cuerpo cierto.

Y la parte demandada opone a esos títulos los siguientes: compra de Anatolio Morales a Joaquín Daza el año de 1926; compra de Anatolio Morales a Otoniel González, año de 1937; compra de Otoniel González a Preselia Martínez y a Teotista Vaca de Perilla en 1930 y 1939 de derechos en la sucesión de Aleginio Vaca, quien había adquirido de Bernabé Bonilla en 1908, el cual a su vez había comprado en el año de 1899 derechos en una sucesión.

Cuatro cargos se formulan contra la sentencia del Tribunal, todos con base en la causal 1ª de casación: el último de los cargos se propone por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial producida en el juicio con motivo de la inspección ocular practicada para identificar el

terreno cuya reivindicación se persigue. Los otros tres cargos tienden a sostener que hubo violación indirecta de la ley sustantiva por errónea apreciación de los títulos de propiedad que adujo la parte demandante.

Los cargos son, en su orden:

1º Quebranto de los artículos 669, 752, 756 y 759 del C. C., proveniente de que el sentenciador aceptó como bueno el título más antiguo del actor, le reconoció mérito probatorio a la hijuela formada a favor del doctor Ignacio Franco Pinzón en la mortuoria de Raimundo Alfonso, que no se registró en el libro de causas mortuorias sino en los libros números 1º y 2º, y sin embargo la sentencia tuvo como bueno ese título, error que implica también violación del artículo 2673 del C. C.

2º Error de derecho al estimar como demostrativas de la tradición dos escrituras públicas otorgadas el año de 1904, en las cuales aparece comprando el inmueble la sociedad **Forero Franco y Co.**, y luego vendiéndolo a Pablo Antonio Franco, error de derecho porque la existencia legal de dicha sociedad no se estableció en el juicio.

3º Errónea interpretación de la escritura pública otorgada el año de 1912, último título de la serie presentada por la parte actora, instrumento en el cual aparece adjudicada, en un acto de división de bienes comunes, la finca de **El Rosal** a la señorita Elvia Franco González, en nombre de cuya sucesión se ha seguido el presente juicio; y

4º Error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, pues la providencia que ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen de los expertos que conceptuaron sobre la identidad de la finca, apenas se notificó pero sin anotar que los autos quedaban a disposición de aquéllas, siendo así que debía surtirse traslado, omisión con la cual se violaron los artículos 199, 719 y 720 del C. J.

Examen de los cargos

1º El título originario, o sea la adjudicación de **El Rosal** a Ignacio Franco Pinzón en la mortuoria de Raimundo Alfonso, el año de 1901, fue registrado en los libros números 1º y 2º, pero no en el de causas mortuorias; quiere esto decir que la comunidad herencial de Raimundo Alfonso subsiste aún, y que al enajenar Ignacio Franco Pinzón en favor de otra persona lo que le fue adjudicado, no pudo transmitir sino los derechos transmisibles que él tuviera sobre la cosa enajenada; y al no ceñirse a esta idea violó el Tribunal los artículos 669, 752, 756 y 759 del C. C.

Se contesta:

Aun cuando la parte actora, al acompañar al libelo sus títulos, trajo la partición hecha en la mortuoria de Raimundo Alfonso, protocolizada por escritura del año 1901, no es necesario atenerse a esa escritura, pues no se trata de calificar aquellos títulos aisladamente considerados, sino de confrontarlos con los de la parte demandada para concluír si aquéllos o éstos revelan mejor derecho sobre la cosa disputada.

Ahora: de acuerdo con la relación de los títulos consignada arriba, es preciso tener en cuenta que en la escritura del año 1899, el más antiguo de los títulos presentados por la parte demandada, no se hizo la venta de un cuerpo cierto sino apenas la de derechos en una sucesión ilíquida.

Entre este título de derechos en sucesión ilíquida, y el título más antiguo de la parte actora, que consiste en partición y adjudicación de **El Rosal** como cuerpo cierto en una mortuoria, no registrada en el libro de causas mortuorias pero sí en los libros 1º y 2º, sería este último un título de mejor derecho.

Pero al confrontar dos series opuestas de títulos no es menester remontarse al originario, buscar la **probatio diabolica**; sino comparar la calidad de los títulos tomando como punto de partida el más antiguo que pueda estimarse como firme. En el caso de que se trata existe por una parte la venta de Bernabé Bonilla a Aleginio Vaca, el año de 1908; y por la otra parte, la venta de Ignacio Franco Pinzón a **Forero Franco y Co.**, el año de 1904, de donde hace provenir su derecho la parte actora la cual tiene, de consiguiente, un título más antiguo.

La comparación de los títulos del demandante a partir del año 1904 con los de la parte demandada que datan del año 1908 se hará en seguida, al estudiar los demás cargos. Por lo que hace al 1º basta lo dicho para concluír que debe rechazarse.

2º Sostiene el recurrente que el Tribunal incidió en error al aceptar como prueba de la tradición del dominio la escritura de 4 de junio de 1904, por la cual Ignacio Franco Pinzón vendió a la sociedad **Forero Franco y Cía., El Rosal**; y la

critura de 7 de noviembre del mismo año por cual esta sociedad (o Ignacio Franco C. a nom-e de ella), vendió a Pablo Antonio Franco la isma finca, pues no se ha comprobado la exis-ncia legal de dicha sociedad, no se trajo a los utos la escritura de constitución de ella, y ape-as se aludió a dicha escritura en las de compra venta de **El Rosal.** Considera el recurrente que l aceptar como pruebas tales escrituras, el sen-enciador incurrió en error de hecho que lo llevó violar los artículos 465 del C. de Co. y 1760 del C. C.

Se considera:

No es parte en este juicio la sociedad **Forero Franco y Co.** cuya existencia se pone en tela de juicio; ni se discute acerca de una obligación a cargo de ella o exigible por ella; la personería de dicha sociedad no es la materia de este pleito, ni el actor estaba obligado a comprobar especialmente su existencia, como tampoco la existencia de las demás personas que han intervenido en la transmisión del dominio de **El Rosal.**

Y de otro lado, suponiendo inexistente tal sociedad, o que la omisión en probar legalmente su existencia haga írrita la venta que hizo a Pablo Antonio Franco, igualmente lo sería la compra hecha por ella cinco meses antes a Ignacio Franco Pinzón. Entonces querría decir que la finca no salió del patrimonio de este señor; y como más tarde sus herederos efectuaron un acto de división y adjudicación de bienes comunes, en el cual entró dicha finca, el problema se desplazaría al estudio de la escritura en que tal arreglo se celebró, título éste al cual se refiere el cargo 3º contra la sentencia, que a continuación se examinará.

Se rechaza, pues, el cargo segundo.

3º Acusa el recurrente la sentencia de haber interpretado erróneamente la escritura número 2126 de 23 de octubre de 1912, en la cual se adjudicó a la señorita Elvia Franco González el inmueble denominado **El Rosal.** Dice el recurrente que en tal escritura actuó Pablo Antonio Franco como apoderado especial de Elena Franco de Franco y que como dicha señora no era dueña de **El Rosal,** esta finca no entró en la división de bienes efectuada por aquella escritura.

Observa la Corte:

Según se vio a propósito del 2º cargo, en caso de aceptar la tesis del recurrente, resultaría que Pablo Antonio Franco no llegó a adquirir la propiedad de **El Rosal** ya que a él se lo vendió la sociedad **Forero Franco y Cía.,** cuya existencia legal niega el recurrente; y desaparecería entonces la importancia que pudiera atribuírsele a este tercer cargo, pues si Pablo Antonio Franco no ha sido dueño de **El Rosal,** no se ve qué objeto pueda tener desvirtuar la actuación de él en nombre propio en la división de bienes comunes; y tampoco se ve la necesidad de hacer notar que la señora Elena Franco de Franco, poderdante del mismo, no era dueña de **El Rosal.**

Pero es lo cierto, que aun cuando en la precitada escritura 2126 se dijo que Pablo Antonio Franco obrabá como apoderado de la señora Elena Franco de Franco, también expresa dicho instrumento que por medio de él proceden los comparecientes a dividir la comunidad que entre ellos existe sobre los bienes relacionados en aquella escritura —uno de ellos **El Rosal**— y que aun cuando dichos bienes figuran como de propiedad exclusiva de algunos comuneros, en realidad pertenecen pro indiviso a todos, "por no haberse hecho los contratos o escrituras respectivos con el ánimo de transmitirles el dominio a esos comuneros, sino con el propósito de que luego fuesen repartidos entre todos los expresados comuneros".

No es difícil colegir, de las diferentes escrituras de venta y compra, que hubo varios negocios o convenios entre los miembros de la familia Franco, pero que en definitiva se deslindaron o determinaron derechos por medio de la escritura 2126 de 1912, en la cual se adjudicó **El Rosal** a la señorita Elvia Franco González; y que si se dijo en esa escritura que Pablo Antonio Franco obraba como apoderado de Elena Franco de Franco, es inverosímil que firmara sin darse cuenta de que entre los bienes adjudicados entraba **El Rosal,** que figuraba al menos como perteneciente a él. Es lo cierto que tal finca fue allí adjudicada a la señorita Elvia y que se dijo pertenecer en común a todos. Ahora: si no pertenecía en realidad a Pablo Antonio Franco por no haber llegado a salir del patrimonio de Ignacio Franco Pinzón, resulta todavía más clara la adjudicación que por común acuerdo de los herederos se hizo en favor de uno de ellos, la señorita Elvia Vicenta.

De todas maneras, hay un punto de capital importancia: Pablo Antonio Franco aparece en 1904 comprando **El Rosal** a la sociedad **Forero Franco y Co.**; e intervino en la escritura número 2126 de división de bienes comunes en la cual se adjudicó

El Rosal a la señorita Elvia Franco; y es él cabalmente quien ha actuado como demandante en este juicio, en su calidad de heredero de dicha señorita y para la sucesión de ella.

No hubo, pues, por parte del Tribunal, errónea interpretación de la escritura número 2126 de 1912, de la cual el mejor intérprete para este caso es Pablo Antonio Franco, quien no sólo entendió al intervenir en la escritura que la señorita Elvia Franco adquiría el terreno, sino qué se presenta en este pleito como demandante sosteniendo ser ese el sentido de la escritura 2126.

Como no resulta fundado ninguno de los tres cargos propuestos en relación con los títulos de propiedad de la parte actora, se concluye que el Tribunal sentenciador no incurrió en error de apreciación de aquellos títulos ni, por tanto, en violación indirecta de la ley sustantiva al tenerlos como demostrativos del derecho de propiedad del demandante.

4º El último cargo contra la sentencia recurrida versa sobre error de derecho en la apreciación de la prueba pericial. Dice el recurrente que como apenas se hizo una simple notificación del auto que ordenó poner en conocimiento de las partes el dictamen de los expertos que concurrieron a la inspección ocular practicada para identificar los terrenos materia de la litis; y no se dio el traslado del caso para que hubiera podido objetarse el dictamen pericial "por error grave, fuerza, dolo o cohecho o seducción", el Tribunal sentenciador violó los artículos 199, 719 y 720 del C. C. Y cita varios fallos de la Corte para sustentar la tesis de que el traslado es una formalidad esencial para que el dictamen de peritos cobre suficiente fuerza probatoria.

La Corte observa:

A folios 49 v. del cuaderno 8º se encuentra un auto del Tribunal Superior de Tunja que señala honorarios a los peritos, y en seguida dice:

"Para los efectos indicados en el artículo 719 del C. J. y por el término de tres días, póngase en conocimiento de las partes el dictamen pericial".

A continuación la Secretaría anota que este auto, fechado el 23 de junio de 1944, se notificó por estado el 26 de los mismos mes y año.

En el folio 50 v. del mismo cuaderno dice el Secretario del Tribunal:

"Vencido el término de los tres días a que alude el auto de veintitrés de junio último, pasa el negocio al despacho con el anterior memorial del doctor Leonidas Cely G.". Este memorial era un reclamo o solicitud de reposición del auto sobre cuantía de los honorarios señalados a los peritos, petición que el Tribunal resolvió favorablemente.

El auto de reposición también se notificó, y las partes nada dijeron respecto al mérito de la prueba pericial dentro del término de ejecutoria de esos autos ni tampoco durante el término de tres días señalado por el Tribunal para que se pusiera en conocimiento de las partes el dictamen de los expertos.

La parte demandada no hizo reclamo alguno sobre omisión de traslado o irregularidad en la forma como se puso en conocimiento de las partes el dictamen pericial, y no objetó éste ni entonces ni después.

En su extenso alegato de conclusión presentado al Tribunal dedica un largo capítulo al tema que denomina "Singularización de la cosa", en el cual sostiene que la prueba relativa a este punto resultó adversa al actor.

Se estudia allí prolijamente la cuestión de linderos con el empeño de demostrar que la inspección ocular no logró establecer la identidad de los terrenos; y se hace un examen crítico de la prueba testimonial para sostener que las declaraciones producidas tampoco prueban la identidad de lo reivindicado.

Por cierto que después de disertar acerca de la noción de identidad dice:

"...quiero dejar constancia de que estas observaciones las hago sin renunciar a la nulidad de procedimiento de que está afectada la diligencia o acta de inspección". Nada dice sobre invalidez de la prueba pericial.

Los peritos no rindieron su concepto en el acto de la diligencia sino días después y por documento separado del acta que da testimonio de aquélla. La afirmación de que la diligencia fue nula, hecha en el alegato al Tribunal, se dejó en el vacío, pues ninguna gestión se hizo después sobre tal nulidad, ni siquiera se insistió sobre ese punto en lo restante del alegato; y además de ser aislada y simple afirmación, nada dice respecto del dictamen pericial.

En tales circunstancias podría considerarse este 4º cargo hasta como un medio nuevo, no admisible en casación.

Conviene tener en cuenta que el Tribunal sí ordenó expresamente poner en conocimiento de

las partes el dictamen de los peritos; que señaló al efecto no el simple término de la notificación del correspondiente auto, sino un término especial de tres días, dentro del cual pudo haberse objetado aquel dictamen; y que de acuerdo con lo preceptuado por el artículo 719 del C. J., era suficiente en este caso la orden de poner en conocimiento de las partes aquel dictamen, sin adoptar la forma que el recurrente echa menos.

Por último: el recurrente señala como violados los artículos 199, 719 y 720 del C. J.; y ocurre que aun cuando en realidad hubieran sido violados, para que el cargo motivara casación de la sentencia sería preciso que se hubieran señalado las disposiciones de la ley civil que por causa de aquella violación resultaran quebrantadas, y en los pasajes de la demanda ante la Corte relativos al cargo que se estudia no se indica cuáles sean esas disposiciones ni, menos, el concepto en que hayan sido violadas por el sentenciador.

Tampoco prospera, pues, el último cargo.

No sobra recordar, por último, que sólo Otoniel González, poseedor de un lote fundó su recurso de casación; y que su codemandado Anatolio Morales, poseedor de los otros dos lotes nada dijo ante la Corte, motivo por el cual hubiera podido en rigor declararse desierto el recurso por lo que a este último se refiere.

En virtud 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 INVALIDA la sentencia de segunda instancia dictada en este juicio por el Tribunal Superior de Tunja con fecha cinco de abril de mil novecientos cuarenta y cinco.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

ACCION DE COBRO DE UNA SUMA DE PESOS

El Juez penal, al proferir sentencia condenatoria por una infracción que ha causado daños, debe condenar a los responsables como culminación de la acción civil adelantada dentro del proceso penal, a la indemnización correspondiente y debe hacerlo en cifra numérica precisa. (Artículos 92 del C. P. y 259 del C. de P. P.). Y siempre que haya de hacerse condena por daños o perjuicios están obligados los jueces a fijar su importe en cantidad líquida, o a establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. (Artículos 480 y 553 C. J.). Imponiendo la ley para este efecto el procedimiento especial del artículo 553 del C. J., no es claro el derecho de recurrir a la vía ordinaria, utilizable sólo cuando la ley no dispone la observancia de trámites especiales, para obtener la fijación del importe de la condena en abstracto.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Figuran como antecedentes en este pleito los siguientes:

En el mes de julio de 1931, Manuel Avilés cedió a Bonifacio Gaitán, por intermedio de Ulpiano Soto, un crédito por valor de $ 3.500.00 a cargo de Salvador Vanegas, que constaba en documento privado suscrito en el mes de diciembre de 1930.

El cesionario Gaitán presentó el referido documento ante el Juzgado Municipal de Barayà el 22 de junio de 1933 con el fin de que el deudor Vanegas reconociera su firma y de que le fuera notificada la cesión.

El día en que debía practicarse la diligencia y antes de llevarse a efecto Salvador Vanegas en asocio de su hermano Gonzalo, sustrajeron del Juzgado el aludido documento.

El 28 de julio de 1933, ante el Juzgado 2º del Circuito de Neiva, Bonifacio Gaitán demandó en juicio ordinario a Salvador Vanegas para que se declarara que estaba obligado a pagarle la suma de $ 3.500.00, con sus intereses correspondientes, en razón de ser cesionario del crédito que Manuel Avilés tenía contra el demandado, según documento "que se extravió" del Juzgado Municipal de Baraya. El Tribunal Superior de Neiva, en sentencia de 21 de junio de 1935, confirmó la del Juzgado del Circuito de fecha 3 de octubre de 1934, en que se absolvió a Vanegas de todos los cargos de la demanda. Esta sentencia de segunda instancia fue traída a la Corte en recurso de casación que no prosperó, según fallo del 9 de mayo de 1936.

El Juzgado 3º del Circuito de Neiva decidió en primera instancia, en forma absolutoria, el juicio criminal que con base en el denuncio dado por el secretario del Juzgado Municipal de Baraya ante el Alcalde de allí, se siguió contra Salvador y Gonzalo Vanegas por el delito de sustracción de un documento custodiado en depositaría pública en el cual intervino Gaitán como parte civil. El Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, en sentencia del 24 de mayo de 1939, revocó la absolutoria del Juzgado y en su lugar condenó a los citados Vanegas "a pagar en el lugar que el Gobierno determine la pena principal de dos años de presidio, calificada en mínimo grado su delincuencia, y las accesorias de pérdida de todo empleo público y de toda pensión pagada por el Gobierno, privación indefinida de los derechos políticos y pago de las costas del proceso. Se les condena además, solidariamente, en abstracto, a la indemnización del daño pecuniario causado por el delito, que será fijado en juicio separado". Las costas en derecho fueron fijadas por el Tribunal, después de un incidente de reclamo de los condenados, en la suma de $ 350.

Así las cosas, en libelo de 17 de junio de 1942, repartido al Juzgado 1º del Circuito de Neiva, Bonifacio Gaitán, por medio de apoderado, fundándose en el artículo 2341 del C. C., demandó en juicio ordinario a Salvador Vanegas para que se le condene a pagarle la cantidad de $ 3.850, que

el actor descompone así: "$ 3.500, valor del documento sustraído delictuosamente por los señores Vanegas del Juzgado Municipal de Baraya, más los intereses legales de esta suma desde cuando se ejecutó el hecho el 26 de junio de 1933, hasta cuando se verifique el pago, suma ésta representativa de la indemnización pecuniaria a cuyo pago fueron condenados los actuales demandados señores Vanegas; y $ 350.00, suma ésta en que el Tribunal de este Distrito Judicial estimó las costas de la acusación particular..."

Esta demanda, origen del pleito que culmina con el recurso de casación que hoy se decide, fue contestada por el demandado quien se opuso a las pretensiones del actor, a quien "para descargo y para efecto de las excepciones perentorias que de allí resulten", adujo las sentencias proferidas en el juicio iniciado por Gaitán en julio de 1933 ante el Juzgado 2º del Circuito de Neiva.

Fue decidido el juicio en primer grado por sentencia del 13 de abril de 1944, en que se declaró probada la excepción de cosa juzgada, y se absolvió, en consecuencia, al demandado Salvador Vanegas, con costas a cargo del demandante.

Sentencia acusada

Apelada por la parte demandante, se surtió la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de Neiva, que en sentencia del 5 de julio de 1945, revocó la recurrida y en su lugar decidió:

1º—Condénase a Salvador Vanegas Ch. a pagar a Bonifacio Gaitán la cantidad de $ 350.00 por concepto de costas a que fue condenado solidariamente con Gonzalo Vanegas Ch. por sentencia penal de este Tribunal, fechada el 24 de mayo de 1939 y sus intereses legales desde la contestación de la demanda. 2º—Condénase a Salvador Vanegas Ch. a pagar a Bonifacio Gaitán los perjuicios que le causara con la sustracción de un documento, como indemnización por el delito, conforme a la misma sentencia del 24 de mayo de 1939, cuyo monto será fijado según las normas dadas por el artículo 553 del C. J.".

Sin costas.

Las quince hojas de la sentencia del Tribunal, alargada excesivamente con transcripciones innecesarias, puede resumirse muy brevemente: no existe la cosa juzgada porque el primer juicio ordinario se propuso con el objeto de obtener el pago de $ 3.500 con base en el incumplimiento de un contrato contenido en el documento que se extravió sin ser pagado, en tanto que en éste se demanda la suma de $ 3.850 en que Gaitán estima los perjuicios que le causó el delito cometido por los Vanegas con la sustracción del documento aludido, aduciendo al efecto la condena de carácter penal. La existencia de la obligación demandada es incuestionable; sólo falta precisar su cuantía en numerario. Y al estimar las pruebas aducidas con este propósito halla el Tribunal que en lo referente a las cuentas fueron estimadas por él mismo en la Providencia correspondiente del juicio penal en la suma de $ 350, estimación que hoy conserva toda su fuerza y debe acatarse, condenando a Salvador Vanegas al pago de ellas en su totalidad, como deudor solidario de su hermano Gonzalo Vanegas, declarados así en el fallo condenatorio". Y por lo que hace a los perjuicios pecuniarios causados por el delito, consideró el sentenciador que no se había producido por el demandante prueba que diera base para deducir su cuantía, pues al respecto no se adujo sino el avalúo pericial dado en la causa criminal, que no fue aceptado allá y que trasladado en copia a este juicio, carece de mérito probatorio. Y después de establecer la total falta de prueba para fijar la cuantía del daño, concluye: "Mas como el derecho al cobro de la indemnización es incuestionable, debe declararse así y hacer la condena en abstracto para que en la ejecución de este fallo se determine la cuantía, como lo prescribe el artículo 553 del C. J., con base en las motivaciones que preceden y los apartes transcritos del de 24 de mayo de 1939. (Artículo 480 ibidem)".

El recurso

Venido a la Corte este negocio por recurso de casación interpuesto por el demandado, la Sala ha examinado y considerado todas las acusaciones que la demanda formula contra la sentencia definitiva de segunda instancia con base en las dos primeras causales del artículo 520 del C. J., y encontrando fundado uno de los cargos por quebranto de ley sustantiva a él circunscribe el estudio del recurso, de acuerdo con el artículo 538 del C. J.

El cargo, extractándolo del capítulo III de la demanda, se puede sintetizar así: en un juicio, como es el caso de estudio, o en el procedimiento legal iniciado y seguido para fijar el monto de una condena anterior en abstracto por perjuicios, no se discute la existencia de la obligación de indemnizar, sino exclusivamente la realidad y

magnitud del daño sufrido, de tal modo que si no se demuestra cuáles fueron ni en qué consistieron esos perjuicios, como ha ocurrido en este caso con el actor Gaitán por razón de la sustracción o pérdida de un documento del cual no se ha demostrado que pudiera derivar derechos contra Vanegas, no podía el Tribunal condenarlo nuevamente en abstracto. "Al proceder de modo contrario —dice el recurrente— interpretó erróneamente el artículo 2341 del C. C. y aplicó indebidamente el artículo 1494 de la misma obra, porque no estando demostrado el daño causado a Gaitán por la pérdida de un documento, no recae por tal causa ninguna obligación contra Vanegas, ni nació por tal causa ningún derecho en favor del demandante".

Considera la Sala

Son en verdad diferentes e inconfundibles la acción civil de cobro de la obligación por $ 3.500 contra Salvador Vanegas de cuyo crédito se pretende cesionario Bonifacio Gaitán, iniciada en julio de 1933 ante el Juzgado 2º del Circuito de Neiva, concluída adversamente para el demandante, y la acción de cobro del "daño pecuniario causado por el delito", a que en abstracto fueron condenados los Vanegas por la sustracción del documento del Juzgado Municipal de Baraya. Pero la conexidad e interferencia de los fallos con que finalizaron es innegable por la influencia probatoria que al primero corresponde en el estudio del contenido y alcance de la obligación de indemnizar declarada en la sentencia penal y para cuya determinación se ha incoado este juicio. La obligación de reparar es cosa juzgada y no puede controvertirse; pero al tratar de fijarse su cuantía en el juicio separado, como lo ordenó el Juez Penal, es necesario plantear la cuestión del perjuicio causado por la infracción bajo el punto de vista de la imposibilidad en que el delito colocó al acreedor para hacer efectivo su crédito, y entonces se halla que el valor del documento no puede figurar como cifra de la indemnización puesto que ya se había decidido que Vanegas no estaba obligado a pagar a Gaitán la expresada cantidad en sentencia en que se consideró con libertad probatoria la existencia de la obligación vinculada al acto jurídico que la engendró. Vanegas ha negado la existencia y autenticidad del instrumento contentivo del crédito de que se dice cesionario Gaitán, y esta Sala, en la sentencia citada entre los antecedentes de este pleito, dijo: "La Corte no advierte error manifiesto del Tribunal en la apreciación de las pruebas que lo llevaron a no admitir la autenticidad del documento atribuído a Vanegas". (F. 26 v. C. 2).

En estas condiciones no se ve en realidad ninguna fuente viva de donde pudiera hacerse provenir un perjuicio cierto como consecuencia de la infracción penal. Pero no es esto precisamente, como es sabido, el aspecto enfocado en el cargo que se estudia.

El Juez penal al proferir sentencia condenatoria por una infracción que ha causado daños, debe condenar a los responsables como culminación de la acción civil adelantada dentro del proceso penal, a la indemnización correspondiente y debe hacerlo en cifra numérica precisa. (Artículos 92 del C. P. y 259 del C. de P. P.). Siempre que haya de hacerse condena por daños o perjuicios los Jueces están obligados a fijar su importe en cantidad líquida, o a establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales debe hacerse la liquidación, y sólo en el caso de no ser posible lo uno ni lo otro, les está permitido condenar en abstracto o **in genere** cuando la ley y los autos dan base para admitir, en principio, la obligación de reparar y a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia (artículos 480 y 553 del C. de P. C.). Imponiendo la ley para este efecto el procedimiento especial del artículo 553 del C. J., no es claro el derecho de recurrir a la vía ordinaria, utilizable sólo cuando la ley no dispone la observancia de trámites especiales, para obtener la fijación del importe de la condena en abstracto. Pero esta cuestión no está propuesta en el recurso.

Se sabe que Salvador Vanegas fue condenado solidariamente con su hermano Gonzalo, en la sentencia penal, "en abstracto, a la indemnización del daño pecuniario causado por el delito, que será fijado en juicio separado". Este juicio, que es el seguido para el justiprecio del daño, no puede legalmente tener otra finalidad que esa, puesto que la obligación de reparar ya estaba declarada en sentencia firme. Si no pudo realizarse el objetivo perseguido en esta acción ordinaria por deficiencia del aporte probatorio a que estaba obligado el demandante, titular del derecho de reparación, la absolución del demandado se imponía, porque resulta claramente ilegal remitirlo nuevamente al artículo 553 del C. J. como si fuera posible seguir dos juicios diferentes para el cum-

plimiento de una sentencia, y como si no les estuviera perentoriamente prohibido a los Tribunales por las leyes de procedimiento reservar para otro juicio la resolución de las cuestiones que hayan sido materia del pleito (artículo 451 C. J.). Este juicio estaba predestinado exclusivamente para lograr el cumplimiento de una obligación concretando en cifra numérica precisa la cuantía de la reparación. La utilidad que la víctima o perjudicado puede derivar de una sentencia penal en que se ha hecho condena en abstracto a indemnizar los perjuicios causados, está subordinada a la eficacia del esfuerzo probatorio que tiene que cumplir en el juicio de ejecución de esa sentencia para dar realidad a la reparación, corporizándola, por así decirlo, en una cantidad líquida, porque el perjuicio tiene que mostrarse como cosa cierta y real en acción para la efectividad de la responsabilidad ya que si de lo que se trata es de reparar lógicamente hay que averiguar qué es lo que se va a reparar y la magnitud de la reparación. Así, pues, si al cabo y sobre la labor probatoria a que está obligado el demandante de la ejecución de una sentencia, no puede el Juez dar contenido cuantitativo a la obligación de indemnizar, declarada en forma abstracta procesalmente debe sobrevenir la absolución del demandado.

Resolviendo la cuestión de a qué parte corresponde, en el procedimiento de ejecución del fallo, suministrar la prueba de los elementos necesarios y conducentes a la avaluación de un daño a cuya reparación se ha condenado abstractamente, ha dicho la Corte:

"En principio, indudablemente a la parte a cuyo favor se haya hecho la condenación, es decir, la demandante. En el juicio ordinario sobre ella pesaba tal carga probatoria. En ese juicio ella estaba obligada a demostrar no sólo que se le habían causado perjuicios, si de éstos se trataba, sino también a poner al Juez en capacidad de tasarlos. Pues bien, la circunstancia de que sobrevenga una condenación en abstracto, o más o menos indeterminada en cuanto a las bases de liquidación, no desplaza la carga de la prueba del demandante al demandado, en lo concerniente a probar lo que se dejó de probar en el juicio ordinario, por cuya falta no se hizo posible formular una condena más concreta. El principio de que **onus probandi incumbit actori** permanece inalterable. La condena no hace surgir sino las presunciones que se derivan de la propia condenación. Así, hecha la condena a pagar en abstracto perjuicios, deberá partirse de la base de que ellos se causaron. Mas la cuantía, eso sí ya no es materia de presunción favorable al actor. Si éste se limita a esperar que los elementos sobre que debe descansar su liquidación, que debe ser motivada, los allegue la parte vencida, pensando en el solo efecto probatorio de sus afirmaciones desprovistas de respaldo, puede suceder que imposibilitado el juzgador para hallar elementos suficientes destinados a comprobar numéricamente los perjuicios, éstos no pueden justipreciarse y en tal caso el camino indicado sería, no podría ser otro, que la total liberación del demandado. Y es claro. Aunque la sentencia acredite que se causaron perjuicios, sólo el que los recibió está en capacidad de decir cuáles fueron ellos y en qué los funda.

Dos hechos fundamentales sin los cuales hácese imposible precisar numéricamente el daño: su enumeración y el respaldo probatorio de ella. "(G. J. Tomo L, pág. 602)".

En las consideraciones que se han venido exponiendo están envueltas las razones demostrativas de la ilegalidad que el recurrente le imputa a la sentencia acusada por haber condenado, o sostenido más bien una condena en abstracto, sin haberse demostrado por el demandante que el delito ha inferido daño objetivamente determinado, condición esencial ésta para que pueda cumplirse la obligación de indemnizar, a términos del artículo 2341 del C. C. Estos mismos considerandos son los fundamentos de la decisión absolutoria de reemplazo que ha de dictar la Corte, en lo que respecta a la petición de la demanda sobre pago de la indemnización pecuniaria a que fueron condenados los Vanegas como responsables del delito que define y castiga el capítulo X Título VII, Libro II del C. P.

Por lo que hace al pedimento de la demanda para que se condene a Salvador Vanegas a pagarle al actor la suma de $ 350 en que el Tribunal de Neiva estimó las costas del juicio penal, la situación procesal que se contempla no es la misma que la de la petición anterior, porque en esta parte la sentencia penal fijó, como debía de hacerlo, en cantidad líquida el importe de la condena. Y aunque pudiera decirse que prestando mérito ejecutivo aquella liquidación para el efecto de obtener su pago, carece de objeto y de razón una nueva condena, como la contenida en la sentencia que se estudia, sin embargo, para que

no se entienda que el silencio de la Corte sobre este extremo también implica absolución, habrá que hacerse la declaración de que las costas causadas en el juicio penal se deben en la cuantía y términos expresados en la providencia del Tribunal Superior de Neiva en que se hizo la correspondiente liquidación de costas.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva el 5 de julio de 1945; revoca la del Juzgado 2º Civil de ese Circuito, de fecha 13 de abril de 1944, y falla:

Absuélvase al demandado Salvador Vanegas de la obligación de indemnizar al demandante Gaitán en razón del delito a que se refiere la demanda.

El citado demandado Vanegas está obligado a pagar al demandante Gaitán el importe de la condena en costas en los términos de las correspondientes providencias del proceso penal en que se profirió tal condena.

Sin costas en este recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

ACCION DE TERMINACION DE UN CONTRATO DE ARRENDAMIENTO Y DE PERJUICIOS. — PRIMERA CAUSAL.—ERROR DE HECHO.—CONDICION POTESTATIVA

1.—La primera causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es siempre la de violación de ley sustantiva, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa; por interpretación errónea y por aplicación indebida, y como cada uno de esos cargos deriva de fuentes distintas se ha exigido, para el mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente exprese con claridad y precisión por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que "la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción" o cuando, expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar.

2.—Donde existe duda no cabe el error de hecho evidente, como así lo ha declarado la Corte en reiterada jurisprudencia.

3.—La condición potestativa o la potestativa mixta no es nula; sólo lo es la simplemente potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga, es decir, del deudor.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes:

1º.—Entre Carlos Portocarrero, como arrendador, y Alejandro Pinto, como arrendatario, se celebró el día 20 de marzo de 1941 contrato de arrendamiento de la finca denominada "Quinta del Río Fucha", por un término de cuatro años, contados desde el día 1º de junio siguiente en adelante. La cláusula 10ª de ese contrato dice lo siguiente:

"DECIMA.—El arrendador se reserva el derecho de vender uno o varios lotes de la finca arrendada y en este caso el canon de arrendamiento se disminuirá proporcionalmente a la extensión, situación y calidad del lote o lotes vendidos: tal deducción se determinará por peritos nombrados uno por cada parte y un tercero, por los peritos principales, caso de discordia. En caso de venta total de la finca el arrendador tratará de obtener un plazo razonable para que el arrendatario pueda beneficiar sus frutos pendientes; peso si este plazo no pudiere obtenerse, los contratantes buscarán el modo de un arreglo que indemnice al arrendatario por la cesación del contrato, y para el efecto se acudirá también a peritos en la forma anteriormente detallada para el caso".

2º.—Entre las mismas partes y sobre el mismo inmueble se habían celebrado ya los siguientes contratos de arrendamiento: el de 10 de enero de 1936, por el término de dos años a contar del 1º de febrero siguiente, que fue modificado o sustituído por el de 31 de diciembre del mismo año, que a su vez fue prorrogado y modificado por el de 28 de julio de 1937, entre otros fines, con el de ampliar el término de duración hasta el 1º de junio de 1941. En esos contratos se insertó también la cláusula 10ª antes copiada.

3º.—Por Escritura Pública número 1960, de 6 de noviembre de 1941, corrida ante la Notaría Quinta del Circuito de esta ciudad, Carlos Portocarrero dio en venta a la "Cooperativa de Empleados de Bogotá, Limitada" la mencionada "Quinta del Río Fucha", y en la cláusula 7ª de ese instrumento se convino que el vendedor haría la entrega real y material del inmueble dentro del término de seis meses contados desde la fecha del otorgamiento. En la cláusula 8ª se estipuló que en caso de incumplimiento por parte del vendedor de lo previsto en la anterior, pagaría por ese solo hecho la cantidad de $ 20.000,00 moneda corriente, sin perjuicio de las acciones legales del comprador por incumplimiento del contrato.

4º.—En carta de 19 de noviembre de 1941, Portocarrero comunicó a Pinto la venta que había hecho del inmueble arrendado, el plazo convenido para la entrega y que ésta debía hacerse el 6 de mayo de 1942. Pinto contestó desconociendo lo hecho por Portocarrero, por estimar que no se había ajustado a lo estipulado en la cláusula 10ª del contrato de arrendamiento, antes transcrita, y negándose categóricamente a hacer la entrega en la fecha convenida. En carta de 4 de diciembre de 1941, Portocarrero insistió ante Pinto para que se efectuara la entrega el día citado y recibió de éste una nueva negativa.

5º.—Con fecha 24 de marzo de 1942 Portocarrero propuso demanda de lanzamiento contra Pinto y en ella solicitó que la entrega judicial se le hiciera el 6 de mayo siguiente. Esa entrega se llevó a cabo el 16 de julio de 1942.

La controversia

Fundándose principalmente en los antecedentes que se dejan relatados, Alejandro Pinto, por medio de libelo de demanda de 15 de diciembre de 1942, propuso ante el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá, juicio ordinario contra Carlos Portocarrero para que en sentencia definitiva se resuelva lo siguiente:

"PRIMERO.—Que por haberse extinguido el derecho del demandado sobre la finca denominada "Río de Fucha", ubicada en jurisdicción de este municipio, expiró el contrato de arrendamiento celebrado con el peticionario, por el término de cuatro años contados desde el día primero del mes de junio del año en curso, extinción y expiración que se efectuaron por la venta que hizo de la mencionada hacienda el demandado a la Cooperativa de Empleados de Bogotá, según aparece de la escritura pública que contiene el contrato de compraventa respectivo.

"SEGUNDO.—Que como el derecho del demandado sobre la hacienda en mención se extinguió por su voluntad, y consecuencialmente expiró por su culpa el contrato de arrendamiento celebrado con el peticionario, el demandado es responsable civilmente por los perjuicios que me causó con la expiración del contrato dicho, porque así me privó de la tenencia, uso y goce de la hacienda durante tres años que faltaban para la terminación legal del contrato de arrendamiento, perjuicios que comprenden el **daño emergente y el lucro cesante.**

"TERCERO.—Que el demandado es responsable civilmente por haberme hecho lanzar de la hacienda por mandato de autoridad judicial, y haciendo uso de la fuerza, con lo cual me causó perjuicios morales y materiales en mis negocios que tenía allí debidamente organizados.

"CUARTO.—Que el demandado es responsable civilmente por el incumplimiento de los contratos de arrendamiento de la mencionada hacienda, incumplimiento que consistió en la enajenación de varios lotes de terreno de la hacienda, entregándolos a los compradores, privándome así de la tenencia, uso y goce de tales lotes, y por no haber descontado del valor del arrendamiento el valor proporcional de los lotes que iba enajenando, todo según los contratos de arrendamiento celebrados entre el demandado y el suscrito, a partir del que empezó el día primero de febrero del año de mil novecientos treinta y seis, hasta el último contrato que debía vencer el día primero de junio del año de mil novecientos cuarenta y cinco.

"QUINTO.—Que como consecuencia de las anteriores declaraciones el demandado está obligado a pagarme los perjuicios morales y materiales que me causó según los pedimentos formulados, por el incumplimiento de los contratos de arrendamiento, la expiración del último contrato, y el lanzamiento de la hacienda por mandato judicial, y haciendo uso de la fuerza.

"SEXTO.—Que igualmente, y como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene al demandado a pagarme los perjuicios de que tratan los pedimentos anteriores, justipreciados por expertos en la forma legal, los que desde ahora estimo en una suma de dinero mayor de quince mil pesos moneda corriente ($ 15.000,00).

"SEPTIMO.—Que en el caso de que diere lugar al juicio, se le condene en las costas respectivas".

Por escrito de 10 de febrero de 1943 el demandado contestó la demanda aceptando algunos de los treinta (30) hechos en que se fundamenta, explicando y negando otros, negando el derecho invocado y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones impetradas.

A su turno Portocarrero contrademandó a Pinto, para que en la sentencia definitiva se declarase lo siguiente:

"A.—Que el demandado señor Alejandro Pinto V., al negarse a entregarme voluntariamente la finca denominada "Quinta del Río Fucha" el día 6 de mayo de 1942, infringió la cláusula décima del contrato de arrendamiento celebrado entre el demandado señor Alejandro Pinto V. y el peticio-

hario, con fecha 20 de marzo de 1941 sobre el mencionado inmueble.

"B.—Que como consecuencia de la infracción a que se refiere el numeral anterior el demandado me causó perjuicios de orden moral y material que debe resarcirme.

"C.—Que el demandado señor Alejandro Pinto V. debe pagarme todos los perjuicios morales y materiales que me ha ocasionado hasta el presente y que en lo futuro me ocasionare, como consecuencia de la violación del contrato de arrendamiento de la hacienda denominada "Quinta del Río Fucha", celebrado entre los dos el día 20 de marzo de 1941.

"D.—Que el demandado debe pagarme además las costas de este juicio si se opone a las declaraciones solicitadas".

Admitida la demanda de reconvención y contestada por el reconvenido como aparece en su escrito de 24 de febrero de 1943, que corre a folios 4 a 5 del cuaderno número 2, y surtido el juicio doble por los trámites correspondientes, el Juzgado lo decidió en sentencia de 9 de febrero de 1944, cuya parte resolutiva dice así:

"CONDENA al señor Carlos Portocarrero Carrizosa declarándolo civilmente responsable por el incumplimiento de los contratos de arrendamiento de la hacienda denominada "Quinta del Río Fucha", incumplimiento que consistió en la enajenación de varios lotes de terreno de la hacienda, entregándolos a los compradores, privando así de la tenencia, uso y goce de tales lotes al señor Alejandro Pinto en su calidad de arrendatario, ya que no descontó del canon de arrendamiento el valor proporcional de los lotes que iba enajenando, como estaba obligado a hacerlo, desde el día primero de febrero de mil novecientos treinta y seis hasta el día seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y uno. La restitución de los dineros correspondiente la hará Carlos Portocarrero teniendo en cuenta las fechas en que debía descontar por concepto de las ventas parciales que hizo el canon de arrendamiento que le pagaba Alejandro Pinto, más los intereses legales desde tales fechas hasta el día en que se haga el pago que deberá ser seis días después de que se haga la respectiva liquidación.

"ABSUELVE al señor Carlos Portocarrero de las demás declaraciones que en su demanda le formuló el señor Alejandro Pinto.

"SE DECLARA que el señor Alejandro Pinto V. al negarse a entregar al señor Carlos Portocarrero Carrizosa voluntariamente la finca denominada "Quinta del Río Fucha" el seis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, infringió la cláusula décima del contrato de arrendamiento celebrado entre Pinto y Portocarrero, con fecha veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y uno sobre el mencionado inmueble. Como consecuencia de esta infracción Alejandro Pinto causó perjuicios de orden material al señor Carlos Portocarrero, y,

"SE CONDENA al señor Alejandro Pinto a pagar los perjuicios que con motivo del incumplimiento a que se ha hecho referencia ocasionó o pudo ocasionar al señor Carlos Portocarrero Carrizosa. Su importe se fijará en la ejecución de esta sentencia.

"No se hace condenación en costas a ninguna de las partes".

Por recurso de apelación concedido al apoderado del demandante Pinto subió el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el que le puso fin a la segunda instancia por medio de sentencia de fecha 22 de febrero de 1945, en la cual resolvió:

"1º.—DECLARASE inexistente y no probada la excepción perentoria de contrato no cumplido propuesta por Alejandro Pinto.

"2º.—CONFIRMANSE las declaraciones, absoluciones y condenaciones en abstracto que contiene la sentencia recurrida de fecha nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, y en pro y en contra al mismo tiempo de Carlos Portocarrero Carrizosa y de Alejandro Pinto, para con la modificación que se hace respecto a la condenación a favor de aquél (Portocarrero Carrizosa) y en contra de éste (Alejandro Pinto), que la liquidación o fijación de su monto se hará dentro del incidente del artículo 553 del C. J., con base en los fundamentos fijados en la parte motiva que antecede, del presente fallo.

"3º.—CONFIRMASE lo resuelto por la misma sentencia en orden a costas.

"NO se hace condenación en costas en el recurso".

Las razones en que ese fallo se funda se verán al hacer el estudio de los cargos que ha propuesto el actor Alejandro Pinto al sustentar el recurso de casación que se le concedió y que hoy se decide.

El recurso

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial propone el recurrente cuatro cargos contra la sentencia, los que en seguida se estudian en el orden en que han sido presentados.

Primer cargo.—Dice el recurrente que acusa "la sentencia recurrida por violación de los artículos 1546 y 1609 del C. C.", y al desarrollarlo expresa que debe partirse del hecho principal en virtud del cual los cuatro contratos de arrendamiento celebrados entre él y Portocarrero no tuvieron solución de continuidad; que esos contratos principiaron el 1º de febrero de 1936 y debían terminar el 1º de junio de 1945; que Portocarrero fue declarado responsable civilmente por haber violado el contrato en su cláusula 10ª, violación que, según los términos literales de la sentencia de primer grado, empezó el 1º de febrero de 1936 y terminó el 6 de noviembre de 1941, y que en cambio, la violación del mismo contrato que se atribuye al recurrente tiene señalada la fecha del 6 de mayo de 1942, es decir, con posterioridad a la violación reconocida en fallo ejecutoriado por parte de Portocarrero, para quien aquél constituye, por el hecho de no haberlo apelado, una ley del proceso.

Luego transcribe apartes de la sentencia del Tribunal, en que éste sostiene que para la prosperidad de la excepción perentoria de contrato no cumplido y la consiguiente aplicación del artículo 1609 del C. C. había sido necesario que el excepcionante hubiera demostrado que Portocarrero efectuó venta de lotes de la "Quinta del Río Fucha" entre el 20 de marzo y el 6 de noviembre de 1941, y dice que el Tribunal incurrió en error al "haber interpretado de manera absolutamente equivocada la parte del fallo de primera instancia que condenó a Portocarrero por incumplimiento del contrato", y alega alrededor de este punto para sostener que la condenación del Juzgado abarcó el contrato bajo cuya vigencia Portocarrero enajenó toda la hacienda y que si éste hubiera apelado del fallo, en tal caso el recurrente sí habría tenido la obligación de dar la prueba que echó de menos el sentenciador. Después, dice textualmente:

"Pero como esto no sucedió queda establecido de manera inequívoca que dentro de los contratos de arrendamiento celebrados entre las partes, Portocarrero los infringió primero, y se impone como una consecuencia obligada la aplicación del artículo 1609 del Código Civil".

A este cargo replica el opositor diciendo, entre otras cosas, que no puede ser admitido porque el recurrente no expresa el concepto en que considera infringidas las disposiciones legales que cita, a lo cual responde el recurrente, en el resumen escrito que de sus alegaciones en la audiencia presentó oportunamente, que "el Tribunal sentenciador violó los preceptos citados, y no en cualquier manera sino de modo directo".

Se considera:

El cargo no prospera, por las siguientes razones:

Primera.—Porque no está debidamente formulado. En efecto, como lo ha proclamado la Corte en reiterada jurisprudencia, la primera causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es siempre la de violación de ley sustantiva, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa; por errónea interpretación, y por aplicación indebida, y como cada uno de esos casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que "la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción" o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar. (Casación, 4 de septiembre de 1933, Nº 1985, pág. 536).

En el caso ahora contemplado ha manifestado el recurrente que el fallador infringió directamente los artículos a que el cargo se refiere; mas, como para que exista la violación de la ley en el concepto indicado, es preciso que el fallo contenga disposiciones contrarias a los preceptos que como quebrantados se invocan, es fácil comprobar que la sentencia no ha incurrido en la infracción directa de la ley, de que se le acusa, pues ella en manera alguna desconoce o contraría los principios que encarnan los artículos 1546 y 1609 del C. C. Así es de observarse que el Tribunal, después de decir que "en derecho puro y abstracto el postulado del artículo 1609 del C. C. es incontrovertible", sostuvo que para que pudiera tener cumplido efecto la excepción de contrato no cumplido habría sido necesario que el excepcionante

demostrara que "entre el 20 de marzo de 1941 al 6 de noviembre de ese mismo año, Portocarrero Carrizosa había efectuado ventas de lotes de la "Quinta del Río Fucha", y entonces sí se habría demostrado que efectivamente se estaba dentro del artículo 1609 del C. C. Es decir, que debió darse la prueba de que dentro del contrato del 20 de marzo de 1941, Portocarrero Carrizosa vendió fracciones o lotes de la "Quinta del Río Fucha". Este en verdad era, tenía que ser, el hecho exceptivo, cuya demostración era indispensable para que prosperara". Se ve, pues, con toda claridad que el Tribunal dejó de aplicar al pleito el artículo 1609 y de reconocer la excepción de contrato no cumplido, no porque desconociera el principio que dicha disposición consagra, sino por estimar que el excepcionante no dio la demostración del hecho exceptivo alegado. Entonces, si el excepcionante considera que esa demostración existe en el proceso, la acusación debió proponerse no en el concepto de violación directa sino en el de indirecta de la ley, por error evidente en la apreciación de las pruebas o por falta de apreciación de las mismas.

Segunda.—Porque, aún interpretando el recurso en el sentido de que el cargo está propuesto en el concepto últimamente expresado, o sea que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al interpretar el fallo de primera instancia y que a consecuencia de ese error quebrantó los artículos citados, en concepto de la Corte ni existe el error de la naturaleza mencionada ni mucho menos resulta que, caso de existir, él sea evidente o manifiesto.

Según la cláusula décima del contrato de 20 de marzo de 1941, que también se insertó en los contratos anteriores, el arrendador se reservó el derecho de vender uno o varios lotes de la finca arrendada, y se estipuló que en tal caso el canon de arrendamiento se disminuiría proporcionalmente a la extensión, situación y calidad del lote o lotes vendidos y que tal deducción se determinaría por peritos nombrados como allí se dijo.

Al referirse al hecho 11º de la demanda principal, en que se afirmó que "Portocarrero empezó a infringir los contratos de arrendamientos haciendo ventas de lotes de terreno y entregándolos a los compradores, sin descontar del arrendamiento, según obligación contenida en el contrato respectivo, el valor proporcional", el demandado contestó así: "No es cierto. Al hacer pequeñas ventas de lotes lo hice en uso del derecho que en los contratos de arriendo me reservé. Por consiguiente, mal podría con ello infringir tales contratos. En cuanto a las ínfimas sumas de dinero que se hubieran podido rebajar del canon como consecuencia de tales ventas ha debido deducirlas el arrendatario al pagar el precio, y lejos de esto, a cada nuevo contrato se declaró a paz y salvo por concepto del anterior y sin formular ningún reclamo me arrendaba nuevamente la hacienda sin las varas vendidas".

Tomando en cuenta esos antecedentes la sentencia de primera instancia condenó a Portocarrero como "responsable por incumplimiento de los contratos de arrendamiento", por haber vendido varios lotes de la hacienda sin descontar el valor proporcional de ellos, "como estaba obligado a hacerlo", desde el día 1º de febrero de 1936 hasta el día 6 de noviembre de 1941".

Y en la parte motiva de ese fallo y en relación con la condena citada, dijo el Juzgado: "La cuarta de las peticiones de la demanda fue aceptada en principio por el señor Portocarrero, mas como su comprobación concreta no fue hecha en debida forma, debe hacerse una condenación en abstracto. Para tal efecto, durante la ejecución de la sentencia, deberá demostrarse las ventas que hizo Carlos Portocarrero de lotes durante el tiempo que tuvo arrendada su finca al señor Alejandro Pinto y por justiprecio que hagan los peritos que serán nombrados por las partes, teniendo en cuenta la extensión superficiaria de los lotes vendidos y el monto del arrendamiento total en las varias épocas para toda la finca, se harán las deducciones proporcionales".

Al concretarse a estudiar la excepción de contrato no cumplido, el Tribunal sentó la base de que los contratos de arrendamiento anteriores al de 20 de marzo de 1941, "no se pueden considerar partes integrantes del último" sino que "se deben considerar todos independientemente". Fijada esta interpretación, que para la Corte es intocable desde luego que no ha sido objetada en casación por parte del recurrente, y tomando también en cuenta que en la sentencia de primera instancia no precisó qué ventas parciales se habían hecho, ni por qué valor, ni en qué fechas se llevaron a cabo, el Tribunal concluyó que para la prosperidad de la excepción había sido preciso que se demostrara que a partir de la vigencia del contrato de 20 de marzo hasta el 6 de noviembre de 1941, en que se hizo la venta total de la finca, Portocarrero incumplió ese contrato, fuente de la

condena contra Pinto; vendiendo lotes sin hacer los descuentos proporcionales en el canon de arrendamiento, y que como ese hecho no se demostró, la excepción era improcedente.

Es decir, que el Tribunal entendió que la sentencia de primera instancia no justificaba que Portocarrero hubiera incumplido el contrato de 20 de marzo de 1941.

Y a la Corte le resulta acertada la conclusión del Tribunal, porque en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia no se declaró, como lo entiende el recurrente, que Portocarrero hubiera incumplido los contratos desde el 1º de febrero de 1936 hasta el 6 de noviembre de 1941, sino que durante todo ese lapso pesaba sobre el arrendador la obligación de descontar del canon del arrendamiento el valor proporcional de los lotes que iba enajenando, y porque aun cuando allí se le declaró al demandado "responsable por el incumplimiento de los contratos", no es menos cierto que en la parte motiva de la sentencia, que, como lo ha dicho la Corte, sirve para interpretar el alcance de la resolutiva, el Juzgado observó que como la "comprobación concreta" de la súplica cuarta de la demanda "no fue hecha en debida forma", debía "hacerse una condenación en abstracto". Es decir, que el Juzgado encontró completa ausencia de pruebas sobre la extensión, el valor de lotes vendidos y las fechas precisas en que se hicieron las ventas, y en esas condiciones no podría sostenerse que el fallo referido señaló o concretó hechos de incumplimiento, por parte del demandado, relativos al contrato de 20 de marzo de 1941, que por lo resuelto por el Tribunal debe considerarse como independiente de los restantes.

Situándose en los puntos de vista del recurrente a lo sumo podría admitirse que la sentencia del Juzgado es susceptible de dos interpretaciones contrarias, o sean que la condena por incumplimiento abarcó el contrato de 20 de marzo, o que pudo no haberlo comprendido, con lo cual hay que admitir también que surge una duda sobre el particular y que, en consecuencia, la interpretación acogida por el Tribunal no es manifiestamente errónea, porque donde existe duda no cabe el error de hecho evidente, como así lo ha declarado la Corte en reiterada jurisprudencia.

Descartada, por tanto, la sentencia de primera instancia como prueba demostrativa del incumplimiento de Portocarrero con respecto al contrato precitado; no existiendo, como no existe, prueba tendiente a demostrar ese hecho; habiendo el demandado, en posiciones absueltas durante la primera instancia (f. 15, respuesta a la pregunta 13ª, cuaderno Nº 4), negado que después de celebrado el último contrato hubiera vendido lote alguno de la hacienda, y correspondiéndole al excepcionante dar la prueba plena del hecho exceptivo, se comprende que al declararlo no probado y al confirmar, en consecuencia, la condena proferida contra el recurrente, el Tribunal no quebrantó los artículos 1546 y 1609 del C. C.

Se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—Violación de los artículos 1534 y 1535 del Código Civil. Después de transcribir el texto de las citadas disposiciones y entrando ya en desarrollo del cargo, dice el recurrente que la violación de que acusa la sentencia es por no haberle dado aplicación en el litigio al artículo 1535 en relación con el 1534 y sostiene que la condición que contiene la cláusula 10ª del contrato es nula, toda vez que puso en manos del arrendador la facultad de obtener ó no el plazo razonable de que allí se trata, y siendo nula, como tal debe reconocerse. Luego transcribe parte de los fundamentos que el Tribunal tuvo para no declararlo así, y dice que éste al negarle a dicha cláusula el carácter de potestativa incurrió sin duda en un error manifiesto, pues considera que el plazo que debía obtenerse dependía de la voluntad de un tercero, sin que esto sea así, ya que en este caso concreto no juega ningún papel el tercero, pues de lo que se trató fue de establecer una condición entre los dos contratantes. A continuación dice textualmente: "La cláusula reza simplemente en esta parte: el arrendador por su cuenta tratará de obtener un plazo razonable; en otros términos más precisos y claros, es potestativo del arrendador el conseguir ese plazo, que necesariamente tenía que ser acordado con el comprador de la hacienda, lo que hace todavía más nítida la interpretación que le doy a dicha estipulación en el sentido de que la potestad de obtener el plazo en relación con los dos contratantes era, única y exclusivamente del arrendador, sin que el arrendatario tuviera ingerencia en el asunto.

"Luego, la conclusión se impone. El fallo recurrido violó por no haberlos aplicado al caso del litigio los dos preceptos del C. C. citados, y violó por indebida aplicación aquellos que aplicó en su lugar".

Se considera:

Al referirse a la cláusula décima del contrato

de arrendamiento, transcrita arriba al relatar los antecedentes del pleito, dijo el Tribunal lo siguiente:

"La cláusula décima del contrato de arrendamiento que autorizó al arrendador a vender totalmente el inmueble, en sí, es cláusula válida y tiene el carácter de condición resolutoria; y como autorizó al arrendador para "tratar de obtener un plazo 'razonable" para el caso de que se cumpliera el evento de la venta, esta parte de la estipulación no constituye propiamente condición potestativa que tuviera el carácter de nula porque se refiere es al plazo, y su fijación no dependía de la voluntad del arrendador, por lo cual, aunque se tratara de plazo asimilable o sujeto a condición no tiene este carácter o carácter de potestativa, no válida al tenor de las disposiciones citadas. (Artículos 1534 y 1535 del C. C.).

Aunque el pensamiento del Tribunal no resulta expresado con entera claridad, parece que lo que trató de decir es que la cláusula aludida no entraña una condición potestativa de aquellas que conforme al inciso primero del artículo 1535 del C. C. son nulas, cuando consisten en la mera voluntad de la persona que se obliga; pero sea de ello lo que fuere, llegó a la conclusión de que esa cláusula no es nula, y esa conclusión es acertada a juicio de la Corte.

En la parte final de la cláusula 10ª del contrato de 20 de marzo de 1941, se convino lo siguiente:

"En caso de venta total de la finca el arrendador tratará de obtener un plazo razonable para que el arrendatario pueda beneficiar sus frutos pendientes, pero si este plazo no pudiera obtenerse, los contratantes buscarán el modo de un arreglo que indemnice al arrendatario por la cesación del contrato, y para el efecto se acudirá también a peritos en la forma anteriormente detallada para el caso".

Las partes están conformes en que mediante esa cláusula el arrendador se reservó el derecho de vender la totalidad de la finca arrendada en cualquier tiempo. Así lo afirmó Portocarrero en el hecho 3º de la contrademanda y así lo aceptó el recurrente al contestarlo, pues al respecto dijo: "La cláusula décima del contrato contiene cuatro partes: a) La reserva que hace el dueño o arrendador para poder enajenar lotes de la hacienda, y la de VENDER TODA LA FINCA..."

En esas condiciones, la obtención del "plazo razonable", era la eventualidad de que dependía la indemnización en el caso de venta total de la finca: si aquél se obtenía, no había indemnización de perjuicios; si no se lograba, había lugar a ella.

Luego, en el evento de la venta total del inmueble y mirada con respecto a los perjuicios que de ese hecho pudieran desprenderse, la facultad otorgada al arrendador para tratar "de obtener un plazo razonable", tiene el carácter de una condición, porque era un suceso futuro e incierto: futuro, porque no había ocurrido al tiempo del contrato, e incierto, porque podía suceder que se lograra o no. Y además, esa condición es potestativa, como lo acepta el recurrente, desde luego que no se le impuso al arrendador la obligación de obtener en todo caso el "plazo razonable", sino que se convino en que trataría de obtenerlo, y dependía de su voluntad que lo gestionara o no. Y también tiene el carácter de mixto, porque necesariamente tenía que ser acordado el plazo con el comprador de la finca. (Artículos 1530 y 1534 del C. C.).

Ahora bien, el artículo 1535 ibidem, establece lo siguiente:

"Son nulas las obligaciones contraídas bajo una condición potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga.

"Si la condición consiste en un hecho voluntario de cualquiera de las partes, valdrá".

Y como queda visto que la antes mencionada es una condición no sólo potestativa sino también potestativa mixta, es claro que ella no es nula, porque conforme al texto legal citado sólo lo son las simplemente potestativas que consistan en la mera voluntad de la persona que se obliga, es decir, del deudor. Y aunque apenas fuera potestativa, como está dicho que consiste en un hecho voluntario del arrendador, es válida, por fuerza de lo dispuesto en el inciso final del texto legal copiado.

Comentando el artículo 1478 del C. C. de Chile, igual al 1535 del C. C. colombiano, ha dicho con toda propiedad el Profesor Alessandri Rodríguez:

"En cuanto a la condición meramente potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga, suspensiva, es nula. El artículo 1478 establece expresamente que no vale la obligación contraída bajo una condición meramente potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga. En este caso si que no hay obligación, porque la condición con-

siste en la mera voluntad del deudor, y para que haya obligación es de rigor que indefectible y necesariamente haya una persona, el deudor, colocado en la necesidad jurídica de dar, hacer o no hacer alguna cosa. El individuo que se obliga si quiere, si le da la real gana, si le place, si le conviene, si le agrada, no se obliga, porque un individuo que dice: 'le doy mil pesos si yo quiero', no ha manifestado todavía una voluntad seria en el sentido de obligarse. Esa la razón por la cual la condición meramente potestativa suspensiva que depende de la mera voluntad del deudor, es ineficaz. Hay entonces una profunda diferencia entre las condiciones puramente potestativas que dependen de la mera voluntad del acreedor y las condiciones mera o puramente potestativas que dependen de la mera voluntad del deudor.

"En resumen, las condiciones simplemente potestativas y que consisten en un hecho voluntario del deudor o del acreedor, son válidas; también son válidas las condiciones suspensivas y resolutorias meramente potestativas que dependen de la mera voluntad del deudor; las únicas condiciones meramente potestativas que no son válidas son las que dependen de la mera voluntad del deudor, siempre que sea suspensiva; o más corto todavía: son válidas todas las condiciones potestativas, sean suspensivas o resolutorias que consisten en un hecho voluntario del deudor o del acreedor o de la nueva voluntad del deudor o del acreedor, salvo la condición suspensiva potestativa que depende de la mera voluntad de la persona que se obliga". (Teoría de las Obligaciones, págs. 143 y 144).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Cargo tercero.—Aquí sostiene el recurrente que ni aún en el supuesto de que la facultad concedida al arrendador para obtener un plazo razonable en orden a la entrega de la hacienda envuelva una condición potestativa, quedó cumplida por parte de aquél la autorización que se le dio, porque Portocarrero se comprometió a entregarle la hacienda a la sociedad Cooperativa de Empleados de Bogotá seis meses después de la firma de la Escritura de venta, es decir, el 6 de mayo de 1942, y sin esperar el vencimiento de ese plazo, inició con fecha 27 de marzo de 1941, acción de lanzamiento contra el recurrente, colocándose así fuera de la interpretación legal de la cláusula décima, puesto que obtenido el plazo razonable para la entrega se apresuró a exigirla antes de tiempo, incumpliendo así el contrato, y que el Tribunal al dejar de aplicar a esa situación el artículo 1609 del C. C., lo quebrantó. Añade que ese quebranto fue determinado por la interpretación extensiva y errónea que el sentenciador le dio, en los apartes que del fallo transcribe, a la cláusula décima referida.

Se considera:

El cargo no es fundado, porque no existe el incumplimiento del contrato que se atribuye a Portocarrero. En efecto, son hechos plenamente establecidos en el proceso, sobre cuya verdad las partes ni siquiera discuten, que Portocarrero, en ejercicio del derecho que se reservó y de la facultad que se le otorgó en la cláusula décima del contrato, vendió a la Cooperativa de Empleados de Bogotá la hacienda "Quinta del Río Fucha" y que acordó con los compradores un plazo de seis meses, a contar del 6 de noviembre de 1941, día de la venta, para hacerles entrega material del inmueble; que el 19 del mismo mes y año citados Portocarrero comunicó por escrito al recurrente la venta hecha y la fecha en que debía hacerse la entrega de la hacienda; que éste contestó desconociendo lo acordado por Portocarrero y negándose categóricamente a hacer la entrega en la fecha indicada; que en carta de 4 de diciembre de 1941 Portocarrero insistió nuevamente ante el recurrente exigiéndole la entrega para la época citada, recibiendo nueva negativa del recurrente; que en esas circunstancias Portocarrero presentó, el 24 de marzo de 1942, demanda de lanzamiento contra el recurrente, el que se llevó a cabo el 16 de julio del mismo año.

La anterior relación de hechos, plenamente establecidos, está pregonando con innegable claridad que Portocarrero, lejos de incumplir la cláusula décima del contrato de arrendamiento, se ajustó fielmente a ella y que si ocurrió a la vía judicial para lograr la entrega del inmueble que había vendido, a ello lo obligó la insistente negativa del recurrente, quien así vino a infringir el contrato, y el deber que contractualmente tenía contraído de entregar la hacienda al vencimiento del plazo estipulado. Y si a lo anterior se agrega que Portocarrero solicitó expresamente en su demanda que la entrega se le hiciera el 6 de mayo siguiente y que el recurrente sólo perdió la tenencia de la finca el 16 de julio de 1942, cuando ya había vencido con creces el plazo de seis meses obtenido para hacer la entrega, salta a la vista la carencia de fundamento con que a Por-

ocarrero se le atribuye el incumplimiento de que habla el recurrente.

De ahí el que la Corte no encuentre equivocadas las conclusiones a que con vista en esos mismos hechos llegó el Tribunal, cuando estimó que Portocarrero no violó el contrato ni incurrió en culpa de solicitar, antes del vencimiento del plazo de los seis meses y con la anticipación necesaria para ponerse en situación de cumplir con sus obligaciones para con la Cooperativa, la restitución judicial del inmueble.

Se rechaza el cargo.

Finalmente, en el Capítulo VI de la demanda de casación el recurrente propone un cuarto cargo más, acusando la sentencia como violatoria del artículo 494 del C. J., por cuanto considera que el Tribunal al fijar las bases conforme a las cuales debe hacerse la liquidación de los perjuicios a cuyo pago fue condenado el recurrente y al ordenar en la parte resolutiva que dicha liquidación se efectuara conforme a esas bases, hizo más gravosa su situación, siendo, como es él, el único apelante.

La Corte considera:

La sentencia de primera instancia declaró en su parte resolutiva que Alejandro Pinto, el recurrente, causó perjuicios de orden material a Carlos Portocarrero, por haberse negado a entregarle a éste voluntariamente la hacienda mencionada, el día 6 de mayo de 1942 y condenó al primero a pagarle al segundo los perjuicios que por tal hecho le ocasionó o pudo ocasionarle, cuyo importe debería fijarse en la ejecución del fallo.

En relación con esta condena, en la parte motiva de la sentencia se encuentra como única razón que le sirve de fundamento la siguiente: "Todo incumplimiento de un contrato ocasiona, en general, perjuicios y en este negocio existe principio de prueba de que el señor Carlos Portocarrero sí los ha tenido. A causa de la no entrega de la finca, se le han adelantado varios juicios de los cuales ha tenido que defenderse haciendo gastos de alguna entidad, dada la entidad de tales juicios".

Pinto fue el único apelante de esa sentencia, pues Portocarrero se conformó con ella, y como el Tribunal observara al revisarla que contenía una condenación en abstracto por perjuicios materiales, sin las bases para hacer la liquidación correspondiente, y sentando que ello constituía una deficiencia que debía enmendarse, las fijó así:

"a) Todos los gastos que la defensa judicial de los dos referidos pleitos que se siguen contra Portocarrero Carrizosa por la "Cooperativa de Empleados de Bogotá, Ltda", de todo orden, que se hubieren causado hasta la fecha de la presentación de la demanda que se falla;

"b) Todas las erogaciones pecuniarias que para Portocarrero Carrizosa se desprendieren y tuviere que hacer como efecto jurídico de tales dos acciones".

Las acciones de que allí se habla son éstas: un juicio ejecutivo en que se le exige a Portocarrero el pago de la suma de $ 20.000.00, estipulada como pena en la escritura de venta, por el hecho de la no entrega de la finca al vencimiento del plazo de los seis meses, y otro ordinario, en que a Portocarrero se le reclama indemnización de perjuicios motivados por el mismo hecho como fuente principal de la indemnización y cuya cuantía estimó el actor en $ 129.923.00.

Una simple comparación entre lo resuelto por la sentencia de primera instancia con lo decidido en la segunda sobre la materia en cuestión, convence sin lugar a dudas de que el sentenciador agravó la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia de primer grado, pues los perjuicios de que en ésta se habló como comprobados en principio y sufridos por Portocarrero son los "gastos de alguna entidad" que éste está haciendo para defenderse de los juicios propuestos por la Cooperativa, y en la sentencia de segundo grado, además de esos perjuicios, se incluyeron los de que trata el aparte b) del fallo, antes transcrito, y al proceder así el sentenciador quebrantó el derecho que al apelante le otorga el artículo 494 del C. J.

Sobre este tema ha dicho la Corte:

"La figura jurídica de la **reformatio in pejus** se halla expresamente reconocida en el artículo 494 del C. J. El superior que conoce por apelación de una providencia, sea mediante el procedimiento de la segunda instancia, o bien con las ritualidades previstas para los autos interlocutorios, tiene un límite que le impide enmendar la providencia objeto del recurso en el sentido de agravar la situación procesal adquirida por la parte apelante con la sentencia o el acto recurrido. Semejante reforma con agravación de las obligaciones impuestas al vencido cuando éste es el único apelante, es en sí imposible porque en la instancia de apelación, como en todas las demás fases del proceso civil, el objeto de éste lo determinan las

partes y, por lo tanto, el asunto es visto sólo en la extensión en que ellas lo solicitan". (Casación, XLVII, número 1943, noviembre 25 de 1938, página 418).

La prosperidad del cargo que se estudia, impone la casación parcial del fallo recurrido, a efecto de suprimir de éste lo decidido y resuelto sobre el tema de que se ha hablado y para dejar vigente al respecto la decisión proferida por el Juez de primera 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, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veintidós de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, la cual quedará así:

Primero: Declárase inexistente y no probada la excepción perentoria de contrato no cumplido propuesta por Alejandro Pinto.

Segundo: Confírmase la sentencia de primera instancia de fecha nueve de febrero de mil novecientos cuarenta y cuatro, dictada por el Juzgado 7º Civil del Circuito de Bogotá, en el presente negocio.

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.

Pedro Castillo Pineda–Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE SERVICIOS. — INCONGRUENCIA. — ALEGACION DE ERROR EN CASACION

1.—Es doctrina constante de la Corte la de que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser incongruente con lo pedido en la demanda.

2.—Ha dicho la Corte que cuando se alega error en la apreciación de las pruebas y aun llega a demostrarse, pero no se hace ver luego que tal error indujo a una violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente en casación que así procede se ha quedado en mitad del camino, su recurso no ha culminado y, por consiguiente, no puede prosperar. La tesis complementaria de ésta podría enunciarse así: cuando se acusa en casación una sentencia UNICAMENTE por violación directa de la ley sustantiva, se presupone que no hay cargos de error en la apreciación de las pruebas, pues si los hubiera, lo procedente sería alegar violación indirecta de la ley sustantiva por dicho error, ya que no es dable llegar al fin sin emplear los medios y recorrer el camino que a él conduce.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Surtido como está el trámite del recurso de casación en el presente negocio, procede la Corte a decidir, haciendo antes una breve historia del asunto.

Ramón Troncoso demandó en juicio ordinario ante el Juzgado Civil del Circuito de Bogotá a la sucesión ilíquida de Amelia Rodríguez viuda de Vergel para el pago de cuatro mil pesos ($ 4.000) por valor de servicios personales que dijo haberle prestado a la causante por más de siete años, "servicios consistentes en haberle administrado sus bienes y haberla representado en distintas actuaciones relacionadas con tal administración". Así dice el libelo.

Agotados los trámites de la primera instancia, el Juez dictó sentencia absolutoria. La parte esencial de los considerandos dice así:

"Como puede verse de todos los hechos sustentarios de la demanda, el señor Ramón Troncoso sostiene haber sido administrador de los bienes de la causante, durante un término mayor de siete años, y pide se le paguen sus honorarios por tal administración. Solamente se trajo por parte del actor, durante el término probatorio, como prueba, el testimonio de Josefina Ordóñez y Berta Latorre, quienes no declaran sobre hecho ninguno de donde pueda deducirse que el demandante tuviera el carácter de administrador que alega, pues no se ve la ejecución de ningún acto de representación de la señora Rodríguez de Troncoso (sic), pues el hecho de vigilar los arreglos de las casas y acompañar a la señora v. de Vergel a los veraneos, solamente indica que cumplía con los deberes de familiar de la señora de Vergel. No resulta, pues, que el demandante hubiera sido mandatario ni que hubiera tenido siquiera el carácter de agente oficioso.

"Faltando la comprobación de los hechos en que se funda la demanda, se impone absolver a la entidad demandada de todos los cargos que se le formulan y condenar en costas al actor".

Apelado este fallo, el Tribunal Superior de Bogotá lo confirmó previo el análisis de la prueba testimonial aducida por las dos partes. Las declaraciones favorables al actor son las dos a que se refiere la sentencia de primer grado; y en cuanto a la parte demandada, el sentenciador de segunda instancia dice que según los testimonios de Adelina Hernández y Juan de J. Ogliastri, unas casas que la señora de Vergel tenía en Bogotá estaban consignadas para su administración en agencias de arrendamiento, y otra casa situada en Bucaramanga la administraba el señor Ogliastri. También expresa el Tribunal que otras declarantes, Julia y Victoria Hernández, "aseguran que Ramón Troncoso vivía al lado de Amelia Rodríguez con su familiar (hermano), pero sin tener de ella empleo, oficio ni ocupación remunerada.

"Basta, dice el sentenciador, la lectura de la anterior prueba testimonial, única que figura en

el proceso, para concluír sin dificultad que el demandante no demostró el contrato de mandato remunerado cuya administración aduce como causa de pedir en la demanda, por lo que, sin más consideraciones, se estima que debe mantenerse la resolución absolutoria de primera instancia, sin costas para el apelante".

Contra este fallo del Tribunal, que confirmó el de primera instancia, interpuso casación el demandante.

El alegato de casación, después de transcribir la parte del libelo en que se narran los hechos presentados como base de la acción, invoca las causales de no estar la sentencia acorde con las pretensiones oportunamente deducidas por el actor, y de ser violatorias de la ley sustantiva, por infracción directa, o aplicación indebida, o interpretación errónea.

Sobre la primera de dichas causales no insiste la demanda de casación, pues en seguida de enunciarlas se refiere al dicho de las dos declarantes traídas al juicio por la parte actora para deducir de ellas que la señora Rodríguez de Vergel, no sólo en la época de su viudez sino aun en vida de su marido, "encomendaba la gestión de uno o más de sus negocios" a Troncoso, quien obraba, dice el señor abogado de éste, "por cuenta y riesgo de la mandante".

Agrega el recurrente que el mandato puede conferirse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente, o de cualquiera otro modo inteligible, y aun por la aquiescencia tácita de una persona para la gestión de sus negocios por otra; y que en el caso de que se trata "no sólo existía la aprobación tácita" de la mandante, sino además, orden o recomendación.

Señala como disposiciones violadas los artículos 2142, 2149, 2150 y 2156 del Código Civil porque, dice el apoderado, "los servicios prestados por el señor Troncoso no pueden estimarse como aquellos que familiarmente se exigen a los parientes o allegados, puesto que se trataba de servicios permanentes sobre administración de bienes, viajes fuera de la capital y dirección intelectual de los negocios de la mandante...".

Dice el recurrente que la sentencia viola también los artículos 2143 y 2184 del Código Civil porque en el presente caso el mandato debe estimarse como remunerado; y que viola los artículos 693 y siguientes del Código Judicial "que regulan el valor probatorio de los testimonios llevados al juicio".

Para resolver se considera:

Como sobre la causal 2ª de casación, incongruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes, nada explica el recurrente, no le es posible a la Corte entrar en el examen de aquéllas, pues no se sabe por qué aspecto o razón haya sido invocada. Por otra parte, la sentencia fue absolutoria de manera que no se ve cómo podría ser incongruente con la demanda. Debe, pues, pasarse al estudio de la causal 1ª.

Ya se dijo que la demanda de casación plantea contra la sentencia del Tribunal el cargo de violación de la ley sustantiva por infracción directa o aplicación indebida o interpretación errónea. No alega violación indirecta de la ley por error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas.

El recurrente parte de la base de que las dos declaraciones producidas por la parte actora establecen "claramente" la relación jurídica de mandante y mandatario entre la señora Amelia Rodríguez de Vergel y el señor Ramón Troncoso; y deduce de ahí que al negar el sentenciador la existencia de un contrato de mandato, el desempeño de éste por parte de Troncoso y el carácter de remunerado que a dicho contrato debe asignarse en el presente caso, se quebrantaron las disposiciones legales sustantivas que definen el mandato, indican la manera como puede hacerse el encargo que es objeto de él, establece la manera como puede perfeccionarse tal contrato, lo distinguen en gratuito y remunerado, y señalan como obligación del mandante pagar la remuneración estipulada o usual (artículos 2142, 2149, 2150, 2156, 2143 y 2184 del Código Civil).

La sentencia del Tribunal no contradice ninguno de los postulados que el Código Civil establece en las disposiciones que el recurrente señala como violadas por la sentencia. Tan sólo se apoya en la deficiencia de las pruebas traídas al juicio por el demandante.

Esto indica que no hubo violación directa de la ley sustantiva.

Y en cuanto a violación indirecta por error en la apreciación de las pruebas nada explica el recurrente quien, tanto en su demanda de casación como en el alegato oral de la audiencia pública, habla sobre el supuesto de que los hechos en que se funda están probados.

La Corte ha dicho que cuando se alega error en la apreciación de las pruebas y aun llega a demostrarse, pero no se hace ver luego que tal error indujo a una violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente en casación que así procede se ha quedado en mitad del camino, su recurso no ha culminado y, por consiguiente, no puede prosperar.

La tesis complementaria de ésta podría enunciarse así: cuando se acusa en casación una sentencia **únicamente** por violación directa de la ley sustantiva, se presupone que no hay cargos de error en la apreciación de las pruebas, pues si las hubiera, lo procedente sería alegar violación indirecta de la ley sustantiva por dicho error, ya que no es dable llegar al fin sin emplear los medios y recorrer el camino que a él conducen. De manera que en rigor no habría razón para confrontar, en el presente recurso, la apreciación que el Tribunal hizo de las pruebas, con las disposiciones legales sustantivas que el recurrente señala como violadas. Sin embargo, como el recurrente hace contra la sentencia el cargo de haber violado disposiciones sustantivas sobre estimación de las pruebas, la Sala considera sobre este aspecto del recurso lo siguiente: no se ve cómo, en el caso de que se trata, pudiera prosperar el cargo de error de derecho ni el de error evidente de hecho en la apreciación de las pruebas. "Finalmente, dice la demanda de casación, la sentencia que ha sido recurrida, viola también las disposiciones consignadas en los artículos 693 y siguientes del Código Judicial, que regulan el valor probatorio de los testimonios llevados al juicio"; y agrega que los dos testigos presentados por el actor son hábiles y concordantes, de manera que hacen plena prueba. Pero no entra el recurrente en el examen detallado de los testimonios que considera mal apreciados; y mucho menos indica el concepto en que, por esa apreciación, se violaron "los artículos 693 y siguientes del Código Jucial". Inadecuada manera de proponer en casación el cargo de haberse violado disposiciones legales sin individualizarlas ni explicar el por qué de la violación de cada una de ellas.

Como ya se dijo, las pruebas del actor recurrente consisten sólo en los testimonios de Josefina Ordóñez y Berta Latorre que, a la verdad, no detallan ni puntualizan hechos suficientemente demostrativos de que Troncoso hubiera representado en realidad a la señora de Vergel en uno o varios negocios o que hubiera llevado a cabo actos de aquellos que aun sin ser ejercicio de representación, sí sean de mandatario: haber acompañado a la señora de Vergel en viaje de salud o de veraneo y cuidado luego la casa de Bogotá en ausencia de ella, no son ciertamente hechos que impliquen mandato. El que señalan más concretamente es que "el señor Ramón Troncoso era quien veía de los arreglos de las casas" de que era dueña la señora Vergel. Pero no se sabe si apenas vigilaba la ejecución de los arreglos, ni cuáles eran éstos, ni cuándo ni en dónde se efectuaron, o si calificaba y recibía la obra ejecutada, ni si él era quien contrataba las reparaciones de las casas, evento éste último en el cual quizá hubiera podido decirse que se trataba de uno de aquellos actos contemplados como ejercicio del mandato por el artículo 2158 del Código Civil. Y aun en este caso habría sido preciso demostrar que Troncoso fue verdadero administrador, que se entendía con los inquilinos para colocar en arrendamiento las fincas, cobrar la renta, etc., etc., de nada de lo cual hablan las dos únicas declarantes de la parte actora.

Por el contrario, las pruebas que produjo el demandado muestran cómo las fincas que la señora de Vergel poseía en Bogotá eran administradas por agencias de arrendamientos; y la de Bucaramanga, por un señor Ogliastri.

El Código Civil prevé en su artículo 2147 que "la simple recomendación de negocios ajenos no es, en general, mandato"; deja al prudente arbitrio del Juez "decidir, según las circunstancias, si los términos de la recomendación envuelven mandato"; y dispone que, "en caso de duda se entenderá recomendación".

No prospera, pues, el recurso. Por tanto la Corte Suprema, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia absolutoria que el Tribunal Superior de Bogotá profirió con fecha diez de marzo del presente año en el presente juicio ordinario de Ramón Troncoso contra la sucesión de Amelia Rodríguez v. de Vergel sobre pago de unos servicios.

Sin costas.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL 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. en ppdad.

RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS DE DERECHO PUBLICO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE CAUSEN COMO CONSECUENCIA DE SU ADMINISTRACION DESCUIDADA O IMPRUDENTE

Es doctrina de la Corte la de que las entidades de dercho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de culpas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 C. C.) y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado. (Artículo 2341 ibidem).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Civil.—Bogotá, octubre 31 de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Por medio de apoderado y libelo de fecha 7 de julio de 1942, repartido al Juzgado 4º Civil de este Circuito, Cosme López demandó al Municipio de Bogotá, representado por su Personero, para que se le condenara a pagarle el valor de los perjuicios y daños que sufrió la casa de su propiedad, ubicada en el barrio de Egipto de esta ciudad, marcada con el Nº 12 de la calle 12, alinderada como allí se dice, a consecuencia de la inundación que se produjo el 12 de noviembre de 1940, por culpa o descuido del Municipio demandado, perjuicios que estima en la suma de $ 6.000,00, o en la cantidad que pericialmente se fije en el juicio, o en incidente separado.

La acción indemnizatoria se funda, en síntesis, en los siguientes hechos: el 12 de noviembre de 1940 la casa en referencia, de propiedad del demandante, sufrió una inundación de tal magnitud y violencia que la dejó completamente inhabitable y amenazando ruina porque uno de sus muros principales se cayó y los otros se desplomaron, agrietaron y desunieron. La inundación fue causada por el hecho de que el colector municipal, situado algunos metros hacia el oriente de la casa, se rompió u obstruyó y desbordó a consecuencia del mal estado y descuidada conservación del colector, por lo cual las aguas se precipitaron sobre el edificio de López produciendo las desastrosas consecuencias precitadas. Con anterioridad a la fecha de la inundación la casa se hallaba habitada y en perfecto buen estado.

Con la oposición del Personero Municipal, quien negó los hechos fundamentales de la demanda, se surtió el primer grado del juicio que terminó con la sentencia de 2 de marzo de 1944, totalmente absolutoria por razones de personería.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior de este Distrito Judicial, al término de la segunda instancia a que dio lugar la apelación del actor, en sentencia de 21 de abril de 1945, revocó la apelada y en su lugar condenó al Municipio demandado, como civilmente responsable de los perjuicios patrimoniales referidos, a pagar al demandante su indemnización en la cuantía que se fije de acuerdo con el artículo 553 del C. J., teniendo en cuenta las bases estimativas indicadas en la parte motiva. Sin costas.

En su exposición de motivos recuerda el Tribunal los fundamentos de doctrina y jurisprudencia que establecen la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho público por los daños que causen como consecuencia de su administración descuidada o imprudente, hace el estudio probatorio del proceso especialmente de los peritajes producidos y saca la conclusión de que en este caso están suficientemente demostrados el hecho culposo y la realidad del daño, por él determinado.

La imputación de la culpa la destaca la sentencia en este párrafo: "La conducta del Municipio, en el caso presente, examinada a la luz de la probanza que se acaba de examinar, puede calificarse de descuidada y negligente, puesto que, si bien el colector fue construído de manera que fuera capaz de recibir el agua de los terrenos ad-

acentes, las obras de defensa y conservación del ismo fueron inadecuadas, insuficientes e inútiles, ara defender el mismo colector de las piedras basuras que el agua arrastra en el caso de cre- entes debidas a fuertes aguaceros, y, además, de er insuficientes e inadecuadas, fueron descuida- as en tal forma que permitieron la obstrucción el colector, siendo esta la causa principal y di- ecta de la inundación de que da cuenta el proce- o; así, pues, el Municipio obró con descuido y negligencia, como en iguales circunstancias no hu- biera procedido persona prudente y diligente, de donde puede deducirse que el Municipio incurrió en culpa, por descuido de sus empleados, y con- secuencialmente que ha de responder..."

En punto a causalidad del daño y su realidad la prueba aducida por el actor es completa en concepto del sentenciador, al extremo que le permite afirmar que "sin la obstrucción del colector de que habló, no había ocurrido la inundación que causó los perjuicios cuya reparación pide el demandante".

En lo que respecta a la cuantía de la indemnización estimó el Tribunal que la prueba de peritos producida al efecto, a pesar de su uniformidad no podía considerarse debidamente fundada por carencia de explicaciones y razones del dictamen, por lo cual concluyó que la condena a indemnizar debía hacerse en abstracto para que por el procedimiento del artículo 553 del C. J., se fijara su monto sobre las bases que indicó.

El recurso

Ambas partes interpusieron el recurso de casación que hoy se decide. Separadamente se consideran las dos demandas, comenzando, por razón lógica, por la del Municipio que se dirige contra la base sustentatoria de la condena.

Recurso de la parte demandada

El Procurador Delegado en lo Civil, en representación del Municipio demandado, con base en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., formula contra la sentencia los cargos que a continuación se enuncian compendiadamente, en el mismo orden que los trae la demanda.

a) Infracción directa e interpretación errónea del artículo 2357 del C. C., porque estando demostrado en los autos que el demandante se expuso imprudentemente al daño que sufrió, el Tribunal dejó de aplicar el citado texto legal que le ordenaba hacer una reducción en la apreciación del daño. Se hace consistir la pretendida culpa concurrente de la víctima en "que el propio demandante expuso imprudentemente su edificación al deterioro que sufrió por la causa de la inundación por la deficiencia y peligrosa construcción e inadecuada ubicación de su casa, ya que por estar colocada en un plano inferior hizo posible que las aguas entraran por su puerta y ventanas, y por estar construída en su mayor parte de adobe "que es muy poco resistente a la acción del agua y que al humedecerse se ablanda..." Agrega el Procurador, después de una breve transcripción del fallo, que "el H. Tribunal encontró demostrada la concurrencia de culpas, o lo que es lo mismo, halló probado el hecho de que el demandante se expuso imprudentemente a los daños ocasionados".

b) Infracción directa por aplicación indebida e interpretación errónea de los artículos 2341 y 2356 del C. C. "La Procuraduría encuentra erradas las afirmaciones de la sentencia sobre culpa del demandado y considera que el Municipio de Bogotá no incurrió en la culpa que se le imputa porque construyó una alcantarilla o colector con perfecta técnica y de capacidad muy superior a la necesaria para evacuar las aguas que afluyen a ella, cualquiera que sea la intensidad del aguacero, y construyó además obras de defensa a la entrada de las aguas en la tubería a efecto de impedir el paso de basuras, arenas y piedras. Tratándose en este caso de responsabilidad indirecta del Municipio por el hecho de sus empleados que permitió el desbordamiento de las aguas del colector y la consiguiente inundación destructora, la construcción de las referidas obras es prueba de diligencia y cuidado por parte del Municipio, suficiente para descargarlo de cualquier culpa. "De acuerdo con estas disposiciones (2347 y 2349, C. C.), la persona moral se liberta de la presunción de culpa que pesa sobre ella probando haber empleado la autoridad y el cuidado del caso". Estima la Procuraduría que las personas morales sólo pueden responder por el hecho ajeno, y jamás por el hecho propio, ya que por su naturaleza misma están impedidas para obrar personal y directamente y siempre tienen que actuar por intermedio o por conducto de una persona natural".

Considera la Sala:

a) Perfectamente podría rechazarse el primer cargo por descaminado dentro del tecnicismo legal del recurso de casación, pues siendo siempre por su propia naturaleza una cuestión de hecho,

esto es, procesalmente probatoria, la concurrencia de culpas que prevé y gobierna el art. 2537 del C. C., la acusación que se enderece a impedir la reducción en la apreciación del daño, por haber sido aplicado, o la que persiga alcanzar esa reducción porque el sentenciador no creyó procedente su aplicación, deberá hacerse por violación indirecta a consecuencia de errónea estimación o falta de estimación de las pruebas sobre el particular, y no por infracción directa. Sin embargo, son de tal naturaleza las circunstancias y hechos en que se quiere ver un error en la conducta del damnificado para mermarle su derecho a la reparación, que la Sala no quiere dejar la consideración del cargo sin decir que carece de todo fundamento apreciable. Quizá sea ingenioso pero es seguramente injurídico pretender hallar la culpa en el hecho de que una casa de muchos años, que por efecto de obras de drenaje municipal llegó a ocupar un plano inferior al de la calzada, no haya resistido indemne una inundación que derribó muros y entró por puertas y ventanas alcanzando niveles cercanos al metro dentro de las habitaciones. No tratándose de una edificación acuática resulta impertinente todo estudio sobre resistencia de materiales a la licuefacción. Es que no puede dejar de tenerse en cuenta la naturaleza y destino de las cosas sin correr el riesgo de plantear situaciones ilógicas en la discriminación y análisis causal que es indispensable hacer en el estudio jurídico de los hechos aducidos como fuente de una responsabilidad por culpa aquiliana.

La transcripción del aparte correspondiente de la sentencia es la mejor forma de contradecir la afirmación que hace el recurrente de que el Tribunal encontró demostrada la concurrencia de culpas. "Pudo suceder —dice el fallo— que existieran causas concomitantes a la expresada, verbi gracia, la menor altura del piso de la casa del doctor Cosme López, en relación con el piso de la calle 12, constatada por el perito doctor Serna. Empero, sin la obstrucción del colector, de que se habló, no habría ocurrido la inundación que causó los perjuicios cuya reparación pide el demandante".

b) También hay que advertir, al comenzar la consideración de este segundo cargo, que tratándose de un error de conducta deducido de un análisis probatorio, no basta dentro de la preceptiva del recurso, la simple afirmación de que se encuentran equivocadas las conclusiones de la sentencia en materia de culpa; es indispensable alegar y demostrar errores de apreciación probatoria inductivos de quebranto legal con cita precisa y concreta de las pruebas que se consideren mal apreciadas.

Prescindiendo de este mal planteamiento de la acusación, tampoco se le halla fundamento al cargo. De que el Procurador destaque, sobre el mérito de los peritajes realizados, que el colector llenaba los requisitos técnicos porque tenía capacidad más que suficiente para evacuar las aguas que a él afluyeran y que se hicieron obras de defensa, nada se deduce contra la legalidad y fundamentos de la sentencia, porque la culpa, como se vio al sintetizar el fallo, no se vincula a defectos de construcción ni capacidad del colector ni a falta de obras defensivas, sino que éstas y las de conservación del colector "fueron inadecuadas, insuficientes e inútiles para defender el mismo colector de las piedras y basuras que el agua arrastra en el caso de crecientes debidas a fuertes aguaceros, y además de ser insuficientes e inadecuadas fueron descuidadas en tal forma que permitieron la obstrucción del colector....". Y contra este preciso y exclusivo fundamento ningún cargo se dirige.

El derecho cuya eficacia se ha buscado con este litigio es el que en general corresponde a los ciudadanos contra el Estado para que les sean reparados los daños que se les hayan causado como consecuencia de un descuidado o inadecuado funcionamiento de un servicio público. El caso de responsabilidad de que aquí se trata se basa en culpa directa imputada al Municipio y alegada y probada completamente por la víctima del daño, de tal modo que el planteamiento de la cuestión jurídica en el proceso y en su fallo nada tiene que ver con presunciones de culpa ni con los preceptos que gobiernan la responsabilidad civil por el hecho ajeno. Respecto de la naturaleza que corresponde a esta responsabilidad del Estado ha dicho la Corte: "Las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de culpas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 C. C.) y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado (artículo 2341 ibídem). Se ha llegado generalmente a admitir la responsabili-

dad de las personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnización de perjuicios. Esta teoría basada en la culpa **in eligendo** y en la **in vigilando** ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otra que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia o cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir al responsable que la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348, y 2349 del C. C.), no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de la autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en realidad establecer dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión". (G. J. Tomo XLVIII, pág. 656).

No prospera, por lo dicho, ninguno de los cargos formulados por el demandado contra la sentencia del Tribunal.

Recurso de la parte demandante

Se reducen las pretensiones de este recurrente a obtener la casación parcial de la sentencia en cuanto dejó la determinación de la cuantía indemnizatoria para el tiempo del cumplimiento del fallo de acuerdo con el artículo 553 del C. J., para que de una vez sea fijada sobre la base probatoria que el proceso ofrece.

Y con esta finalidad, apoyado en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., acusa la sentencia de ser violatoria de los artículos 721 y 722 del C. J., cuya violación llevó al Tribunal a la infracción del artículo 2356 del C. C., por no haberlo aplicado en toda su integridad... Acuso también el fallo —añade el recurrente— por no haber el Tribunal aplicado los artículos 662, 664 y 667 del C. J., con lo cual se violó nuevamente y en el sentido indicado el artículo 2356 del C. C." Considera el recurrente que es equivocado el concepto del Tribunal sobre que el dictamen pericial producido para avaluar los perjuicios (daño emergente y lucro cesante) no estaba debidamente fundamentado, por lo cual le negó el mérito de prueba completa, y para demostrarlo hace algunas consideraciones críticas sobre el mérito del experticio y concluye: "El error del Tribunal consiste, a mi modo de ver, en que confunde un dictamen fundamentado con un dictamen detallado.... En el caso de autos, se trata de un experticio dado por dos ingenieros, por peritos unánimes, que conceptuaron sobre hechos sujetos a sus sentidos y dictaminaron según su profesión o arte". Por lo que hace al lucro cesante considera el recurrente que el Tribunal erró de hecho al estimar la prueba mencionada, porque aunque halló fundada la estimación partió de la base inexacta de que la casa había sido reparada después de la inundación...". Se debía pues presumir —dice— que esa casa deteriorada y casi arruinada, estaba, como está, en el mismo estado, a menos de prueba en contrario. Pero sin existir esa prueba y desconociendo esa presunción, el Tribunal concluyó que había sido reparada e incurrió en esto en un manifiesto error de hecho puesto que dio por probado un hecho contrario a la evidencia de los autos. El Tribunal, en la hipótesis de que la casa no haya sido reparada, hipótesis que no es tal, porque es una evidencia legal, porque es una realidad, puesto que la casa está destruída, da como base para fijar el monto del lucro cesante el tiempo razonable que hubieran requerido las reparaciones a la casa".

Se considera:

Al apreciar el sentenciador la prueba de peritos avaluadores del daño consideró que la simple expresión, usada en el dictamen, de "calculando la suma de dinero necesaria para la restauración de la casa", sin especificación ninguna, no era una fundamentación debida y suficiente sobre la cuantía del daño emergente. En relación con el lucro cesante, dijo: "Al respecto la motivación y explicación que dan los peritos sería satisfactoria para aceptar la suma fijada por ellos como canon mensual de arrendamiento, aunque ellos no determinaron suma alguna mensual correspondiente a gastos de administración, conservación y reparación del inmueble a que se refieren; pero acontece que tampoco determinaron la fecha hasta la cual debe extenderse la indemnización, es

decir, la época en que, reparada la casa, volvió a ser productiva para su propietario, quedando así indefinida la duración del perjuicio por concepto de lucro cesante, el que, por la misma razón, no pudieron expresar en guarismo alguno determinado o determinable, que pudiera ser acogido por el Tribunal...". Y por esto, en las bases que dio para el justiprecio, contempló las dos posibilidades: la de que la casa fue reparada y la de que no lo ha sido aún, para reducir el lucro cesante en este último evento al tiempo razonable que hubieran requerido las reparaciones.

Ninguna ilegalidad advierte la Sala en esta estimación del mérito probatorio de la prueba pericial y no encuentra demostrado en los razonamientos de la demanda de casación el error de hecho o de derecho indispensables para hacer posible su desprecio por la Corte. Muchos son los fallos en que se ha dicho que "en el artículo 721 del C. J. no se establece la imperativa aceptación mecánica por parte del Juez del dictamen uniforme de los peritos sobre un avalúo o sobre cualquier regulación en cifra numérica con la sola condición de estar explicado y fundamentado, sino que es indispensable que esté **debidamente fundamentado.** En la apreciación de esta última condición, que es la esencial de la prueba pericial, es donde tiene oportunidad y manera de ejercitarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidir si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades del dictamen corresponde exclusivamente al Juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos". (G. J., T. XLVI, pág. 422).

Esto es por lo que hace al artículo 721 del C. J. El 722 está impertinentemente citado con ocasión de avalúo pericial. Pero acontece además que el artículo 2356 del C. C., que es la disposición sustantiva que se cita como indirectamente infringida, no establece nada en relación con el monto líquido o ilíquido de las indemnizaciones ni sobre la manera de proferir las condenas en concreto o **in genere.** Consagra esta disposición la norma objetiva de que por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta, y la sentencia condena al Municipio, como civilmente responsable, a pagar al demandante la indemnización de los perjuicios.

El error de hecho que se le imputa al Tribunal sobre la creencia, de que en las bases para la evaluación del daño partió de la verdad de que la casa estaba reparada, cae por su base al ver que la sentencia no afirma tal cosa, sino que, para dar comienzo y remate a la época durante la cual debía deducirse el lucro cesante, contempló, a falta de prueba procesal al respecto, las dos posibles hipótesis: que lo fuera o no.

Las consideraciones que tanto el demandante como el representante del Municipio dedican a la crítica de las bases señaladas en la sentencia para ser tenidas en cuenta al justipreciar el monto de la indemnización, no dan asidero, por la forma como se plantean y vinculan a los artículos 2341 y 2356 del C. C., para deducir ningún reparo de ilegalidad a tales pasajes del fallo recurrido, en los que la Sala no ve sino el esfuerzo del sentenciador para ajustar la condena al principio esencial de que la indemnización debe conformarse a las dimensiones naturales del daño y no debe comprender nada que por depender exclusivamente de la voluntad del demandante, pueda significar un aprovechamiento del suceso para lucrar.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 21 de abril de 1945, materia de este recurso de casación.

No hay lugar a condena 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, Srio.

INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DE LA LEY 45 DE 1936, SOBRE FILIACION NATURAL

Es errada la opinión consistente en afirmar que el Ministerio Público es siempre parte en todos los juicios sobre filiación natural, pues cada una de las tres personas que menciona el artículo 12 puede intervenir en esa clase de juicios, pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente. Si la acción se ejerce por quien ejerce la patria potestad no puede tomar parte entidad o persona que haya cuidado de la crianza o de la educación del menor o viceversa, pues las primeras excluyen a las segundas, como excluyen al Ministerio Público. No se explica la presencia de dos representantes de una persona en un juicio y menos aun de tres. El inciso 2º confirma esta interpretación puesto que exige que sea un abogado titulado quien instaure las demandas, menos cuando las siga el Ministerio Público. Esto demuestra que hay casos en que el Ministerio Público inicia los juicios y casos en que no. En los casos en que los inicia y sigue, es naturalmente parte. En los demás no.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En el presente juicio instaurado contra los herederos y sucesores de Jorge Villamizar, por Teresa Grillo, en nombre y representación del menor Jorge Grillo, su hijo, para que se declare que éste es hijo natural de Villamizar, las dos partes, demandante y demandada, interpusieron el recurso de casación ante la Corte. Presentada la respectiva demanda por la parte recurrente demandante, el señor procurador delegado en lo civil, a quien no se le había oído en la sustanciación del recurso, elevó una solicitud encaminada a que se le tenga como parte en el juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 12 de la ley 45 de 1936.

Esta solicitud fue negada por el ponente, en auto razonado del 24 de agosto último, que junto con el de 10 de septiembre siguiente, han venido al resto de la Sala con el fin de que se decidan los recursos de súplica interpuestos.

La misma solicitud que ahora hace el señor procurador, ya ha sido negada otras veces por la Sala, que de manera unánime y extensa, ha fijado el alcance del artículo 12 de la ley 45 de 1936, sobre filiación natural.

La simple lectura del primer inciso de este artículo sin un detenido examen, ha llevado al señor procurador a sostener la tesis que propugna en éste y en otros juicios, en el sentido de que el ministerio público es siempre parte en todos los juicios sobre reconocimiento de la filiación natural. Esta conclusión es errada. El texto se interpreta de otra manera. Cada una de las tres personas que menciona el artículo 12 puede intervenir en esa clase de juicios pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente. Si la acción se ejerce por quien ejerce la patria potestad no puede tomar parte entidad o persona que haya cuidado de la crianza o de la educación del menor o viceversa, pues las primeras excluyen a las segundas, como excluyen al ministerio público. No se explica la presencia de dos representantes de una persona en un juicio y menos aún de tres. El inciso 2º confirma esta interpretación puesto que exige que sea un abogado titulado quien instaure las demandas, menos cuando las siga el ministerio público. Demuestra esto que hay casos en que el ministerio público es quien inicia los juicios y casos en que no. En los casos en que los inicia y sigue, es naturalmente parte. Es impertinente el argumento del señor procurador de que el inciso 2º del artículo 12 está implícitamente derogado por el artículo 40 de la constitución nacional, pues aun en la hipótesis de que lo estuviera, la derogatoria no ha podido borrar la idea del legislador de que el inciso primero del artículo 12, en cuanto hace parte el ministerio público en los juicios de filiación, está ilustrada, explicada o aclarada en el inciso segundo.

Además, las razones que da el ponente, y que en gracia de la brevedad no se reproducen, convencen hasta la saciedad de que la doctrina de la Corte sobre el alcance de la intervención del ministerio público en los juicios de filiación natural, debe mantenerse.

El auto de 10 de septiembre está suplicado por el apoderado de doña Teresa Grillo. Dispuso allí el ponente que, no en el sentido de **parte,** sino "como interventor social para asegurar y vigilar el adecuado cumplimiento de la ley, ya en amparo del hijo o en guarda de los intereses sociales", se le podía dar ingerencia en este juicio al señor procurador" en forma de traslado posterior a los que corresponden legalmente a las partes en el recurso, a fin de conocer el concepto del ministerio público, como personero de los intereses sociales sobre la forma y condiciones en que se ha desarrollado el debate jurídico".

El resto de la Sala no comparte la idea que propone el magistrado ponente. Porque una de dos: o el agente del ministerio público tiene la calidad legal de **parte** en todos los juicios de filiación, o no la tiene; si se sostiene lo segundo, ¿a qué correrle un traslado al ministerio público en un juicio entre particulares, en que él no puede hacer ninguna solicitud, ni allegar pruebas, ni interponer recursos?

Los juicios en que por razones de interés social o de amparo a los incapaces, tiene intervención el ministerio público, están limitativamente señalados en la ley. Así en los juicios de nulidad de matrimonio civil y divorcio —artículo 783— las licencias judiciales para enajenar bienes de menores —artículo 812—, la interdicción judicial del demente o sordomudo —artículo 820—, el juicio sobre remoción del tutor o curador —artículo 828—, etc., está previsto que intervenga el ministerio público. Y es que esa intervención debe dimanar de una autorización expresa, como quiera que en los juicios o procedimientos judiciales no caben más fórmulas que las legales.

Sosteniéndose que el artículo 12 de la ley 46 de 1936 no es una autorización a que el ministerio público intervenga en los juicios de filiación natural, parece que la consecuencia lógica es la de que ese funcionario debe ser enteramente ajeno a las acciones que él no ha promovido, según el pensamiento de la Corte.

Por lo expuesto la Sala resuelve:

1º Confírmase el auto suplicado del 24 de agosto, dictado por el ponente; y

2º Revócase el auto suplicado de 10 de septiembre, en cuanto allí se dispuso oír en traslado final al señor procurador.

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 FILIA CION NATURAL

Por unanimidad ha decidido últimamente la Corte, abrogando su anterior doctrina, que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél. Rectificó así la Corte la anterior jurisprudencia que a partir de la sentencia del 26 de abril de 1940 había sostenido en varias sentencias, acordadas siempre con votos disidentes, de que muerto el padre no era viable la acción de filiación natural.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

El doctor Juan Pupo Villa, con poder especial otorgado por la señora Paulina Ruiz, representante legal de su hijo natural el menor Luis Eugenio Bossio Ruiz, instauró demanda contra los señores Julián Bossio y Matea Ramos de Bossio, padres del señor Jesús M. Bossio Ramos, para que mediante los trámites del juicio ordinario y en virtud de las acciones acumuladas de filiación natural y de petición de herencia, se declarase que el menor Luis Eugenio es hijo natural del difunto Jesús M. Bossio; que como tal es heredero de su padre natural, y que en consecuencia tiene derecho a que se le restituya la totalidad de los bienes de su difunto padre, ocupada actualmente en su integridad por los demandados.

La acción la fundamentó principalmente en lo dispuesto en los artículos 1º, 4º, 6º, 7º. 19 y 20 de la Ley 45 de 1936 y concordantes del Código Civil.

Los demandados, hablando por medio de apoderado, negaron los hechos y el derecho que le sirven de base a la acción y una vez agotada la tramitación de ésta el Juzgado 2º Civil del Circuito de Cartagena, que era el del conocimiento, la decidió en sentencia de 18 de febrero de 1944, por la cual declaró probadas las excepciones de carencia de acción para demandar, carencia de personería sustantiva de los demandados; carencia de acción para impugnar la legitimación y prescripción, y como consecuencia absolvió a los demandados de los cargos de la demanda, sin costas.

La apelación de la parte actora llevó el juicio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, el que le puso fin a la segunda instancia del pleito en fallo de 5 de febrero de 1945, por el cual confirmó el apelado, declarando probada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, sin costas.

Interpretando lo dispuesto en los artículos 403 del Código Civil y 7º de la Ley 45 de 1936, y siguiendo la antigua doctrina de la Corte sobre el particular, el Tribunal expuso como única fundamentación de su providencia la razón de que en el presente juicio figuran como demandadas personas distintas del pretendido padre, único contra quien es posible dirigir —en su condición de legítimo contradictor— una acción de esta naturaleza y que ello determinaba la existencia de la excepción perentoria de falta de personería sustantiva del demandado.

El apoderado del actor interpuso recurso de casación el que por estar debidamente preparado se procede a decidir.

Con fundamento en el primer motivo de casación señalado en el artículo 520 del Código Judicial el recurrente acusa la sentencia como violatoria de ley sustantiva contenida en los artículos 7º de la Ley 45 de 1936, 403 y 1155 del Código Civil, y después de exponer las razones de su acusación concreta el cargo así:

"Al reconocer la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva de la parte demandada, el Tribunal violó, por interpretación errónea y por aplicación indebida al caso del pleito, el artículo 403 del código civil, el cual sólo es aplicable a los fallos especiales de que tratan los artículos 401 y 402 del mismo código, y no a aquellos a que se refieren los artículos 17 del citado código y 473 y 474 del judicial. Violó también, por aplicación indebida al caso de autos, el artículo 7 de la Ley 45 de 1936, en cuanto dispone que las reglas relativas a la institución del legítimo con-

tradictor (artículos 401 y siguientes del código civil) rigen en materia de filiación natural; porque no pretendiendo la parte actora obtener mediante este juicio un fallo de efectos **erga omnes,** tampoco era el caso de aplicar el citado artículo 7. Y debido a las violaciones de la ley anteriormente indicadas, el Tribunal violó, por infracción directa, el artículo 1155 del código civil, en cuanto dispone que los herederos representan al causante en todos sus derechos y obligaciones transmisibles; porque, no prescribiendo la acción del hijo por el hecho de morir el padre, los herederos de éste, continuadores de su persona, deben afrontar esa acción".

Se considera:

El cargo es fundado. Ya esta misma Sala de la Corte, en sentencia de 1º de octubre del año próximo pasado, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL se pronunció por unanimidad de votos en el sentido de que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél, rectificando así la anterior jurisprudencia, que a partir de la sentencia de 26 de abril de 1940 había sostenido en varias sentencias, acordadas siempre con votos disidentes, de que muerto el padre no era viable la acción de filiación natural.

De la referida sentencia de 1º de octubre se reproducen y acogen como fundamento de la que ahora se profiere las siguientes razones y conclusiones:

"a) Los artículos 401 a 404 del código civil que no pueden tomarse aisladamente unos de otros, ni desvincularse de las acciones de impugnación de la paternidad legítima y de la maternidad, correspondientes al padre, o la madre, o a terceros, según la organización que a esas acciones se les da en el mismo estatuto, ni las acciones sobre declaración de la paternidad o maternidad legítima, correspondientes al hijo, establecen legislativamente el sistema de los legítimos contradictores, cuyo objeto es proveer, en algunos casos de esas acciones, excepciones a la regla general de derecho positivo sobre el alcance relativo de las sentencias judiciales.

"b) Sobre este alcance de los artículos mencionados nunca hubo la menor duda en la doctrina de todos los comentadores del código de Chile y del código colombiano, tanto antiguos como modernos, estatutos en que son idénticas esas disposiciones.

"c) Los antecedentes del inciso 2º del artículo 317 del código de Chile, correspondiente al 403 del colombiano, y el modo armónico como se hace patente que debe operar ese mandato en las acciones de filiación, especialmente en materia de disputas sobre la maternidad, acredita incontrovertiblemente que cuando el inciso dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", lejos está de significar que con el deceso del padre muere la acción del hijo para reclamar su filiación, o la acción del padre o de la madre, para discutir su calidad de tales, pues si se le diera ese significado se derrumbaría toda la estructura legal de las diferentes acciones de filiación, tan científicamente ordenadas en el código civil".

"d) De consiguiente, incrustada la noción de legítimo contradictor en las acciones sobre declaración de la filiación natural, creadas en la ley 45 de 1936, es forzoso aplicarla en ese nuevo campo con el mismo sentido que posee en las acciones de filiación legítima, que como se ha visto, no es de privar al hijo del derecho de reclamar su verdadero estado por la muerte del padre, sino el de diferenciar los casos en que la sentencia tiene efectos **erga omnes** de los en que tan sólo tiene efectos relativos.

"f) Aceptado, como está de modo unánime, inclusive por las anteriores sentencias de la Sala, que la ley 45 de 1936 apenas responde a elevados requerimientos de justicia social, al otorgar al hijo natural el derecho de demandar al padre para que con su audiencia se declare su calidad de tal, la misma justicia exige todavía con mayor apremio, que la muerte del padre no prive de la acción al hijo contra sus herederos. Porque si así fuera, quedarían despojados de ese derecho además de los póstumos aquellos hijos naturales que por haber recibido del padre, en vida, la protección adecuada se sintieron cohibidos para demandarlo por un sentimiento natural de respeto y de gratitud. Conclusión que la Sala encuentra reñida con la equidad, la moral y la justicia.

"g) Como el artículo 4º, de la Ley 45 de 1936 crea una acción excepcional de investigación de la paternidad natural, basada en hechos limitados que exigen una previa calificación judicial en sentencia a que haya procedido el más amplio debate contradictorio entre el hijo y el pretendido padre o sus herederos, es gravemente equivocado sostener que una tal calificación pueda intentarse

por vía sumaria, por ejemplo, en el juicio de sucesión.

"h) Dada la complejidad que entrañan los cinco hechos que autorizan la investiagción de la paternidad natural; se impone el rigor para apreciar y dar por establecidos esos hechos especialmente cuando tiene cabida la prueba testimonial".

Refiriéndose al artículo 403, en cuanto dispone que "siempre que en la cuestión esté comprometida la paternidad del hijo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio so pena de nulidad", cláusula que fue la piedra angular en que reposó la jurisprudencia derogada, dijo la Sala:

"Significado de esta prescripción.

"La tesis absolutista que se está combatiendo toma pie en el contenido de la anterior prescripción con que termina el artículo 403, en el cual se cree ver la privación de las acciones de estado sobre filiación paterna si no se dirigen personalmente contra el padre.

"Claro que la cláusula tomada aisladamente, desvinculada de sus antecedentes, y aplicada en forma mecánica, sin parar mientes en el engranaje de la institución a que pertenece, es definitiva en el sentido de que son inválidos los juicios seguidos entre personas que no sean las enumeradas en la primera parte del artículo.

Pero ese no es el sentido de la cláusula, pues si así fuera quedarían sobrando en el código civil las acciones de impugnación de la paternidad y de desconocimiento de la maternidad que se otorgan después de muerto el padre o la madre y de las cuales ya se habló; e igualmente habría que dar por inexistente el artículo 406, que dice: "Ni prescripción ni fallo alguno, entre **cualesquiera otras personas que se haya pronunciado** podrá oponerse a quien se presente como verdadero padre o madre del que pasa por hijo de otros, o como verdadero hijo del padre o de la madre que le desconoce". Es decir, sea que el fallo se haya pronunciado entre legítimos contradictores, o entre personas que no son legítimos contradictores entre sí, no puede oponerse a quien se presente en las condiciones de la disposición.

"Entonces la cláusula significa cosa distinta de la que se le atribuye. ¿Pero cuál será su verdadero alcance?

"Muy fácil de determinar. Opera principalmente la disposición en las disputas sobre maternidad. Fue consagrada en atención a esa clase de controversias de las cuales sin discutirse directamente sobre la paternidad, esta cuestión, sin embargo, también está comprometida; como cuando viviendo el marido se discute la maternidad del hijo, pues si la mujer no es la verdadera madre, el marido no será tampoco el padre legítimo, y, al contrario, declarada la maternidad, el marido será el padre en virtud de la regla **pater is est...**"

"En estos casos debe intervenir el marido forzosamente en el juicio, claro que estando vivo, pues si está muerto no hay sujeto a quién hacer intervenir; además de que las respectivas acciones no están condicionadas a la vida del marido, pues vuelve a repetirse que si ello fuera así habría que borrar los títulos 10 y 18 del código civil, y el artículo 406.

"Ilustra mucho el alcance de la cláusula en comentario la historia del establecimiento de la correspondiente disposición del código de Chile.

"En el primitivo proyecto de don Andrés Bello el artículo 317 estaba redactado así: "Legítimo contradictor en la cuestión de paternidad es el padre contra el hijo, o el hijo contra el padre, y en la cuestión de maternidad el hijo contra la madre, o la madre contra el hijo.

"Por consiguiente, si el hijo ha obtenido contra la madre un falio que lo declara legítimo, no obstará este fallo al padre o a sus herederos; y si otra persona que el hijo ha obtenido contra el padre o sus herederos un fallo que declara la ilegitimidad del hijo, no obstará este fallo al hijo o a sus herederos".

"Después en nuevo proyecto se cambió así la redacción de la segunda parte del artículo: 'Pero si se disputa la maternidad del hijo legítimo, deberá el padre intervenir forzosamente en el juicio, so pena de nulidad'.

"Por último, dicha parte se aprobó según el texto legal.

"De estos antecedentes aparece nítidamente:

"a) En primer lugar aclarado que el pensamiento de don Andrés Bello, acerca de la noción de legítimo contradictor definida en los artículos 401 a 403, coincide con la que se da en este fallo, que es la misma que han explicado sin ninguna excepción todos los comentadores de los códigos de Chile y Colombia. La idea de Bello aparece clara en la redacción del primer proyecto; y

"b) Que la segunda parte del artículo 403 está consagrada principalmente en consideración a las acciones sobre maternidad disputada, ya que en las acciones de impugnación y reconocimiento de

la paternidad carece por regla general de aplicación debido a que en vida del padre sólo a éste pertenece el derecho de impugnar, salvo la excepción apuntada de declaración de nulidad del matrimonio, (artículo 220, inciso 3º), en que la acción se da tambien a "cualquier persona que tenga interés actual en ello".

"Por lo tanto, en función del artículo 403, el padre, mientras viva, deberá intervenir **forzosamente** en el juicio, so pena de nulidad;

"1º Cuando algún interesado, distinto del padre, provoque contra el hijo la acción de impugnación de su legitimidad, por haber nacido después de expirados los trescientos días subsiguientes a la declaración de nulidad del matrimonio, apoyado en el artículo 220. Fuera de este caso no se ve posible la aplicación de la comentada regla del artículo 403, en las acciones de impugnación de la paternidad.

"2º Cuando la supuesta madre, pretendiendo probar la suplantación del hijo, se dirige contra el supuesto hijo para impugnar la maternidad, según el derecho consagrado en el artículo 335, inciso 1º.

"3º Cuando el hijo que pasa por legítimo de dos cónyuges determinados lo es de un matrimonio distinto, los verdaderos padres pueden seguir el juicio disputando la maternidad, según el inciso 2º, ibidem. En este caso el juicio se seguirá, como es natural, contra la señalada madre supuesta; y por aplicación del artículo 403, el marido de ésta que será el supuesto padre, tiene que llamársele al juicio, porque junto con la maternidad está comprometida también la cuestión de su paternidad.

"4º Mientras los supuestos padres vivan ambos, ninguno de sus presuntos herederos tienen acción para impugnar la maternidad, aunque tengan conocimiento del fraude. Pero si muere la madre, heredarían, por ejemplo sus hermanos, a no ser por la existencia del supuesto hijo, que les arrebata la herencia; por lo cual entonces los hermanos pueden disputar la maternidad, según el artículo 337, con el objeto de que aclarado que no ha habido tal hijo, recoger la herencia de la supuesta madre. Por aplicación del inciso 2º del artículo 403 aquí también tendría que hacerse intervenir al supuesto padre en el pleito so pena de nulidad.

"Fuera de los anteriores pueden presentarse otros casos dada la complejidad y variedad de acciones sobre maternidad. Pero los enumerados sirven para poner de manifiesto el alcance de la regla, muy distinto del que hasta hoy le señala la jurisprudencia de la Corte, consistente en establecer que las acciones de reconocimiento de la paternidad no se pueden promover después de muerto el padre, ni siquiera contra los herederos de éste. Tampoco como lo dijo algún Tribunal la disposición es una repetición del artículo 216. Según la nueva idea de esta Sala constituye una regla de alcances propios y especiales, siendo además armónicos dentro de la institución del legítimo contradictor definida en la ley".

De todo lo expuesto se concluye que la sentencia recurrida quebranta las disposiciones legales sustantivas que el recurrente señala como violadas y que por tanto, debe ser casada; pero al actuar la Corte como Tribunal de instancia para proferir la que debe reemplazarla, observa que el proceso adolece de graves y notorias irregularidades, que afectan su validez, lo cual le impone a la Sala el deber de proceder como lo manda el artículo 455 del C. J.

Durante la primera instancia del juicio actuaba como apoderado de los demandados el doctor Juan Ignacio Gómez, según poderes conferidos al efecto y que obran a los folios 5 y 30 del cuaderno principal. Después de abierta la causa a pruebas y mientras se practicaban algunas de las pedidas, el doctor Gómez Naar presentó ante el Juez del conocimiento su escrito de 3 de febrero de 1942, (f. 41, cuaderno citado), en el cual, con fundamento en la circunstancia que allí puntualizó, manifestó que renunciaba el poder que la señora Nates Ramos de Bossio le había conferido para representarla en el juicio, agregando que renunciaba también "el que me otorgó el señor Julián Bossio, ya que éste murió y es preciso que sus herederos se apersonen en el juicio, nombrando libremente su representante".

A ese memorial recayó el auto de 7 de febrero del mismo año, en que el Juzgado resolvió: "Admítese la renuncia del poder otórgado por los señores Julián Bossio y Nates Ramos de Bossio al Dr. Juan Ignacio Gómez, téngase reasumida la personería por los poderdantes.—Notifíquese".

Esa providencia fue notificada personalmente al doctor Gómez Naar, al Personero Municipal y por estado del 10 del mismo mes a las demás partes.

Ante la renuncia mencionada, el deber del Juez era proceder como lo tiene establecido el artículo 265 del C. J., haciéndola saber, por notificación

personal, a los poderdantes del Dr. Gómez, a efecto de que se apersonaran en el juicio. Y mucho más todavía, aceptando el Juzgado la renuncia del poder y notificado por el propio apoderado de la muerte del demandado Julián Bossio, su deber era, conforme a lo prescrito en el numeral 2º del artículo 370 ibidem, suspender los términos hasta tanto hiciera saber a quien correspondía por ley representar al demandado fallecido que podía seguir interviniendo en el juicio.

Pero ni una ni otra formalidad indispensable fue cumplida; el auto que admitió la renuncia del poder se ejecutorió y el proceso siguió su curso en ese pie.

Posteriormente la demandada Matea Ramos, dicidiéndose viuda de Bossio, con lo cual notificaba implícita y nuevamente al Juzgado del fallecimiento de su marido codemandado, confirió poder al doctor J. Santos Cabrera para que la representara en el juicio y como tal apoderado fue admitido en auto de 3 de mayo siguiente. En esa misma situación se profirió la sentencia de primera instancia, la cual fue notificada personalmente al Dr. Cabrera, apoderado de la viuda de Bossio y al Dr. Pupo Villa, apoderado de la parte actora. A nadie más se notificó esa sentencia. Subido el expediente al Tribunal, ante éste toda la actuación se cumplió con la intervención exclusiva de dichos dos abogados y tanto la sentencia de segunda instancia como el auto que concedió el recurso de casación contra ella interpuesto fueron apenas notificados personalmente a los doctores Pupo Villa y Cabrera.

No obstante lo dispuesto en el numeral 2º del artículo 370 del C. J. se ha proseguido, pues, este juicio después de la muerte de uno de los litigantes, sin cumplir previamente con la obligación de llamar a los respectivos herederos para que intervengan en el debate en sustitución del muerto y sin haber éste tenido mandatario judicial, desde luego que quien tal condición tenía renunció el mandato y la renuncia le fue aceptada por auto ejecutoriado; o cuando menos, si es que el demandado Julián Bossio no ha fallecido, por las mismas circunstancias antedichas de la renuncia del poder, de la ejecutoria del auto que lo admitió y de la falta de notificación personal de éste al poderdante, se llevó a cabo toda la actuación del pleito antes particularizada, con ausencia total del debate de uno de los demandados, quien no fue citado en forma legal. Por cualquiera de esas dos situaciones que realmente se contemple, es evidente que en el proceso se ha incurrido en la causal de nulidad prevista para todos los juicios en el numeral 3º del artículo 448 del C. J., lo que le impone a la Sala el deber de mandarla poner en conocimiento de los interesados para los fines del artículo 355 ibídem.

En caso semejante al actual había dicho la Corte:

"Para el Código Judicial de 1931 subsiste la nulidad procedimental de lo actuado en el juicio cuando fallece la madre que representa a los menores demandados, al tenor de los artículos 448, 450 y concordantes de dicha obra.

"Pero el artículo 370 del mismo Código plantea una duda, que es el caso de resolver. Dice que los términos no corren en un negocio determinado, ordinal 2º, "por muerte de alguno de los litigantes, hasta que se haga saber a quien debe representarlo que puede seguir interviniendo en el juicio". La muerte de la demandada, cónyuge sobreviviente, representante de la sociedad conyugal disuelta y madre legítima que llevaba la voz de los menores, ¿produjo sólo la consecuencia de la suspensión de los términos en ese juicio, o por no haberse siquiera suspendido dichos términos, es nulo lo actuado mientras tanto contra la sociedad conyugal y contra la herencia sin representante alguno?

"Lo que la ley ha querido es que en el caso del artículo 370 no se actúe en perjuicio de un litigante que por tener representación después de su muerte no puede hacer valer su derecho ni defenderse, según el caso, y el Juez debe suspender los términos al tener conocimiento de la defunción por noticias que se le den de ella por interesados, aunque no sean parte en el juicio o, lo que es posible que suceda, por aviso que le dé la contraparte.

"Pero si por falta de conocimiento la actuación continúa después de la muerte del litigante que no tiene apoderado constituído en el juicio, lo actuado es nulo.

"Si la parte no ha podido beneficiarse de la suspensión de los términos y se actuó sin que haya podido defenderse por haber fallecido y no haber tenido representación en juicio, lo procedente es brindarles a sus representantes el medio de que, o ratifiquen lo actuado, o esto deje de perjudicarle mediante la declaración de nulidad. De otra manera la posición beneficiosa del artículo 370 vendría a perjudicarle si por no ha-

berse suspendido los términos debido a la falta de aviso del fallecimiento, se priva posteriormente a sus representantes de poder pedir la nulidad de lo actuado". (Casación, XLIII, números 1905 y 1906, septiembre 27 de 1935, pág. 128).

Entonces, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 455 del Código Judicial, es pertinente disponer que la causal de nulidad observada se ponga en conocimiento personal del demandado Juliám Bossio, si es que no ha fallecido, o, en caso de que su fallecimiento haya ocurrido, cosa que deberá comprobarse con la respectiva partida de defunción, de quienes hayan sido reconocidos o declarados como sus herederos, o en su defecto de la señora Matea Ramos de Bossio, en su carácter de 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, CASA la sentencia de fecha cinco de febrero de mil novecientos cuarenta y cinco, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, y ordena poner la antes expresada causal de nulidad en conocimiento personal de los respectivos interesados conforme está indicado en la parte motiva de este fallo.

Para llevar a cabo esa diligencia comisiónase al señor Presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, a quien se le delegan todas las facultades que por ley corresponden a la Corte.

Notifíquese, cópiese y cúmplase.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial Mayor en propiedad.

AGUAS

Tratándose de reglamentación del uso de aguas por parte de los riberanos, el conocimiento de la demanda corresponde a la Rama Administrativa y no a la Jurisdiccional.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La demanda inicial de este juicio pide estas declaraciones:

"Primero. Que con intervención de peritos nombrados en forma legal y en la debida oportunidad, se distribuyan las aguas que nacen en la Peña del Santuario, únicamente, vereda de San Onofre, jurisdicción de Cómbita, en la proporción que indiquen sus respectivos títulos de propiedad, mediante la construcción de tanques u obras adecuadas para tal efecto, provisto de tubos de las dimensiones que aconseje la técnica, llaves, válvulas y demás accesorios indispensables y según la proporcionalidad que indiquen los respectivos títulos escriturarios o que permitan determinar, para asegurar el ejercicio justo de los derechos y sin menoscabar los derechos de los demandantes, Manuel Vargas y Rosa Ana Cuervo, al propio tiempo que se determine la porción de aguas que pudiere corresponder a los demandados, Víctor Amador Castro y Wenceslao Suárez.

"Segundo. Que la confección de las obras que aconseje la técnica como indispensables para el correcto ejercicio de los derechos en referencia, se deben hacer a expensas de demandantes y demandados, a prorrata o proporción de sus respectivos derechos, lo mismo que la reparación y conservación que fueren necesarios posteriormente de tales obras.

"Tercero. Que si los demandados se oponen, se les condene al pago del valor de las costas procesales".

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Tunja, tramitada la instancia, la decidió el 26 de octubre de 1943 en términos que se resumen, en su orden, así: 1º Reconoce a los demandantes derecho preferencial al uso de las aguas de la quebrada de El Santuario, en su calidad de riberanos superiores y al tenor del artículo 892 del C. C.; y, en consecuencia; a) Prohibe a los mismos Vargas y señora el uso de las aguas de esa quebrada y de la vertiente de El Aviso por los cauces artificiales especificados en la parte motiva, que no vuelven sus aguas a aquella quebrada y a la salida de los predios de los mismos demandantes, mientras no logren la manera de cumplir esta obligación; b) Reconoce a los demandados Amador y Suárez el derecho al uso de las aguas sobrantes de dicha quebrada, tal como establece dicho artículo 892; c) No accede a lo pedido sobre declaraciones respecto de intervención de peritos y construcción de obras para la distribución de las aguas. 2º Tampoco accede a lo pedido en el punto 2º de la demanda. 3º No hace condenación en costas.

Ambas partes apelaron. Surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior de Tunja, éste en sentencia de 14 de septiembre de 1945 revocó la del Juzgado y en su lugar desestimó la demanda, sin costas.

El fundamento cardinal de esta solución es, en suma, este: establecido por medio de inspección ocular, a virtud de auto para mejor proveer, que las aguas de que se trata, no muriendo en el mismo predio que nacen, son de uso público y propiedad de la Nación, como preceptúa el artículo 677 del C. C., no corresponde a lo judicial sino a lo administrativo lo atañedero a su reglamentación. Transcribe el artículo 15 del Decreto-ley número 1381 de 1930, que atribuye al Gobierno en su carácter de supremo administrador de los bienes nacionales la reglamentación, de oficio o a petición de parte interesada, del aprovechamiento de cualquier corriente o depósito de aguas nacionales, así como las derivaciones que beneficien varios predios, y que lo faculta para revisar y variar tal reglamentación cuando a su juicio hayan cambiado las condiciones y circunstancias que se tuvieron en cuenta al autorizarla; y transcribe también el artículo 15 del Decreto número

1382 de ese año, según el cual el precepto de dicho artículo 677 no implica usufructo de bienes fiscales, sino que, por pertenecer las aguas de uso público al Estado, "a éste incumbe el control o superintendencia sobre el uso y goce que les corresponde a los particulares...".

De estas premisas deduce el Tribunal la consecuencia de que, versando la demanda sobre reglamentación de aguas nacionales de uso público, y estando radicada en el Gobierno esa función reglamentadora, y no en el Organo Jurisdiccional, el Juzgado carecía de jurisdicción para decidir la controversia y en igual carencia se halla el Tribunal, de donde a su turno éste deduce que de los requisitos previos cuyo conjunto forma el presupuesto procesal en cada caso, todos ellos indispensables para que el juzgador entre en el fondo del respectivo asunto, falta aquí el primero, que es la competencia, o sea, al tenor del artículo 143 del C. J., "la facultad que tiene un juez o tribunal para ejercer, por autoridad de la ley, en determinado negocio, la jurisdicción que corresponde a la República".

Detalle que no puede pasarse por alto en razón de su significado ante los cargos en casación que se estudian en seguida, es el de que el apoderado de los demandantes solicitó aclaración de la sentencia, con el fin —dijo— de precisar si por el hecho de desestimarse la demanda quedan desconocidos los derechos de las partes emanados de la titulación que obra en autos relativa al dominio de los inmuebles y de las aguas cuya reglamentación se pide, o si, por el contrario, estos títulos contienen derechos adquiridos que no se pueden vulnerar o desconocer, cualquiera que sea la entidad que reglamente las aguas, haciendo la reglamentación en consonancia con tales derechos o prescindiendo de éstos. Cita los Decretos 1382 de 17 de febrero de 1940, ya citado aquí, y 1439 de 18 del mismo mes y año.

El Tribunal en providencia de 16 de octubre de 1945 resolvió esa solicitud diciendo que no es el caso de aclarar la sentencia, porque no adolece de conceptos o frases oscuras que ofrezcan verdadero motivo de duda, que es lo requerido por el artículo 482 del C. J. para la procedencia de tal recurso; y en la parte motiva de ese auto advierte que la demanda no versa sobre dominio de los inmuebles y de las aguas, "razón ésta —dice— para que sea necia la aclaración de puntos que no fueron materia de controversia judicial". Insiste sobre que lo demandado es la reglamentación de las aguas y, al efecto, la construcción de las obras técnicas conducentes, y advierte que hablar, so capa de aclaración, de cuestiones atañederas al dominio que no fueron planteadas en la demanda, sería no propiamente aclarar una sentencia sino modificarla, y más aún dictar una nueva que incluya y resuelva cuestiones no sometidas a la decisión judicial.

Advierte que, si lo que desea el ponente es saber el sentido del vocablo **desestimar,** es suficiente decir que no teniendo el Organo Judicial el conocimiento de la reglamentación de las aguas de uso público, el Tribunal empleó bien esa palabra que significa denegar, desechar, no admitir una cosa; y que por esa falta de jurisdicción no ha habido relación jurídico-procesal y la actuación se borra y extingue y las cosas quedan en su primitivo origen y a salvo los derechos de los interesados para acudir al poder público en la rama o entidad a quien compete conocer de ellos.

Contra ese fallo interpuso casación el abogado de los actores. Concedido por el Tribunal y admitido por la Corte el recurso, ésta lo decide hoy por estar debidamente preparado.

El abogado recurrente aduce los motivos 7º, 2º y 6º del artículo 520 del C. J., los que presenta en este orden y así se estudian.

Motivo 7º.—Así, en primer lugar acusa por haberse abstenido el Tribunal de conocer de asunto de su competencia, porque según el recurrente ésta sí corresponde al Organo Judicial. Al efecto razona de esta manera, en suma: conforme al artículo 11 del Decreto-Ley Nº 1381 de 1940, 'los dueños de predios riberanos no han menester permiso especial del Gobierno para aprovechar aguas de uso público, siempre que de ellas hagan un uso conveniente y cumplan con los requisitos que para el logro de tal fin establezcan los decretos reglamentarios"; y el artículo 9º del Decreto Nº 1382 determina tales requisitos. De aquí deriva el concepto de que, si en esas condiciones ese permiso no es necesario, la reglamentación no es de la incumbencia de la Administración, y agrega que ésta no está facultada para decidir sobre una cuestión estrictamente civil como es el derecho de riberanía consagrado en los artículos 892, 893 y 894 del C. Civil, derecho que no tiene otro límite que el de los demás riberanos, y que tal es precisamente el caso, pues aquí se controvierte sobre el mejor derecho, problema que va implicado en el de la reglamentación.

Como se ve, para hallarle fundamento a su car-

go, el recurrente da por controvertido el derecho mismo, confundiéndolo con la reglamentación de su ejercicio y, por tanto, aplicando a ésta principios jurídicos pertinentes, no a ella, sino a aquél.

En la mira de involucrar el derecho mismo en su mera reglamentación y de que así se entienda una demanda consagrada exclusivamente a esto último, trae a cuento los hechos fundamentales del libelo relativos a la titulación de los predios, a su situación material recíproca y al nacimiento de las aguas; pero bien se comprende que la exposición de los antecedentes necesarios para reglamentar no convierten la demanda ni el pleito en controversia sobre el derecho mismo. De otro lado, esas indicaciones eran lógicamente indispensables para la reglamentación y distribución demandada, comó base, sin que quepa admitir que la cita de aquellos datos agregue a tales súplicas una contienda sobre el derecho de riberanía.

Por vía de ejemplo puede pensarse, contrastando con demanda de reglamentación, en un pleito en que el actor exige la totalidad o cierta cuota de unas aguas y el reo se opone alegando que aquél no tiene parte alguna o tiene una menor, o no es riberano o ha perdido su derecho; en una palabra: cuando se contiende sobre el derecho mismo.

Aquí los demandados no se opusieron a la demanda, sino que expresamente la coadyuvaron manifestando su voluntad y conveniencia de que la situación de predios y de partes quedara definida mediante la reglamentación del caso sobre todas las aguas que indican, al punto de que uno y otro hallaron improcedente desde su respuesta a la demanda inicial la solicitud de condenación en costas hecha por los demandantes para el evento de que aquéllos se opusieran. Entendieron desde luego, como lo entendieron Juez y Tribunal y hoy lo entiende esta Sala, que se trata sólo de reglamentar. La diferencia entre los dos fallos de instancia consiste, como ya se dijo, en que el Juzgado entró a decidir y el Tribunal se abstuvo porque la potestad para ello no reside en lo jurisdiccional sino en lo administrativo. Acordes las partes en que el uso de las aguas se reglamente y en que ellas se les distribuyan, tal pareciera, contemplando el libelo y su respuesta, que se estuviese ante un asunto de jurisdicción voluntaria. Queda visto que para el logro de estos deseos de todos ellos, acudieron a un ramo del servicio público a que ello no corresponde.

En suma: el cargo es inaceptable, porque todos los argumentos aducidos en su apoyo, o sea, en el empeño de que el Organo Judicial es el competente, parten del supuesto inexacto de que la demanda planteó un debate sobre el derecho de riberanía, cuando simplemente se limitó a solicitar la reglamentación de su ejercicio, como se ve en la intención del libelo transcrita en el encabezamiento de este fallo para mayor claridad.

Motivo 2º.—Al aducirlo el abogado recurrente advierte que no lo hace consistir en que la sentencia no satisfaga los deseos de sus representados, sino en que, dejando de decidir, se aparta del artículo 471 del C. J., e incurre en aquella causal.

Este cargo queda contestado con lo dicho en el capítulo precedente, en relación con el motivo 7º. Pero no puede menos la Sala de observar, una vez más, que lo demandado es la reglamentación y que el mismo recurrente así lo pone de presente al formular el cargo relativo al motivo 2º.

Motivo 6º.—Lo presenta en esta forma: la incompetencia de jurisdicción determina nulidad según el artículo 448 del C. J. y cuando ésta ocurre, el juzgador debe proceder como mandan los artículos 455 y 458 de esa obra. El Tribunal los quebrantó dejando de aplicarlos. En otras palabras: aun dando por sentada su falta de competencia, lo que legalmente a esto correspondía no era desestimar la demanda, sino obedecer esas disposiciones.

Si se tratara efectivamente de **competencia** en el sentido que a este vocablo corresponde en la organización judicial, el cargo se justificaría sobradamente; pero, como se transparenta de todo lo antedicho, el caso no es de los contemplados allí y, consecuencialmente en los preceptos de procedimiento civil sobre nulidades.

Si, por ejemplo, una demanda por indemnización de perjuicios se dirige a un juzgado a que por razón del lugar o de la cuantía, v. gr., no corresponde el conocimiento y, sin embargo, lo asume, se produce incompetencia de jurisdicción y con ella la consecuencial nulidad y, por ende, la obligación de aplicar aquellas disposiciones legales. Bien se ve ante todo en aquella demanda un problema del resorte del Organo Judicial y que el error en que se incurre es el de acudir a cierto Juez, en vez de haber acudido a otro Juez, como análogamente pudo errarse escogiendo uno del Circuito en vez de uno Municipal o un Juzgado en cambio de un Tribunal Superior, etc.

Pero, si no se trata de problema que haya de ventilarse ante autoridades de esa precisa rama, sino que son del resorte de otra rama del poder público, otro es el fenómeno y, otros, por lo mismo, los resultados y el tratamiento. Aquí es esto lo acontecido. No se trataba, como se ha repetido ya talvez demasiado, de controversia sobre derechos —aquí el de riberanía— sino sobre reglamentación de su ejercicio, y por corresponder esta labor a la Rama Administrativa, no a la Judicial, el sentenciador desestimó la demanda. Esto era lo procedente e indicado y, así las cosas, no cabía aplicar aquellas disposiciones. No es, pues, admisible este otro cargo.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja el catorce de septiembre 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.

ACCION DE NULIDAD DE UNOS CONTRATOS

1. El hecho de que exista diferencia entre el precio porque se vende un inmueble y el valor comercial que al mismo pueda asignársele no es indicativo de simulación, pues tal circunstancia, cuando reviste la gravedad prevista en la ley, constituye un vicio que da lugar a la rescisión del contrato por lesión, sin que ello signifique que el contrato no fue serio.

2.—Las ventas de padres a hijos se presumen donaciones para los efectos fiscales simplemente, según la ley 63 de 1936; pero no para los efectos civiles.

3.—El artículo 608 del Código Judicial confía al sentenciador de instancia la facultad de otorgarle o no a la confesión extrajudicial el valor de plena prueba, según sean las circunstancias que la rodean y cuando no haya duda acerca de la confesión misma.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Por medio de libelo de primero de noviembre de mil novecientos cuarenta, que fue corregido por el de diez y siete de febrero del año siguiente, Raquel y Amancia Sabogal Padilla, hablando por medio de apoderado, propusieron, ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá, demanda ordinaria contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Urías Sabogal y Ana Maya y contra la sucesión del primero, representadas por la cónyuge sobreviviente Ana Maya y los menores Arcesio y Luis Obdégano.

Los hechos principales de esa demanda pueden resumirse así:

Que del matrimonio habido entre los señores Manuel Sabogal Novoa y Octavia Padilla nacieron varios hijos, entre ellos los mencionados Urías, Raquel y Amancia; que por Escritura Nº 1416 de 22 de noviembre de 1929, de la Notaría Primera de Armenia, Manuel Sabogal dio en venta a Urías Sabogal P. los bienes alinderados en el punto 7º de la demanda; que por Escritura Nº 142 de 23 de abril de 1935 de la Notaría Segunda de Calarcá, Urías Sabogal transfirió a título de venta a Manuel Sabogal los bienes de que trata la Escritura Nº 1416 citada, con excepción de los especificados en los apartes b) y c) del referido título; que por Escritura Nº 93 de fecha 9 de febrero de 1937, de la Notaría Primera del Circuito de Calarcá, Manuel Sabogal vendió a Urías, por la suma de $ 10.000,00, la nuda propiedad del inmueble denominado "Combia", por los linderos expresados en el punto 9º de la demanda; que tanto la tradición relacionada en la Escritura Nº 1416, como la contenida en la Nº 93, ya citadas, no fueron a título de venta, como aparentemente allí consta, sino a título de donación y en fraude de los derechos del resto de los herederos de Manuel Sabogal; y que en la fecha de la venta del inmueble a que se refiere la Escritura Nº 93, aquél valía no menos de $ 25.000,00.

Como consecuencia de esos hechos las actoras pidieron que se declararan nulos por falta de precio, falta de causa y fraude a la ley los contratos de compraventa contenidos en las Escrituras Números 1416 y 93 ya mencionadas; y que de consiguiente se declare que el dominio de los inmuebles a que se refieren los instrumentos antedichos corresponde a la sucesión de Manuel Sabogal Novoa. Subsidiariamente pidieron que se declarase la simulación de los mismos contratos y la consiguiente restitución de los inmuebles, o que se rescinda por lesión enorme el de compraventa de que habla la Escritura Nº 93.

Los demandados contestaron la demanda aceptando algunos hechos, negando otros y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas, y al término de la tramitación propia de la primera instancia, el Juez del conocimiento profirió la sentencia de 29 de septiembre de 1943, por medio de la cual no accedió a conceder lo que se le había pedido y, en consecuencia, absolvió a los demandados de los cargos formulados en la demanda.

El Tribunal Superior de Pereira, al cual subió el juicio por apelación concedida a la parte actora, cerró la segunda instancia en providencia de 5 de septiembre de 1945, por la que confirmó la apelada, sin costas.

En la parte motiva de esa sentencia consideró el Tribunal que la demanda contiene tres acciones: la de nulidad de los contratos, incoada como principal; la subsidiaria de simulación de los mismos contratos y la subsidiaria de rescisión por lesión enorme del contenido en la escritura número 93 de 9 de febrero de 1937. La acción principal la negó, por cuanto estimó que los referidos contratos no adolecen de vicio alguno de nulidad ni se dio prueba alguna que tendiera a demostrarlo. La acción de lesión enorme corrió igual suerte, porque el Tribunal encontró que las pruebas aportadas al debate no demostraron que el precio que se recibió por el inmueble vendido hubiera sido inferior a la mitad del justo precio del mismo, en la época del contrato. Al referirse a la acción de simulación el juzgador tomó en cuenta la numerosa prueba de testigos traída al debate, la cual encontró que se encaminaba a establecer una confesión extrajudicial de los contratantes Manuel y Urías Sabogal sobre simulación de los contratos, a que se contrae la litis y concluyó que "en el presente caso la confesión extrajudicial que pretende hacerse valer por la parte actora no tiene para el juzgador la calidad de plena prueba" y a continuación expuso las razones por las cuales llegaba a esa conclusión.

Al apoderado de los actores se le concedió recurso de casación, el que por estar debidamente preparado se procede a decidir.

Con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, el recurrente propone tres cargos contra la sentencia, los cuales se estudiarán en el orden en que vienen expuestos.

Primer cargo. Dice el recurrente que la sentencia es violatoria de los artículos 593, 594, 606, 662, 663, 664, 665 y concordantes del C. J.; 6, 1037, 1239, 1240, 1241, 1502, 1523, 1524, 1740, 1741, 1759, 1766 y concordantes del C. C.; 85 de la Ley 153 de 1887; 18 y 25 y concordantes de la Ley 45 de 1936. Sostiene que a la violación de esas disposiciones se llegó porque el sentenciador no apreció ni mencionó ni analizó multitud de hechos establecidos en el expediente y constitutivos de indicios graves, precisos y conexos entre sí, todos los cuales concurren en su sentir a demostrar la simulación de los contratos. Señala como indicios no apreciados los que en seguida se resumen:

a) Las repetidas ventas del padre al hijo y del hijo al padre sobre los mismos bienes de que dan cuenta las escrituras números 142 de 23 de abril de 1935; 144 de 25 de abril de 1935; 1416 de 22 de noviembre de 1929, y 93 de 9 de febrero de 1937;

b) Que el precio de las ventas estuvo siempre por debajo del comercial correspondiente a los inmuebles, lo que en su sentir no revela negocios serios sino simulaciones innegables;

c) El hecho de que tan pronto quedó en cabeza de Manuel Sabogal N. lo que se le adjudicó por gananciales en el juicio mortuorio de su esposa, se apresuró a vendérselo a Urías Sabogal. Señala las pruebas demostrativas del indicio que invoca;

d) Que en la escritura número 93 Manuel Sabogal se reservó el usufructo por el resto de su vida y que las ventas de padre a hijo se presumen donaciones aun para efectos fiscales conforme a la Ley 53 de 1936;

e) Que Manuel Sabogal hizo siempre las compraventas con su hijo Urías que era el preferido y quien vivía con él y no a sus otros hijos, con quienes tuvo serias divergencias de familia, y dice que de esto dan testimonios los testigos traídos al juicio por la parte actora, declaraciones que corren en el cuaderno número 3;

f) Que a pesar de que en la escritura de 1929 Manuel Sabogal no hizo uso de reserva del usufructo, continuó poseyendo hasta 1937 las fincas vendidas y que "de esto dan testimonio los declarantes traídos en segunda instancia por la parte actora";

g) Que Manuel Sabogal murió en Calarcá en enero de 1938 poco después de haber vendido a Urías el inmueble "Combia" en $ 10.000.00, sin haber dejado al morir dineros ni patrimonio alguno. Señala las pruebas que en su concepto demuestran el estado de pobreza en que murió don Manuel;

h) Contradicción palmaria entre la manifestación hecha por los contratantes en la escritura número 93 de 1937, respecto del pago del precio, y la respuesta que el comprador Urías Sabogal dio a la pregunta quinta de las posiciones absueltas el 7 de noviembre de 1938, respuesta en la cual considera que quedó destruída la declaración de los contratantes sobre pago del precio; e

i) El hecho de que Urías Sabogal mantuvo depósitos en cuenta corriente de mayor cuantía en

el Banco de Colombia de Calarcá en el período de 1928 a 1940, sin que hubiera girado cheques a favor de Manuel Sabogal en los años comprendidos de 1929 a 1937.

Se considera:

Como se ha visto, el cargo se hace consistir en que el Tribunal incurrió en error de hecho evidente al no tomar en cuenta ni analizar varios hechos que en sentir del recurrente están plenamente establecidos y constituyen indicios graves, precisos y conexos entre sí, todos los cuales concurren a demostrar indudablemente la simulación alegada; pero el estudio que a continuación se hace de esos hechos, en el orden en que los enumera el recurrente, convence de lo infundado del cargo:

a) El hecho de que entre Manuel y Urías Sabogal se hayan celebrado en el espacio de ocho años, a partir de 1929 hasta 1937, cuatro contratos de venta de bienes raíces, en diferentes épocas, no constituye indicio de que los contratos a que se refiere la demanda sean simulados, y antes por el contrario lo que ello está indicando es que entre aquéllos existían relaciones comerciales o negocios frecuentes que hay que presumir serios y legítimos mientras no se demuestre lo contrario;

b) El hecho de que exista diferencia entre el precio porque se venda un inmueble y el valor comercial que al mismo pueda asignársele, no es indicativo de simulación, pues tal circunstancia, cuando reviste la gravedad prevista en la ley, lo que constituye es un vicio que da lugar a la rescisión del contrato por lesión, sin que ello signifique que el contrato no fue serio. Además, el inmueble "Combia" a que se refiere la escritura número 93 de 9 de febrero de 1937, que es la única con respecto a la cual se persigue la declaración de simulación, según así se desprende de la aclaración que se hace al final del escrito de demanda, de la corrección que a la misma se hizo y de lo que manifiesta expresamente el recurrente, fue vendido por la suma de $ 10.000.00; pero el vendedor se reservó, por el término de su vida, los derechos de usufructo y habitación, por lo cual, sin haberse dado la prueba del valor de estos derechos así reservados, no existe base cierta para determinar la diferencia con la suma de $ 18.537.00 porque fue adjudicada la misma finca en su integridad a Manuel Sabogal, en la sucesión de Octavia Padilla, y en el caso de que esta última cantidad pudiera tenerse en este juicio como el justo valor comercial del inmueble;

c) No se comprende por qué pueda constituír indicio de simulación el hecho de que Manuel Sabogal hubiera vendido la finca "Combia" inmediatamente que le quedó perfeccionado el título de adjudicación, pues no se descubre relación alguna entre uno y otro hecho;

d) Las ventas de padres a hijos se presumen donaciones para los efectos fiscales simplemente, según la Ley 63 de 1936; pero no para los efectos civiles;

e) De este hecho dice el recurrente que dan fe los testimonios traídos al juicio por la parte actora, los cuales obran en el cuaderno número 3; pero la acusación en tal forma planteada no puede ser considerada por la Corte, desde luego que no se amolda a la técnica de casación, pues es sabido que cuando se acusa una sentencia por violación de determinados preceptos legales, derivada de error de hecho o de derecho en la apreciación de las pruebas, se requiere para la prosperidad del cargo, señalar, individualizándolas, las pruebas mal apreciadas o dejadas de apreciar y dar la demostración del error, y el recurrente no ha cumplido con ese deber;

f) Le cabe el mismo reparo formulado en el punto anterior, y además el hecho considerado indiciario hace referencia a la escritura de 1929 y no a la de 1937, que es la que está sub-judice;

g) El hecho de que Manuel Sabogal, al morir un año después de celebrado el contrato de compraventa contenido en la escritura de 1937, no hubiera dejado bienes, aun admitiendo que así lo demostraran las pruebas que el recurrente cita, no es indicio de la simulación de aquel contrato, pues basta observar que es posterior a éste y que infinidad de factores han podido determinar el estado de penuria en que se dice quedó Manuel Sabogal al morir. Además la anotada circunstancia podría cuando mucho inducir a pensar que el precio no fue pagado, pero no que hubo simulación en el contrato;

h) Las razones con las cuales se refuta que lo aquí aseverado no es indicio, se verán al referirse la Corte al cargo tercero, que se fundamenta en el mismo hecho;

i) Es sencillamente ilógico pretender que no hubo precio en el contrato de compraventa porque no se haya pagado con cheques girados a cargo del Banco de Colombia, en que tenía cuenta corriente el comprador y sobre todo cuando la escritura dice que el pago se hizo en efectivo.

Lo antes expuesto conduce a concluír que no está demostrado el error de hecho evidente de que el recurrente se queja, ya porque alguno de los hechos señalados como indicios no merecen la calificación de tales, por no ser fuentes serias de inferencias lógicas, ora porque las alegaciones encaminadas a justificarlos que con respecto a los restantes se hacen han resultado ineficaces en casación. Empero si ello no fuere así y si a alguno o algunos de esos hechos pudiera otorgársele la calificación de indicios, como éstos no serían en ningún caso necesarios ni graves, tampoco tendrían el poder de convicción suficiente para llegar a una conclusión contraria a la del sentenciador, porque, como lo ha dicho la Corte en constante jurisprudencia "para que exista el error de hecho en la apreciación de la prueba indiciaria, con eficacia para casar un fallo, es necesario que la interpretación pugne con la manifiesta evidencia de los hechos acreditados en el proceso o que el fallador haya hecho deducciones lógicas que rompan la relación de causalidad entre el hecho establecido plenamente y la deducción derivada de éste". (Casación, 10 de julio de 1941, G. J. número 1975, pág. 809).

No estando, pues, demostrado el error de que se acusa a la sentencia debe concluírse también que no se ha producido la consecuencial violación de las disposiciones citadas en el cargo, el que por tanto se rechaza.

Segundo cargo. Dice el recurrente que el Tribunal violó los preceptos sustantivos a que se refiere el cargo anterior y los artículos 608, 696, 697 y 698 del C. J. "al no conferirle a la confesión extrajudicial de los contratantes el valor de plena prueba sobre la simulación". En el desarrollo del cargo cita las declaraciones de testigos que en su concepto demuestran dicha confesión, hace la crítica de las consideraciones que alrededor de la prueba testimonial traída para demostrarla hizo el Tribunal y sostiene que el sentenciador estuvo equivocado al no otorgarle a la aludida confesión extrajudicial el valor de plena prueba, de que considera está revestida.

La Corte contesta:

La confesión extrajudicial, según claro precepto del artículo 608 del C. J., es prueba deficiente e incompleta, y su fuerza es mayor o menor según las circunstancias que la rodean, y puede hasta tener mérito de plena prueba si, a juicio del Juez, no queda duda alguna acerca de la confesión misma.

En ejercicio del poder discrecional de apreciación que para la valoración de la confesión extrajudicial consagra la disposición en cita, el Tribunal estimó, haciendo referencia a la que alude el recurrente, que "en el presente caso la confesión extrajudicial que pretende hacerse valer por la parte actora no tiene para el juzgador la calidad de plena prueba", y a renglón seguido expresó los fundamentos que le servían para llegar a la transcrita conclusión.

Y la Corte no puede corregir esa apreciación en sí misma ni reemplazarla con la suya propia, en caso de que fuera diferente de la del Tribunal, por la razón elemental de que el artículo 608 mencionado confía al sentenciador de instancia la facultad de otorgarle o no a la confesión extrajudicial el valor de plena prueba, según sean las circunstancias que la rodean, y cuando no haya duda acerca de la confesión misma, y siendo esa, por lo dicho, una potestad exclusiva de aquél la Sala no podría arrebatársela para modificarla o sustituírla en el sentido a que aspira el recurrente.

Y la anterior ha sido la doctrina uniforme y reiterada de la Corte, como puede verse, entre otras muchas, en las sentencias de 9 de mayo de 1938, 16 de septiembre y 7 de diciembre de 1938, que corren publicadas a los Tomos 46 y 47, páginas 413, 131, 446, respectivamente, de la **Gaceta Judicial**.

Y como por otra parte las alegaciones formuladas sobre la existencia de indicios concurrentes a completar el valor de plena prueba que el recurrente busca se le otorgue a la confesión extrajudicial han resultado ineficaces, como anteriormente queda visto, es claro que el cargo no puede ser admitido.

Tercer cargo. Aquí sostiene el recurrente que por no haber tenido en cuenta el Tribunal la confesión de Urías Sabogal, contenida en la respuesta a la pregunta 5ª de las posiciones absueltas el 7 de noviembre de 1938 (f. 17 v. cuaderno número 1), respuesta con la cual se destruyó la cláusula de la escritura número 935 de 1937 en lo relativo al pago del precio del inmueble a que dicho instrumento se refiere, violó el artículo 606 del C. J. y consecuencialmente las mismas disposiciones sustantivas que cita en el primer cargo.

Se considera:

En la escritura pública número 93 citada por el recurrente declaró el vendedor que el precio de la venta lo tenía recibido "en virtud de varios

negocios con el adquirente y en dinero efectivo de contado" y en la respuesta a la pregunta 5ª de las posiciones aludidas afirmó Urías Sabogal que personalmente le dio al vendedor el dinero en tres contados así: "El primero de cinco mil pesos, el segundo de dos mil quinientos y el tercero de dos mil quinientos pesos a los días siguientes a la celebración de dicho instrumento, pero sin que recuerde precisamente la fecha de estos abonos".

Para la Corte la copiada respuesta de las posiciones no destruye ni desvirtúa la declaración del vendedor contenida en la escritura de venta sobre el hecho de haber recibido el precio. Aquél manifestó sencillamente que para la fecha del contrato éste le había sido pagado, y el comprador confesó que $ 7.500.00 los había entregado con anterioridad al día del otorgamiento del instrumento de venta y que el saldo de $ 2.500.00 lo había cancelado pocos días después. Es decir, que admitió que hubo precio y que éste se había satisfecho. Esa confesión del comprador, que según enseña el artículo 609 del C. J. debe ser admitida tal como se hace, con sus modificaciones, aclaraciones y explicaciones concernientes al mismo hecho, en ningún caso podría otorgársele el alcance que pretende el recurrente, para deducir de ella que el contrato careció de precio real y que esta circunstancia demuestra que no era serio sino simulado, pues precisamente lo que de allí cabría desprender rectamente es la conclusión contraria, o sea que en el contrato hubo un precio, que éste fue pagado y que aquél era real y verdadero.

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 cinco de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco dictada en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira.

Condénase en costas al recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase en su oportunidad 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 propiedad.

REIVINDICACION

1.—Fallada como dilatoria la excepción de declinatoria de jurisdicción, no puede insistirse después sobre la misma excepción alegándola como perentoria.

2.—La circunstancia de que una de las súplicas de la demanda, en acción de dominio, aluda a determinada escritura como fundamento de ella, no impide que luego, en el término probatorio, se aduzcan otros títulos o pruebas.

3.—En la acción reivindicatoria no es forzoso para el actor exigir que se declare suya la totalidad del bien a que se refieren los títulos de propiedad, pues la demanda puede limitarse a pedir solamente la entrega de parte de dicho bien.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Por medio de apoderado el señor Jesús Nivia, ante el Juez 1º Civil del Circuito de Zipaquirá, demandó a Joaquín o José Joaquín Nivia la reivindicación de una finca situada en el paraje de **El Salitre,** municipio de Zipaquirá, alinderada como sigue: "Por un lado con propiedad que es o fue del señor Antonio Vargas; por la espalda, con propiedad que es o fue del señor Jorge Holguín; por otro, con propiedad que es o fue del señor Emilio B. González; por el frente, con el camellón que conduce a la estación del Ferrocarril del Norte".

Antes de contestar el libelo propuso el demandado la excepción dilatoria de declinatoria de jurisdicción por no ser vecino de Zipaquirá y pidió al Juez se declarara incompetente. Aceptó el Juzgado la excepción propuesta, se declaró incompetente y ordenó archivar el expediente. Apeló de este auto el actor, y el Tribunal lo revocó, manifestando ser el Juez de Zipaquirá apto para conocer del litigio. El demandado pidió reposición de esta última providencia, pero le fue negada.

Al contestar el libelo, por medio de apoderado, se opuso el demandado a las declaraciones pedidas. Los hechos de la demanda los negó o dijo no le constaban, a excepción del quinto, que dice:

"El señor Joaquín Nivia, demandadó, posee materialmente y ocupa con su familia desde hace varios años, el lote de terreno y edificaciones a que se contrae la acción reivindicatoria o de dominio que se inicia por medio de la presente demanda"; al cual contestó: "Es cierto y la posesión se deriva de hace más de veinte años, habiendo sido tranquila, pacífica y no interrumpida".

Al octavo, o sea:

"El señor Nivia, demandado, desde hace más de cinco años viene usufructuando y ocupando con su familia y como si fuera dueño, sin serlo, el lote de terreno y edificaciones a que se refiere la parte petitoria de la presente demanda"; replicó el demandado: "No es cierto. Mi mandante tiene la posesión de la finca desde hace más de veinte años". Propuso la excepción de prescripción adquisitiva del dominio, y además todo hecho que se pruebe en el juicio y que constituya excepción perentoria, y la de "declinatoria de jurisdicción o la que resulte de no ser mi mandante vecino de esta ciudad".

José Joaquín Nivia formuló demanda de reconvención contra Jesús Nivia para que se declare que éste debe a aquél el valor de unas mejoras hechas en el terreno materia de la demanda principal, mejoras hechas por el contrademandante y su esposa a ciencia y paciencia de Jesús Nivia.

Surtida la primera instancia, terminó con fallo absolutorio tanto respecto de la demanda principal como de la de reconvención. Se fundó el Juez en que el reivindicante sólo presentó como título de propiedad su hijuela en el juicio mortuorio de la señora Natividad Medina, donde aparece que se le adjudicó la finca cuya reivindicación solicita; y el Juez, citando jurisprudencia de la Corte, consideró que es insuficiente aquél como título de propiedad para una acción reivindicatoria, pues en un juicio sucesorio pueden resultar incluídos en los inventarios bienes que no sean en realidad

del causante, y que luego se le adjudiquen en la partición a cualquiera de los asignatarios.

No encontró el Juez de primera instancia fundada la excepción de prescripción adquisitiva del dominio y acerca de la declinatoria de jurisdicción dijo que ya había sido "tramitada y fallada".

Apelaron de este fallo las dos partes.

En la segunda instancia el apoderado del actor llevó al juicio copia de la escritura número 469, de 28 de junio de 1905, corrida ante el Notario Principal de Zipaquirá, en la que consta la "venta hecha por Ana María Vargas y Tomás Aldana a Natividad Medina y Jesús Nivia" de "una casa de bahareque y paja con solar anexo", cuyos linderos coinciden con los del inmueble que se trata de reivindicar; y también certificado del Registrador de Instrumentos Públicos y Privados de Zipaquirá en que este funcionario hace constar que el bien causa del pleito lo adquirió la sociedad conyugal Nivia-Medina por la escritura antes citada, y que posteriormente se adjudicó a Jesús Nivia al fallecer su esposa Natividad Medina, como consta en la hijuela de adjudicación protocolizada ante el Notario de Zipaquirá por medio de la escritura número 696 de 3 de febrero de 1920.

El Tribunal estimó probados los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, esto es: dominio del demandante, posesión del demandado, cosa singular, debidamente identificada. No halló demostrada la prescripción adquisitiva del dominio y declaró infundada la demanda de reconvención. En consecuencia revocó el fallo de primer grado y en su lugar accedió a todas las peticiones del libelo.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso casación el demandado.

El recurrente invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J. y las sustenta o estudia en orden inverso, por lo cual, siguiendo el mismo orden, se empieza por la

Causal 2ª — Incongruencia del fallo con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes.

Tres cargos se proponen contra la sentencia en este capítulo, cargos que se procede a estudiar por separado.

Primer cargo. El sentenciador dejó de analizar y fallar la excepción perentoria de declinatoria de jurisdicción, fundada en no ser el demandado vecino del circuito donde se inició el juicio.

Para sustentar este primer cargo alega el recurrente que el Tribunal, al no estudiar ni fallar la excepción de declinatoria de jurisdicción propuesta como perentoria en la **litis contestatio,** influído quizá por el Juez de primera instancia, que la consideró "tramitada y fallada", incurrió en error de derecho, y también en error de hecho porque dejó de fallar sobre algo que se oponía a la sustancia de la acción. Asimismo incurrió el sentenciador en error de hecho al no apreciar las pruebas con que el demandado quiso demostrar que él no era vecino del circuito de Zipaquirá, sino de otro distinto.

Se observa:

La excepción que hoy se dice perentoria y que el Tribunal dejó de estudiar en su sentencia definitiva, ya había sido materia de articulación en la primera instancia del pleito, en que esa misma excepción se propuso como dilatoria; el Tribunal tuvo oportunidad, por apelación del demandante, de pronunciarse sobre ella, declarándola infundada; y pedida la reposición de ese fallo por la parte demandada, que propuso la excepción, el **Tribunal** reiteró, acertadamente, sus puntos de vista y ordenó la contestación de la demanda dentro de los dos días siguientes a aquél en que el expediente volviera al despacho del Juez **a quo.** En esa contestación el demandado propuso de nuevo la excepción de declinatoria de jurisdicción, que en realidad sólo podía proponerse como dilatoria, no como perentoria.

En cuanto al error de hecho en que incurrió el Tribunal por no haber apreciado las pruebas con que quiso el demandado demostrar que no era vecino del circuito de Zipaquirá, se considera:

Este razonamiento no se justifica como fundamentación de cargo que se apoye en la causal segunda de casación. En efecto, el error de hecho en que puede incurrir una sentencia por falta de apreciación o por apreciación errónea de prueba es pertinente tratándose de la causal de violación de la ley, pero no lo es respecto de incongruencia del fallo con lo solicitado por las partes. Este argumento, pues, sería más propio para cargo contra la sentencia por la causal primera de casación.

Por otra parte, es notoria la vaguedad con que se funda o se ha querido fundar el cargo por este aspecto. El recurrente tan sólo ha enunciado lo que estima un yerro de la sentencia acusada, pero no lo ha demostrado como lo exige la naturaleza

de la casación; no ha hecho ver que el error en la apreciación de las pruebas, "aparezca de modo manifiesto en los autos". Y la Corte reiteradamente ha dicho que no basta enunciar un cargo, sino que es necesario sustentarlo y demostrarlo.

Se rechaza el cargo 1º.

Segundo cargo. El Tribunal se extralimitó de la **causa petendi** al decidir que el demandante es dueño y poseedor regular porque para ello consideró un hecho nuevo no alegado y quebrantó así el artículo 669 del C. C.

Para el recurrente en casación, el propio demandante limitó el fundamento de la acción de dominio y la probanza de su derecho sobre el inmueble litigioso, a la escritura número 696, de 3 de febrero de 1920, corrida ante el Notario de Zipaquirá; observa que el Juez de primera instancia encontró insuficiente para probar el derecho alegado ese documento y no pudo menos de absolver al demandado; y que el Tribunal, al considerar en la segunda instancia otra nueva escritura presentada por el actor en apoyo de su acción en esa etapa del juicio, "falló con extralimitación de la **causa petendi**".

Se observa:

El recurrente confunde el acto procesal prueba, con el acto procesal petición, que son bien distintos entre sí.

Una cosa es el derecho que se alegue o pida en la demanda, y otra los medios con que se pretenda demostrar ese derecho. En cuanto a lo primero, la solución de la litis está condicionada por el libelo y el Juez sólo podrá resolver acerca de lo que en él se haya sometido a su decisión. Por lo que hace a los medios para corroborar los hechos en que se funda el derecho litigioso, o la refutación de ellos, es decir, la aducción de pruebas con que las partes han de convencer al Juez de la verdad de lo que se solicita en el libelo, o de la defensa propuesta por el demandado, la ley procesal establece, expresamente, dos oportunidades para presentarlas: adjuntarlas al escrito de demanda o pedirlas dentro del término señalado al efecto (artículo 597 del C. J.). Y lo uno no excluye lo otro: no por acompañar al libelo ciertas pruebas, queda inhibido el demandante para aportar otras nuevas en el término probatorio del proceso. Por consiguiente no puede aceptarse el dicho del recurrente de que el demandante, por haber presentado una prueba en el escrito de demanda, limitó a esa sola prueba el fundamento de la acción que pretende hacer valer.

El recurrente propone otro argumento:

Al sentenciar el Tribunal al demandado a devolver al actor el inmueble por los linderos que tenía en 1920, esto es, sin tomar en cuenta la venta hecha por el mismo demandante en 1933 al municipio de Zipiquará, incurre el sentenciador en error de hecho y de derecho y en mala apreciación de las respectivas pruebas respecto del dominio; el fallo reconoce así al demandante un derecho que no tiene y en contra del demandado una obligación que no debe cumplir en lo que hace a la faja enajenada al dicho municipio; por lo cual no hay consonancia entre la demanda y las pretensiones aducidas por las partes, y a la acción de dominio ejercida en el presente juicio le falta uno de los requisitos para que prospere: singularización de la cosa litigiosa; que se pidió la faja municipal a quien no la poseía, con lo que ha debido considerarse la excepción perentoria de inepta demanda, dice el recurrente.

Contesta el opositor diciendo que el demandante sólo pide del demandado la devolución de lo que tiene en su poder; y que al manifestar que el bien litigioso limita con la calle municipal, está excluyendo la zona que el actor por escritura pública vendió en 1933 al municipio de Zipaquirá; que, además, con la inspección ocular "quedó demostrado qué era lo que el demandado poseía y eso bastaba".

La Corte halla fundada la réplica del opositor y observa, en apoyo de su tesis:

De los tres requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, el primero, dominio del demandante, si se trata de bien inmueble, sólo podrá llenarse presentando el actor los títulos por los cuales adquirió la propiedad litigiosa, o sea las escrituras públicas debidamente registradas; pero la determinación de la cosa singular o de la cuota de ella que se reivindica sí encuentra medio probatorio adecuado con la inspección ocular practicada por el Juez con asocio de peritos.

Ahora: la presentación que el actor haga de las escrituras en que conste la adquisición por su parte del derecho de dominio sobre el bien que reivindica, no implica necesariamente que exija la devolución de la cosa precisamente por los linderos que en ellas se relacionan. Esas escrituras servirán para demostrar la propiedad; y si posteriormente al acto jurídico que en esos docu-

mentos consta, el propietario del inmueble enajena parte de él, el dominio de la porción que aún le pertenece podrá demostrarlo con las mismas escrituras.

Tal ha ocurrido en el caso que se estudia: el actor adujo al juicio los títulos en que consta que él es dueño del bien litigioso, títulos consistentes en la escritura número 469 de 28 de junio de 1905 y 696 de 3 de febrero de 1920, para dar cabal cumplimiento al primer requisito de la acción reivindicatoria.

Otra circunstancia especial se presenta en el caso de autos: el demandante encerró, por así decirlo, el bien litigioso dentro de linderos determinados que no han sido desvirtuados por el demandado y recurrente en casación; y como no se habló en el libelo de extensión del terreno, la inspección ocular era lo único que podía decir al juez si el bien señalado en la demanda era el mismo que el demandado tenía en su poder; y así no es posible dar cabida al argumento del recurrente de que se pidió al demandado más de lo que éste poseía.

Tercer cargo. Para el recurrente el fallo es **ultra petita** por cuatro razones:

a) La sentencia del Tribunal declaró al demandado poseedor de mala fe; cosa que no se solicita en la demanda;

b) El sentenciador creó un hecho nuevo al dar fuerza a escritura distinta de aquella en que el actor fundó su demanda de dominio;

c) Si el fallo excluye de la reivindicación la zona municipal, no está acorde con la demanda, que se contrae a todo el inmueble; si no excluye dicha zona, se reconoce al actor un derecho que no tiene, se desconoce el dominio municipal, y se violenta la personería del demandante y del demandado;

d) Se falló a menos de lo pedido si se excluye la zona vendida al municipio de Zipaquirá en 1933.

Se contestan en su orden los argumentos propuestos para sustentar el cargo, así:

a) El actor, en el hecho nuevo de la demanda, expresamente dice que "el señor Joaquín Nivia, demandado, es poseedor material de mala fe del inmueble a que se contrae la presente acción de dominio"; y la solicitud que hace sobre restitución de frutos señala al demandado como poseedor de mala fe. Luego no es cierto que al declarar la sentencia recurrida al demandado poseedor de mala fe, esté fallando sobre algo extraño al libelo.

b) Al estudiar el segundo cargo se dejó considerada esta cuestión: no es un hecho nuevo la prueba que se presenta en término hábil para aducirla al juicio.

c) También quedó ya considerada la tercera razón por la cual el recurrente asegura que el fallo es **ultra petita.** La zona municipal quedó excluída de la reivindicación porque también lo fue de la demanda. No poseyendo José Joaquín Nivia como no puede poseer, la calle municipal, no se le obliga a devolverla.

d) Se contradice el recurrente al quejarse de que el Tribunal pudo fallar en menos de lo pedido, siendo así que el cargo se funda, en realidad, en que la sentencia fue **ultra petita.**

Causal primera. Violación de la ley sustantiva

Al sustentar esta causal no hace el recurrente división o separación de cargos contra la sentencia. Comienza diciendo que el Tribunal en el fallo acusado incurrió en manifiestos errores de hecho y de derecho por mala apreciación de pruebas; y que como consecuencia de ellos violó directamente los artículos 26, 27, 76, 78 y 80 del C. C.; 153, 472 y 473 del C. J. Plantea de nuevo lo ya alegado al sustentar la causal 2ª sobre la excepción de declinatoria de jurisdicción. Y como ya se estudió y resolvió acerca de este hecho al considerar esa causal, a lo dicho entonces se remite, no sin observar antes que tal cargo no es pertinente en la causal 2ª.

A continuación se extiende el recurrente "en relación con la demanda de reconvención", para abundar en lo que él considera ya quedó establecido: "que la demanda es improcedente por ineptitud sustantiva".

Alega el recurrente que ni en la demanda cabeza de este juicio ni en la sentencia de segunda instancia se cumple a cabalidad ninguno de los requisitos necesarios para que prospere la acción reivindicatoria, a saber: 1) Derecho de dominio en el demandante; 2) Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 3) Posesión material del demandado; 4) Identificación de la cosa materia de la reivindicación, o sea que lo que se reivindica sea lo mismo que posea el demandado.

El primer factor no se cumple porque, dice el recurrente, el actor reivindica el inmueble como

existía antes de la venta de parte de él al municipio de Zipaquirá, de manera que acciona sobre lo que hoy no es dueño; no se estableció el segundo de los elementos de la acción reivindicatoria puesto que no se hizo exclusión de la zona municipal, ni se habló de cuota singular sobre el inmueble. Y como no se ha determinado de qué parte del lote es arrendatario el recurrente y de cuál es poseedor, alega éste que tampoco se ha cumplido el 4º requisito exigido para la acción de dominio.

En cuanto al tercer elemento: posesión del demandado, el recurrente hace consideraciones en torno a la demanda, a la sentencia recurrida, a las posiciones absueltas por el demandante dentro del juicio y fuera de él, a la contestación de la demanda de reconvención y a lo dicho por los testigos citados por el mismo recurrente, para concluír que en los autos aparece que en ocasiones se le tiene como poseedor del inmueble reivindicable, en otras como arrendatario en quien nunca se han reunido los elementos jurídicos de la posesión: **animus** y **corpus,** de lo cual, dice el recurrente, resulta que la demanda es "sustancialmente inepta e ilegítima tanto la personería del demandante y la mía como demandado".

Se considera:

Es cierto que tanto el demandante como el demandado suelen confundirse en cuanto al empleo del término **posesión.** Pero el demandado se encarga de decir ahora que ni él ni su esposa "han sido perturbados por persona alguna en la posesión tranquila, pacífica e interrumpida (sic) del lote en referencia", para después alegar que "el cargo que se le formula de ser poseedor, no tiene ningún respaldo en los autos"; y desde la contestación de la demanda sostuvo el demandado que él es poseedor.

Consta en el expediente que fue practicada por el Juez **a quo** asesorado por peritos una inspección ocular en el inmueble motivo de esta acción de dominio y que allí se encontró a Joaquín Nivia con su familia; también se identificó el terreno por los linderos relacionados en la demanda, haciéndose notar el cambio de algunos propietarios limítrofes.

Como ya se dijo, el recurrente en casación pretende plantear en este recurso los puntos debatidos en las instancias.

El argumento presentado en segunda instancia por el demandado acerca de que la posesión ha de considerarse como de su mujer Georgina Rubiano de Nivia, o en último caso de la sociedad conyugal, o coposesión de Georgina y Joaquín Nivia, lo contestó acertadamente el Tribunal así:

"De las declaraciones citadas no aparece que exista el vicio de ambigüedad o de posesión equívoca. En efecto, quien manifiesta su ánimo de dueño en la contestación de la demanda es el demandado, y es él también quien cobra las mejoras en la demanda de reconvención; se encontró en el terreno con su familia al demandado, y fue éste quien nombró vocero; la señora de Nivia no hizo ninguna manifestación. En realidad no existe comunidad sobre el bien, el bien no pertenece indiviso a los cónyuges".

Y más adelante agrega:

"En virtud de la potestad marital la mujer debe vivir con el marido (artículo 178 del C. C.), luego el hecho que habitara con el esposo no establece la presunción de que habitara el lote con ánimo de señora y dueña de la finca.

"De las anteriores pruebas no aparece que se haya demostrado que la esposa del demandado tenga la calidad de poseedora o coposeedora. El que detente el lote la señora de Nivia y viva en él con sus hijos y haya contratado la hechura de un entablado hace varios años, la construcción de un inodoro, hecho poner pluma de agua, no establece una situación jurídica de que sea poseedora. Ella tenía que vivir con su marido. Si el marido se ausentó y ella seguía viviendo en el lote, lo tenía por consiguiente materialmente a su disposición ya que ejercía sobre él el poder físico llamado "posesión"; sin embargo, el derecho no considera esta situación como una posesión y no la protege; la ley reconoce la posesión del que tiene la detención material con ánimo de dueño, es a su favor que se presume la propiedad, y es éste quien continúa poseyendo **corpore alieno** si transmite esta posesión a un detentador. Por consiguiente, si el detentador no es poseedor, la posesión pertenece a aquél por cuenta de quien la cosa se detenta. Por lo dicho, no tiene influencia el que el demandado viviera en Pacho o Facatativá porque durante esas ausencias conservaba la posesión "corpore alieno..."

"...Cuando principió la posesión del bien que se reivindica el señor Joaquín Nivia, respecto de terceros, era reputado dueño de los bienes sociales (artículo 1806 del C. C.). De lo que dejamos dicho se tiene que está demostrado que el demandado por aceptación del hecho al contestar la de-

manda, de lo afirmado en la misma demanda de reconvención y por las demás pruebas que se dejan estudiadas, es poseedor y, por consiguiente, su personería sustantiva también está demostrada".

Por consiguiente, no prospera el recurso en virtud de ninguna de las dos causales invocadas.

En síntesis:

Sostiene el recurrente que no es poseedor del fundo reivindicado porque él está domiciliado en municipio diferente de aquél donde se halla ubicado tal inmueble, y que quien ha poseído es su mujer o, a lo sumo, la sociedad conyugal.

Pero esta tesis defendida ante la Corte, está en oposición con la que se sostuvo al contestar la demanda, donde enfáticamente afirma el demandado no sólo que es poseedor sino que en calidad de tal tiene adquirido el dominio por prescripción.

Y en cuanto a la calidad de poseedor de buena o de mala fe, punto al cual se concretó en últimas el debate de casación, como bien lo dijo el Tribunal, el demandado no es poseedor regular puesto que no tiene título alguno que permita la suposición de que él se creyera de buena fe dueño de la cosa. De consiguiente, es preciso considerarlo como poseedor de mala fe obligado, por tanto, a la restitución de frutos en las condiciones señaladas en el libelo, y así, el sentenciador no incurrió en ilegalidad respecto a la condena de frutos.

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 INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, que puso fin al presente juicio reivindicatorio, sentencia fechada el dieciséis de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres.

Costas a cargo de la parte demandada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, 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 en propiedad.

REIVINDICACION

1.—Es jurisprudencia conocidísima y constante la de que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción.

2.—La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el numeral 2º del artículo 448 del C. J., es la que se refiere a la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva, y no a la personería sustantiva, que se refiere al fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada.

3.—El certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial no se exige para los juicios de reivindicación, porque la ley no lo ha dispuesto especialmente así y porque en tales juicios lo que debe hacerse es la comparación de títulos entre los presentados por demandante y demandado, para darle preferencia al más antiguo, sin que sea necesario remontar la cadena hasta llegar al más antiguo o primitivo, y así, para que la acción prospere, es suficiente que el actor acompañe un título, en debida forma otorgado, anterior al del demandado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Rafael Garcés, hablando por medio de apoderado, propuso ante el Juez Civil del Circuito de Roldanillo demanda ordinaria contra Dorancé Molina para que se declarase que el demandante es dueño de un lote de terreno comprendido dentro de los linderos generales de la finca "La Julia", ubicado en el Municipio de Versalles, y descritos en el hecho primero de la demanda; para que se condenase al demandado, como actual poseedor de ese lote, a restituírselo, y a pagarle los frutos a partir de la contestación de la demanda.

El demandado denunció el pleito a Enrique y Octavio Warner, quienes lo contestaron negando los hechos y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas en la demanda.

El Juzgado del conocimiento decidió la litis en sentencia de 13 de abril de 1945, absolviendo al demandado de los cargos que se le habían formulado, con costas a cargo del demandante.

La apelación del actor, oportunamente interpuesta, llevó el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el cual decidió la alzada en sentencia de 15 de diciembre último, por la que revocó la apelada y en su lugar decretó favorablemente las súplicas de la demanda.

En la parte motiva de esa sentencia el Tribunal hizo el estudio de las pruebas aportadas al debate y desprendió como conclusión que son pertinentes las súplicas de la demanda, por cuanto encontró plenamente demostrado que el actor es el dueño del lote de terreno que se reivindica, que el demandado es poseedor de él y que entre lo que se reivindica y lo poseído por el reo existe identidad.

Al demandado se le concedió recurso de casación, el que debidamente tramitado se procede a decidir.

El recurrente propone varios cargos contra la sentencia, los cuales se estudian en el orden en que vienen formulados.

En el Capítulo I de la demanda de casación dice que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva tanto por infracción directa como por interpretación errónea y cita como violados los artículos 255 del C. J. y 2157 del C. C.

Como fundamento del cargo manifiesta en resumen que el actor le otorgó poder al doctor Oscar Trujillo para proponer la acción reivindicatoria sobre la parte Sur de la finca "La Julia", cuyos linderos determinó en el poder, y que con todo, el mandatario pidió que se decretara la restitución total de ella, con lo cual se apartó de los

términos del mandato y sin embargo de ello el Tribunal decretó la restitución pedida por el apoderado. De allí deduce que la sentencia es violatoria de los textos legales que cita.

La Corte considera:

El cargo es notoriamente infundado. Ni el apoderado solicitó la reivindicación total del inmueble "La Julia" por sus linderos generales descritos en el hecho primero de la demanda, ni el Tribunal la decretó, pues el doctor Trujillo en la parte final de su libelo de demanda, aclaró expresamente que la reivindicación se concretaba a la porción Sur de la finca primitiva a que se refiere el hecho primero del libelo, en términos que guardan absoluta coincidencia con los del poder y el Tribunal decretó la reivindicación ajustándose exactamente a los términos de esa aclaración. La anterior observación es por sí sola más que suficiente para que se rechace el cargo.

En los Capítulos II y V el recurrente formula dos cargos contra la sentencia que por estar estrechamente vinculados entre sí, como que tienen el mismo fundamento, se consideran conjuntamente. En el primero de ellos dice que acusa la "sentencia como violatoria de los artículos 946, 950, 62, 2323 y sus concordantes del C. C., 22 de la Ley 95 de 1890; 1504 del Código Civil y 240 y 250 del Código Judicial". En el segundo cargo señala como violados únicamente los artículos 946, 950 y 952 del C. C.

En desarrollo de esos cargos dice en resumen que para la prosperidad de la acción reinvindicatoria es necesario que quien la propone sea el legítimo dueño de la cosa singular poseída por el tercero, y que el actor en este pleito no ha comprobado su calidad de tal; que eso lo afirma porque al folio 15 del cuaderno Nº 4 obra un certificado según el cual el inmueble "La Julia" pertenece en común y proindiviso a los señores Laureano Ospina y Rafael Garcés, por lo cual el demandante no podía reivindicar para sí sino para la comunidad, pues carece de personería suficiente para hacerlo en nombre propio, y que sin embargo de ello el Tribunal lo declaró dueño.

Se considera:

El cargo que precede también es manifiestamente infundado, como se ve por las siguientes razones:

a) El recurrente no dice en qué concepto han sido violadas las disposiciones a que el cargo se refiere y es jurisprudencia conocidísima y constante la de que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción;

b) El Tribunal le atribuyó al actor el dominio del inmueble materia de la reivindicación, mediante el estudio que hizo de los títulos aportados al debate y esa conclusión del sentenciador, fruto de análisis probatorio, no ha sido acusada por el recurrente en forma alguna, y la Corte en casación no puede revisarla sin que medie la acusación correspondiente, formulada con arreglo a la técnica del recurso; y

c) Conforme a lo dispuesto en el numeral 3º del artículo 597 del C. J. para estimar el mérito de las prueabs es indispensable, entre otras cosas, que hayan sido pedidas dentro de los términos señalados al efecto, y el certificado que obra al folio 15 del expediente no se encuentra en esa situación, pues la petición que al respecto hizo el actor en su memorial de 21 de agosto de 1945 (f. 4, cuaderno Nº 4) le fue negada por el Tribunal en auto de 27 de agosto del mismo año, por extemporánea. Ese certificado aparece, pues, agregado al expediente sin que haya mediado orden del juzgador para su expedición y en esa circunstancia no puede ser estimado como prueba, de acuerdo con lo prescrito en la disposición antes citada.

Se rechaza el cargo.

En el Capítulo III sostiene el recurrente que la sentencia es violatoria de los artículos 946, 947 y 952 del Código Civil por error de hecho manifiesto en la apreciación del dictamen pericial (fs. 8 y s., cuaderno Nº 2). En el desarrollo del cargo manifiesta que no existe identidad entre el inmueble materia de la reivindicación, descrito en la demanda, y lo poseído por el recurrente, y que los peritos en el referido dictamen niegan esa identidad, cosa ésta que en su sentir llegó hasta admitir el Tribunal. Expone algunas razones encaminadas a demostrar el error de hecho que alega.

La Sala considera:

Refiriéndose a la identificación del inmueble dijo el Tribunal lo siguiente:

"Practicó el juzgado del conocimiento una inspección ocular al inmueble litigioso, según se ve del acta de fl. 8 vt. y ss. del cuaderno Nº 2. Allí dijeron los peritos:

"Hemos identificado sobre el terreno los linderos generales de la propiedad adquirida por el señor Rafael Garcés, actor, por medio de las escrituras que se acompañaron a la demanda y que hemos tenido a la vista y tales linderos son exactamente los mismos a que se refieren dichos títulos y al hecho 1º consignado en la demanda. Igualmente hemos identificado los linderos a que se relaciona el título otorgado por el estado en que adjudica a los señores Warner un lote de terreno y de esta identificación resulta que son exactamente los mismos que reza dicho título; igualmente identificamos el lote de terreno a que se refiere la reivindicación". En seguida agregan que los linderos de la propiedad adquirida por Garcés no son los mismos en su totalidad de los que se determinan en el título de adjudicación a los Warner, " pues lo adjudicado es más pequeño que el globo general adquirido por el señor Garcés, coincidiendo sí por la quebrada de Garrapatas, por la quebrada de "La Calera" y una parte pequeña en "Monteazul".

"El juzgado que hizo la diligencia adjuntó, según lo manifiesta el fallo (fs. 66 vt.) el croquis que obra al fl. 62 de este cuaderno y en él puede verse claramente el lote ocupado por el demandado. Este lote se encuentra dentro del que le fue adjudicado al tradente del actor y corresponde por sus linderos al que se demanda, menos en una faja comprendida entre el camino viejo de "Tulcán" y la quebrada "La Calera", que le sobra al demandado. Ello porque el título de adjudicación exhibido por Garcés tiene como límite por el sur el camino viejo de "Tulcán" y la adjudicación de los Warner sitúa ese lindero en la citada quebrada "La Calera". De todas maneras se trata de la finca "La Julia" o "La Sulia" y los títulos presentados por las partes la identifican con ese nombre. Nótese que si el globo adjudicado a los Warner es menor que el comprado por Garcés, ello se explica porque éste excluye de la reivindicación el que le vendió a su yerno Alfredo Warner, lote que aparece claramente señalado en el croquis del juzgado. Si los peritos dicen que identificaron "el lote de terreno a que se refiere la reivindicación", éste no puede ser otro que el especificado por el demandante en el penúltimo párrafo de su demanda (fl. 7)".

El anterior análisis del sentenciador, lejos de ser erróneo es acertado, en sentir de la Corte, pues siendo la propiedad adquirida por Garcés de mayor extensión por la parte Norte de la finca que el lote poseído por el recurrente, y estando ese lote comprendido dentro de aquélla, excepción hecha de la faja de terreno situada entre el "Camino Viejo de Tulcán", lindero Sur de la propiedad de Garcés, y la quebrada "La Calera", lindero también Sur, del terreno poseído por el demandado, es claro que no podía haber coincidencia completa de linderos, como razonablemente lo expresaron los peritos; pero ello no se opone a que también resulte incuestionable que el terreno poseído por el recurrente y que es materia de la reivindicación, esté comprendido todo, a partir del primer lindero referido, dentro de los linderos generales de la propiedad del actor.

No existiendo, por tanto, el error de hecho que el recurrente le atribuye al sentenciador cuando encontró demostrada la referida identidad, el cargo tiene que ser rechazado.

En el Capítulo IV de la demanda de casación e invocando implícitamente la causal 6ª del artículo 520 del Código Judicial, dice el recurrente que en el proceso se ha incurrido en el motivo de nulidad de ilegitimidad de la personería de una de las partes, contemplado en el artículo 448 ibidem, porque según el certificado que obra al folio 15 del cuaderno número 4, se acredita que el demandante no es dueño absoluto del inmueble que quiere reivindicar, pues éste pertenece a una comunidad y que por ello carece de personería sustantiva para proponer la acción en su propio nombre o para sí.

Se considera:

En numerosa, constante y conocida jurisprudencia ha dicho la Corte que la ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el numeral 2º del artículo 448 del C. J., es la que dice relación con la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva, y no con la personería sustantiva que tiene relación con el fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. A esta última especie corresponde la alegada por el recurrente al advertir que el demandante no es dueño exclusivo de la cosa materia de la litis y que carece por ello de acción para reivindicarla para sí, pues ésta es una cuestión de fondo que afectaría la relación de derecho debatida, de evidente improcedencia como motivo de nulidad procesal.

Además, ya está dicho, al estudiar los cargos opuestos en los Capítulos II y V, en el aparte de este fallo, que el certificado que obra al fo- 15 del expediente no puede ser estimado como ueba, por lo cual es obvio que la alegación aquí rmulada carece hasta de la base de hecho im- escindible para ser considerada.

No se admite el cargo.

En el Capítulo VI afirma el recurrente que la ntencia incurrió en error de hecho y de dere- no al concederle pleno valor probatorio a las Es- rituras Públicas Números 22 y 23, de 9 y 11 de ulio de 1916, acompañadas por el actor a su de- nanda como fundamento de la acción incoada, ues sostiene que dichos títulos carecen de valor robatorio, por cuanto su suficiencia no se acre- dita con la sola presentación de ellos sino con el ertificado de que habla el artículo 635 del C. J., el que brilla por su ausencia en autos. A conse- cuencia de ese error dice que la sentencia que- brantó los artículos 573, 745 y 2652 del C. C.

Se considera:

Los títulos del reivindicante proceden de la adjudicación que con fecha 11 de febrero de 1916 hizo el Estado a Laureano Ospina del globo de terreno baldío denominado "La Julia", que fue debida y oportunamente registrada, (fs. 13 y 14, cuaderno Nº 4 y cuaderno Nº 1, fs. 1 a 4), y en cambio los títulos que alega el recurrente se derivan de la adjudicación hecha a los tradentes Enrique y Octavio Warner del mismo lote de terreno, mediante resolución de 14 de octubre de 1941 (f. 46, cuaderno Nº 1).

Es decir, que, como lo halló el Tribunal, el título exhibido por el actor es mucho más antiguo que el título del demandado, y eso basta para que en casos como el presente deba prosperar la acción reivindicatoria. De otro lado, como lo ha reconocido la Corte en doctrina constante, el certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial, no se exige para los juicios de reivindicación, porque la ley especialmente no lo ha dispuesto así y porque en tales juicios lo que debe hacerse es la comparación de títulos entre los presentados por demandante y demandado, para darle preferencia al más antiguo, sin que sea necesario remontar la cadena hasta llegar al primitivo, y así para que la acción prospere es suficiente que el actor acompañe un título, en debida forma otorgado, anterior al del demandado. A este respecto pueden verse entre otras las sentencias de 30 de septiembre de 1919 (G. J. T. XXVII, pág. 312), 30 de noviembre de 1920 (G. J. T. XXV, pág. 266) y 27 de julio de 1931 (G. J., T. XXXIX, pág. 156).

Por tanto, se rechaza el cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha quince de diciembre último, dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, en el presente juicio.

Con costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA y devuélvase al Tribunal de origen en su oportunidad.

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

ACCIONES DE SIMULACION Y DE REIVINDICACION

1.—Conforme al artículo 457 del Código Judicial el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su contraparte. Si tal personería se exige para promover el juicio por la vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación.

2.—El sentenciador ha entendido rectamente el artículo 2º de la ley 50 de 1936 al sostener que el interés del acreedor para intentar la acción de simulación debe ser actual y cierto y no remoto y eventual. Tal ha sido la doctrina de la Corte.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Civil.—Bogotá, veinticinco (25) de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis (1946).

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes

1º Consta en documento privado datado el 25 de marzo de 1942 que Aurelio A. Villalobos prometió vender a Máximo Vargas Ardila, dentro del término de seis meses, contados desde aquella fecha, un lote de terreno ubicado en la ciudad de Cúcuta, en la carrera 5ª, entre calles 8ª y 9ª, marcado en su puerta de entrada con el número 8-17 y alinderado conforme allí se expresa. El precio de la venta fue acordado en la suma de $ 4.000.00, de los cuales el vendedor Villalobos declaró recibir en el acto del otorgamiento la cantidad de $ 500.00 y Vargas Ardila se comprometió a pagar el saldo al firmarse la correspondiente escritura de venta.

2º En documento de 1º de octubre de 1942, l contratantes mencionados declararon que el pla de que trata la anterior promesa se venció s que se efectuara la enajenación "porque Varg Ardila no pudo cumplir el negocio" y convini ron en prorrogar por un año más la expresad promesa de venta, plazo dentro del cual podí efectuarse la operación. En la cláusula 4ª del mis mo instrumento se convino que Vargas Ardila se guiría pagando como arrendamiento del terreno el cual declaró tener recibido desde antes, la sum de $ 32.00 hasta tanto se formalice la operación correspondiente.

3º Por medio de escritura número 37 de 13 de enero de 1943, corrida ante la Notaría Segunda del Circuito de Cúcuta, Aurelio A. Villalobos y Helena Restrepo de Villalobos, cónyuges entre sí, dieron en venta a Angela Rosa Villalobos Restrepo las fincas raíces descritas en dicho instrumento por la suma de $ 7.000.00, entre las cuales quedó incluído el lote a que aluden los puntos precedentes.

4º El día 20 de enero de 1943 murió en la ciudad de Cúcuta Aurelio A. Villalobos.

Con fundamento en los antecedentes referidos, Máximo Vargas Ardila propuso ante el Juez Primero Civil del Circuito de Cúcuta demanda ordinaria contra la sucesión de Aurelio A. Villalobos, representada por Helena Restrepo de Villalobos, en su condición de cónyuge sobreviviente y los señores Angela Rosa, Carmen, Antonio Ezequiel y Aureliano Villalobos Restrepos, en su condición de hijos del causante y contra Helena Restrepo de Villalobos y Angela Villalobos Restrepo, para que en sentencia definitiva se declarase que el contrato de compraventa recogido en la escritura número 37 de 13 de enero de 1943 es aparente y no real, pues los vendedores lo qué quisieron fue evitar el juicio mortuorio de Aurelio A. Villalobos; que dicha compraventa no existe y es absolutamente nula por carecer de causa y objeto; que fue simulada; que el contrato oculto es doloso y de mala fe, pues tuvo por objeto evitar de una parte el juicio mortuorio de Villalobos y de otra causar al demandante notorio perjuicio

sus intereses; que se ordene la cancelación del stro de la mencionada escritura y que como secuencia se condene a los demandados a pae al demandante el valor de los perjuicios que an ocasionado "con la simulación cuya declaoria se solicita".

dmitida la demanda los demandados la contaron negando los hechos en que se fundamen y oponiéndose a que se hicieran las declaranes solicitadas.

nte el Juez 2º Civil del Circuito de Cúcuta, gela Rosa Villalobos había propuesto con fea 17 de marzo de 1943 demanda de reivindican contra Máximo Vargas Ardila para que se condenase a restituír el lote de terreno desto en la promesa de venta y que venía ocundo el demandado. Este juicio, a solicitud de rgas Ardila fue acumulado al que se surtía te el Juez 1º del Circuito de Cúcuta, del cual tes se hizo mención.

Agotada la tramitación del proceso el Juez del nocimiento lo decidió en sentencia de 2 de frero de 1944, absolviendo a los demandados de s cargos que se les formularon en las dos deandas mencionadas, sin costas.

La apelación de las partes llevó el negocio al ribunal Superior del Distrito Judicial de Pamlona, el cual cerró la tramitación de la segunda nstancia con la sentencia de 28 de junio de 1945, or medio de la cual reformó la apelada, confirnando la absolución que se profirió en favor de Helena Restrepo de Villalobos, Angela, Carmen, Antonio Ezequiel y Aureliano Villalobos Restrepo de los cargos formulados en la demanda que es propuso Vargas Ardila, y condenando a éste a restituírle a Angela Villalobos el inmueble materia de la reivindicación, junto con los frutos naturales y civiles del mismo, contados desde la contestación de la demanda en adelante.

Como motivación de ese fallo dijo el sentenciador lo que en seguida se resume: que dados los términos en que se propuso la demanda de Vargas Ardila y las declaraciones a que se encamina "se impone concluír que la acción ejercitada es la de simulación"; que Vargas Ardila alega tener interés jurídico para instaurar la referida acción invocando su condición de acreedor de Aurelio Antonio Villalobos con fundamento en el contrato de promesa de venta arriba citado; que dando por sentado que el demandante apareciere como acreedor de Villalobos, esa sola condición no basta para que pueda alegar la simulación del contrato celebrado por el deudor, pues es necesario además que tenga un interés no eventual y remoto sino cierto y actual. Siguiendo estas ideas pasó a estudiar el contrato de promesa que le sirve de base a la demanda y examinando sus cláusulas a la luz de lo dispuesto en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887, encontró que se ajusta a las exigencias legales y que los derechos y obligaciones que de ella nacían se transmitieron a los herederos de Villalobos, de quienes Vargas podía reclamarlo y agregó textualmente:

"Cuando murió Villalobos, y desde luego cuando fue enajenada la finca prometida en venta, aún faltaban cerca de diez meses para cumplirse el año estipulado como plazo de la promesa; por otra parte Vargas Ardila, no había hecho uso de la facultad concedida en dicha promesa, cual fue la de poderse realizar lo prometido dentro del plazo, pues no hubo manifestación de su voluntad por medio de la cual declarara pretender utilizar dicha promesa; y no obrando dicha manifestación Villalobos bien podía retractarse de lo prometido.

"En estas circunstancias y siendo necesario para que las obligaciones que nacen de la promesa queden firmes, vale decir, surjan como tales, es menester que el interesado haya declarado su voluntad de utilizarlo, y no habiéndolo hecho Vargas Ardila antes de la venta realizada por éste y su esposa en favor de Angela Villalobos, es lógico concluír que el derecho de Vargas Ardila era para entonces un derecho meramente eventual". De allí llegó a concluír "que Vargas Ardila no aparece con adecuado interés jurídico para demandar la simulación de la compraventa referida".

Como un segundo argumento para estimar que el demandante carece de acción para demandar la simulación expuso que de acuerdo con las pruebas traídas al juicio el lote prometido en venta por Villalobos fue adquirido por la sociedad conyugal Villalobos-Restrepo; que de consiguiente Villalobos prometió en venta no un bien propio sino ajeno; que el contrato de promesa de venta de cosa ajena es válido; pero que dado que la cosa a que se refiere la promesa de venta era ajena y que el promitente vendedor se puso en la imposibilidad de cumplir su obligación por el hecho de la venta a que se refiere la escritura número 37, "la acción que corresponde al contratante perjudicado es distinta de la simulación" y ella no es otra que la que le consagra el artículo 1610 del Código Civil.

Para remarcar la carencia de acción en Vargas Ardila, a las razones anteriores agregó una tercera, pues dijo: que la acción del acreedor para demandar la simulación no puede prosperar sino cuando entre el tercero y el deudor ha existido **consilium fraudis**, factor éste que debe establecerse plenamente; que en el presente caso la presunción de buena fe que protege a Angela Villalobos Restrepo no ha sido desvirtuada con prueba alguna, y que en esas condiciones al promitente comprador sólo le queda la acción establecida en el numeral 3º del artículo 1610 del C. C.

Añadió además que para que Vargas Ardila pudiera demandar la simulación ha debido acreditar el **eventum damni**, que es también requisito esencial para la prosperidad de la demanda de simulación, y que esa comprobación no la dio en forma alguna.

Finalmente dijo: "Por otra parte, para que por este mismo aspecto pudiera determinarse que el damandante al incoar su acción estaba en posesión de un interés jurídico actual, ha debido entablar y finalizar previamente la acción de indemnización de perjuicios, pues entre tanto su interés es meramente eventual, pues depende de que le sea favorable la acción de indemnización de perjuicios".

Pasó después a estudiar la acción reivindicatoria instaurada por Angela Villalobos contra Vargas y encontró que en el caso de autos se reunían los elementos esenciales para la prosperidad de aquélla, como son el dominio de la actora sobre la cosa reivindicada; la singularización e identidad de ésta y la posesión material de la misma por parte del demandado.

Refiriéndose al último de los citados elementos encontró demostrado en el expediente que Vargas obtuvo la tenencia del bien que se reivindica a título de arrendatario y a nombre de Aurelio Villalobos, en cuyo nombre empezó a poseer; que el contrato de arrendamiento expiró por extinción del derecho del arrendador, por venta de la cosa arrendada y por no estar obligada la señora Villalobos Restrepo a respetar dicho contrato por no constar en escritura pública; que no obstante los requerimientos de dicha señora, Vargas Ardila se ha negado a restituír la cosa arrendada, reteniéndola indebidamente; que según el artículo 961 del C. C. las reglas sobre reivindicación, "se aplican contra el que poseyendo a nombre ajeno, retenga indebidamente una cosa raíz o mueble, aunque lo haga sin ánimo de señor y que por ello procede contra Vargas Ardila la acci reivindicatoria propuesta".

Al demandante Vargas se le concedió casació

El recurrente invoca las causales 1ª y 6ª d artículo 520 del Código Judicial. Por razón orden lógico se entra a estudiar en primer té mino el cargo que se formula con apoyo en la causal 6ª.

Para fundamentar este cargo dice en resume el recurrente lo siguiente: que la señora Helen Restrepo de Villalobos contestó la demanda e nombre de sus hijos Carmen, Antonio José y Eze quiel Villalobos Restrepo diciendo ejercer la pa tria potestad sobre ellos; que siendo éstos menc res adultos, han debido comparecer al juicio po medio de curador nombrado por ellos y confir mada la respectiva designación por el juez de conocimiento, porque la madre estaba inhibid para ejercer la patria potestad, por tener en est asunto intereses encontrados con los de sus hijos que el menor Aurelio Villalobos R. no ha sido representado por nadie en este juicio, porque en el escrito de contestación de la demanda presentad por su madre señora Restrepo de Villalobos, el nombre de Aurelio fue interliniado en lugar adecuado, pero no fue salvado al final del escrito y que siendo causal de nulidad en todos los juicios, conforme al artículo 448 del C. J. la ilegitimidad de la personería en cualquiera de las partes o en quien figure como su apoderado o representante, y la falta de citación o emplazamiento en forma legal de las personas que han debido ser llamadas al juicio, la causal invocada debe prosperar.

Se considera:

Enseña el artículo 457 del Código Judicial que la parte que no fue legalmente notificada o emplazada o que no estuvo debidamente representada en el juicio, puede pedir, por la vía ordinaria, que se declare la nulidad de éste, o puede oponer la causal como excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia.

Como se ve, el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio por los motivos indicados, no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su contraparte.

Si tal personería se exige para promover el juicio por la vía ordinaria y para oponer la excep-

ción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabidas normas dejen de aplicarse en el recurso de casación. En este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia de la Corte. (Casación, julio 6 de 1936, T. XLII, pág. 748, y 2 de mayo de 1941. G. J. Nº 1971, pág. 246).

En consecuencia es evidente que el recurrente carece de interés jurídico para invocar en nombre de la parte contraria motivos de nulidad que, de existir, sólo a ésta podrían afectar.

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

En el Capítulo II de la demanda titulado "Violación de la ley sustantiva por interpretación errónea", principia el recurrente por sostener en síntesis que mientras los contratos de promesa de venta no hayan sido declarados nulos, su interés jurídico en la acción que ha propuesto es evidente y cita en su apoyo el precepto del artículo 2º de la Ley 50 de 1936; luego transcribe apartes de las sentencias del Juzgado y Tribunal y dice que en su persona pueden considerarse radicadas dos acciones, la pauliana y la de simulación y que ante el hecho de haberse insolventado Villalobos y sus herederos, con motivo de la venta de todos sus bienes hecha a su hija Angela, sus derechos se han vulnerado y ello le da adecuado interés jurídico, no solamente para que el contrato de venta no se le pueda oponer sino también para que se anule, restableciendo así el patrimonio del deudor. Añade que los contratos de promesa presentan dos aspectos: primero la promesa de vender un bien, y segundo, el recibo de la suma de $ 500.00, y que si por el primer aspecto pudiera surgirle, como lo sostiene el Tribunal, un interés remoto para cuando se cumpliera el plazo, por el segundo se establecen relaciones inequívocas de deudor a acreedor; que aun considerando la cuestión desde el primer aspecto, su interés es actual y no remoto, puesto que el promitente vendedor es quien debía cumplir primero sus obligaciones y las del promitente comprador son subordinadas o condicionadas a aquéllas. De allí concluye que su interés para impugnar el contrato celebrado por Villalobos es claro, y que para él es indiferente que el inmueble sea de la sociedad conyugal y no de Villalobos, pues la obligación de éste es de hacer y de reintegrar el dinero recibido.

Seguidamente se detiene a destacar los indicios que en su concepto demuestran la simulación del contrato, para luego concretarse a lo relacionado con la acción reivindicatoria. A este efecto principia citando el artículo 946 del C. C. para decir que conforme a esta disposición se presupone que el demandado sea poseedor del inmueble que se reivindica y que este requisito falta en el presente caso, porque él recibió la finca a título de arrendatario, como un principio del cumplimiento de la promesa y no como poseedor y que no habiéndose probado el hecho fundamental de su posesión no se debe acceder a las pretensiones de la reivindicante.

Y concluye este Capítulo así:

"Las disposiciones que deben ser rectamente interpretadas por la H. Corte Suprema de Justicia, en fuerza de las razones que sustentan el recurso de casación y que he consignado en el curso del presente, son las que en su texto incluí y, además, las que fundamentaron las demandas o sean: artículos 1740 y siguientes del C. C., artículo 189 de la Ley 153 de 1887, artículos 1613 y siguientes del C. C., Títulos 1º, 2º y 12º del Libro II del C. C. y concordantes de unos y otros".

La Corte considera:

El cargo es improcedente por las siguientes razones:

1ª Porque el recurrente acusa la sentencia como violatoria de la ley sustantiva "por interpretación errónea"; y ninguna de las disposiciones que en el cargo se citan ha podido ser violada en tal concepto. No lo ha sido el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, porque el sentenciador ha entendido rectamente ésa disposición cuando ha sostenido que el interés del acreedor para intentar la acción de simulación debe ser un interés actual y cierto y no uno remoto y eventual y esa interpretación está acorde no sólo con la jurisprudencia uniforme de la Corte en numerosos fallos sino también hasta con el propio pensamiento del recurrente, quien ha sostenido que le asiste un interés actual y no remoto para el ejercicio de dicha acción.

Interpretando la Corte el artículo 2º de la Ley 50 de 1936, ha dicho "que no es aceptable que un acreedor pueda ejercitar ilimitada e irrestrictamente las acciones que la ley le ofrece para defender su derecho contra la insolvencia de su deudor: la pauliana, la de simulación o la de nulidad. Es indispensable que tenga interés; pero no el simple y general representado en su calidad de acreedor y consistente en la conveniencia de que el obligado acrezca su capacidad de pago, sino el concreto y real representado en el perjuicio di-

recto y determinado que el acto de enajenación de su deudor le irroga, porque a virtud de él se incapacita para pagarle total o parcialmente. Tal es el sentido restricto que la doctrina de los Tribunales le ha dado al vocablo "interés", que usa la ley para determinar cuándo un acreedor tiene derecho de pedir que se declare judicialmente la ineficacia de actos o contratos ejecutados por una persona que le debe por el solo hecho de sacar de su patrimonio bienes sobre los cuales puede aquél hacer efectivos sus derechos, doctrina adoptada para garantizar la seguridad de que la ley no autoriza ni permite la intromisión abusiva en la órbita en que se mueven las extrañas relaciones, la invasión injustificada en la esfera patrimonial ajena". (Sentencia de octubre 10 de 1944, G. J. Tomo LVIII, número 2016, pág. 43).

Tampoco lo ha sido el artículo 946 del C. C. que define la acción reivindicatoria de dominio, porque el sentenciador lo ha entendido también rectamente, desde luego que claramente ha dicho que para la prosperidad de dicha acción es indispensable que el actor pruebe su derecho de dominio sobre la cosa singular que se reivindica; que haya identidad entre lo que se reivindica y lo poseído por el demandado, y que éste tenga la posesión material de esa misma cosa.

En relación con esta última circunstancia, el sentenciador estimó que el recurrente poseía en nombre ajeno y retenía indebidamente la finca, por lo cual en ese caso eran aplicables las reglas sobre reivindicación, por fuerza de lo dispuesto en el artículo 971 del C. C., y la sentencia no ha sido acusada como violatoria de esta disposición. Ni mucho menos han podido ser quebrantados los artículos 1613 y 1740 del C. C. porque la sentencia no se fundamenta ni tenía por qué fundamentarse, dada la interpretación que de la demanda se hizo, en ninguna de dichas disposiciones. Y el artículo 189 de la Ley 153 de 1887 que como violado se cita, es una disposición que está derogada y si el texto legal que pensó citar el recurrente es el artículo 89 de la misma, la interpretación que a éste se le dio le fue favorable al recurrente, pues el Tribunal estimó que el contrato de promesa, visto a la luz de dicho texto legal, reunía las formalidades correspondientes para ser considerado como tal.

Y siendo lo anterior así, es evidente que el cargo resulta mal formulado, porque como lo ha sostenido la Corte en reiterada jurisprudencia, la primera causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es siempre la de violación de ley sustantiva, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa; por errónea interpretación y por aplicación indebida, y como cada uno de esos casos deriva de fuentes distintas, se ha exigido, en orden al mejor éxito del recurso atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente concretamente exprese con claridad y precisión, por cuál de los tres casos de violación de ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que "la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación, consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción" o cuando expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar. (Casación, 4 de septiembre de 1933, Nº 1985, pág. 536).

De otro lado el deber que a todo recurrente le incumbe al fundar el recurso, de indicar precisamente las disposiciones legales que se han violado y el concepto en que lo han sido, no se llena, cuando, como ocurre en el presente caso, la cita se hace por títulos o capítulos del C. C., sin señalar de un modo concreto el artículo especial que se supone infringido por la sentencia recurrida y este vacío incapacita a la Corte para resolver el recurso cuando se invoca la causal primera del artículo 520 del Código Judicial; y

2ª.—Porque el Tribunal entendió, después de estudiar los hechos y las súplicas de la demanda, que la acción ejercitada es la de simulación exclusivamente y si el recurrente sostiene que además de esa ejercitó la acción pauliana, ha debido proponer el consiguiente cargo por error de hecho manifiesto en la interpretación de la demanda y no resulta que así lo haya propuesto.

3ª.—Porque el sentenciador llegó a la conclusión de que el recurrente carecía de la acción de simulación, fundándose entre otras en las siguientes razones: que el contrato de promesa de venta recayó sobre un bien ajeno y que por tal motivo la acción que le corresponde al promitente comprador no es la de simulación sino la que consagra el artículo 1610 del C. C.; que para que el acreedor pueda ejercitar eficazmente la acción de simulación de un contrato celebrado por el deudor es indispensable que pruebe que entre el deudor y el tercero que con él ha contratado ha existido **consilium fraudis** y que en el caso de autos la presunción de buena fe que protege a la señora

Villalobos Restrepo no ha sido desvirtuada en forma alguna; que además, el recurrente ha debido acreditar el **eventum damni** y que faltando esa comprobación esencial, la demanda de simulación no puede prosperar. Y ninguna de estas razones ha sido acusada en debida forma en casación, y cada una de ellas es por sí sola suficiente para sostener la sentencia.

4ª.—Porque si en sentir del recurrente en el expediente obran pruebas demostrativas de que el promitente vendedor se insolventó al efectuar la venta de los bienes a que se refiere el contrato tachado de simulado y que por ello quedó en incapacidad económica para atender al cumplimiento de la obligación de que trata la litis, entonces ha debido proponer el cargo consiguiente, por violación indirecta de la ley sustantiva, proveniente de error de hecho manifiesto en la apreciación de las pruebas o por falta de esa apreciación, alegando y demostrando a la vez el error, como lo previene y ordena el artículo 520 del Código Judicial, en su numeral primero, y, como queda visto, así no lo propuso.

Se rechaza el cargo.

En mérito de las anteriores consideraciones expresadas, 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 veintiocho (28) de junio de mil novecientos cuarenta y cinco (1945) dictada en el presente negocio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pamplona.

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—Arturo Tapias Pilonieta—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Oficial mayor en propiedad.

REIVINDICACION.—ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

1.—Cuando el título que sirve para reivindicar una finca de varios demandados es uno mismo, no hay indebida acumulación de acciones, pues este caso es muy distinto de aquel en que, siendo varios poseedores demandados, la reivindicación se basa en títulos divergentes con relación a cada lote. Tal ha sido la doctrina tradicional de la Corte.

2.—La acusación por violación directa de la ley en casación, sólo es procedente a virtud de la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

Por medio de la escritura pública número 443, otorgada en Sevilla, departamento del Valle del Cauca, el 24 de abril de 1925, el gerente de la sociedad anónima denominada EMPRESA DE BURILA, domiciliada en Manizales, diciéndose debidamente autorizado por la respectiva junta directiva, "adjudica definitivamente al señor Domingo Patiño... es a saber: un globo constante de trescientas fanegadas, situado en el punto llamado "Las Delicias", de los pertenecientes a la sociedad de Burila, en esta jurisdicción, correspondiente a las dotes de las cédulas marcadas con los números ciento doce (112), ciento trece (113) y ciento catorce (114) todas de fecha veinte de abril de mil ochocientos noventa, demarcado de conformidad con los datos dados por el adjudicante, así:...". En la cláusula tercera del instrumento se advierte que "la adjudicación se hace a cambio de las dotes de cédulas cuyos números ya se citaron y conforme al artículo diez y seis de los Estatutos el adjudicatario tiene derecho como accionista al lote de que se trata", y por estar pagada y cancelada conforme a los mismos estatutos "la acción a que corresponden las fanegadas de que se habló y que el adjudicatario queda sometido a las obligaciones que le impone la adjudicación y los Estatutos de la Sociedad".

En el juicio ejecutivo de Jorge Enrique Rodríguez contra Domingo Patiño, por diligencia de remate de fecha 28 de septiembre de 1938, el señor Rodríguez adquirió la finca de **Las Delicias,** de trescientas plazas o fanegadas, que a Patiño le había adjudicado la **Empresa de Burila,** por los mismos linderos de la adjudicación.

Según el hecho **tercero** de la demanda inicial del presente juicio, "Durante la larga secuela del juicio ejecutivo contra el señor Patiño, que duró por espacio de más de tres años, a consecuencia de falta de cumplimiento de sus deberes legales por parte de las personas que ejercieron el cargo de secuestre de **Las Delicias,** uno de los bienes embargados en el juicio, las personas a quienes voy a demandar o de quienes los demandados pretenden derivar sus derechos de ocupación, de hecho y de manera injustificada ocuparon las porciones que alinderaré más adelante, ocupaciones que ejercieron sin autorización ni título alguno procedentes del dueño señor Patiño ni por contrato con los individuos que tuvieron a su cargo el secuestro de esos terrenos, de donde resulta que los ocupantes de los lotes que voy a demandar en juicio de dominio son poseedores de hecho y de mala fe, razón por la cual no estoy obligado a pagar mejoras, ni a ello se me debe condenar en ningún caso pues esa ocupación de mala fe la probaré fehacientemente".

Demanda

Basado en la causa anterior Jorge Enrique Rodríguez en el libelo que presentó al efecto, demanda en juicio de dominio a las siguientes personas: Anacleto López, Ana Felisa Marín, Faustino Castañeda, Marco Ramón Grimaldo, Noé Aguirre, Luis Bernal Arbeláez, Manuel Antonio Díaz, Rafael Arbeláez y Bergereón Jaramillo. En la demanda se proponen estas declaraciones:

A) Que el predio de **Las Delicias** pertenece en propiedad al señor Rodríguez, según los títulos de dominio;

B) Que por formar parte del mismo predio el demandante es dueño de los lotes ocupados por los demandados, según las alinderaciones de cada ocupación; y

C) Que los demandados están en la obligación de devolver los lotes que cada cual ocupa dentro del predio de **Las Delicias,** con los frutos naturales y civiles, teniéndolos como poseedores de mala fe.

Sobre estas bases se trabó la litis que terminó con la sentencia de primer grado en que se accedió a todas las súplicas del actor, estatuyendo lo siguiente:

"En razón de todo lo expuesto, el Juzgado Civil del Circuito de Sevilla, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, FALLA:

"1º DECLARANSE como nó probadas las excepciones propuestas por los demandados, inclusive la de **Prescripción**;

"2º DECLARASE que el predio denominado **Las Delicias,** tal como está alinderado en el hecho primero de la demanda, le pertenece al demandante, señor Jorge Enrique Rodríguez, según los títulos inscritos que así lo determinan;

"3º Que, asimismo, y por formar parte del expresado terreno de **Las Delicias,** es también dueño el demandante de todos y cada uno de los lotes que están ocupando los demandados, por las alinderaciones que indica la demanda;

"4º En consecuencia, CONDENASE a los demandados, señores Anacleto López, Ana Felisa Marín, Faustino Castañeda, Marco Grimaldo, Noé Aguirre, Luis Bernal Arbeláez, Manuel Antonio Díaz, Rafael Arbeláez, Besareón Jaramillo, todos mayores de edad, y vecinos de esta jurisdicción, a restituír al demandante, señor Jorge Enrique Rodríguez dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, los lotes de terreno que cada uno de ellos ocupa en la forma indicada en la demanda, así: López los cinco lotes que alindera la demanda y que en su conjunto comprende la finca que actualmente ocupa; Manuel Antonio Díaz, los dos lotes que le alindera la demanda como ocupados por él, lo mismo que los demandados Arbeláez y Jaramillo. El resto de los demandados, como son Ana Felisa Marín, Castañeda, Grimaldo, Aguirre y Luis Bernal Arbeláez, el lote que cada uno de ellos ocupa;

"5º TIENESE a todos los demandados, para los efectos legales, en lo referente a las prestaciones a que da lugar este fallo, como poseedores de mala fe; de manera que este fallo se da a reserva de determinar esas mismas prestaciones en la forma que lo indica el artículo 553 en relación con el 480 del C. Judicial".

En grado de apelación subió el juicio al tribunal de Buga, y allí se CONFIRMO el fallo del juez con las siguientes REFORMAS:

"**Primera.** Rafael Arbeláez y Besareón Jaramillo no están obligados a restituír el **primer lote** que se les demanda y relaciona, por no ser poseedores de él y por tanto se les ABSUELVE en lo pertinente a tal **lote primero**.

"**Segunda.** Absuélvese a Anacleto López de los cargos de la demanda en cuanto hace al **primer lote** que en ella se le alindera y especifica, es decir, al que adquirió de los herederos de Lucas Osorio.

"**Tercera.** Tiénese a todos los demandados como poseedores de buena fe, hasta la fecha de la contestación de sus respectivas demandas. Tal fecha será para quienes no la contestaron, aquella en que debieron hacerlo. Tienen, por tanto, derecho a las prestaciones y garantías que la ley les otorga. La liquidación deberá hacerse de acuerdo con el artículo 553 del Código Judicial al exigirse la ejecución de este fallo".

De la sentencia del tribunal solamente recurrieron en casación ante la Corte, el demandante Rodríguez y el demandado Anacleto López. Recibido el expediente en la Corte, los recurrentes, por medio de apoderado, formularon las respectivas demandas de casación. Agotada la sustanciación del recurso, la Sala entra a examinarlo, principiando por la demanda del demandado Anacleto López, ya que así lo exige el orden lógico de las materias a que está circunscrito el estudio de la Corte.

Recurso de casación del apoderado de López

Invocando este recurrente la causal primera de casación, violación de la ley sustantiva, formula tres cargos contra la sentencia del tribunal. En el orden en que están propuestos los examina la Sala.

- I -

Acumulación ilícita de acciones

Así se titula este cargo, que da idea de la tesis que se sustenta.

Radica en que el tribunal no apreció la demanda debidamente, ni las contestaciones de los demandados, ni la diligencia de inspección ocular habida el 21 de mayo de 1941, "lo que implica incidencia en errores de hecho y de derecho".

"El error de hecho consiste tanto en no haber tomado en cuenta las pruebas expresadas como en confundir la finca de **Las Delicias** objeto de la declaración genérica de dominio y de restitución, con cada uno de los lotes de cada uno de los demandados, específicamente distintos de aquélla y específicamente diferentes unos de otros.

"El error de derecho resulta de haber atribuído un mismo interés jurídico al actor y a los demandados, considerando existir identidad de acciones, identidad de objeto e identidad en la parte demandada, siendo así que Anacleto López no tiene las mismas pretensiones que los demás demandados, ni sus inmuebles se identifican con los de éstos ni con toda la finca de **Las Delicias,** ni le afecta la declaración de dominio que se pueda hacer sobre la mayor parte de esta finca a favor del actor".

A estas consideraciones se añade la de que entre los demandados "no existe comunidad de ninguna clase ni otro vínculo de afinidad jurídica que permitiera agruparlos como una sola parte en un solo proceso como sustentos de una misma pretención. Al contrario, en los autos hay pruebas de que invocan títulos y motivos distintos para su dominio de cada uno respecto de sus respectivos terrenos".

La acusación se concreta diciendo que con los errores de hecho y de derecho anotados, hubo violación de los artículos 946, 950, 952 del Código Civil, aplicándolos contra todos los demandados "y estimando erróneamente ser una misma la cosa objeto del dominio del reivindicante y las cosas poseídas por cada uno de los demandados, y perdiendo de vista que no es idéntica la oposición de cada uno de ellos con respecto a los demás y con respecto al actor".

Se examina el cargo:

En síntesis, el cargo consiste en que el tribunal admitió una acumulación indebida de acciones, permitiendo que en un mismo juicio se ejercite por el demandante la acción reivindicatoria contra distintos demandados que son poseedores independientes entre sí de globos singulares, sin que entre ellos exista comunidad u otro nexo jurídico que autorice la indivisibiliad de la acción.

El cargo es infundado. El actor justifica la acción reivindicatoria sobre el globo de **Las Delicias** con un título que según su afirmación comprende toda la extensión de tierras que los demandados ocupan cada uno por globos determinados. Los demandados no han negado que esto sea así, pues su oposición radica en la ineficacia de los títulos del demandante, ante el hecho de la posesión, o de títulos particulares que cada demandado contrapone al título del actor, con el fin de desvirtuar éste, quitándole la prevalencia.

En estas circunstancias la acumulación de acciones está autorizada por el numeral 4º del artículo 398 del Código Judicial. La causa que la parte actora invoca contra todos los demandados es la de que el derecho de propiedad sobre los diversos globos que ocupan ellos, según la demanda, se lo confiere la escritura número 443 de 24 de abril de 1925, de la notaría de Sevilla, otorgada por la **Empresa de Burila** a Domingo Patiño, y la diligencia de remate de 28 de septiembre de 1938, efectuado en el juicio ejecutivo seguido a Patiño. La invocación de esta causa es común contra todos los demandados, a quienes interesa destruírla, y así intentaron hacerlo en esfuerzos que confluían al mismo objetivo: demostrar que esa causa es inoperante. El camino usado por cada uno de los demandados pudo ser diverso, pero en definitiva conducía a poner en tela de juicio la validez de los títulos invocados en la demanda.

El caso presente es muy distinto de aquel en que siendo varios los poseedores demandados la reivindicación se basa en títulos divergentes con relación a cada lote. No habiendo en ese evento ningún nexo con el cual se intenten vincular las diversas acciones, la demanda que las agrupara sería inadmisible.

Esta ha sido la doctrina tradicional de la Corte. Y así en sentencia de 21 de junio de 1943, sostuvo:

"Tendrían razón los excepcionantes si la demanda no tuviera por principal causa o motivo discutir la existencia del título originario de donde arranca o se pretende arrancar la propiedad particular de todas las fincas especificadas en el libelo, título que por lo tanto es común e interesa por igual a los diferentes propietarios actuales demandados.

"....

"La palabra acumulación envuelve en derecho procesal dos conceptos distintos; pero estrecha-

mente vinculados entre sí: o significa agregación de dos o más procesos con el fin de sustanciarlos y decidirlos bajo una msima cuerda; o significa el ejercicio en una misma demanda de varias acciones por parte del demandante. El primer concepto lo desarrolla el artículo 398 y el segundo el artículo 200 citados.

"La acumulación de procesos reglamentada en el artículo 398 tiene por objeto facilitar también la acumulación de acciones. De manera que una y otra disposición miran a propender por la acumulación de acciones, a fin de evitar que se divida la continencia de la causa en los pleitos.

"El concepto de continencia en los pleitos implica la unidad que necesariamente debe haber en ellos desde su iniciación hasta su decisión por la sentencia. Esta unidad exige que las causas no se dividan, con el fin de que la cosa juzgada tenga mayor alcance tanto respecto de las personas como de las cosas. Y hay división de la unidad de las causas cuando una misma acción o varias acciones conexas se someten al conocimiento y fallo de tribunales diferentes. Deducidas en juicios distintos la misma acción o varias acciones afines que integran un problema global corren el peligro de terminar con fallos inarmónicos y contradictorios, porque su examen tiene que ser deficiente por no abarcar en conjunto los datos dispersos en los diferentes procesos". (**Gaceta Judicial**, Tomo LV, pág. 733).

De consiguiente el cargo es inválido, porque el tribunal no ha incurrido en la violación de las disposiciones invocadas por el recurrente.

- II -

Insuficiencia del título con que se reivindica

Este cargo se funda en razonamientos que se resumen así:

El demandante adujo como prueba del dominio, el remate efectuado el 28 de septiembre de 1938, y como antecedente, la escritura por medio de la cual la **Empresa de Burila** le adjudicó a Domingo Patiño el globo de terreno de **Las Delicias.**

El tribunal aceptó la escritura mencionada, lo que implica que le dio valor como título de dominio perfecto y que la tradición se operó legalmente.

Pero yerra el tribunal en tal apreciación. Con evidente error de hecho, al leer en la escritura, que entre la sociedad "Empresa de Burila" y Patiño, se celebró un contrato traslaticio de dominio, cuando tal cosa no acredita el instrumento. Y con error de derecho, al dar a la escritura un valor que de ella carece según la ley.

El contrato no puede entenderse ni como venta, ni como permuta, donación, división de bienes comunes, dación en pago, etc. Para la validez de la tradición se requiere un título traslaticio de dominio, según lo establecido en el artículo 745 del Código Civil, y ese requisito no se llena con cualquier título. Si el adjudicatario tiene derecho como accionista al lote de que se trata, según lo declara la escritura de adjudicación, el título de transmisión del dominio vendría a ser un aporte a la sociedad del terreno de **Las Delicias,** y la adjudicación correspondería entonces a una especie de liquidación. Además en la cláusula cuarta se consigna que el adjudicatario queda sujeto a las obligaciones que le imponen los estatutos sociales, de donde se sigue que la naturaleza, extensión y condiciones del título queda también limitado por los estatutos de la empresa. Finalmente no se hizo en la escritura número 443 ninguna consideración sobre el valor del inmueble, lo que presupone completa liberalidad en el contrato, pero como donación, aquélla es inoperante, porque no reúne las formalidades legales.

El doble error en la estimación de la escritura número 443 llevó al tribunal a quebrantar los artículos 745, 746, 747, 749 y 765 del Código Civil, pues su recta aplicación lo habría conducido a considerar rota la cadena de títulos de dominio del demandante y darle preferencia a los títulos aducidos por Anacleto López.

Se examina el cargo.

La escritura número 443 de adjudicación del lote de tierras de **Las Delicias,** a Domingo Patiño tiene su causa o razón de ser en la constitución y estatutos de la **Empresa de Burila.** Así que esta escritura no puede tomarse asiladamente, sin relacionarla con la organización y bienes de dicha empresa, de la cual la mencionada adjudicación es su normal desarrollo.

La **Empresa de Burila,** fue organizada por un grupo numeroso de ciudadanos como sociedad anónima, según la escritura pública número 693 de 25 de noviembre de 1884, otorgada ante el notario público de Manizales. Según sus cláusulas la compañía tenía por objeto la explotación de los terrenos de Burila, minas, salinas y carboneras allí existentes, y cualesquiera otras especulaciones que determinara la asamblea general de ac-

cionistas. La sociedad se constituyó con un capital de cien mil pesos ($ 100.000) "en que se estiman los terrenos ya mencionados, y se divide en acciones de doscientas fanegadas que se estiman a cien pesos cada una, lo que da un total de mil acciones". El valor de cada acción se pagaría así: veinte pesos al firmarse la escritura de asociación; veinte pesos dos meses después, y el resto en mensualidades de cinco pesos. Por cada acción "se tiene derecho a un lote de terreno de cien fanegadas con dominio exclusivo". La enajenación de una o de varias acciones, "no comprende la dote o dotes de terreno que a ellas corresponda, ni la enajenación de los lotes comprende la de las acciones respectivas, a menos que así se estipule en el contrato". Los socios tienen derecho a que se les "adjudiquen sus lotes en los puntos donde tuvieren mejoras hechas antes de la escritura de asociación, siempre que las mejoras valgan por lo menos la cuarta parte de la adjudicación que debe hacérseles, estimando el suelo por el valor nominal que le dan estos estatutos". El gerente de la compañía adquirió la facultad de "otorgar a petición y costa del interesado, el título de propiedad, con las formalidades legales, de toda porción de terreno que se adjudique, como dote, una vez que hayan sido pagadas las acciones respectivas".

Estas cláusulas dan idea de los fines principales de la sociedad organizada para explotar la gran extensión de tierras de Burila, de doscientas mil fanegadas, según la escritura de asociación. Y una de las formas de explotación acogida, fue la de ir adjudicando lotes de cien fanegadas a los accionistas, según el número de acciones pagadas que poseyeran.

En cumplimiento de estas estipulaciones se otorgó la escritura de adjudicación a Domingo Patiño, por tres **dotes** o acciones, equivalentes a trescientas fanegadas de tierras, desmembradas del globo de **Burila.**

Hay pues un título traslaticio de dominio, emanado directamente del contrato de asociación contenido en la escritura 693 de 25 de noviembre de 1884, contrato cuya validez no es objeto de discusión en el presente juicio, como tampoco la propiedad de la Empresa sobre los terrenos de Burila, por lo cual la Corte también tiene que abstenerse de juzgar esas cuestiones, y sólo le compete, según así hiciéronlo los juzgadores de instancia, deducir todas las consecuencias en el contrato previstas.

De estas circunstancias, la escritura número 443, constituye una fuente capaz de transmitir el dominio al tenor del artículo 745 del Código Civil pues llevó de poder de la **Empresa de Burila** al patrimonio del adjudicatario Domingo Patiño, el predio **Las Delicias.**

Por tal razón no se cometieron los errores de que se queja el recurrente, y por ende tampoco se violaron las disposiciones por él invocadas en el cargo que se deja examinado.

- III -

Vicios de la posesión inscrita del reivindicante

Este cargo resumido consiste:

El tribunal de Buga, al comparar los títulos del actor con los de Anacleto López, prefirió los presentados por aquél. En efecto, el actor invoca una posesión inscrita constituída así:

1º Adquirió **Las Delicias** el 28 de septiembre de 1938, por remate efectuado en la ejecución contra Patiño; 2º Patiño adquirió por la adjudicación que le hizo la Empresa de Burila, según la escritura 443 de 1925, de la notaría de Sevilla; 3º la sociedad tradente había adquirido por aporte que a ella le hicieron Lisandro y Belisario Caicedo, según la escritura número 693 de 1894, registrada en Tuluá el 30 de diciembre de 1885.

Pero ocurre que habiéndose registrado en Tuluá el dominio obtenido por la Empresa de Burila, no se registró allí, sino solamente en Sevilla el dominio transferido por Burila a Domingo Patiño por la escritura 443, siendo de notar que en la adjudicación de que éste habla se asevera que la finca adjudicada se halla situada dentro de la jurisdicción de Sevilla exclusivamente.

En presencia de esta circunstancia u omisión, el registro de la adjudicación hecha a Patiño en 1925, no amparó el dominio de las porciones del inmueble de Anacleto López ubicadas dentro del circuito de registro de Zarzal a Tuluá, y por tanto Patiño no adquirió la posesión inscrita en tales porciones.

Síguese entonces de lo expuesto que la posesión inscrita de Jorge Enrique Rodríguez no data respecto de los lotes ubicados en jurisdicción del municipio del Zarzal sino desde el 21 de noviembre de 1938, fecha de la inscripción del remate de **Las Delicias** en Tuluá.

Empero, Anacleto López compró así: de Francisco Rojas, por escritura número 83 de 29 de ju-

nio de 1938, registrada en Zarzal el 3 de julio siguiente; de Salvador Zapata por escritura número 94 de 19 de julio de 1938, registrada al día siguiente en Tuluá; y de Sixto Arenas por escritura número 149 de 28 de octubre de 1938, registrada en Tuluá el 12 de noviembre del mismo año.

Esta reseña hace patente el error de derecho en que incidió el fallador al estimar que la escritura número 443 de adjudicación a Patiño era título suficiente para transmitir el dominio y que su registro constituía posesión inscrita a favor del actor, lo cual no es así por cuanto al faltar el registro en Tuluá de los lotes ubicados dentro de la jurisdicción de ese círculo de registro, no pudieron consumarse los efectos de la tradición.

El expresado error apareja el quebrantamiento de los artículos 2637, 2655, 2674 del Código Civil.

Se examina el cargo:

El tribunal se anticipó a contestar esta objeción al mérito de la escritura número 443, en lo referente a la parte del inmueble de **Las Delicias,** ubicado en Zarzal, de la siguiente manera:

"Cabe aquí observar que si es cierto que la escritura de constitución de la sociedad Empresa Burila fue registrada en la oficina de registro de Tuluá por razón de no existir en 1884 el municipio de Sevilla (véase folio 20, cuaderno 2º), tal circunstancia no obligaba a registrar en la misma oficina la escritura por la cual Domingo Patiño adquirió de la citada sociedad por cuanto en este instrumento se afirma que el terreno que se adjudica a Patiño está "situado en el punto llamado de **Las Delicias,** de los pertenecientes a la Sociedad de Burila, en esta jurisdicción...". (La escritura fue otorgada en Sevilla). Y es natural que no habiéndose fijado los límites entre los municipios de El Zarzal y Sevilla sino por virtud de la Resolución número 79 de 26 de julio de 1929 de la Gobernación del Valle, sólo después de esta fecha se hacía prudente el registro en una u otra jurisdicción, según el caso, de los títulos referentes a terrenos cuya ubicación no estaba determinada, y si en duda, pero que por convenio expreso de las partes contratantes se había dado en situar en determinado circuito teniendo en cuenta el consenso general y ante la inexistencia de lindes municipales a qué atenerse. (Véase folio 5 del cuaderno 2º). En tal orden de ideas debe decirse que Patiño fue poseedor inscrito de la propiedad de **Las Delicias** en su totalidad hasta la fecha de la citada Resolución número 79 de 26 de julio de 1929. Mas, en el juicio ejecutivo que le siguió Jorge E. Rodríguez la ameritada sociedad debió ser sacada del comercio hasta la fecha de cancelación de los respectivos embargos, fecha que coincide con la inscripción del remate a favor de Rodríguez hecha, como se dijo, en Sevilla y Tuluá. Se nota que el juicio contra Patiño fue iniciado en demanda de 5 de noviembre de 1928 (folio 34, cuaderno 4º) y el auto de embargo de **Las Delicias** fue inscrito en la oficina de registro de Tuluá el 18 de febrero de 1932. Hacíanse necesarias las anteriores apreciaciones por cuanto en el incidente de excepciones dilatorias propuesto por varios de los demandados, se comprobó que los lotes de terreno demandados a Anacleto López, Noé Aguirre, Faustino Castañeda, Ana Felisa Marín y Marco Grimaldo se encuentran ubicados en jurisdicción del municipio de El Zarzal (cuaderno 2º, folio 22)".

A más de tener completa legalidad las anteriores apreciaciones del tribunal, el recurrente no las atacó en casación. Por lo cual el mérito y las consecuencias que el tribunal le dio a la resolución número 79 de 26 de julio de 1929, del gobernador del Valle, por la cual se fijaron definitivamente los linderos dudosos entre los municipios de Sevilla y Zarzal, es intocable para la Corte.

Se rechaza el cargo.

CAPITULO II

RECURSO DE CASACION DEL APODERADO DEL DEMANDANTE

Son tres los cargos que formula a la sentencia del tribunal, que se examinan a continuación, en su orden:

— A —

Los señores Rafael Arbeláez y Besareón Jaramillo, fueron demandados para la restitución de dos lotes distintos, que poseen en comunidad. El juez los condenó al tenor de la demanda, pero el tribunal encontró viable la acción de dominio, únicamente respecto del segundo lote descrito en la demanda.

Con respecto al **primer** lote el sentenciador se expresó así: "Estos demandados (Arbeláez y Jaramillo), negaron en la contestación (folio 20 de este cuaderno), ser dueños y poseedores de los dos lotes que se les demanda, pues aunque tuvieron el dominio y la posesión de ellos, le vendie-

ron el primer lote a Manuel Antonio Díaz, hecho que éste no negó, según se ve en el anterior recuento de las pruebas...".

En la contestación de la demanda, el apoderado de Jaramillo y Arbeláez, dijo que éstos le vendieron a Manuel Antonio Díaz el lote primero, según la escritura pública número 989 de 12 de diciembre de 1939, otorgada en la notaría de Sevilla.

El recurrente acusa el fallo del tribunal al respecto, de haber desatendido algunas probanzas, lo que le indujo a incidir en la equivocación de confundir el mencionado lote **primero** poseído por Arbeláez y Jaramillo, con algunos de los lotes que se le demandaron a Díaz, lo cual constituye un error de hecho que se manifiesta ostensiblemente en los autos. De aquí se desprende la violación de los artículos 762 y 764 del Código Civil, por no haber considerado a los citados demandados como poseedores materiales de aquel lote.

Se considera:

Los errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, de que hace mérito el recurrente, no se cometieron por el tribunal.

En la diligencia de entrega del globo de Las Delicias al rematador Jorge Enrique Rodríguez, aparece que, como lo afirma el recurrente, "Rafael Arbeláez y Besareón Jaramillo, éste último por intermedio de su condueño Rafael Arbeláez", hizo oposición a la entrega del lote. Con ello ciertamente se comprueba que para esa época, febrero de 1939, Jaramillo y Arbeláez eran poseedores.

Pero posteriormente, y antes de iniciarse el juicio, aparecen vendiéndole el lote a Díaz, según escritura número 989 de 12 de diciembre del año citado. Y en la contestación de la demanda los demandados cumplieron con la obligación de denunciar ese hecho. En el curso del juicio se practicó la inspección ocular de fecha 15 de abril de 1942 (fls. 42 a 43 del cuaderno Nº 3), invocada por el recurrente como prueba de que allí consta que Jaramillo y Arbeláez continuaban poseyendo el lote. Mas esta afirmación no se ajusta a la realidad; en la diligencia no consta ese hecho, pues ni el juez lo afirma, ni hay ningún dato al respecto, fuera de la alusión general de que "los peritos procedieron a recorrer los lotes ocupados por Anacleto López... Rafael Arbeláez y Besareón Jaramillo por los linderos anotados en la demanda de Rodríguez". Esta alusión se refiere más bien a los datos de la demanda, ya que la diligencia de inspección ocular perseguía por objeto identificar los distintos lotes materia de la reivindicación y su ubicación dentro del globo general de Las Delicias.

Por lo tanto, el cargo es infundado.

— B —

A Anacleto López se le demandaron en reivindicación cinco lotes ubicados dentro del globo de Las Delicias. El Tribunal decretó la reivindicación de los cuatro últimos lotes descritos en la demanda, y la negó respecto del **primero**, reformando en este sentido el fallo del juez.

El Tribunal se apoyó en el siguiente considerando:

"De la misma manera que Rodríguez adquirió de Domingo Patiño, Lucas Osorio adquirió del mismo el lote en referencia, según escritura 52 de 22 de enero de 1926 de la notaría de Sevilla, registrada en esta misma cabecera el 23 de febrero de tal año. El lote tenía su gravamen hipotecario en la fecha de su enajenación, pues en la escritura 845 de 14 de septiembre de 1927 (cuaderno 4º, folio 7) se resumieron hipotecas anteriores a la fecha de la escritura 52 citada, hipoteca entre las cuales se encuentra la constituída por escritura 336 de 5 de abril de 1924 por Patiño en favor de Rodríguez. Se dice "resumieron" porque en la cláusula novena de la escritura 845 se emplea el término indicando que las anteriores escrituras "solamente serán canceladas cuando se verifique la cancelación de la presente hipoteca...". Mas, del hecho de que Osorio hubiera comprado una propiedad gravada, que posteriormente fue rematada, no se puede concluír que por el remate perdiera su posesión inscrita sobre el lote, pues que él no fue parte en el juicio ejecutivo. No fue demandado, debiendo serlo en su calidad de poseedor inscrito del lote, precisamente para obtener la cancelación de tal inscripción al agotarse la acción ejecutiva. Porque de la misma manera que Rodríguez figura actualmente como poseedor inscrito de la "totalidad" de la finca de "Las Delicias", Anacleto López figura también como poseedor inscrito del lote que se le demanda, posesión que emana del mismo causante Patiño y es anterior, con mucho, a la de Rodríguez. De lo cual se concluye que la acción reivindicatoria no puede prosperar en cuanto hace al LOTE PRIMERO que se demanda de Anacleto López, debiendo ser revocado el fallo en esa parte".

El recurrente ataca la decisión del Tribunal por error de derecho, violatorio de los artículos 769 y 791, ordinal 2º del código civil, consistente en que Jorge Enrique Rodríguez es un poseedor de mejor derecho que Anacleto López, por virtud del registro del acta del remate que aquél hizo en el juicio ejecutivo contra Domingo Patiño, en contraste con el título de origen que alega López, consistente en la compra de Lucas Osorio a Domingo Patiño, según escritura número 52 de 22 de enero de 1926, de la notaría de Sevilla, cuando ya la totalidad de la finca de Las Delicias estaba gravada con hipoteca a Rodríguez, según lo reconoció el Tribunal.

Se considera:

Por medio de la citada escritura número 52 de 22 de enero de 1926, Domingo Patiño enajenó a Lucas Osorio un lote de terreno dentro de la finca de Las Delicias. Los herederos de Lucas Osorio, le vendieron a Anacleto López como derechos y acciones el mismo globo de terreno, según la escritura número 823 de 7 de octubre de 1938. Y en la partición de bienes de Lucas Osorio se le adjudicó a López el citado lote de tierra, que es el que como **primero** se alindera en la demanda y se reivindica de López.

Conforme lo dice el Tribunal, cuando Lucas Osorio adquirió el lote en el mes de enero de 1926, ya estaba gravado con hipoteca, pues en la escritura número 845 de 14 de septiembre de 1927, se resumieron hipotecas anteriores a la fecha de la escritura 52, sobre la finca de Las Delicias, entre las cuales se encuentra la constiuída por escritura 336 de 5 abril de 1924 por Patiño a Rodríguez.

En el juicio ejecutivo que Rodríguez siguió contra Patiño hizo embargar toda la finca hipotecada de Las Delicias. Y aunque fue solicitado el desembargo del lote comprado por Lucas Osorio, el Tribunal de Buga lo negó en auto de 10 de agosto de 1938. Al hacer entrega de lo rematado al rematador, Anacleto López, sucesor de Lucas Osorio, se opuso como poseedor.

Estas intervenciones de los titulares del lote número **primero** que se reclama a López, estuvieron lejos de convertir a éste en **parte** dentro del juicio ejecutivo de Rodríguez contra Patiño, como lo pretende el recurrente. **Parte** en el sentido jurídico, que es el procesal, es aquel que promueve la acción o la coadyuva, y aquel contra el cual se promueve. En estas circunstancias el juicio ejecutivo de Rodríguez contra Patiño es inoponible a López. El remate es inoponible a López. Por ende no tuvo la virtud de cancelarle el título que tenía sobre el lote de Las Delicias. Y aunque es verdad que ese lote también estaba afectado con la hipoteca a favor de Rodríguez, que éste hizo efectiva solamente contra Patiño, esa sola circunstancia no lo comprometía en el juicio ejecutivo, pues figurando López como poseedor inscrito de una porción de la finca hipotecada, contra él ha debido enderezarse la ejecución en lo tocante a la persecución de esa porción, para que el remate tuviera el efecto de cancelarle el título. No es que haya dos poseedores inscritos del mismo inmueble, sino que de una parte del inmueble de Las Delicias es poseedor inscrito López, por tradición que le viene de Domingo Patiño, y mientras no se le remate a este poseedor, demandándolo, según lo previene el artículo 2452 del código civil, continúa siendo dueño de esa parte.

Por lo expuesto, se ve que el Tribunal tuvo razón al negar la reivindicación del lote número **primero** de los reclamados a Anacleto López.

Se rechaza el cargo.

— C —

El juez de primera instancia consideró a los demandados como poseedores de mala fe, y ordenó que las prestaciones correspondientes por mejoras y frutos naturales y civiles se hicieran por aquéllos teniendo en cuenta esa calidad.

El Tribunal en cambio no estuvo de acuerdo con esa calificación de la posesión de los demandados, alegando que en realidad las declaraciones de testigos aportadas en la segunda instancia, "no alcanzaban a destruír la presunción de buena fe que obra en favor de los demandados, por cuanto con ellas no se acredita que aquéllos hubieran ocupado las tierras por medios fraudulentos viciosos".

En conformidad con la idea expuesta el Tribunal decretó: "Tiénese a todos los demandados como poseedores de buena fe, hasta la fecha de la contestación de sus respectivas demandas. Tal fecha será para quienes no la contestaron, aquella en que debieron hacerlo. Tienen por tanto, derecho a las prestaciones y garantías que la ley les otorga".

El recurrente acusa la anterior parte del fallo de violación directa de los artículos 764 y 768 del código civil, por interpretación errónea. Se funda: primero, en que los demandados incurrieron

en el error de derecho de considerar como baldíos las parcelas que ocuparon en el inmueble de Las Delicias; y segundo, que aun en el momento en que entraron los demandados a ocupar sus respectivos lotes, hubieran sido poseedores regulares, esa calidad la perdieron, porque en autos está comprobado que todos y cada uno de los demandados tuvieron conocimiento por percepciones directas que el dueño de las parcelas que ocupaban eran del demandante Rodríguez, según el certificado del registrador de instrumentos públicos de los círculos de Sevilla y Tuluá, traído al juicio, donde consta que Domingo Patiño fue poseedor inscrito.

Se examina el cargo:

El Tribunal no pudo incurrir en la violación directa de los artículos 764 y 768 del código civil, porque ninguna interpretación le ha dado a esas disposiciones que contraríe su alcance. Limitóse a aplicarlas de acuerdo con su tenor literal, manteniendo en favor de los demandados la presunción de buena fe, que ampara a todo poseedor de acuerdo con el artículo 769 ibidem.

Las acusaciones por violación directa de la ley, en casación, sólo son procedentes a virtud de la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular.

El Tribunal menospreció determinadas declaraciones destinadas a comprobar la mala fe de la posesión de los demandados. De consiguiente, mientras esa apreciación probatoria subsista, por no haberse atacado por error de hecho o de derecho, según la calidad de ese error, para la Sala es intocable la aplicación que el Tribunal dióle a los artículos 768 y 769 del código civil.

Por otra parte, de que los demandados sean poseedores irregulares por carecer de título, nada se infiere en contra de su buena fe, porque de acuerdo con el artículo 764 ibidem, en la posesión irregular cabe la buena fe, como en la posesión regular cabe la mala fe.

Por tal razón el sólo hecho de que el poseedor carezca de título traslaticio de dominio no le convierte en poseedor de mala fe, porque el título también puede ser la ocupación de la cosa hecha con la conciencia de que se tiene derecho a ella. Los demandados, por ejemplo, ocuparon las parcelas que ahora tienen que entregar, creyéndolas tierras baldías, pertenecientes al Estado. Y esa sola idea justifica su buena fe.

El cargo es pues inválido.

Sentencia

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

No hay lugar a casar la sentencia del Tribunal de Buga, proferida en este negocio, en las partes que han sido objeto del recurso que se deja estudiado.

Sin costas por ser recurrentes las dos partes.

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.—INCONGRUENCIA.

1. Ha dicho la Corte en numerosas sentencias que cuando la sentencia es absolutoria no hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado.

2.—Es reivindicable por el esposo que no concurrió a la enajenación, la finca raíz vendida por uno de ellos sin la anuencia o consentimiento del otro, conforme a la ley 28 de 1932.

3.—Para adquirir derecho de propiedad sobre terrenos baldíos se necesita título de adjudicación, el cual se obtiene a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

El día 28 de julio de 1920 contrajeron matrimonio católico en el Municipio de Colón (hoy Pijao), Departamento de Caldas, Bárbara Márquez y Manuel Ocampo. Durante la sociedad conyugal así formada, el marido adquirió por diversas compras, un predio denominado "La Garrucha", con casa de habitación y cultivos de varias clases y otro llamado "La Osiria", con una extensión superficiaria de ocho hectáreas, y mejoras que comprenden una casa de habitación y cultivos varios.

Posteriormente, por medio de la escritura número 364 de 29 de julio de 1938, de la Notaría Segunda del Circuito de Calarcá, Ocampo transfirió a título de venta a Eladio Rey, los bienes que se acaban de mencionar sin que al otorgamiento del citado instrumento concurriera la cónyuge señora Márquez.

Con apoyo en estos hechos, y con el fundamento legal de que los bienes 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 fecha 16 de junio de 1943, presentado ante el Juez Civil del Circuito de Calarcá, la señora Márquez demandó al nombrado Rey, para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, se declarara:

Que pertenecen a la sociedad conyugal ilíquida Ocampo Márquez los inmuebles denominados "La Garrucha" y "La Osiria", por los linderos descritos en los puntos segundo y tercero del libelo de demanda y que en consecuencia el demandado Eladio Rey está obligado a restituírlos a dicha sociedad con todas sus mejoras y anexidades, junto con el valor de los frutos naturales y civiles percibidos o que se hubieran podido percibir con mediana inteligencia y cuidado, desde la fecha de la adquisición hasta que se efectúe la entrega. Se demandó igualmente la cancelación de la escritura número 364 y el registro respectivo.

Subsidiariamente, solicitó que se condenara al demandado a restituír la mitad de los citados inmuebles a la sociedad conyugal ilíquida, representada por la señora Márquez en tal mitad, así como los frutos civiles y naturales. Se pidió de nuevo la cancelación de la escritura 364 y el registro correspondiente, pero sólo en lo que concierne a esta mitad.

La demanda fue notificada al señor Eladio Rey quien dentro del término de traslado correspondiente la contestó negando algunos hechos, aclarando y rectificando otros y aceptando el expresado en el punto cuarto con salvedades y el quinto en su totalidad. Se opuso en definitiva a las pretensiones de la actora y alegó como excepciones las de carencia de personería sustantiva de la parte demandante, inepta demanda y carencia de derecho.

Posteriormente el señor Rey, en memorial de fecha 19 de julio de 1943, promovió demanda de reconvención contra la sociedad conyugal formada por Manuel Ocampo y Bárbara Márquez, para que en la sentencia que debía desatar la litis se declarara que dicha sociedad estaba obligada, en caso de que prosperara la acción principal, a restituírle lo que pagó como precio de los bienes que compró por medio de la escritura número 364; que

en el mismo evento de éxito de las peticiones de la demanda principal, debía el vendedor Ocampo estar obligado al saneamiento de la venta y responder de sus obligaciones con lo que le corresponde en los bienes que hoy pertenecen a la sociedad conyugal, la cual está obligada a pagar igualmente los perjuicios que se le causen en el litigio propuesto.

En subsidio de las anteriores peticiones, exigió que se declarara a la sociedad conyugal en la obligación de restituír el precio que pagó por las fincas junto con los intereses correspondientes y se le condenara también a pagar las costas del juicio.

La señora Márquez contestó negando los hechos presentados por Rey y oponiéndose a las declaraciones pedidas.

Cumplida la tramitación de rigor en la primera instancia, el juez le puso fin por medio del fallo de fecha 22 de febrero de 1944, negando las declaraciones solicitadas en las dos acciones propuestas, declarando no probadas las excepciones alegadas y absolviendo, por consiguiente, a las partes de los cargos que mutuamente se habían formulado.

Se condenó en costas a la señora Márquez.

La sentencia recurrida

De la anterior providencia apelaron ambos litigantes y el negocio subió al conocimiento del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, quien en fallo de fecha 17 de julio de 1945, confirmó la providencia del inferior sin hacer especial condenación en costas.

La razón principal aducida por el Tribunal para negar lo pedido fue la de que, aunque se habían llenado parte de los requisitos necesarios para que tuviera éxito la acción reivindicatoria, se dejó, sin embargo, de cumplir uno fundamental, cual es el de la identificación de la cosa materia de la acción, pues ni con los instrumentos públicos y demás pruebas que obran en los autos, ni con la inspección ocular practicada por el juez comisionado asociado de peritos, se pudo llegar a establecer tal identidad.

Contra la anterior providencia interpuso recurso de casación el apoderado de la demandante. En esta Corte el negocio ha sufrido la tramitación de rigor, por lo cual pasa a ser decidido, previas las siguientes consideraciones.

Causales de casación

Acusa el recurrente la sentencia del Tribunal por las causales primera y segunda de las señaladas en el artículo 520 del C. J. Por vía de método se inicia el estudio de la segunda.

Causal segunda.—No estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

Sostiene el recurrente que el litigio versa exclusivamente sobre la venta que hizo el marido por medio de la escritura pública número 364 de 29 de julio de 1938 de bienes que pertenecen a la sociedad conyugal, sin la firma o consentimiento de su esposa. Que el pleito está circunscrito únicamente a dilucidar la validez de la tradición hecha por Ocampo a Rey. No se ha planteado controversia sobre la existencia de los terrenos y la armonía de sus linderos materiales con los expresados en los títulos, ni el demandado alegó que se le hubiera entregado cosa distinta.

Por consiguiente, agrega, cuando la sentencia recurrida dice, "es requisito indispensable para la eficacia de la acción de dominio que la cosa se determine de tal manera por sus linderos, que no sea posible confundirla contra lo que posea el demandado, o que pueda aparecer confusión con su parecido", está planteando una cuestión que no se ha sometido a su estudio, está tratando de resolver una controversia inexistente y se ha separado fundamentalmente de las pretensiones deducidas por las partes, entre las cuales no ha figurado diferencia alguna respecto a la correspondencia entre los linderos materiales y las voces de los títulos".

Finalmente agrega que "tocaba al Tribunal con vista en los títulos y de la partida matrimonial resolver si era o no legal la tradición hecha por Ocampo a Rey. El pretexto para negarse a hacerlo, constituye una falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones de los litigantes".

Se considera:

La sentencia proferida en el juicio que hoy revisa la Corte por motivo del recurso de casación, fue absolutoria en todas sus partes, luego se decidieron por el juzgador de segunda instancia todas las cuestiones propuestas al juez, quien se negó a acceder a lo demandado. Existe inconsonancia cuando la sentencia resuelve sobre puntos ajenos al debate, o deja de resolver sobre lo que las

partes sometieron a su juicio y que ha debido fallarse.

Por lo demás, en la causal propuesta se plantean cuestiones de fondo que corresponden a la causal primera que se estudian al resolver sobre los mismos puntos en los cargos contra la sentencia que en seguida se estudian.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Causal primera

Afirma el recurrente que la sentencia es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa e interpretación errónea o de la ley y por falta de apreciación de determinadas pruebas que llevó al juzgador a cometer error de hecho y de derecho.

Señala como violados los artículos 740, 742, 766 y 946 del C. C. y el artículo 1º de la ley 28, de 1932.

Opina que en el caso en estudio no era indispensable establecer la identidad del bien reivindicado, pues tal identidad en ningún momento se puso en duda por los litigantes, quienes sólo discreparon en algunos aspectos de la validez de la tradición de unos bienes hecha por Ocampo a Rey, sin que se hubiera planteado controversia sobre la existencia de los terrenos y la armonía de sus linderos materiales con los expresados en los títulos; ni el demandado alegó siquiera, que al hacerle la tradición, se le había entregado cosa distinta de la que se le demanda. La tesis sobre identidad del predio la creó el juzgado del conocimiento, sin haberla propuesto las partes y la aceptó el Tribunal.

Cree que existe falta de apreciación por parte del juzgador de la confesión que se desprende de la respuesta dada por el demandado a los hechos 4 y 5 en que se apoyó la demanda, de donde se deduce que el demandado Rey no negó el hecho de que Ocampo le hubiera vendido el inmueble a que aquélla se refiere sino que simplemente observó que contra lo sostenido por la actora, sí se habían llenado todos los requisitos legales para la enajenación. Esta respuesta tiene, —en concepto del recurrente—, todo el valor de una confesión judicial de hechos susceptibles de ser acreditados por este medio y, por consiguiente, el Tribunal al no apreciar esta prueba, violó el artículo 606 del C. J., y las disposiciones civiles citadas.

Alega que el Tribunal creyó necesaria la identificación material de los predios como si se tratara de un juicio de deslinde o de posesión material para establecer que en el terreno correspondían los linderos a los expresados en los títulos, y así incurrió en un error de derecho, porque el dominio y la posesión legal se comprueba tratándose de bienes raíces por la existencia del título y su inscripción, y no por la entrega material o tenencia. La identificación del terreno y los títulos por medio de peritos, hubiera sido pertinente en un juicio de entrega de la cosa, pero no tratándose de la simple validez del título.

Se considera:

La Corte ha resuelto en múltiples ocasiones, "lo mismo que los Tribunales del país, que en virtud de haber perdido el marido desde el 1º de enero de 1933 el carácter de jefe de la sociedad conyugal, y por lo tanto, el de dueño exclusivo ante terceros de los bienes sociales, perdió también de manera lógica y necesaria sus antiguas facultades dispositivas y administrativas sobre el conjunto de los bienes de la sociedad conyugal, los cuales vinieron a quedar, por el fenómeno de la aparición de otro jefe, con iguales facultades a las del marido, bajo el gobierno simultáneo de los cónyuges. La venta que hace el marido en esas condiciones no es nula al tenor del artículo 1871 del C. C.; lo que resulta es que no perjudica, ni es oponible a la mujer o a sus herederos, quienes tienen la acción para pedir el reintegro de esos bienes para la sociedad conyugal".

Existe, pues, el derecho de la esposa para demandar a favor de la sociedad conyugal la restitución de lo vendido por el marido sin su asentimiento, a fin de que cuando tal sociedad se liquide, se dividan sus haberes según las normas legales. Resta ahora examinar si por la demandante se establecieron las condiciones requeridas para que la acción de dominio instaurada progrese.

Como lo dice el Tribunal, son cuatro las condiciones requeridas para que una acción de dominio tenga viabilidad, a saber: titularidad del demandante; cosa singular reivindicable; posesión del demandado; y que la acción se dirija contra el poseedor.

Se presentaron como títulos de dominio para justificar la acción propuesta en nombre de la sociedad conyugal, los siguientes relativos a las adquisiciones del marido antes del 1º de enero de 1933, de algunos predios o zonas de terreno, delimitados como allí consta, a saber:

a) El relativo a la compra de un lote de terreno ubicado en el paraje de "El Sardinero", del Municipio de Calarcá, adquirido por Manuel Ocampo por medio de la escritura pública número 675, otorgada ante el notario segundo del circuito de Armenia, el 19 de octubre de 1927.

b) El correspondiente a la adquisición de otro lote de terreno, ubicado en el mismo paraje de "El Sardinero", adquirido por medio de la escritura pública número 622 de 2 de agosto de 1930, de la Notaría Primera de Calarcá.

c) El de otra porción por remate verificado en el juicio ejecutivo de Antonio Alzate contra Isabel Vásquez, como representante ésta de la sucesión de Aferno Céspedes, remate inscrito en el libro de registro bajo la partida número 95 de 8 de marzo de 1930.

d) También los títulos de otras dos porciones adquiridas también en remate público hecha ante el juez del circuito de Cartago el 20 de agosto de 1929, en las diligencias seguidas ante aquel funcionario para vender los derechos de algunos menores, según aparece de la correspondiente acta de adjudicación de lo rematado, inscrita en la oficina correspondiente el 20 de septiembre de 1929.

El señor Eladio Rey declaró en la contestación de la demanda que estaba en posesión de las fincas que le había vendido el señor Ocampo.

Con respecto a la identidad del bien demandado, el Tribunal conceptuó lo siguiente, que la Sala acoge:

"Pero no sucede lo propio con el requisito —de singularización de la cosa—, de cuya prueba prescindió durante la primera instancia, y que si bien se pretendió aportar durante el término probatorio de la segunda, no pudo conseguirse, por deficiencia bastante manifiesta en la prueba presentada, como pasa a demostrarlo el Tribunal. Es requisito indispensable para la eficacia de la acción de dominio que la cosa se determine de tal manera por sus linderos, que no sea posible confundirla con otra que posea el demandado, o que pueda aparecer confusión por su parecido. Y esa singularización no es posible sino cuando se determina por su lindero en forma tal, que aparezca claramente circunscrita por él. Si tal requisito hace falta, la acción reivindicatoria no puede prosperar".

La finca vendida por Manuel Ocampo a Eladio Rey por medio de la escritura pública número 364 de 29 de julio de 1938 de la notaría segunda del circuito de Calarcá, no se sabe si es la misma a que se refieren los diversos lotes adquiridos por la sociedad conyugal. No se estableció si los pequeños predios adquiridos por medio de los instrumentos públicos arriba enumerados y adquiridos para la sociedad conyugal, vinieron a formar exclusivamente las fincas trasmitidas a título de venta por Ocampo a Rey, o si en su composición entraron zonas de terreno distintas, como se dice, por ejemplo, adjudicadas por el Ministerio de Agricultura por ocupación y cultivos hechos por el marido con posterioridad al 1º de enero de 1933.

Era necesario establecer ya por medio de testigos o por medio de inspecciones oculares que tales lotes estaban englobados en la finca vendida por medio de la escritura pública número 364 de 1938.

Debe tenerse en cuenta que en realidad la adquisición la hizo Ocampo ya bajo el nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, pues la finca le fue adjudicada por el Ministerio de Agricultura y Comercio por medio de la Resolución número 460 de 15 de diciembre de 1937 e inscrita en la Oficina de Registro el 20 de enero de 1938.

Para adquirir derecho de propiedad sobre terrenos baldíos se necesita título de adjudicación, el cual se obtiene a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo de sí mismo. Hay que tener en cuenta que la ocupación del terreno y el cultivo del mismo da derecho a lo adjudicado y una porción más.

Así, pues, aun cuando Ocampo declara al vender que las mejoras que dieron derecho a la adjudicación fueron adquiridas por compras hechas con anterioridad al primero de enero de 1933, no se sabe si con posterioridad a tal fecha, Ocampo realizó cultivos en las mismas tierras baldías que permitieran la adjudicación de lo cultivado y la porción correspondiente de tierra inculta. Pudiera suceder que además de las mejoras que dieron lugar a la adjudicación hubiera existido una compensación en bonos. Pero sobre toda consideración, la adjudicación fue hecha por el Ministerio al marido bajo el nuevo régimen patrimonial en el matrimonio y si la mujer tiene derecho para reivindicar a la sociedad conyugal los bienes adquiridos con anterioridad al primero de enero citado, ha debido identificarlos y como se trataba exclusivamente de mejoras realizadas en tierras bal-

días de la Nación, le correspondía establecer cuáles eran éstas y en qué consistían. Tal cosa no se hizo.

Es cierto que el demandado confesó que estaban en posesión de lo que le vendió Ocampo, pero ya vimos que lo que éste le vendió lo había adquirido por adjudicación hecha en el año de 1938 por Resolución del poder ejecutivo, como baldíos de la nación y no se identificaron dentro de tal adjudicación las mejoras que pertenecían a la sociedad conyugal. No habiéndose hecho esto, se dejó de llenar uno de los requisitos indispensables que configuran la acción reivindicatoria: la identidad de la cosa reivindicada. En consecuencia, se rechaza el cargo.

Sentencia

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha 17 de julio de 1945 dictada por el Tribunal de Pereira en el juicio ordinario seguido por Bárbara Márquez de Ocampo y otro contra Eladio Rey.

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, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UNA ESCRITURA

1.—La acción de simulación supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno aparente u ostensible y otro invisible u oculto que suprime, adiciona o altera los efectos del primero.

2.—Una demanda debe interpretarse siempre en su conjunto, a fin de buscar la verdadera intención del actor, que muchas veces está contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho en que la acción se apoya.

3.—La declaración de nulidad absoluta del contrato que confiere a las partes derecho para ser restituídas al estado anterior a éste, conforme al artículo 1746 del C. C., envuelve natural y consecuencialmente la de su registro. Declarada aquélla debe decretarse la cancelación del segundo, aún sin necesidad de petición expresa al respecto. (Artículo 2676 C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Pedro Castillo Pineda)

Antecedentes:

1º.—Por Escritura Pública Número 538 de 3 de septiembre de 1936, corrida en la Notaría Primera del Circuito de Buga, los cónyuges Lisímaco Saavedra y Rebeca Tenorio de Saavedra liquidaron provisionalmente la sociedad conyugal entre ellos existente, haciendo la respectiva distribución de los bienes que pertenecían a la sociedad conyugal.

2º.—En la liquidación efectuada le correspondió al cónyuge señor Saavedra la tercera parte de un molino para trillar arroz, junto con sus anexidades, ubicado en la ciudad de Buga, estimada dicha tercera parte en la suma de $ 3.000,00 y a la cónyuge señora Tenorio de Saavedra se le adjudicó la tercera parte del molino para trillar arroz, junto con sus anexidades, situado en el Municipio de Guacarí, por la cantidad de $ 4.000,00. Además de los bienes mencionados les correspondieron a dichos cónyuges en la liquidación los demás que en el mismo instrumento se describen.

3º.—Por medio de Escritura Pública Número 308, de 2 de junio de 1938, corrida en la misma Notaría de Buga, los mismos cónyuges señores Saavedra y Tenorio de Saavedra, declarando que habían incurrido en un error o equivocación involuntaria en la liquidación de que trata el instrumento anteriormente citado, modificaron dicha liquidación provisional, y acordaron que la tercera parte del molino de Buga, que se había adjudicado al cónyuge Saavedra, correspondía a la cónyuge señora Tenorio de Saavedra, y que la tercera parte del molino denominado "La Brisa", ubicado en Guacarí, que se había adjudicado a la última, correspondía al cónyuge Saavedra. A cada uno de los expresados bienes se le asignó un valor de $ 3.000,00.

4º.—Por fallecimiento del cónyuge Lisímaco Saavedra se radicó y abrió su juicio sucesorio en el Juzgado Civil del Circuito de Buga.

La controversia

Con fundamento en los citados antecedentes Eliécer Saavedra, hablando en representación de la sucesión intestada de su difunto padre Lisímaco Saavedra, propuso ante el Juez del Circuito de Buga juicio ordinario contra la señora Rebeca Tenorio de Saavedra para que en sentencia definitiva se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que es nula, de nulidad absoluta, la Escritura número trescientos ocho (308) de dos (2) de junio de mil novecientos treinta y ocho (1938), de la Notaría Primera de este Circuito, y por consiguiente carecen de valor las estipulaciones contenidas en ella en lo referente a bienes distribuídos provisionalmente por la sociedad conyugal formada por Lisímaco Saavedra y Rebeca Tenorio de Saavedra;

"SEGUNDA.—Que como consecuencia de dicha nulidad, el Molino Buga, establecimiento para tri-

lar arroz, y determinado en el hecho segundo de sta demanda, en su tercera parte, forma parte xclusiva del patrimonio del señor Lisímaco Saaedra, y como consecuencia del fallecimiento de ste, de su sucesión legítimamente representada or mi poderdante y los demás herederos reconoidos dentro del juicio correspondiente; y

"TERCERA.—Que dicho Molino o establecimiento para trillar arroz debe incluírse como bien propio y exclusivo del señor Lisímaco Saavedra en los inventarios generales de la sucesión testada de éste, o bien en inventarios adicionales que deberán verificarse con dicho fin".

La señora Tenorio de Saavedra contestó la demanda aceptando como ciertos los hechos fundamentales y oponiéndose a que se hicieran las declaraciones solicitadas.

El Juez del conocimiento cerró la tramitación de la primera instancia con la sentencia de 12 de junio de 1945, por medio de la cual absolvió a la demandada de los cargos que en su contra le habían formulado.

La sentencia acusada

Por apelación concedida a la parte actora subió el negocio al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, el que previa la tramitación propia de la segunda instancia, decidió el recurso en sentencia de 20 de noviembre de 1945, por medio de la cual revocó la apelada y resolvió en su lugar lo siguiente:

"Primero.—Carecen de valor las estipulaciones contenidas en la escritura número trescientos ocho (308) de dos (2) de junio de mil novecientos treinta y ocho (1938), de la notaría primera (1ª) del circuito de Buga, en lo referente a bienes distribuídos provisionalmente por la sociedad conyugal formada por Lisímaco Saavedra y Rebeca Tenorio de Saavedra;

"Segundo.—En consecuencia ordénase al señor registrador de instrumentos públicos y privados de esta ciudad la cancelación del registro de dicha escritura hecho a fjs. 171 vto. a 172 del libro 1º de Registro bajo la partida número 542;

"Tercero.—Como consecuencia de dicha nulidad, el "Molino Buga", establecimiento para trillar arroz, y determinado en el hecho segundo de esta demanda, en su tercera parte, pertenece al patrimonio del señor Lisímaco Saavedra, y como consecuencia del fallecimiento de éste, de su sucesión legítimamente representada por el señor Eliécer Saavedra y los demás herederos reconocidos dentro del juicio correspondiente; y

"Cuarto.—Dicho molino o establecimiento para trillar arroz debe incluírse como bien propio y exclusivo del señor Lisímaco Saavedra en los inventarios generales de la sucesión testada de éste, o bien en inventarios adicionales que deberán verificarse con dicho fin.

"No se hace condenación en costas".

En la parte motiva de esa sentencia comenzó el Tribunal por estudiar la excepción de petición de modo indebido propuesta por el apoderado de la parte demandada con fundamento en que lo solicitado en la súplica primera de la demanda fue la nulidad de la escritura número 308 de 1938 y no la del acto o contrato consignado en ese instrumento, ya que la de éste se pidió como consecuencia de la de aquélla, debiendo haberse propuesto precisamente en forma contraria, por cuanto que la escritura no adolece de vicio alguno capaz de invalidarla, todo lo cual determinaba la improcedencia de la referida petición, y a este respecto dijo el Tribunal lo siguiente:

"Considera el Tribunal que las razones expuestas por el doctor Saavedra serían atendibles si el demandante no hubiera fijado su pensamiento en la forma como lo hizo en la relación de hechos y en los fundamentos de derecho que expone en su escrito (fls. 13 y 14). Efectivamente, de la lectura de esos fundamentos resulta claro que la verdadera intención del actor fue solicitar la nulidad de las estipulaciones contenidas en la escritura que se llamó aclaratoria. Dentro de la libertad de interpretación de la demanda que tiene el juzgador no es aventurado afirmar que la nulidad demandada es la de lo pactado en la aludida escritura, pues estimar lo contrario sería desconocer el texto completo del libelo. Tanto es así que si los hechos y los fundamentos de derecho se refirieran a la nulidad del instrumento mismo por falta de formalidades sustanciales externas, el demandante los habría expuesto. Son razones que se consideran suficientes para desconocer la existencia de la excepción perentoria de petición de modo indebido".

Entró después a considerar el fondo de la acción incoada, y en resumen concluyó sosteniendo que en virtud de la liquidación realizada por medio de la escritura número 538 y por razón del registro de ese instrumento, los inmuebles materia de la litis entraron al patrimonio de cada uno

de los cónyuges adquirentes y que lo que so pretexto de aclaraciones o correcciones a esa liquidación hicieron constar los cónyuges Saavedra y Tenorio en la escritura número 308 de 2 de junio de 1938, fue un cambio en la radicación del dominio de bienes inmuebles, o sea una permuta, en atención a la naturaleza intrínseca del contrato, la cual es nula por lo dispuesto en los artículos 1741, 1523 del C. C., 2º de la Ley 50 de 1936 y 3º de la Ley 28 de 1932, cuyas normas antes había reproducido.

Y finalmente dijo:

"Por todo lo anterior el Tribunal estima que son procedentes las declaraciones solicitadas por el doctor Carlos H. Morales en su demanda de 26 de septiembre de 1944, sin que sea menester en cuanto a la primera súplica, declarar la nulidad de la escritura sino simplemente la de las estipulaciones contenidas en ella, según se pide en la última parte de tal súplica. La orden de cancelación y registro es apenas consecuencia necesaria de tal declaración".

El recurso

A la parte demandada se le concedió recurso de casación y su apoderado ante la Corte lo ha sustentado invocando los motivos primero y segundo establecidos en el artículo 520 del Código Judicial.

Con fundamento en la causal primera se proponen tres cargos contra la sentencia, los cuales se estudian en el orden en que vienen planteados.

En el primero de esos cargos sostiene el recurrente que el sentenciador incurrió en error de hecho en la interpretación de la demanda, al darle una extensión que evidentemente no tiene, y que a consecuencia de ese error infringió, por indebida aplicación, los artículos 1523, 1741 del Código Civil, 3º de la Ley 28 de 1932, 2º de la Ley 50 de 1936 y 471 del Código Judicial.

En el desarrollo del cargo principia haciendo la síntesis de las peticiones 1ª, 2ª y 3ª de la demanda y luego dice que "no siendo nula la escritura aclaratoria, por no faltarle ninguna de las formalidades sustanciales establecidas por el legislador para la validez de las escrituras públicas, y no hablando ella de permuta ni de contrato alguno referente a inmuebles, como aparece de su texto y del comprobante que viene inserto en el testimonio notarial que se ha traído al proceso, la acción propia para invalidar la convención que se supone disimulada u oculta, era la de simulación que no fue la ejercitada por el demandante"; que por consiguiente "el juzgador no podía acomodar su decisión definitiva a una acción no propuesta" y que al hacerlo incurrió en error de hecho, manifiesto en los autos, en la interpretación de la demanda.

Se considera:

El sentenciador no ha entendido que la acción ejercitada en este juicio sea la de simulación ni ha estudiado el contrato contenido en la escritura pública número 308 a la luz de los principios que gobiernan aquel fenómeno jurídico. Nada se dijo en el fallo acusado que realmente pueda inducir a pensar que así haya ocurrido. Por el contrario, claramente está expresado en la sentencia el concepto de que la acción propuesta es la de nulidad, pues así lo dijo el Tribunal con inconfundible precisión en los siguientes apartes de su providencia: "Efectivamente, de la lectura de esos fundamentos resulta claro que la verdadera intención del actor fue solicitar la nulidad de las estipulaciones contenidas en la escritura que se llamó aclaratoria. Dentro de la libertad de interpretación de la demanda que tiene el juzgador no es aventurado afirmar que la nulidad demandada es la de lo pactado en la aludida escritura, pues estimar lo contrario sería desconocer el texto completo del libelo". Y en armonía con este concepto, se profirieron la primera y la tercera declaraciones de la parte resolutiva, en que se declara la nulidad, y no la simulación, de las estipulaciones del contrato contenido en la escritura número 308 de 2 de junio de 1938.

El Tribunal encontró que el precitado instrumento no contiene —como lo expresaron los otorgantes— una simple declaración a la escritura número 538 de 3 de septiembre de 1936, por medio de la cual se realizó la liquidación provisional del patrimonio de la sociedad conyugal Saavedra-Tenorio, sino un acto de mayor trascendencia, como es un cambio recíproco en la radicación del dominio de bienes inmuebles, que por su naturaleza constituye una permuta y la cual consideró que es nula en atención a lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1932. Y para declarar la ineficacia de esa convención, no era indispensable, como lo sostiene el recurrente, que se hubiera propuesto la acción de simulación, porque ésta supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno aparente u ostensible y otro invisible

u oculto, que suprime, adiciona o altera los efectos del primero, y en el presente caso no existen dos actos, uno aparente y otro oculto que deba prevalecer sobre aquél, sino una sola convención, real y pública, que en atención a su naturaleza propia ha sido calificada por el sentenciador como permuta de bienes inmuebles. Y para llegar a calificarla como tal le bastaba al Tribunal acudir, como acudió, a la facultad que tiene como juez de fondo de interpretar los contratos materia de la litis, que siempre le ha sido reconocida por la doctrina y la jurisprudencia.

Sobre las cuestiones aquí tratadas habrá de volver la Sala al considerar el tercero de los cargos formulados por el recurrente.

No prospera, por tanto, el que ahora se ha examinado.

En el segundo de los cargos afirma el recurrente que "incurrió el sentenciador en errores de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas, al tener por establecido en el proceso el contrato cuyas estipulaciones declara sin valor, porque a quien se presenta en juicio pidiendo la nulidad de una convención relativa á inmuebles, celebrada entre cónyuges, con violación de lo dispuesto en el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, le corresponde acreditar, en primer término, el estado civil de los contratantes, y esa prueba no fue allegada a los autos. Tratándose de un matrimonio católico celebrado en 1891, la prueba principal del estado civil en referencia era la partida de origen eclesiástico, expedida en la forma estatuída por el artículo 22 de la Ley 57 de 1887. Por este aspecto el error es de hecho manifiesto en el juicio" y agrega que esa prueba principal "no podía considerarse súplica con la copia del auto sobre apertura de la sucesión de don Lisímaco Saavedra, ni con los traslados notariales de las escrituras públicas sobre liquidación de la sociedad conyugal, ni con el escrito de contestación de la demanda, porque esos elementos están destinados a comprobar hechos jurídicos distintos" y porque la prueba supletoria no es admisible sino cuando se justifica satisfactoriamente alguno de los hechos previstos en el artículo 399 del C. C., por lo cual considera que, por este aspecto, se incurrió también en error de derecho.

Finalmente afirma que como consecuencia de esos errores el sentenciador violó las siguientes disposiciones: "Por indebida aplicación, los artículos 1523 y 1741 del Código Civil, 3º de la Ley 28 de 1932 y 2º de la Ley 50 de 1936; por no haberlos aplicado, los artículos 347 y 395 a 399 del Código Civil, 22 de la Ley 57 de 1887, 79 de la Ley 153 del mismo año y 605 del Código Judicial, en cuanto éste último dispone que para la validez de la confesión es indispensable que la ley no exija para el caso otro medio de prueba".

La Sala considera:

En este pleito no se discute, como punto fundamental de la controversia, el estado civil de las personas, para que así fuera indispensable traer a los autos la prueba principal que echa de menos el recurrente o suplirla, en caso de inexistencia, con arreglo al procedimiento indicado en las leyes respectivas, pues lo que aquí se controvierte es si la convención consignada en la escritura número 308 de 2 de junio de 1938, que otorgaron Lisímaco Saavedra y Rebeca Tenorio de Saavedra, diciéndose cónyuges entre sí, con el fin de aclarar o modificar la liquidación provisional que de la sociedad conyugal practicaron los mismos —también diciéndose cónyuges entre sí—por medio de la escritura número 538 de 3 de septiembre de 1936, es o no una convención ilícita.

Para dilucidar esta cuestión es suficiente el que se hayan traído a los autos los dos instrumentos debidamente registrados, porque tanto el de liquidación de la sociedad conyugal como el de aclaración o modificación de esa liquidación fueron otorgados por los contratantes, declarando previamente que eran cónyuges entre sí, y esos instrumentos públicos hacen fe contra los otorgantes y sus sucesores, conforme a lo dispuesto en los artículos 1759 y 1765 del C. C. Entonces, por fuerza de los citados textos legales, precisa aceptar que las escrituras número 538 y número 308 mencionadas, acreditan plenamente tanto la liquidación de la sociedad conyugal Saavedra-Tenorio como la modificación que a dicha liquidación introdujeron los mismos cónyuges Saavedra y Tenorio, en su calidad de tales.

Por otra parte, el recurrente no niega que Lisímaco Saavedra y Rebeca Tenorio tengan entre sí la calidad de cónyuges, pues lo único que sostiene es que no se trajo la prueba de ese hecho. Por consiguiente esta alegación se sitúa en un plano meramente adjetivo dada la finalidad de la controversia, y en esas circunstancias es inadmisible para desvirtuar un hecho que durante todo el proceso de la primera y la segunda instancia, lejos de haber sido discutido, fue expresamente aceptado y reconocido por todos los litigantes.

Además, obra en autos (fs. 10 v. y 11, cuaderno principal) copia debidamente autenticada del auto de 5 de junio de 1944, proferido por el Juzgado Civil del Circuito de Buga, en el juicio de sucesión testada de Lisímaco Saavedra, por medio del cual se declaró en los apartes a), b) y c) lo siguiente:

"a) Que por causa de muerte de uno de los cónyuges, el señor Lisímaco Saavedra, está disuelta la sociedad conyugal constituída por el matrimonio católico que contrajeron el señor Savedra y la señora Rebeca Tenorio el 15 de julio de 1891; b) Que está abierta la sucesión testada del señor Lisímaco Saavedra, fallecido en esta ciudad el 9 de abril de 1944; c) Que es parte interesada en el juicio la señora Rebeca Tenorio de S. en su calidad de cónyuge supérstite".

Para la Corte es indudable que la providencia indicada demuestra, por no haberse desvanecido el hecho con otros medios de prueba y estar, por el contrario, aceptado durante las instancias del juicio por la parte recurrente, la existencia de la sociedad conyugal contraída entre Lisímaco Saavedra y Rebeca Tenorio, puesto que sin la prueba respectiva, el Juzgado no habría podido legalmente declarar disuelta esa sociedad conyugal y reconocer como parte interesada en el juicio sucesorio de Lisímaco a "la señora Rebeca Tenorio de S. en su calidad de cónyuge supérstite". Por consiguiente, no habiéndose demostrado en este juicio lo contrario en la forma prevenida por la ley, debe tenerse como suficientemente acreditada la existencia de dicha sociedad conyugal.

Y la Corte, en casos análogos al presente, en que la controversia no ha versado especialmente sobre el estado civil de las personas, como aquí ocurre, ha propugnado la misma tesis antes sentada. Así puede verse entre otras sentencias, en las de 19 de abril de 1921, T. 33, pág. 340; 30 de octubre de 1926, G. J. número 1727, pág. 267; 23 de agosto de 1930, T. 38; 30 de septiembre de 1932, T. 40, pág. 554, 2ª; 31 de julio de 1936, G. J. número 1914, pág. 105; y 6 de junio de 1945, T. 58, pág. 138.

En consecuencia, no se admite el cargo.

En el tercer cargo alega el recurrente que el sentenciador incidió en error de derecho al apreciar la escritura número 308 de 2 de junio de 1938, en cuanto encontró en ella la base probatoria de un contrato de permuta celebrado entre cónyuges, porque dicho instrumento no hace sino aclarar la liquidación provisional de la sociedad conyugal de que trata la escritura número 538 de 1936, y la Ley 28 de 1932 no prohibe a los cónyuges hacer aclaraciones tendientes a corregir los posibles errores en que puedan incurrir al practicar dicha liquidación, y porque no es legal y procedente inferir de la escritura número 308 la existencia de un contrato simulado, como lo dice el Tribunal, sin apoyo en ninguno de los elementos probatorios del juicio. Como consecuencia de este error de derecho señala como infringidos, por indebida aplicación al caso del pleito, los artículos 1523 y 1741 del Código Civil, 3º y 7º de la Ley 28 de 1932 y 2º de la Ley 50 de 1936.

Se contesta:

Evidentemente la Ley 28 de 1932 no prohibe a los cónyuges introducir simples aclaraciones encaminadas a subsanar posibles errores en que puedan haber incurrido al practicar la liquidación provisional de la sociedad conyugal, en ejercicio de la facultad que les otorga el artículo 7º de dicha ley; pero lo acontecido en el presente caso, es algo bien distinto y de mayor trascendencia que aquello, pues lo que se pretende "aclaración" constituye indudablemente una permuta de bienes raíces, que como tal es un contrato relativo a inmuebles, absolutamente nulo, al tenor de lo estatuído en el artículo 3º ibídem.

En efecto, por medio de la escritura número 538 de 3 de septiembre de 1936, ya citada, los cónyuges Saavedra y Tenorio de Saavedra, en ejercicio del derecho que confiere el artículo 7º de la Ley 28 de 1932, practicaron la liquidación provisional de la sociedad conyugal que tenían constituída y en esa liquidación se adjudicó al cónyuge Saavedra, entre otros bienes, la tercera parte de un molino para trillar arroz, junto con sus maquinarias y el terreno de su edificación, ubicado en la ciudad de Buga, y a la cónyuge señora Tenorio de Saavedra, la tercera parte de otro molino para trillar arroz, llamado "La Brisa", junto con sus maquinarias, enseres y el terreno en que se halla fundado, ubicado en el Municipio de Guacarí. Esa escritura fue registrada el 19 del mismo mes y año de su otorgamiento, en el Libro número 1, Tomo 2º de la Oficina de Registro de Buga.

Verificada esa inscripción, Lisímaco Saavedra, personalmente, adquirió el dominio pleno y absoluto de la tercera patre del molino de Buga y del terreno en que está ubicado, y Rebeca Tenorio de Saavedra, personalmente, llegó a ser dueña, en propiedad y pleno dominio, de la tercera parte del

molino 'La Brisa" y del terreno en que está ubicado, por fuerza de lo dispuesto en los artículos 756 y 2637 del Código Civil, y con la integridad de las facultades y derechos que al dueño confieren las leyes civiles.

Cerca de dos años después de legalmente definida y constituída esa situación, los mismos cónyuges otorgaron la escritura número 308 de 2 de junio de 1938, en que diciendo "subsanar un error o equivocación en que involuntariamente" incurrieron en la escritura número 538, modificaron la liquidación provisional en este instrumento consignada y acordaron que la tercera parte del molino de Buga, que se había adjudicado al cónyuge Saavedra, correspondía a la cónyuge Tenorio de Saavedra, y que la tercera parte del molino "La Brisa", ubicado en Guacarí, que había sido adjudicado a la última, correspondía al cónyuge Saavedra. Ese nuevo instrumento fue registrado el 6 del mismo mes y año en el Libro 1º, de la Registraduría de Buga.

Es indudable que dados los antecedentes que se dejan relatados, la convención consignada en la escritura número 308 implicó por su naturaleza un traslado recíproco en el dominio de bienes inmuebles: la señora Tenorio, dueña del molino 'La Brisa", dejó de serlo, para adquirir en cambio el ubicado en Buga, y el señor Saavedra, propietario del último, también dejó de serlo, y en su reemplazo adquirió el dominio del molino "La Brisa". Y si conforme a la regla que enseña el artículo 1955 del Código Civil la permutación es un contrato en que las partes se obligan mutuamente a dar una especie o cuerpo cierto por otro, resulta evidente que en atención a la naturaleza inconfundible del contenido en la escritura número 308, él constituye una clásica permuta de bienes raíces entre dos cónyuges, cuya invalidez integral es incuestionable al tenor de lo estatuído en el artículo 3º de la Ley 28 de 1932, que prescribe que son nulos absolutamente entre cónyuges los contratos relativos a inmuebles, salvo el de mandato general o especial.

Y ya la Corte ha tenido oportunidad de referirse a estos puntos. Así en sentencia de 20 de octubre de 1937, dijo lo siguiente:

"Mas, sea cualquiera la forma que se adopte en la liquidación provisional (llámese así para acentuar el carácter definitivo de la que sobreviene o puede sobrevenir con la disolución de la sociedad), ella confiere facultad plena a cada cónyuge para disponer de los respectivos bienes, de manera que no sólo ante terceros sino ante los mismos cónyuges las adjudicaciones hechas son de carácter definitivo y no susceptibles de revocación o modificación posterior durante la sociedad. Esto, porque respecto de inmuebles cualquiera operación entre cónyuges es ilícita; y porque respecto de muebles las que posteriormente ejecuten entre sí no tendrán como título una nueva distribución sino el correspondiente acto o contrato, como permuta, compraventa, dación de pago, etc., (artículo 3º de la Ley 28). Podrán alterarse las bases numéricas de la primera liquidación, en tanto esa alteración no afecte el interés de terceros; pero es imposible admitir que la adjudicación de bienes tenga apenas un carácter temporal, hasta que se disuelva la sociedad, porque entonces los cónyuges carecerían del derecho de disposición sobre los bienes adjudicados, lo cual pugna con la misma ley y con el fin primordial perseguido por ella al consagrar el artículo 7º".

Y en fallo de 18 de abril de 1939, en que se aceptó y se reprodujo la anterior jurisprudencia, se añadió lo siguiente:

"Esta distribución, judicial o extrajudicial, tiene carácter de definitiva sobre lo que comprenda, sobre el pasado, y solamente puede entenderse provisional en cuanto pueda servir de base y cuenta para las compensaciones y demás operaciones a que dá lugar la liquidación definitiva producida por la disolución del matrimonio o por el advenimiento de cualquiera de los otros eventos que en conformidad con el Código Civil determinan la liquidación definitiva de la sociedad conyugal".

Las razones expuestas son suficientes, para rechazar, como se rechaza, el cargo que se ha examinado.

Finalmente, invocando el 2º de los motivos de casación previstos en el artículo 520 del Código Judicial, afirma el recurrente que la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes, por las siguientes razones:

a) Porque en la súplica primera de la demanda se pidió que se declarara la nulidad absoluta de la Escritura Nº 308, y el fallo nada resolvió sobre este punto;

b) Porque el actor no pidió la cancelación del registro de la Escritura Nº 308, y el Tribunal la decreta; y

c) Porque el apoderado de la recurrente en su alegato de segunda instancia propuso la excepción perentoria "de petición de modo indebido" y la parte dispositiva del fallo nada resuelve sobre ello.

Se contesta:

a) Ciertamente en la súplica primera de la demanda se pidió que se declarase la nulidad absoluta de la Escritura Nº 308 y el fallo no resolvió expresamente sobre ese punto; pero ello se debió a que el Tribunal, interpretando la demanda en su conjunto, entendió que la intención clara del actor fue la de solicitar la nulidad de las estipulaciones contenidas en dicho instrumento y no simplemente la de éste. Y esa interpretación es acertada, a juicio de la Corte, porque una demanda debe interpretarse siempre en su conjunto, a fin de buscar la verdadera intención del actor, que muchas veces está contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho en que la acción se apoya. Siguiendo ese criterio es de observarse que el demandante solicitó en la petición primera que la justicia se pronunciase no sólo sobre la nulidad absoluta de la Escritura Nº 308, sino también sobre la de las estipulaciones en ella contenidas; que todos los hechos fundamentales tienen relación exclusiva con la ineficacia de dichas estipulaciones, y que en los fundamentos de derecho el demandante se contrae en forma expresa y clara a invocar las razones legales que en su concepto determinan la nulidad absoluta del contrato consignado en la citada Escritura y las alegó citando en su apoyo los artículos 3º, 7º de la Ley 28 de 1932 y 2º de la Ley 50 de 1936. Dados esos antecedentes, es obvio que la interpretación que de la demanda hizo el sentenciador es acertada.

Por otro lado, decretada la nulidad absoluta de las estipulaciones del contrato único recogido en la Escritura y ordenada la cancelación de su registro, esas declaraciones implican de suyo la ineficacia de la Escritura, que queda vacía de contenido y sin efectos legales, y ello hacía hasta redundante la declaratoria de su nulidad.

b) La cancelación del registro de esa misma escritura la ordenó el Tribunal oficiosamente, y al hacerlo así procedió dentro de las facultades que lógicamente le corresponden, puesto que la declaratoria de nulidad absoluta del contrato que confiere a las partes derecho para ser destituídas al anterior a éste, conforme a lo dispuesto en el artículo 1746 del C. C., envuelve natural y consecuencialmente la de su registro, y declarada aquella debió decretarse la cancelación del segundo, aún sin que hubiere mediado petición expresa al respecto (artículo 2676 del C. C.).

Así lo ha decidido la Corte en varias ocasiones. En sentencia de 28 de junio de 1919, dijo lo siguiente:

"Si declarada la nulidad del contrato, las partes deben ser restituídas, de jure, al estado anterior, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique, se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda". (To. 27, pág. 213).

Y en sentencia de 21 de febrero de 1924, dijo: "Declarada la nulidad absoluta de una compraventa de bienes raíces, tal nulidad envuelve la de la inscripción o registro de la escritura de venta, sin necesidad de una cancelación expresa. Legalmente hablando, el registro de la escritura no llegó a existir en tal caso. (J. C. S., Tomo III, pág. 95, Nº 414).

En análogo sentido se pronuncia esta Sala en sentencia de 18 de mayo de 1946, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL.

c) En la parte resolutiva de la sentencia el Tribunal nada decidió expresamente sobre la excepción perentoria de petición de modo indebido propuesta por el apoderado de la recurrente en su alegato de segunda instancia; pero como en la motivación del fallo sí la consideró y llegó a concluír que las razones que al efecto expuso son "Suficientes para desconocer la existencia de la excepción perentoria de petición de modo indebido" y encontró, además, procedente la acción principal y la despachó favorablemente en la parte resolutiva, es claro que esta resolución envuelve cuando menos implícitamente la decisión negativa sobre la excepción propuesta. Lo natural es que el sentenciador estudie en la parte motiva las excepciones que se aleguen y que decida sobre ellas en la resolutiva; mas porque en tal forma no proceda, no puede afirmarse, en casos como el presente, que el fallo carezca de consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Así lo ha resuelto la Corte en constante jurisprudencia.

Por tanto no se admite el cargo.

En mérito de las consideraciones expuestas, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha veinte (20) de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco

(1945) del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, motivo del presente recurso.

Condénase en costas a la parte recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase al Tribunal de origen en su oportunidad.

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

SALA DE CASACION PENAL

LA CALIFICACION LEGAL DE PRUEBAS NO FUNDA RESPONSABILIDAD PENAL

1.—No incurre en responsabilidad penal (prevaricato, abuso de autoridad) el Juez que aprecia las pruebas de acuerdo con su estimación legal o, a falta de ésta, conforme a los principios generales de equidad.

2.—El elemento primordial del peculado es el cambio de destinación de los dineros o bienes que maneja o administra el acusado, o el uso indebido que de ellos haya hecho.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, junio tres de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Tribunal Superior de Bogotá consultó a esta Sala de la Corte el auto del 17 de abril del año pasado, por el cual **sobreseyó definitivamente** en favor del Dr. Nicolás Torres Niño, por los hechos de que lo acusó Ana Ramírez R., cometidos —según ésta— con ocasión y por causa del juicio de lanzamiento que Sara Rigueros instauró contra ocupantes de su hacienda "Santa Rosa", en el Municipio de Bosa, en la época en que el acusado Dr. Torres Niño ejercía las funciones de Juez de Tierras de Bogotá.

Observadas las prescripciones del artículo 192 del Código de Procedimiento Penal, y vencido el término de lista sin que los interesados, parte civil y acusado, hubieran intervenido en esta instancia, la Corte —con vista en las pruebas traídas al proceso— confirmará o no el auto consultado según se hayan cumplido o no, respectivamente, las condiciones que el artículo 437 exige para que el acusado pueda ser favorecido con el sobreseimiento definitivo que el Tribunal decretó.

Esta decisión requiere el conocimiento previo de los hechos imputados y su apreciación e interpretación frente a las leyes que regulan los juicios sobre tierras primero, y luego frente a las normas penales que la denunciante supone infringió el Juez procesado.

I.—Resumen de los hechos

El origen de la acusación de Ana Ramírez contra el Dr. Torres Niño se remonta a varios incidentes y mutaciones de propiedad en la hacienda "Santa Rosa" causados por fallos que pusieron fin a anteriores controversias judiciales entre quienes se disputaban su dominio; implica esto la necesidad de resumir, como antecedente o premisa de la decisión, la historia de tales incidentes y procesos:

El 27 de abril de 1927, Sara Rigueros y Alfredo Rodríguez, mediante la Escritura Pública Nº 23 otorgada ante el Notario 3º de Bogotá, adquirieron —con el fin de explotarla en compañía— la hacienda "Santa Rosa", ubicada en el Corregimiento de Pasquilla, del Municipio de Bosa; aunque no hay datos inequívocos sobre el desarrollo de ese contrato, debió surgir alguna seria divergencia sobre posesión de la hacienda, porque hay referencias a la entrega real y material que de ella hizo el Juez 3º del Circuito Civil de Bogotá a Sara Rigueros el primero de septiembre de 1941 fundada en que Rodríguez no pudo comprobar posesión, quedando así, por esta causa, vencido en la controversia incoada ante el mencionado Juez.

Ana Ramírez, la denunciante del Dr. Torres, se hizo más tarde copropietaria de "Santa Rosa", en un derecho equivalente a la tercera parte de la hacienda, que le fue adjudicado en la ejecución que ante el Juez 1º Civil Municipal de Bogotá le promovió, la Rigueros, a Alfredo Rodríguez, el condueño de "Santa Rosa".

Posteriormente, a principios de 1942, Sara Rigueros, cuya calidad de única poseedora de la hacienda en relación con Rodríguez había sido de-

clarada en fallo judicial, con fundamento en la ley 200 de 1936 solicitó del Juez de Tierras de Bogotá, que lo era entonces el Dr. Nicolás Torres Niño, suspendiera —mediante lanzamiento— la ocupación de hecho que Casimiro Martínez, Lucas Granados, Luis Cárdenas y Miguel Cepeda mantenían en "Santa Rosa" desde el 10 de noviembre de 1941, suspensión que fue decretada por el Juez y confirmada por el Tribunal.

Antes de la diligencia de lanzamiento y durante ella se opusieron Ana Ramírez y Joaquín Lobo Guerrero, aquélla en su doble carácter de condueña de la hacienda y de compradora de las mejoras de los demandados Martínez, Granados, Cárdenas y Cepeda, y Lobo Guerrero en el de depositario de aquellas mejoras embargadas en el juicio ejecutivo que contra Ana Ramírez seguía Alejandro Fernández en el Juzgado Municipal de Bosa.

No aceptó el Juez estas oposiciones —aunque ordenó que el valor de las mejoras fuera pagado a la opositora Ramírez— y la diligencia de lanzamiento no tuvo resultado práctico alguno porque, con la intervención del Juez, se provocó una transacción amigable entre demandante y demandados que culminó en la celebración de contratos de arrendamiento, en forma que los ocupantes de hecho adquirieron la calidad de arrendatarios y el valor de las mejoras que la demandante consignara antes le fue devuelto por el Juez.

II.—La acusación

Vencida Ana Ramírez en su oposición y suspendido el lanzamiento por causa del nuevo vínculo contractual entre Sara Rigueros y los antiguos ocupantes de hecho, aquélla presentó demanda criminal ante la Corte contra el Juez de Tierras Dr. Nicolás Torres Niño, la que —por auto del 10 de febrero de 1943— fue enviada al Tribunal Superior de Bogotá, única entidad competente para juzgar al Juez de Tierras por su asimilación, en cuanto al fuero, al de Circuito.

La acusación de Ana Ramírez se concreta a los siguientes puntos:

a) El Juez de Tierras Dr. Torres Niño desechó el valor legal de los documentos que comprobaban su calidad de condueña y poseedora de la hacienda de "Santa Rosa";

b) El mismo Juez dispuso del valor de las mejoras de los ocupantes demandados, estando embargados en el juicio de Alejandro Fernández contra la misma denunciante;

c) El mismo Juez, quien en la diligencia de lanzamiento recibió de la demandante Rigueros el valor de las mejoras, dispuso de él indebidamente de acuerdo con aquélla; y

d) El mismo Juez no cumplió con la obligación de anotar en el Libro de Depósitos Judiciales el valor de las mejoras ni el de consignarlo en el Banco de la República.

Son éstos los hechos que Ana Ramírez imputó al Juez de Tierras Dr. Torres Niño y que, analizados por el Tribunal, no configuraron las infracciones penales que la denunciante juzgó había cometido, y que la Corte, a su vez, estudia en seguida.

III.—El delito y la responsabilidad

Separadamente se consideran dichos cargos, tanto en orden al carácter penal que tengan o puedan tener, cuanto a la responsabilidad en que el Juez acusado incurrió o pudo haber incurrido.

Punto de partida de este estudio es la noción de la finalidad y del contenido jurídico de las acciones que, como la de Sara Rigueros, se iniciaban y seguían ante los Jueces de Tierras, del procedimiento y de las condiciones de la oposición a tales acciones. Estas —según la Ley 200 de 1936— se dirigían a obtener la solución rápida de problemas de posesión y no de dominio, es decir, acciones posesorias y no reivindicatorias, objetivo que —naturalmente— había de comunicar su carácter no sólo al procedimiento sino también y especialmente al sistema y regulación de las pruebas determinadas por la ley para esta clase de acciones.

La suspensión de la ocupación de hecho era, precisamente, uno de los derechos, quizá el más importante, que consagró la Ley 200, y cuya respectiva acción reguló en el Capítulo II no sólo de la Ley 200 sino también del Decreto 0059 de 1938 expedido en desarrollo de aquélla; contra esta acción dieron la ley y el decreto un derecho correlativo a los ocupantes de hecho demandados: el de obtener la suspensión del lanzamiento, siempre que —como lo dice el artículo 66 del Decreto— antes de practicarse, aquéllos exhibieran un título o prueba que justificara legalmente la ocupación.

En seguida se analizan los actos del Juez Dr. Torres Niño, en los cuales Ana Ramírez fundó su acusación:

a) La negativa a suspender el lanzamiento

Los títulos en que Ana Ramírez fundó su derecho a la suspensión del lanzamiento, no eran suficientes para justificar legalmente la ocupación de hecho de los demandados Martínez, Granados, Cárdenas y Cepeda, por las razones siguientes:

a) El título del remate y adjudicación del derecho en el ejecutivo contra Alfredo Rodríguez, porque éste habiendo sido ya vencido por Sara Rigueros por no haber podido probar posesión alguna en "Santa Rosa" no podía transmitir sino los derechos que tenía sobre la hacienda, esto es, el dominio y no la posesión; y

b) El contrato de compra de las mejoras a los ocupantes nombrados, porque comprobada la ocupación de hecho mediante la inspección ocular y otras pruebas, la compradora Ana Ramírez sólo tenía derecho a que se le pagara el valor de las mejoras, y no a la posesión, que los vendedores, como ocupantes de hecho, no pudieron haber transmitido.

b) Violación del embargo

El cargo de que el Juez Dr. Torres Niño dispuso de mejoras que estaban embargadas en el juicio ejecutivo de Alejandro Fernández contra Ana Ramírez no tiene —como va a verse— fundamento real ni legal. El Juez Municipal de Bosa, según se dijo en la diligencia de lanzamiento, había embargado las mejoras de los ocupantes de hecho, seguramente después del contrato por el cual las adquirió la Ramírez, que era la ejecutada.

La eficacia del embargo estaba, pues, subordinada al lanzamiento: si éste se practicaba se le pagarían las mejoras según lo había decidido el Juez, pero en caso contrario, el embargo perdía toda su eficacia en atención a que la suspensión del lanzamiento exoneraba de hecho a la demandante de la obligación de pagar las mejoras, pues su valor debía serle restituído, que fue lo que precisamente sucedió.

Pagadas las mejoras de uno de los ocupantes de hecho, su valor —por disposición del Juez— fue depositado en el Banco de la República a la orden del Juez Municipal de Bosa; el de las mejoras de los otros tres demandados devuelto a la demandante Rigueros por cuanto, celebrados contratos de arrendamiento de las parcelas ocupadas de hecho, y sustituída así la calidad de ocupantes de hecho por la de arrendatarios, desaparecía el objeto del lanzamiento, una de cuyas condiciones era el pago de las mejoras a los demandados.

IV.—Decisión de la consulta

De los hechos de que Ana Ramírez acusó al Juez de Tierras Dr. Torres Niño, según el estudio precedente, unos no constituyen infracción penal alguna y otros —entre ellos el de la persecución al abogado de la Ramírez y apropiación de su cartera, libros, etc.— no aparecen en forma alguna acreditados o probados; así, pues, ni el peculado, ni el prevaricato, ni el abuso de autoridad, ni ninguno de los delitos que Ana Ramírez le imputó, están aquí configurados. La aplicación que del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal hizo el Tribunal es, en consecuencia, legal, y la providencia consultada debe confirmarse.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Casación Penal— administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, **confirma** el auto del Tribunal Superior de Bogotá, del 17 de abril del año pasado, por el cual decretó **sobreseimiento definitivo** en favor del ex-Juez de Tierras de Bogotá, Dr. Nicolás Torres Niño, por los cargos de que lo acusó Ana Ramírez.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA OPINION COMO CAUSAL DE IMPEDIMENTO

1.—La opinión sobre el asunto materia del proceso —que la ley enuncia como motivo de recusación o impedimento— no se limita a la emitida fuera de la función jurisdiccional, sino que comprende los actos jurisdiccionales cuya validez presupone un razonamiento, una deducción, un juicio, es decir, una opinión o concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que esos actos integran y componen.

2.—Típica de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, por cuanto implica un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito y, en la mayoría de las veces la parte fundamental de la sentencia recurrida.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, julio diez y siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Dr. Agustín Gómez Prada, Presidente de esta Sala de la Corte, se ha declarado impedido para intervenir en el estudio del recurso de Angel María García Acevedo contra la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, que lo condenó a ocho años de presidio por el delito de homicidio en Marta González Restrepo, ocurrida en la ciudad de Barrancabermeja.

Funda su impedimento el Dr. Gómez Prada en que fue el Magistrado del Tribunal Superior de Bucaramanga que, como sustanciador de la apelación contra el auto de proceder y como ponente, presentó el proyecto del auto por el cual se confirmó el apelado.

La Sala, como fundamento de la decisión que adopta, favorable a la tesis del Dr. Gómez Prada, se limita a transcribir las razones que lo indujeron a aceptar el impedimento del Magistrado Dr. Sarasty fundado en lo mismo: es decir, en el hecho de haber sido, como Magistrado del Tribunal de Pasto, el ponente del auto de proceder de segundo grado en el juicio contra Alfonso y Nicanor Fuentes y otros por lesiones y homicidio.

La doctrina entonces adoptada fue la siguiente:

"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 referida 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 análisis y el juicio, esto es, la opinión sobre la materia del proceso, son base de la decisión. La mis-

ma 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 privativa; 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, después 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 motivo de abstención sólo apreciable por el l gistrado a quien afecta, y no incluído entre los recusación del artículo 73, la interpretación a dada a la parte final del numeral 4º de aquel tículo en relación con los juicios emitidos en tos jurisdiccionales, como el auto de proceder otros, no implica necesariamente la sanción nulidad en casos de que ni se manifieste ni alegue el motivo de abstención referido".

Siendo —como lo son— iguales los motivos d impedimento, e iguales, por lo tanto, las doctr nas que los sustentan, la decisión no puede s distinta a la adoptada.

En consecuencia, la Corte Suprema —Sala d Casación Penal— administrando justicia en nom bre de la República y por autoridad de la ley, de clara que es legal el impedimento manifestad por el doctor Agustín Gómez Prada, para inter venir en la decisión de este recurso, y fija la hora de las tres de la tarde del día siguiente al en que este auto quede ejecutoriado para hacer el sorteo del Conjuez que deba reemplazarlo.

Cópiese y notifíquese.

Francisco Bruno — Jorge E. Gutiérrez Anzola. Ricardo Jordán J. — Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

LA PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL EN LOS DELITOS CONTINUOS

1.—El DIES A QUO o tiempo desde el cual debe contarse la prescripción de la acción, varía según se trate de delitos instantáneos o de delitos permanentes o continuos.

2.—Siendo continuo o permanente, como lo es, el delito por demoras, es decir, existiendo como hecho único que se prolonga sin interrupción hasta cuando lo quiera el delincuente, la prescripción de la acción en esta clase de delitos —como lo explicó la Comisión Revisora— empieza a correr desde que el estado permanente de la criminalidad cesa, porque es entonces solamente cuando cesa el delito.

orte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, agosto cinco de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Francisco Bruno)

Vistos:

El Dr. Bernardo A. Gómez, ex-Juez del Circuito Penal de Bogotá, por conducto de su apoderado Dr. Carlos Arturo Díaz, solicitó se repusiera el auto del 8 de abril del presente año, por el cual la Corte confirmó el llamamiento a juicio al Dr. Gómez por demora en la expedición de una sentencia, decretado por el Tribunal Superior de Bogotá.

Sometido el recurso al procedimiento de los artículos 185 y 488, de los estatutos procesal, penal y civil, respectivamente, sin que el Agente del Ministerio Público lo hubiera objetado, la Corte lo decide en esta providencia.

En atención a que la tesis presentada por el Dr. Díaz, como fundamento del recurso, se contrae a que —según él— la acción penal contra el acusado Dr. Gómez no puede proseguirse en virtud de prescripción ya cumplida, a ese tema se limitará el estudio, previa referencia a los actos procesales que pudieron haber dado origen a la nombrada institución extintiva. Tales actos son, en su orden cronológico:

a) El 4 de septiembre de 1940, entró al despacho del Juez Dr. Gómez el proceso criminal contra Rubén Rodríguez y Elías Garzón, para sentencia, la cual ha debido dictarse dentro de los quince días siguientes, o sea antes del 24 de los mismos mes y año, y

b) El 15 de octubre de 1942 el mencionado Juez, en vez de sentencia declaró extinguida —por prescripción— la acción penal contra Rodríguez y Garzón.

La acción penal contra el Dr. Gómez ha prescrito —juzga el abogado recurrente— porque si de acuerdo con el artículo 479 del estatuto procesal penal, el término para la sentencia, venció quince días después de aquél en que, para tal fin, entró al despacho del Juez, es desde el último de esos quince días —24 de octubre de 1940— desde el cual, por imperio del artículo 105 del estatuto penal, debe comenzar a contarse el tiempo de la prescripción; y si es así, debe declararse extinguida, por prescripción, la acción penal, "hecho que prefiere a cualquier otro —termina el recurrente— por ser de orden público".

La cuestión aquí suscitada comporta dos fases: una principal o básica, relativa a la clasificación penal a que el delito imputado al Juez Dr. Gómez corresponde, y otra derivada, relativa al tiempo **(dies a quo)** desde el cual el de la prescripción debe tenerse comenzado, por cuanto ese **dies a quo** varía según el modo de ejecución material de la infracción o mejor según el hecho que la constituye: distinto es, pues, ese **dies** en los delitos instantáneos, y en los permanentes o crónicos (continuos).

Punto de partida, por lo tanto, de este estudio es si la violación (omisión) ininterrumpida del deber que el artículo 479 del estatuto procesal penal impone a los jueces —y que el artículo 172 del estatuto penal caracteriza como violación penal— es delito instantáneo o permanente, ya que, frente al artículo 106 del estatuto primeramente nombrado "la prescripción de la acción —textualmente se transcribe en la parte que interesa— comenzará a correr, para las infracciones consumadas, desde el día de la consumación, y para las

infracciones continuas, desde el día en que se verificó el último acto".

Lo que diferencia, jurídicamente, aquellos delitos, el instantáneo y el continuo (no continuado) o permanente, es la forma y duración de la acción y las consecuencias que en el bien jurídico tutelado por la ley produce esa acción; así, el primero se consuma en un instante mediante una sola acción aunque conste de uno solo o de varios actos y destruye el bien jurídico (la vida en el homicidio, la propiedad en el hurto, por ejemplo), y en el segundo, la consumación no se realiza en un solo instante, sino que se prolonga de modo continuo a voluntad del infractor y hasta que éste lo quiera, sin que haya destrucción del bien (detención arbitraria, omisión de actos oficiales, rapto, usurpación de funciones, secuestro—; trátese, pues, de delitos permanentes de comisión o de delitos permanentes de omisión, es decir, de actividad positiva o negativa, se dice que se han consumado en el momento en que esa actividad, positiva o negativa, ha cesado; y en este caso, en el momento en que el Juez Dr. Gómez, mediante un hecho positivo, el auto de prescripción, puso fin al hecho negativo u omisión, el aplazamiento indefinido de la sentencia.

Esta doctrina no implica innovación alguna, pues tanto la historia legislativa como la jurisprudencia la han reafirmado.

El artículo 106 del estatuto penal vigente, en efecto, es una reproducción más o menos exacta de las normas reguladoras de la prescripción consagradas anteriormente; conforme al estatuto de 1890, la prescripción, en los delitos crónicos o continuados, se contaba desde el día en que cesaba la continuación, fórmula análoga a la del efímero Código de 1922 adoptada luego por la Comisión Revisora de 1925, según la cual "la prescripción de la acción penal empezaría a correr, para las infracciones continuas, desde el día en que cesaron".

Es cierto que la Corte adoptó, al aplicar el artículo 70 de la Ley 100 de 1892, la tesis de que "el delito de mala conducta por demoras es instantáneo" y de que "él se consuma o comete desde que ha pasado el último día del término concedido por la ley al Juez o Magistrado para dictar la providencia", pero esta tesis fue posteriormente rectificada y ampliada por la misma Corporació afirmar que "la morosidad en que incurre un es un delito crónico que dura hasta el último de la ejecución, o sea el que le pone término

"El delito continuo —explicó el autor de la mula adoptada por la Comisión Revisora— ex como hecho único, que se prolonga sin interr ción; respecto de él la prescripción de la acc criminosa no empieza a correr sino desde que estado permanente de la criminalidad cesa, p que es entonces solamente cuando cesa el delit noción ésta análoga a la de Ferri, para quien " delitos permanentes producen una condición a tijurídica que se prolonga hasta cuando lo quie el delincuente".

Si, pues, la omisión en el deber de dictar se tencia que a los Jueces impone el artículo 479 d estatuto proceso penal, es una infracción de c rácter crónico, continuo o permanente que se co sidera consumada el día que, a voluntad del i fractor, cesa la cronicidad, continuidad o perma nencia del estado o condición delictuosa, y si, co forme a la jurisprudencia y a la ley, la prescrip ción de la acción penal —para estas infracciones— se cuenta desde el día en que se consumaron cesaron, la acción penal contra el ex-Juez Dr. Gó mez no ha prescrito, por cuanto fue sólo el 15 d octubre de 1942 cuando mediante auto que de claró extinguida la acción pública contra Garzón y Rodríguez, se puso fin a la omisión, es decir fue consumada la infracción.

En consecuencia, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, niega el recurso de reposición contra el auto del 8 de abril del presente año, por medio del cual confirmó el de proceder dictado por el Tribunal Superior de Bogotá contra el ex-Juez del Circuito Penal de Bogotá, Dr. Bernardo Gómez, acusado de demoras en el ejercicio de sus funciones judiciales.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán J.—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Secretario.

PRUEBA DE LA CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD A QUE ALUDE EL NUMERAL 2° DEL ARTICULO 37 DEL CODIGO PENAL.- APRECIACION DE LA REINCIDENCIA. — COMPLICIDAD PREVIAMENTE CONCERTADA. — TEORIA CLASICA DEL ANTIGUO CODIGO PENAL.—TEORIA DE LA ESCUELA POSITIVA. DOCTRINA DE FLORIAN.—DOCTRINA DEL CODIGO COLOMBIANO.

1.—La prueba adecuada para la circunstancia de mayor peligrosidad de que habla el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal no es la de certificados de ingresos a establecimientos carcelarios, sino las copias de las sentencias respectivas. Si esto se predica de las constancias de entradas a las cárceles menos puede argüirse de simples sindicaciones, las cuales pueden terminar con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria.

2.—Siendo la reincidencia una modalidad que ha sido considerada por la ley como especial demostración de la peligrosidad del reo, cuandoquiera que esta circunstancia aparezca comprobada, a ella debe referirse la sanción excluyendo a la del mismo contenido expresada en la circunstancia de mayor peligrosidad. Esto es, cuandoquiera que en un proceso se advierta la comprobación de reincidencia de un reo —con la prueba de la sentencia condenatoria— debe primar la calificación de la reincidencia, descartando la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 2º que se refiere al hecho de haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, eliminación que se justifica puesto que la aplicación al mismo tiempo de las dos circunstancias pecaría contra el postulado "NON BIS IN IDEM". Ahora bien, para que una condenación pueda considerarse como base calificatoria de la reincidencia, ha sostenido la Corte que debe referirse a delitos. Y a este respecto sentó jurisprudencia discriminando si dentro del régimen de la ley 48 de 1936 caben sólo contravenciones o también hay la posibilidad de que se estructuren delitos. Con tal motivo dijo la Sala:

"... Comparte la Corte el concepto de la Procuraduría de que la ley 48 de 1936 se inspira en ideas de prevención de la criminalidad y de seguridad social; pero considera que no por ello han de considerarse meras contravenciones todos los hechos contemplados en aquella ley como punibles... Para algunos casos sí estatuye aquella ley en lo relativo a delitos concretos y entonces la sentencia dictada por la policía puede más tarde servir de base a un juez para deducir la agravación de pena por reincidencia". (Casación del 4 de febrero de 1944, G. J. números 2006 a 2009, página 182).

3.—Sobre el fenómeno de la complicidad, bajo el ámbito clásico del antiguo código, se había analizado la diversidad de fases y valores que puede tener en relación con el delito como entidad objetiva, pero no con el delincuente como entidad subjetiva. Todavía se venía poniendo en práctica la tesis de que el hecho de la participación de varios sujetos en la consumación del delito sólo se tenía en cuenta únicamente para calcular la responsabilidad merecida en cuanto a la importancia o cantidad de su participación. Este era el origen de la diferencia de las formas de concurso: autor, el que ejecutaba el acto consumativo; correos o coautores los que cooperaban directamente en la consumación del ilícito, y cómplices los demás que no participaban directa, actual o inmediatamente sino lejana, remota o indirectamente. La distinción de la ciencia tradicional sobre el concepto de complicidad en los elementos de cualidad, grado, modo, tiempo, eficacia, se dirige exclusivamente a medir la responsabilidad de los copartícipes, esto es, a establecer que al dividir los concursantes en correos y cómplices, a éstos se les debe aplicar una pena menor. La escuela positiva vino a imponer un criterio nuevo referido ante todo a la necesidad de destacar la importancia que tiene el fenómeno de la

complicidad respecto del delincuente, como entidad subjetiva. El infinito cúmulo de apreciaciones, fases, distinciones y teorías de la complicidad de la escuela clásica, para llegar a distinguir el grado de culpabilidad según la importancia o eficacia de la participación —criterio proveniente de la concepción objetiva del delito—, vino a ser reemplazado por el concepto de la coparticipación basado sobre la intención unificada del propósito delictuoso, índice de la peligrosidad del sujeto activo.

Analizando las disposiciones del Código Colombiano respecto del fenómeno de la complicidad se observa que se estableció un criterio ecléctico, tomando el factor coparticipación genérica como grado para establecer la responsabilidad del concursante (concepto positivo), artículo 19, y discriminando al mismo tiempo en el artículo 20 la acción del coparticipante no necesario, como digna de una menor responsabilidad (escuela tradicional). En tal forma, dentro del Código aparece el fenómeno de la complicidad tomado en sus tres aspectos primordiales: a) Como concurso de acciones voluntarias, coparticipación estatuída como elemento específico de un delito, así el ilícito tipo denominado en nuestro Código asociación para delinquir (artículo 208); b) Como concurso de acciones voluntarias que participan en diferente grado de eficacia en la realización del delito por lo cual la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad de participación (artículos 19 y 20); y c) Como simple pluralidad de sujetos activos que, por esa misma circunstancia hacen más peligrosa su actitud, modalidad incluída en el numeral noveno del artículo de las circunstancias de mayor peligrosidad.

4.—La circunstancia de mayor peligrosidad que habla de "el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada" no se refiere a la complicidad genérica de los artículos 19 y 20 del Código Penal, sino que tiene su verdadero fundamento jurídico en la mera pluralidad de sujetos activos del delito, esto es, su aplicación se hace imperativa, por el sólo hecho de ser dos los participantes en el hecho ilícito. Sin embargo, del texto del numeral 9º del artículo tántas veces nombrado surge una duda. Al hablar el Código de "obrar con la complicidad de otro, "previamente concertada", esta locución PREVIAMENTE CONCERTADA se referirá al fenómeno jurídico de la premeditación y, por tanto, excluirá la aplicación de la circunstancia del numeral 5º que habla de la preparación ponderada del delito? Indudablemente no. Cuando en el numeral noveno se habla de complicidad previamente concertada se está específicamente el acuerdo previo para diferenciarlo del acuerdo instantáneo de dos delincuentes ocasionales que coincidencialmente perpetran un delito conjuntamente, pero sin haberse puesto de acuerdo para ello. Naturalmente aquí la pluralidad de sujetos activos no tiene el significado de peligrosidad que representa la típica "pareja de criminales. Por eso, donde quiera que aparezca la complicidad, esto es, la coparticipación instantánea y coincidencial de dos delincuentes no se les puede aplicar la agravante aludida. Por otro aspecto, la locución PREVIAMENTE CONCERTADA no se refiere al acuerdo previo sobre los móviles, determinantes, antecedentes, circunstancias y preparación y ejecución del delito. El previo acuerdo o concierto se predica de la pluralidad, esto es, que las dos voluntades se hayan unificado antes de la realización del delito, sin que sea necesario que se armonicen sobre los hechos y circunstancais de preparación del mismo. Aceptado, pues, que el concierto previo sólo se refiere a la antecedencia de la pluralidad de las voluntades con respecto al delito, es necesario deducir que el fenómeno de la preparación ponderada del delito es agravante diferente y de forzosa aplicación siempre que ella aparezca. Además, el concierto previo se refiere a la unificación de voluntades sobre un determinado hecho y la preparación ponderada al modo de ejecución del hecho ilícito.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, en fallo de diecinueve de septiembre

del año próximo pasado, condenó a Pedro Lesport Curiel y a Carlos Romero a la pena principal de siete años de presidio a cada uno y a las accesorias correspondientes, como responsables de delito de robo, proveído contra el cual interpuso recurso de casación el defensor de los reos.

Declarado admisible se corrió traslado a la parte recurrente para que se formulara la demanda de casación, la cual fue presentada dentro del término legal. El memorialista invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, cuyo estudio a continuación se expresa.

La Sala observa:

La causal segunda invocada —que es pertinente en este negocio— es sustentada de modo deficiente. De ella sólo afirma el autor del libelo que "nadie se ha detenido a estudiar la confesión de mis poderdantes, a quienes no ha cobijado la presunción de veracidad, que reconoce la ley. Este error determinó la aplicación indebida del artículo 402 del C. P., que, por tanto, también fue violado. Esta es la segunda causal de casación que aduzco contra el fallo recurrido". Como se observa este vago cargo contra la sentencia, carente de análisis y de consistencia probatoria, no tiene fuerza alguna, por lo cual es necesario desechar su estudio.

Respecto de la causal primera aducida, el señor Procurador conceptúa que, a pesar de ser deficiente su fundamentación, sí prospera en el presente negocio.

El recurrente sustenta la causal primera en los siguientes conceptos:

"**Causal primera.**—Violación de los artículos 36, 37, 402 y 403 del C. P. Según el artículo 402 del C. P., la pena aplicable a los reos de robo es de ocho meses a seis años de prisión. Los artículos 36, 37, y 403 indican la cantidad precisa de pena que le corresponde a cada reo. El artículo 36 del C. P., dice:

"Dentro de los límites señalados por la ley (**6 meses a 6 años de prisión, en el caso estudiado**), se le aplicará la sanción al delincuente según (1º) la gravedad y (2º) modalidades del hecho delictuoso, (3º) los motivos determinantes, (4º) las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y (5º) la personalidad del agente".

"Luego, conforme esta sapientísima disposición, que es el arco toral de la reforma penal colombiana, cinco factores deben tenerse en cuenta al dosificar la pena. El Tribunal de Santa Marta, influído por el antiguo criterio de los agravantes y los atenuantes, imperante en el viejo código penal, impuso a mis poderdantes la pena máxima fundado en que "el Tribunal no encuentra ninguna circunstancia de menor peligrosidad, ni puede presumir ninguna (?), pues no es el primer delito y la mala conducta anterior resalta".

"En la sentencia no hay la menor mención de los motivos determinantes, que son los factores más importantes de la dinámica del delito; tampoco se menciona nada sobre la gravedad y modalidades de la infracción; y se guarda total silencio sobre la personalidad de los procesados: en fin, de cinco factores, apenas se tiene en cuenta uno, "lo tocante a circunstancias de peligrosidad, para aplicar a Lesport y Romero la pena máxima, agravada.

"Esta consideración sirve para demostrar que el Tribunal dejó de aplicar el artículo 36 del C. P., y definió este proceso con criterio ya caído en desuetud, atendiendo únicamente a las circunstancias como si se tratara de aplicar el Código de Restrepo, de 1890.

"Se violó también, por la misma razón, el artículo 402, pues en lugar de aplicar el mínimo de la pena: ocho meses, se impusieron siete años; y se violó el artículo 403 del C. P., porque, como circunstancia de agravación, se tuvo la noche, que sirvió para adicionar la pena con dos años de prisión, cuando, como es obvio, esa agravación ha debido hacerse teniendo en cuenta que la pena principal debía ser de ocho meses". Adelante agrega el memorialista:

"La mala conducta no es circunstancia de mayor peligrosidad, sino los antecedentes de mayor depravación y libertinaje. Por tanto, el H. Tribunal, al tener en cuenta como circunstancia de mayor peligrosidad la mala conducta, violó el artículo 37 del C. P. No se alegue el artículo 40 del C. P., porque tal disposición es inconstitucional, porque por analogía no puede haber agravación de pena.

"Primera causal. Violación del artículo 39 del C. P., en relación con los artículos 402 y 403 del C. P.

"Para aplicar el máximo de la pena es menester, entre otras cosas (artículo 36, C. P.), que sólo haya un número plural de circunstancias de mayor peligrosidad (artículo 39) C. P. Esta disposición habla, en plural, de CIRCUNSTANCIAS. Contra Lesport menciona la sentencia únicamen-

te el hecho de que se ha dictado en un juzgado auto de proceder, hecho que no constituye ninguna circunstancia de mayor peligrosidad; y contra Romero sólo se menciona el hecho de haber sido condenado por vagancia, ratería y como maleante, hecho que tampoco constituye circunstancia de mayor peligrosidad, sino constituye apenas un factor discutible que se tiene en cuenta en la reincidencia. Por tanto, los hechos mencionados por el Tribunal NO son circunstancias de mayor peligrosidad.

"Pero, en el supuesto de serlo, se llegaría a la conclusión de que sólo existe una sola circunstancia, lo que no basta para fundar la aplicación de la pena máxima. Por esto, hubo violación del artículo 39 del C. P., porque sin haber número plural de circunstancias de mayor peligrosidad, se aplicó la pena máxima que menciona el artículo 402 del C. P., que también fue violado por esto, por aplicación indebida del máximo de la pena que señala (seis años)".

En la sentencia de primera instancia los procesados Lesport y Curiel fueron condenados a la pena de nueve años de prisión cada uno, fallo reformado por el Tribunal en el sentido de disminuír la sanción, para lo cual se expresó en la forma siguiente:

"1º—El Tribunal estima con el Juez **a quo** que Lesport y Romero son **coautores** del robo de que se trata y no cómplices correlativos, como lo considera la defensa, pues como bien se dice en el fallo, "ambos intervinieron igualmente en todos los actos del robo, tanto con acción física como con acción psíquica, hasta su consumación y por eso su responsabilidad es en idéntico grado".

2º—El Tribunal no encuentra ninguna circunstancia de menor peligrosidad, ni puede presumir ninguna, pues no es el primer delito y por lo mismo la mala conducta anterior resalta. Consta sí, que Pedro Lesport, había sido ya enjuiciado en el Juzgado 3º de este Municipio, por robo en el Club Balneario de esta ciudad, y que Carlos Romero, fue condenado por el alcalde de Villanueva a reclusión por seis años en una Colonia Penal como vago, maleante y ratero y esa resolución fue confirmada por la Secretaría de Gobierno del Departamento. Sólo existen, pues, circunstancias de mayor peligrosidad que obligan al Juzgador a imponer a esas dos **alondras** de la defensa, el máximo de la pena que señala el artículo 402 del C. P.

"3º—Empero, si está de acuerdo el Tribunal con la Defensa, en que la pena aplicable a los procesados es la que determina el art. 402 del C. P., y no el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, pues el delito se cometió en 1942, y la sanción penal aplicable a todo reo es la vigente en la época en que se comete la infracción. El máximo de la pena que corresponde aplicar a los procesados será de seis años conforme al citado artículo 402 y no de ocho años que prescribe el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943.

"4º—De acuerdo con el artículo 403 del C. P., los casos de agravación de la pena fijados para el hurto en los artículos 398 y 399, serán tambiéb agravantes del robo. El artículo 398 reza que la pena establecida en el artículo 402, se aumentará **hasta en la mitad** si el hecho se cometiere, entre otros casos, **de noche**; pero "hasta en la mitad" no quiere decir precisamente **la mitad**: el Juez, según los casos y antecedentes de los reos, puede moverse indistintamente, imponiendo la mitad o menos. Siendo el máximo de pena aplicable seis años de prisión, sería exagerado aumentar esta pena con la mitad del máximo, siendo suficiente la tercera parte de esa mitad, o sea un año".

Veamos qué base tienen las agravantes deducidas por el Juzgador **ad quem** y con qué criterio fueron apreciadas. A este respecto el señor Procurador critica el fallo del Tribunal de la manera siguiente:

"Aunque el Tribunal habla en este pasaje de su fallo de circunstancias de mayor peligrosidad", en realidad la computada es una: la mala conducta anterior de los procesados derivada de sus antecedentes judiciales y de policía.

"¿Cuáles son las constancias procesales sobre el particular?

"**Pedro Lesport Curiel.**—En su reseña dactiloscópica que obra al folio 143, aparece en relación con este acusado:

Octubre 11/39.—Sindicado robo...Ignórase fallo.

Junio 18/41.—Detenido por sospecha. Ignórase fallo.

Agosto 2/41.—Sindicato hurto. Ignórase fallo.

Noviembre 7/42.—Solicitud antecedentes. Ignórase fallo.

Julio 27/42.—Sentenciado a 9 años de prisión por el delito de robo Juzgado 1º del circuito penal de Santa Marta".

"Este último fallo es el proferido aquí en primera instancia, aunque se nota un error en la fecha de él, pues en la reseña dice año de 1942, debiendo ser de 1944. (fs. 142).

"Al folio 34 obra la comunicación del señor Juez 3º Municipal de Santa Marta dirigida al Juez del conocimiento, en que le manifiesta que en su despacho cursan "sumarias para averiguar si Pedro Lesport Curiel ha cometido el delito de robo de dos camas, las cuales fueron iniciadas por Ud. el 28 de junio del año pasado (1941). Le informo igualmente que el citado Lesport está gozando en la actualidad del beneficio de excarcelación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 394 del Código de Procedimiento Penal".

Y, finalmente, al folio 76, en el auto de proceder del Juzgado se hace esta afirmación sobre los antecedentes de Lesport: "Asimismo se dictó providencia enjuiciatoria contra Pedro Lesport por delito de robo cometido en el Balneario Club de esta ciudad en la madrugada del día nueve de octubre de mil novecientos treinta y nueve, proceso que está a la consideración de este Juzgado, y como consecuencia de esta investigación delictiva se desprendió otro sumario también por robo contra Pedro Lesport Curiel y Pedro Martínez por robo al mismo establecimiento en la madrugada del diez de octubre de mil novecientos treinta y nueve, diligencias instructivas que pasaron por competencia al Juzgado Tercero Municipal, según calificación que hizo este despacho".

"Por consiguiente, con anterioridad al presente negocio, Lesport tiene pendientes dos procesos penales:

"Uno en el Juzgado 1º del Circuito Penal de Santa Marta por el delito de robo cometido en el Club Balneario, y en el cual se dictó auto de proceder; y

"Otro, también por robo al mismo Club, de que está conociendo el Juzgado 3º Municipal de esa ciudad, y en el cual no se ha dictado el auto calificatorio del sumario, ya que Lesport goza del beneficio de excarcelación, por estar en la hipótesis del artículo 394 del Código de Procedimiento.

"En tales circunstancias, estuvo mal computada por el Tribunal la agravante consistente en la mala conducta anterior del procesado, puesto que los antecedentes judiciales o de policía sólo influyen en el aumento de la sanción, como elementos accesorios, cuando se trata de **condenaciones** que no alcanzan a constituír reincidencia. Así lo establece con toda claridad el ordinal 2º del artículo 37 del Código Penal.

"Además, es ya jurisprudencia firme de la H. Corte la siguiente:

"Que el hecho de estar sumariado o enjuiciado un individuo, no demuestra necesariamente su mala conducta, porque el sumario puede terminar con sobreseimiento definitivo o el juicio clausurarse con sentencia absolutoria, en que se reconozca la inocencia del acusado en virtud de las pruebas allegadas al plenario. Lo que quiere decir que únicamente son aptos para probar la mala conducta los fallos condenatorios anteriores que no se hallen en las condiciones del artículo 34 del Código Penal.

"Por otra parte, aquí tampoco puede hablarse de antecedentes de depravación y libertinaje — circunstancia distinta de las condenaciones judiciales o de policía— porque tales hechos de amoralidad y ostensible falta de ética por parte del delincuente, deben aparecer suficientemente establecidos. Y sobre este aspecto del comportamiento de los procesados, nada en concreto contiene el expediente.

"Respecto del acusado Carlos Romero, sí existe la comprobación plena de haber sido condenado a cuatro años de reclusión en una Colonia Agrícola, como responsable de ratería, según resolución de fecha 9 de noviembre de 1940 proferida en la Alcaldía Municipal de Villanueva y confirmada por la Gobernación. (fs. 13 y 16 del cuaderno número 2).

"Romero confiesa en su indagatoria y en el acto de la audiencia haber sufrido esa pena. (fs. 10 y 126 v.).

"No registra otros antecedentes.

"Por tanto, en cuanto a este acusado sí cabe la circunstancia de mayor peligrosidad a que se refiere el artículo 37, numeral 2º, del Código Penal, y que tuvo en cuenta el Tribunal descartándola como elemento constitutivo de reincidencia.

"Ahora bien: es evidente que dado el modo como Lesport y Romero consumaron el robo y las precauciones que tomaron para ocultar el producto del delito, implica necesariamente que ellos obraron en complicidad preordenada, concurriendo, así, la circunstancia de mayor peligrosidad que prevé el numeral 9º del artículo 37 citado.

"A su vez, los dos procesados son pobres y sin ninguna ilustración, factores éstos que bien pudieron influír en la consumación del delito, pues no está probado que Lesport y Romero o alguno de ellos, posean una inequívoca tendencia al delito que los clasifique como delincuentes habituales o profesionales, aunque Romero sí revela una ma-

yor peligrosidad por cargar ya con un fallo condenatorio de policía.

"Lo que quiere decir que en favor de ambos acusados concurre la circunstancia de menor peligrosidad señalada en el numeral 11 del artículo 38.

"Estatuye el artículo 36 del Código Penal que dentro de los límites señalados por la ley, se le aplicará la sanción al responsable, según la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes, las circunstancias de mayor o menor peligrosidad que lo acompañen y la personalidad del agente.

"En su afán de conseguir la más exacta individualización de la pena, a base de lo que es el delincuente y de lo que ha hecho, el legislador consagró en este precepto cuatro factores concurrentes para ese fin: 1º la gravedad y modalidades del delito. 2º Los motivos determinantes. 3º Las circunstancias de mayor o menor peligrosidad; y 4º La personalidad del agente.

"Aunque en esta última exigencia pueden caber casi todos los anteriores criterios mensuradores de la pena, con todo, el estatuto penal fue prolijo en dividir el artículo 36 en aquella forma para obligar a los juzgadores a no descuidar ninguno de los aspectos del delito ni de la personalidad de su autor en el momento culminante de dictar la sentencia condenatoria. Así ésta se ciñe mejor a la verdad y a la justicia del caso **sub judice.**

"En el presente negocio, el Tribunal sólo tuvo en cuenta el factor atinente a las circunstancias de mayor o menor peligrosidad; pero dejó por fuera otro aspecto muy importante del asunto que puede influír en la determinación de la pena: la gravedad misma del delito, no propiamente en sus elementos constitutivos sino en sus consecuencias.

"Realmente, el robo quedó consumado aquí con el apoderamiento de los objetos que hicieron los acusados, tomándolos del almacén y conduciéndolos a casa de Domingo Jiménez, donde fueron ocultados dentro de un horno, cuya puerta la cerraron completamente con ladrillos y mezcla de cal y arena, para evitar ser descubiertos.

"Pero ocurre que los responsables nada aprovecharon de tales bienes sustraídos, porque éstos fueron recuperados íntegramente y devueltos a la entidad perdidosa, como aparece a los folios 3 y 4.

"No hay paridad de casos, como es obvio, entre el ladrón que comete el delito y se aprovecha total o parcialmente de los bienes aprehendidos, y aquel otro que, aun siendo responsable de infracción consumada, ningún provecho derivó de ella. Esta es una cuestión de equidad que el Juez no puede desatender al aplicar la sanción, por más que el aprovechamiento de la cosa no sea de la esencia del hurto o del robo, que son delitos formales. Pero sí influye mucho esa consideración, porque el hecho criminoso, sin perder su sustancia, produce menos alarma social y causa menos perjuicios a la víctima cuando ésta logra recuperar los bienes que le fueron quitados, que cuando no puede obtener la reintegración de ellos.

"Este otro aspecto del asunto contribuye igualmente a que no pueda imponerse aquí a los delincuentes el máximum de la sanción.

"Sobre los móviles determinantes del delito, nada hay que decir porque los acusados negaron haberlo cometido, ni hay indicios tampoco del fin preciso que tuvieran al apoderarse de los objetos.

"Y en lo concerniente a la personalidad de Lesport y Romero, el expediente no ofrece datos especiales, fuera de los antecedentes que se dejaron relatados al analizar el pasado judicial y de policía de aquellos.

"Resumiendo se tiene:

"Contra Carlos Romero obran dos circunstancias de mayor peligrosidad: la condena anterior que sufrió por contravención de la ley Lleras y el haber obrado con la complicidad previamente concertada por Pedro Lesport.

"Contra este último pesa únicamente la circunstancia de mayor peligrosidad referente a la complicidad preordenada.

"En favor de ambos acusados debe tenerse la circunstancia de menor peligrosidad derivada de su indigencia y falta de ilustración, pues el uno —Lesport— es albañil de profesión, y el otro —Romero— barbero. Asimismo debe favorecerlos el hecho de no haber obtenido ninguna utilidad en el robo.

"Como Romero carga con dos agravantes y Lesport con uno, la pena no puede ser la misma para ambos.

"El artículo aplicable al caso es el 402 del Código Penal, relacionado con el 398 ibidem, por haberse cometido el delito de noche. La ley 4ª de 1943 es inoperante aquí, porque ella no estaba en vigencia en la época en que delinquieron los procesados.

"Concurriendo circunstancias de mayor y menor peligrosidad, la sanción no puede aplicarse en el mínimo ni en el máximo.

"La Procuraduría se permite insinuar que los acusados sean reprimidos así:

"Romero con cuatro años de prisión, conforme al artículo 402, aumentados en una tercera parte, de acuerdo con el artículo 398. Total cinco años y cuatro meses.

"Lesport con tres años como sanción base, y un año más como aumento de la tercera parte. Total cuatro años de prisión".

En relación con el concepto del señor Procurador la Sala se permite hacer el siguiente análisis:

Efectivamente los procesados incurrieron en la violación del artículo 402 del C. P., anterior a la reforma de la Ley 4ª de 1943, por lo cual la sanción aplicable es la de ocho meses a seis años de prisión. Su infracción está modificada por la circunstancia de haberse cometido de noche lo que lleva a la necesidad de relacionar el artículo 402 por medio del 403 con el 398 de la misma obra, por lo cual la sanción imponible debe aumentarse hasta en la mitad. Hasta aquí el concepto general sobre la graduación de la pena se ciñe a la ley. Donde entra en discrepancia el fallo del Tribunal con el concepto del señor Procurador es en la apreciación de las circunstancias de mayor peligrosidad.

Es indubitable que por las probanzas existentes sobre la mala conducta de Carlos Romero, en contra de él se aprecia una agravante del hecho, modalidad que puede tenerse como la circunstancia de mayor peligrosidad definida en el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal, o como base de reincidencia, según los artículos 35 y 36 de la misma obra. La constancia de la condenación sufrida por este procesado a causa de un juicio de policía le hace incurso en una de las agravantes enunciadas. Pero antes de estudiar a cuál de ellas ha debido ceñirse la sentencia del Tribunal es necesario averiguar si los antecedentes de Lesport Curiel lo hacen incurso en las mismas agravaciones.

Sobre este punto la Sala responde que sí es aceptable el concepto del señor Procurador de que las inscripciones o entradas de Lesport Curiel en su prontuario policivo no son las pruebas conducentes en las cuales se apoye la circunstancia de mayor peligrosidad deducida por el Tribunal en contra del procesado o sea aquella de que habla el numeral segundo del artículo 37 del C. P. A este efecto la Corte ha repetido en jurisprudencias anteriores que la prueba adecuada para esta circunstancia no es la de certificados de ingresos a establecimientos carcelarios, sino las copias de las sentencias respectivas. Si esto se predica de las constancias de entradas a las cárceles menos puede argüirse de simples sindicaciones las cuales pueden terminar con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria.

En tal forma, respecto del procesado Curiel, el Tribunal apreció erróneamente, como circunstancia de mayor peligrosidad, las sindicaciones en su contra por delitos contra la propiedad.

Respecto de Carlos Romero la situación es diferente. El señor Procurador afirma que el Tribunal hizo bien en descartar como factor de reincidencia la constancia de la condenación de Policía, que obra en el expediente, para valorarla como simple circunstancia de mayor peligrosidad.

Sobre este punto se observa que el Juez de primera instancia quiso calificar como reincidencia la condenación de policía sufrida por Romero; pero ante la objeción hecha por el defensor de que esa condenación por contravenciones no se podía tomar como base de la reincidencia puesto que ese fenómeno sólo se predica de condenaciones por delitos, el funcionario resolvió absolver la duda que le suscitaba este argumento, en favor del procesado y calificó el antecedente de la condena de policía como circunstancia de mayor peligrosidad al tenor del ordinal segundo del artículo 37, descartándola como fundamento de la reincidencia.

Sin embargo, sobre este tema es necesario que la Sala advierta lo siguiente: Siendo la reincidencia una modalidad que ha sido considerada por la ley como especial demostración de la peligrosidad del reo, cuandoquiera que esta circunstancia aparezca comprobada, a ella debe referirse la sanción excluyendo a la del mismo contenido expresada en la circunstancia de mayor peligrosidad. Esto es, cuandoquiera que en un proceso se advierta la comprobación de reincidencia de un reo —con la prueba de la sentencia condenatoria— debe primar la calificación de la reincidencia, descartando la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral segundo que se refiere al hecho de haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, eliminación que se justifica puesto que la aplicación al mismo tiempo de las dos circunstancias pecaría contra el postulado del "non bis in idem".

Ahora bien, para que una condenación pueda considerarse como base calificatoria de la reincidencia, ha sostenido la Corte que debe referirse a delitos. Y a este respecto sentó jurisprudencia discriminando si dentro del régimen de la ley 48 de 1936 caben sólo contravenciones o también hay la posibilidad de que se estructuren delitos. Con tal motivo se hizo el siguiente estudio:

"La vagancia, que algunos tratadistas y legisladores consideran como verdadero delito, puede, sin embargo, apreciarse como una infracción que no afecta directamente determinado derecho; pero viola normas sobre el deber de trabajar que son la salvaguardia de otras normas protectoras de derechos concretos como el de propiedad. El que carece de medios de subsistencia y, siendo apto, se resiste a trabajar para conseguir tales medios de vida, aunque no haya cometido ningún delito en concreto contra las personas o las propiedades, se pone voluntaria y ostensiblemente en riesgo inminente de cometerlos, y de ahí que se le sancione: no es todavía un delincuente pero sí es ya un contraventor que con ello demuestra peligrosidad aunque no criminal todavía, sí al menos cierta peligrosidad social.

".....Lo hasta aquí explicado basta para ver cómo no es posible sostener a priori que las infracciones penadas por la ley 48 de 1936 sobre vagos, maleantes y rateros deban reputarse todas como contravenciones tan sólo porque de ellas corresponde conocer a la policía, según lo dispone esta misma ley.

"Además, el artículo 6º, aparte b), define como maleantes a los reincidentes en delitos de alcahuetería y corrupción, reincidencia que les acarrea condenación a colonia agrícola penal por dos a cinco años. Habría que examinar si el código penal, que empezó a regir dos años después de aquella ley, se aplica de preferencia a ésta en el punto concreto de que se trata (reincidencia en alcahuetería y corrupción); pero de todas maneras sería imposible reputar como simple contraventor al sujeto reincidente en semejantes infracciones que son verdaderos delitos, contemplados por el código penal.

"Otro tanto cabe decir de lo dispuesto en el aparte b) del artículo 8º que enumera o enuncia a los que deben ser considerados como rateros, aparte que dice así: 'Los que hayan sido condenados dos o más veces por delitos contra la propiedad y cometan uno nuevo de la misma naturaleza'.

"Estos términos de la ley 48 no pueden ser más claros en el sentido de estarse refiriendo a condenación que incumbe hacer a la policía de un reincidente no en mera contravención sino en 'delitos contra la propiedad'.

"...La mera vagancia, considerada como una contravención, no se tiene en cuenta para deducir un aumento de pena por reincidencia. Pero otros hechos que no son simples contravenciones, contemplados en la ley 48 de 1936, sí deben acarrear tal aumento, pues algunos casos de delincuencia de los que allí se contemplan son algo más que la del reincidente: son verdaderas figuras de criminalidad habitual y aun profesional.

"Comparte la Corte el concepto de la Procuraduría de que la ley 48 de 1936 se inspira en ideas de prevención de la criminalidad y de seguridad social; pero considera que no por ello han de considerarse meras contravenciones todos los hechos contemplados en aquella ley como punibles.

"...Para algunos casos sí estatuye aquella ley en lo relativo a delitos concretos y entonces la sentencia dictada por la policía puede más tarde servir de base a un juez para deducir la agravación de pena por reincidencia". (Casación de 4 de febrero de 1944. G. J. números 2006 y 2009, página 182).

De lo expuesto se deduce que en el presente caso no hay duda en considerar la condenación sufrida por el procesado Romero como condenación de policía por un delito, circunstancia que la estructura como base para la calificación de la reincidencia. Por este aspecto igualmente no se ajustó a la aplicación correcta del artículo 36 la sentencia del Tribunal, por lo cual debe casarse la sentencia.

Resumiendo lo expuesto se tiene: en contra del procesado Lesport Curiel no obra circunstancia de mayor peligrosidad respecto de sus antecedentes. En contra del procesado Romero se excluye la circunstancia de mayor peligrosidad de la anterior condenación judicial para computársela como reincidencia, al tenor de lo dispuesto por el artículo 34 del Código Penal.

El señor Procurador afirma que "es evidente que dado el modo como Lesport y Romero consumaron el robo y las precauciones que tomaron para ocultar el producto del delito, implica necesariamente que ellos obraron en complicidad preordenada, concurriendo, así, la circunstancia de mayor peligrosidad que prevé el numeral 9º del artículo 37". Esta circunstancia dice: "El obrar

con la complicidad de otro previamente concertada".

La proposición del señor Procurador plantea un tema de profundo interés. Es el de desentrañar el alcance que tiene la circunstancia aludida, su contenido jurídico y los requisitos de su aplicación.

En jurisprudencia reciente la Corte acogió la tesis del señor Procurador sobre este punto; sin embargo, en el negocio actual es el caso de ampliar esta materia, determinando los elementos estructurales de esa circunstancia, en raras ocasiones apreciada en su verdadero valor y sobre la cual la jurisprudencia de la Corte no ha sido suficientemente explícita.

El primer interrogante planteado por la tesis del señor Procurador es el de si a dos coautores de un delito se puede al mismo tiempo aplicarles la circunstancia de mayor peligrosidad que habla de "obrar en complicidad de otro, previamente concertada". La segunda cuestión es la de si aplicada esa circunstancia excluye o se opone a la que habla de "la preparación ponderada del delito".

En el concepto de 6 de julio de 1945 rendido por el señor Procurador en la casación de Tarcisio y Eliseo Rodríguez, por homicidio, se expuso sobre la materia de estudio lo siguiente:

"Sobre la complicidad, se observa:

"Como lo anota el demandante, en el auto de proceder no se tuvo en cuenta la figura de la complicidad, pues cada homicidio se imputó al respectivo ejecutor del mismo, sin vincular al otro homicida como participante o cooperador.

"Pero en esto cabalmente hubo un error de los jueces porque en verdad la complicidad sí existió, desde luego que los Rodríguez unieron sus voluntades para la consumación del homicidio en la persona de José Antonio Vásquez y ambos desarrollaron acciones físicas, de naturaleza idónea, que dieron por resultado la muerte de él y la de su hermano Luis Alfredo. Tarcisio y Eliseo Rodríguez concurrieron a la consumación de los hechos punibles con voluntad y acción tan intensa que agotaron los elementos constitutivos de las infracciones investigadas.

"El fenómeno de la complicidad o del concurso de varios delincuentes supone que dos ó más personas quieren un delito determinado y hacen algo para consumarlo. La coparticipación criminal es una reunión de intenciones y de actividades individuales enderezadas a un resultado común: el delito cometido. Y a esto no se opone la interferencia de la **aberratio delicti**, desde luego que tal modalidad únicamente implica un error en los momentos consumativos del delito, sin destruír, por lo tanto, los elementos esenciales del mismo. La **aberratio delicti** no repercute en la acción física ni en la acción psíquica del homicidio, porque el objeto de esta infracción es el hombre y no este hombre en vez de aquel otro.

"Para verlo claro, basta poner un sencillo ejemplo: dos sujetos previamente acuerdan dar muerte a su enemigo común; lo atacan simultáneamente, pero por desviación de los golpes, resulta muerto un tercero. De ahí los elementos de la complicidad: confraternidad ideológica acerca del propósito de matar y ejecución de actos físicos suficientes para obtener, como se obtuvo, la extinción de una vida humana. Ambos procesados responderán de ese homicidio.

"De suerte que si el error que se anota en cuanto se omitió computar la complicidad a ambos procesados, sirvió precisamente para favorecerlos, esa equivocación no puede llegar hasta impedir que el sentenciador sí aprecie el concurso como circunstancia de mayor peligrosidad, al tenor del numeral 9º del artículo 37.

"El concurso de delincuentes, excepto el caso en que haga parte de una figura delictiva especial (como la asociación para delinquir, los delitos políticosociales, etc.), está considerada en nuestro Código por dos aspectos diferentes: como elemento constitutivo de responsabilidad, principal o accesoria, respecto del delito en que el sujeto actúe, y como circunstancia de mayor peligrosidad cuando se trata de una participación previamente concertada. Así se desprende con toda nitidez de los artículos 19, 20, 21, 22 y 37, ordinal 9º, del Código.

"La concurrencia de delincuentes como circunstancia de mayor peligrosidad fue tomada del proyecto de Ferri, y de su exposición de motivos se deduce lo que se acaba de afirmar:

"Esta (la complicidad preordenada) —dice Ferri— parecería a primera vista una repetición de la norma general de la coparticipación criminosa (artículo 17). Pero es fácil comprobar que con arreglo al artículo 17 cada uno de los copartícipes responde de su propia contribución personal en la ejecución del delito; mientras que en este numeral 11 se añade para todos los copartícipes, y de modo indistinto, el índice de una mayor pe-

ligrosidad por haber cooperado varias personas, y no de modo imprevisto, sino preordenadamente, a la producción del resultado final delictivo.

"Es evidente que la complicidad preordenada, como ocurre aquí, le da a la infracción a que ella accede una especial gravedad, puesto que el hecho punible se ejecuta con mayor eficacia y seguridad y se produce también una alarma social mucho más intensa. El daño mediato de que habla Carrara es aquí de superior magnitud al que generalmente produce el delito de una sola persona.

"Por tanto, una cosa es el grado de responsabilidad que se atribuya al delincuente, principal o accesoria, según su participación en el delito, y otra muy distinta la gravedad misma que éste adquiere a causa de la acumulación de acciones físicas y psíquicas de los distintos responsables; pues, se repite, en esta hipótesis, fuera de la peligrosidad que revelan los agentes, hay mayor daño público por ser más intenso el sentimiento de inseguridad que experimentan los asociados.

"Ahora bien: como se dijo atrás, las circunstancias de mayor peligrosidad son de libre apreciación del juez al dictar la sentencia; y sobre ellas no hay necesidad de hacer declaraciones expresas en el auto de proceder, ni de interrogar al Jurado en los juicios en que éste actúa. En tal virtud, no tomándose aquí la complicidad como factor principal de responsabilidad de los acusados, para vincularlos como autores o partícipes de los dos homicidios, sino como elemento accesorio para adaptar la sanción que merecen, el Tribunal tenía perfecta libertad de computarla en la sentencia, sin caer en arbitrariedad, ni salirse de los cargos formulados en el auto de proceder, como cree el recurrente".

Verdaderamente sobre el fenómeno de la complicidad, bajo el ámbito clásico del antiguo código, se había analizado la diversidad de fases y valores que puede tener en relación con el delito como entidad objetiva, pero no con el delincuente como entidad subjetiva. Todavía se venía poniendo en práctica la tesis de que el hecho de la participación de varios sujetos en la consumación del delito sólo se tenía en cuenta únicamente para calcular la responsabilidad merecida en cuanto a la importancia o cantidad de su participación. Este era el origen de la diferencia de las formas del concurso: autor, el que ejecutaba el acto consumativo; correos o coautores, los que cooperaban directamente en la consumación del ilícito, y cómplices los demás que no participaban directa, actual o inmediatamente sino lejana, remota o indirectamente. La distinción de la ciencia tradicional sobre el concepto de complicidad en los elementos de cualidad, grado, modo, tiempo, eficacia, se dirige exclusivamente a medir la responsabilidad de los copartícipes, esto es, a establecer que al dividir los concursantes en correos y cómplices, a éstos se les debe aplicar una pena menor.

La escuela positiva vino a imponer un criterio nuevo referido ante todo a la necesidad de destacar la importancia que tiene el fenómeno de la complicidad respecto del delincuente, como entidad subjetiva. El infinito cúmulo de apreciaciones, fases, distinciones y teorías de la complicidad de la escuela clásica, para llegar a distinguir el grado de responsabilidad según la importancia o eficacia de la participación —criterio proveniente de la concepción objetiva del delito— vino a ser reemplazado por el concepto de la coparticipación basado sobre la intención unificada del propósito delictuoso, índice de la peligrosidad del sujeto activo.

Como mirada de perspectiva total sobre este problema es necesario transcribir lo que al respecto dice el gran tratadista Florián:

"La teoría general del concurso, expuesta por Sighele, arranca de la comprobación de la insuficiencia de los criterios, de acuerdo con los cuales las legislaciones modernas consideran la circunstancia de que un mismo delito haya sido cometido por muchas personas. Comúnmente los códigos no se ocupan de tales hipótesis más que para indagar y valuar la diferente eficacia ejercida por cada copartícipe aislado en la ejecución del delito, y sólo suelen prever el caso de asociación para delinquir, a fin de establecer una represión más enérgica. Cree, por el contrario, Sighele, que el concurso de varias personas en un mismo delito debería **siempre** constituir circunstancia agravante, cuando se trate de complicidad (en amplio sentido) premeditada. El basa su tesis, sobre todo, en la investigación estadística, con la cual podría demostrarse que la asociación se encuentra más frecuentemente en las formas más graves de delito; de donde se deriva la consecuencia de que el concurso es fenómeno específico de los delincuentes más temibles y, precisamente, de los ladrones y de los asesinos. En segundo lugar Sighele trae, en apoyo de su tesis, una serie ordenada de ob-

servaciones psicológicas por las cuales se propone demostrar que los delincuentes que, se asocian con más facilidad, son los delincuentes natos y los habituales, y que la unión de varios delincuentes produce un resultado de intensidad criminal superior a la suma de las diversas actividades y energías de los partícipes aislados.

"Sighele, en la llamada pareja criminal, ha hecho una aplicación especial de esta su teoría general. Considerada psicológicamente la pareja criminal no es más que un fenómeno de sugestión; de los dos miembros que la componen, el uno, aquel del cual la sugestión emana, **el íncubo,** es un delincuente nato; el otro, aquel que recibe o sufre la sugestión, **el súcubo,** es un delincuente de ocasión. Esta comprobación psicológica lleva, según Sighele, a dos notables deducciones jurídicas, o sea: 1º que el solo hecho de ser dos para cometer un delito debe estimarse siempre como circunstancia agravante; 2º que la temibilidad del súcubo, por su debilidad, casi iguala la del íncubo. Nuestro autor trata de demostrar su primera tesis afirmando que por la asociación de dos personas decididas al delito, mayor resulta la cantidad objetiva del mismo, mayor la gravedad subjetiva. Y en cuanto a la segunda, hace notar que el súcubo es, por lo general, un instrumento en manos del íncubo, un reo ocasional, un débil, el cual no pocas veces, es llevado al delito con repugnancia. Precisamente por esta singular condición que tiene él de ser sugestionado, por la facilidad de caer en el delito, el súcubo es para Sighele casi tan temible, y, por tanto, imputable, como el íncubo". (Parte General del Derecho Penal. Eugenio Florián, págs. 16 y 17).

Analizando las disposiciones del Código Colombiano respecto del fenómeno de la complicidad se observa que se estableció un criterio ecléctico, tomando el factor coparticipación genérica como grado para establecer la responsabilidad del concursante (concepto positivo), artículo 19, y discriminando al mismo tiempo en el artículo 20, la acción del coparticipante no necesario, como digna de una menor responsabilidad (escuela tradicional).

En tal forma, dentro del Código aparece el fenómeno de la complicidad tomado en sus tres aspectos primordiales: a) como concurso de acciones voluntarias, coparticipación estatuída con elemento específico de un delito —así el ilícito tipo denominado en nuestro Código **asociación para** delinquir— (artículo 208); b) como concurso de acciones voluntarias que participan en diferente grado de eficacia en la realización del delito por lo cual la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad de participación (artículos 19 y 20); y c) como simple pluralidad de sujetos activos, que por esa misma circunstancia hacen más peligrosa su actitud, modalidad incluída en el numeral noveno del artículo de las circunstancias de mayor peligrosidad.

Es precisamente sobre este aspecto sobre el cual recae la atención de la escuela positiva —según la notable deducción jurídica de Sighele, que se ha visto— y de la cual necesita la Sala desentrañar su verdadero valor y significado.

Para mayor claridad del estudio esbozado es necesario transcribir lo que al respecto dice en su Derecho Criminal el profesor Ferri. Después de exponer las teorías de la escuela clásica y de criticar las borrosas abstracciones a que se veía necesariamente obligada a recurrir para explicar los complejos fenómenos que el criterio tradicional sobre la complicidad comportaba, el citado autor dice:

"Por ello, el mismo Sighele acepta después el criterio del grado de peligrosidad, demostrado caso por caso en cada uno de los partícipes, según las circunstancias reales y personales del hecho. Y por esto mismo, no es tampoco admisible la regla objetiva de la Escuela Clásica, adoptada por el Código Penal de 1890 (artículo 64), de que los cómplices (agentes secundarios) habrán de ser siempre menos castigados que los correos (agentes principales), puesto que puede ocurrir que el más astuto, perverso y habituado al delito se limite a la parte de instigador o consejero y preste sólo una ayuda objetivamente secundaria, dejando la mayor responsabilidad a los autores materiales del delito.

"Por ello, nuestro Proyecto de 1921, dispone en el artículo 17 'que todo el que como autor, coautor o cómplice concurra material o moralmente de cualquier manera al delito, será sometido a la sanción establecida para éste'. Pero 'puede atenuarse la sanción para el que haya participado con un acto que demuestre una menor peligrosidad'.

'Y en el artículo 21, num. 11, estableció como circunstancia de mayor peligrosidad 'el haber procedido con la complicidad **preordenada** de otros', precisamente para distinguir y separar el caso de la coparticipación imprevista entre delincuentes ocasionales. Mayor peligrosidad que, na-

turalmente, como revela Florián (Tratado, II, página 18), estará más acentuada en el que promueva u organice la complicidad de otros, pero que existe también en los que preordenadamente consienten en asociarse para una empresa criminal".

Y adelante, en la explicación de su proyecto, al hablar de las circunstancias de mayor peligrosidad, agrega:

"Las circunstancias comprendidas en los números 7 a 14 reflejan las modalidades de la **ejecución criminosa,** en cuanto muestran mayor grado de peligrosidad y son evidentes por sí mismas como síntomas de una perversidad criminal más obstinada.

"Entre ellas el número 9 prevé la hipótesis del que se sirve de otros delincuentes, cuando no haya consentimiento o complicidad por parte de éstos, y, por tanto, crea una hipótesis diversa de la 'complicidad preordenada' a que hace referencia el número 11. Esta a su vez parecería a primera vista una repetición de la norma general de la coparticipación criminosa (artículo 17). Pero es fácil comprobar que con arreglo al artículo 17 cada uno de los copartícipes responde de su propia contribución personal en la ejecución del delito; mientras que en este número 11 se añade para todos los copartícipes, y de modo indistinto, el índice de una mayor peligrosidad por haber cooperado varias personas, y no de modo imprevisto, sino preordenadamente, a la producción del resultado final delictivo".

El análisis del Maestro nos está indicando el verdadero valor que tiene la circunstancia de mayor peligrosidad incluída en el numeral noveno del artículo 37. Ya no se trata de la complicidad como base de la responsabilidad por el diferente grado de coparticipación prestado para la ejecución del delito, se trata simplemente de la circunstancia de pluralidad de sujetos activos del delito que por sí misma representa una mayor peligrosidad y una mayor indefensión en la víctima y una mayor alarma social.

Comprendido el valor jurídico que tiene la circunstancia aludida, se comprende que para su aplicación ya no será preciso entrar al estudio del complejo que entraña la complicidad dentro del criterio clásico, tan sólo es preciso observar la pluralidad de sujetos para que ella se aplique. Es importante recavar que esa circunstancia ha sido estructurada por el mismo Código como modalidad específica agravante de ciertos delitos como los de robo y hurto, cuando dice en el artículo 398: "La pena establecida en el artículo anterior se aumentará hasta en la mitad si el hecho se cometiere..... 5º Por tres o más personas reunidas...".

En este caso, como bien se observa, el fenómeno de la complicidad se tomó como modalidad específicamente agravante por ser tres o más personas —pluralidad peligrosa— las coparticipantes en el reato.

De tal manera que resumiendo lo dicho se tiene: la circunstancia de mayor peligrosidad que habla de "el obrar con la complicidad de otro previamente concertada" no se refiere a la complicidad genérica de los artículos 19 y 20 del Código Penal, sino que tiene su verdadero fundamento jurídico en la mera pluralidad de sujetos activos del delito, esto es, su aplicación se hace imperativa, por el solo hecho de ser dos los participantes en el ilícito.

Sin embargo, del texto del numeral 9º del artículo tantas veces nombrado, surge una duda. Al hablar el Código de "obrar con la complicidad de otro, **previamente concertada**", esta locución **previamente concertada**, ¿se referirá al fenómeno jurídico de la premeditación y por tanto excluirá la aplicación de la circunstancia del numeral 5º que habla de la preparación ponderada del delito?

Indudablemente no. Ya se vio el concepto de Ferri, sobre las diferentes fases de la complicidad. Cuando en el numeral noveno se habla de complicidad previamente concertada, se está especificando el acuerdo previo para diferenciarlo del acuerdo instantáneo de dos delincuentes ocasionales que coincidencialmente perpetran un delito conjuntamente pero sin haberse puesto de acuerdo para ello. Naturalmente aquí la pluralidad de sujetos activos no tiene el significado de peligrosidad que representa la típica "pareja de criminales". Por eso, donde quiera que aparezca la complicidad, esto es, la coparticipación instantánea y coincidencial de dos delincuentes, no se les puede aplicar la agravante aludida.

Por otro aspecto, la locución previamente concertada no se refiere al acuerdo previo sobre los móviles, determinantes, antecedentes, circunstancias y preparación y ejecución del delito. El previo acuerdo o concierto se predica de la pluralidad, esto es, que las dos voluntades se hayan unificado antes de la realización del delito, sin que sea necesario que se armonicen sobre los hechos

y circunstancias de preparación del mismo. Aceptado, pues, que el concierto previo sólo se refiere a la antecedencia de la pluralidad de las voluntades con respecto al delito, es necesario deducir que el fenómeno de la preparación ponderada del delito es agravante diferente y de forzosa aplicación siempre que ella aparezca. Además, el concierto previo se refiere a la unificación de voluntades sobre un determinado hecho y la preparación ponderada hace relación al modo de ejecución del ilícito.

A la luz de los conceptos expuestos la Sala acepta la opinión del señor Procurador, de aplicar a los sindicados Lesport y Romero la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 9º y a su vez manifiesta que la escogencia de los medios de ejecución del ilícito, las precauciones que tomaron para el ocultamiento del producto del robo, dan la impresión nítida de una preparación ponderada del delito, esto es, un pláneamiento premeditado, sopesado en alternativas y consecuencias, que son los elementos que estructuran la circunstancia de mayor peligrosidad del ordinal 5º. Por tanto ésta debe calificarse y surtir sus efectos en contra de los dos procesados.

Igualmente el señor Procurador sostiene que en favor de los procesados se debe deducir la circunstancia de menor peligrosidad de que habla el numeral 11 del artículo 38 del C. P., porque "los dos procesados son pobres y sin ninguna ilustración, factores éstos que bien pudieron influír en la consumación del delito, pues no está probado que Lesport y Romero o alguno de ellos, posean una inequívoca tendencia al delito que los clasifique como delincuentes habituales o profesionales, aunque Romero sí revela una mayor peligrosidad por cargar ya con un fallo condenatorio de policía". Es cierto que el saber leer y escribir no es índice suficiente de ilustración en una persona. Pero dentro del ambiente en que se nutrieron los delincuentes juzgados, intelectualmente sí pueden reputarse por lo menos como no faltos de ilustración. Cuando la ley se refiere a la falta de ilustración no se trata de que el individuo no posea una variedad de conocimientos que lo sitúen por encima del nivel de las personas de su ambiente. Muchas personas hay que con una educación muy deficiente —esto es sin ilustración—por su sagacidad, inteligencia y dinamismo intelectual, llegan a posiciones humanas más elevadas que la del mediano hombre que posee ilustración. La falta de ilustración que entiende el Código es la que se refiere a la persona en cuanto a su actividad dirigida a la ejecución del hecho, esto es, en cuanto haya influído en la determinación ilícita del agente. Así de una persona sin ilustración alguna en matemáticas, no puede al mismo tiempo decirse que no sea ilustrada en arte, por ejemplo, porque la versación en aquella materia no excluye ni fundamenta la versación en ésta; y dentro de la actividad delictuosa del hombre, bien puede considerarse como no ilustrado e ignorante en ciertos aspectos intelectuales sin que por ese mismo motivo no esté muy capacitada por su natural inteligencia o astucia para la comisión del delito. En el presente caso, Lesport y Romero, sí dan muestras de tener una ilustración mínima, y el defecto de ella no influyó en nada en la ejecución del delito. De tal manera que no puede reputárseles como menos peligrosos por esa circunstancia. Lo mismo puede predicarse de su denominada indigencia, puesto que por ninguna parte aparece que aquéllos procesados hubieran estado ni remotamente en tal situación, ni siquiera en la de pobreza aguda, pues ambos tenían su profesión, albañil Lesport y barbero Romero, con la cual sobrellevaban su vida, naturalmente con las escaceses de todo elemento que padecen las clases humildes. Por las consideraciones a que se ha hecho mención no puede favorecerles la circunstancia de menor peligrosidad aludida.

Resumiendo se tiene: Lesport y Romero tienen en su contra las circunstancias de mayor peligrosidad de la complicidad previamente concertada y de la preparación ponderada del delito, y en su favor no se aprecia ninguna de menor peligrosidad; en cambio, como modalidades agravantes de la sanción se tiene, la comisión del ilícito de noche, para ambos procesados y para Romero la primera reincidencia, plenamente comprobada.

Sin embargo, como bien lo observa el señor Procurador, el delito no fue por su cuantía ni por su realización de aquellos que causan grave alarma social, por lo cual estas circunstancias deben tenerse en cuenta —según el artículo 36 del C. P.— para no asignarles a los procesados el máximo de la pena.

Aplicando, pues, la pena correspondiente a los procesados, se tiene lo siguiente: **Carlos Romero,** como no obra en favor de él ninguna circunstancia de menor peligrosidad y sí dos de mayor peligrosidad, pero el delito no fue uno de los más graves, el máximo de seis años de prisión —de aplicación forzosa— puede quedar reducido a cin-

co años; esta cifra puede aumentarse hasta en la mitad —según el artículo 398— pero es suficiente una tercera parte, porque en lo referente a las modalidades que dan lugar a este aumento no se observa sino una, la cuarta; por tanto, a cinco años debe aumentarse su tercera parte o sea un año y ocho meses, total seis años y ocho meses. Dentro de esta cifra debe computarse el aumento de la reincidencia que según el artículo 34 del C. P., debe ser de una tercera parte de la sanción impuesta para la primera reincidencia, por lo cual quedaría sometido a la pena de ocho años, dos meses y veinte días de prisión.

Lesport Curiel, con respecto al cual obran las mismas circunstancias de peligrosidad, pero sin la reincidencia, sufre una pena de seis años y ocho meses de prisión.

El Tribunal aplicó a ambos procesados la pena de siete años de prisión. Como se observa —de las consideraciones hechas por la Sala— a Romero debe aplicársele una sanción más alta que a Lesport Curiel; según el estudio hecho por la Sala la pena de Romero debería ser de ocho años, dos meses y veinte días de prisión, por lo cual la de siete años pronunciada por el Tribunal es insuficiente; pero ante la imposibilidad de aumentar la sanción —porque fueron los procesados los recurrentes en este trámite extraordinario— la Sa deja en firme el fallo del Tribunal, en cuanto refiere al condenado Romero, y deberá casar parcialmente en cuanto se refiere al procesad Lesport Curiel, a quien debe reducirse la sanció a la de seis años y ocho meses de prisión, dejar do su constancia de la crítica respectiva sobre l consistencia legal del proveído acusado.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sa la de Casación Penal, oído el concepto del seño Procurador y administrando justicia en nombre d la República de Colombia y por autoridad de l ley, RESUELVE: casar parcialmente la senten cia de fecha diecinueve de septiembre del añ próximo pasado proferida por el Tribunal Supe rior de Santa Marta, para que se reduzca la pena impuesta al procesado Pedro Lesport Curiel a la cantidad de seis años y ocho meses de prisión, dejando en todo lo demás subsistente el fallo recurrido.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DETENCION ARBITRARIA. — PREVARICATO.—SOBRESEIMIENTO DEFINITIVO POR INJUSTAS ACUSACIONES

1.—Los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción pueden imponer sin juicio previo penas de multa o arresto a quienes los injurien o falten al respeto en el acto en que están desempeñando las funciones de su cargo. Pero para imponer estas sanciones han de hacerlo dentro de los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley, para que su acción se cumpla legalmente y no vulnere ningún interés particular. Si no se llenan esas formalidades, entonces sí puede decirse que el funcionario ha cometido el abuso o se ha extralimitado en sus funciones. De modo, pues, que como este delito consiste en privar a alguien de la libertad o en prolongarla, abusando el empleado de sus atribuciones, tendrá que haberse demostrado lo siguiente: que no hubo falta del sancionado disciplinariamente; o que el procedimiento adoptado para imponerla fue contrario a la ley; o que se excedió en la medida que ella permite. Solamente así resulta arbitraria la detención.

2.—Cuando la imputación de prevaricato a un funcionario público se funda en la animadversión o malquerencia del mismo con respecto a alguno de los litigantes o partes en un proceso penal o civil, hay que demostrar que hubo un determinado acto ilegal por causa de aquellos sentimientos, que también deben haberse establecido. No basta la animadversión del Juez o funcionario hacia una parte interesada en determinado litigio, como no basta la simpatía por la otra para que haya delito de prevaricato. Es preciso que por uno o por otro motivo, o por ambos, se produzca el acto ilegal.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Casación Penal.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El señor Procurador Delegado en lo Penal, a quien se le pasó este proceso, después de haberse declarado cerrada la investigación, para que emitiera su concepto sobre el mérito del mismo, ha pedido que se sobresea definitivamente en favor del doctor Ricardo Camargo Sierra, quien fue acusado como Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena por el doctor Ramón Gómez Naar de los delitos de **falsedad en documentos públicos, detención arbitraria, abuso de autoridad y prevaricato,** hechos cometidos, según el memorial acusatorio, dirigido por el doctor Gómez Naar a esta Sala de la Corte el diez y seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, en la tramitación de un incidente de nulidad y en la decisión de un recurso de apelación, ocurridos en el sumario adelantado en el Juzgado 2º Superior de Cartagena, en virtud de denuncia del doctor Ramón Gómez Naar, como apoderado del doctor Eduardo Uribe Ospina, contra los señores José Emilio Arango, Pablo Arango, Amadeo Martínez S. y Eladio Rodríguez, socios de la Empresa "Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.", por los delitos de abuso de confianza, falsedad en documentos públicos y estafa.

Corresponde decidir si es o no procedente la solicitud que a la Sala le ha hecho su colaborador Fiscal.

Para ordenar mejor el examen, se presentará cada cargo con sus correspondientes comprobantes y la contestación que a ellos haya dado el doctor Camargo Sierra.

Una advertencia previa debe hacerse, y es ésta: No por la forma resumida como aparece el análisis de los hechos en la presente providencia, han dejado de estudiarse punto por punto todos los detalles del proceso, en el que hubo una abundante intervención del doctor Ramón Gómez Naar, constituído en parte civil y en esa condición aceptado.

Primer delito. (Falsedad en documentos públicos)

Consiste, en síntesis, en haberle puesto al auto que desató el incidente de nulidad una fecha distinta de la de su expedición.

La explicación que se da de este punto es más o menos la siguiente: al Magistrado Patricio Villalba le corespondió elaborar el proyecto de sentencia, el cual, después de haber sido aprobado por el Magistrado Ricardo Camargo Sierra, fue pasado al estudio del doctor Diógenes Arrieta Arrieta, quien actuaba en dicho incidente como Conjuez, en sustitución del Magistrado Ignacio Gómez Naar, quien se había declarado impedido por razón de parentesco con el doctor Ramón Gómez Naar. En esas circunstancias, es decir, hallándose el proyecto al estudio de dicho Conjuez —el 15 de junio de 1945—, se produjo otro impedimento, el del Magistrado Patricio Villalba, pero no en el incidente que se estaba adelantando y que por él había sido decidido. Sin embargo —y ésto es lo que alega el doctor Ramón Gómez Naar para sostener que se incurrió en falsedad—, a la sentencia respectiva —en la que figura la firma del doctor Patricio Villalba— se le puso fecha doce de junio. O sea —concluye el doctor Gómez Naar— que se recurrió a esta maniobra, que él atribuye al doctor Camargo Sierra, aun cuando en el incidente de nulidad figuraba como Ponente el doctor Patricio Villalba, para disimular la irregularidad de que el auto apareciera fechado después del retiro del doctor Patricio Villalba. Porque el doctor Gómez Naar asegura que la providencia sólo "salió a la luz pública" el 18 de junio.

Comprobantes.—La prueba más calificada para sostener este hecho es, sin duda, la certificación del doctor Patricio Villalba, que dice así:

"...Supongo que se dictó (se refiere a la providencia que decidió sobre el incidente de nulidad) después de mi separación del negocio; antes de surgir los incidentes que motivaron mi impedimento me tocó elaborar el proyecto de fallo y cuando ellos ocurrieron, el referido proyecto estaba al estudio del resto de la Sala, pero tenía mi firma ya porque es costumbre nuestra firmar tales proyectos antes de pasarlos a la mesa de los demás Magistrados. Antes del impedimento mío no fue fallo sino proyecto. Como consecuencia, no se dictó antes... Cuando me retiré del negocio principal el incidente... estaba al estudio de la Sala, o mejor dicho, al estudio del resto de la Sala; lo tenía ciertamente en su poder el Conjuez Arrrieta. Hago memoria de ello porque un día el doctor Arrieta me invitó a aclarar un punto y me negué categóricamente manifestándole que no podía intervenir en lo sucesivo en ese negocio por haber surgido impedimento que ya había manifestado en el negocio principal". (Fls. 282 a 283, Cuaderno 1º).

Lo que dice el sindicado. — El doctor Camargo Sierra contesta:

"Se decidió (se refiere al incidente de nulidad) el día quince del mes de junio del año de mil novecientos cuarenta y cinco. Este incidente fue fallado por el doctor Villalba como ponente y al pasar a mi estudio como miembro de la Sala lo firmé por estar de acuerdo con él, después se dio traslado al doctor Diógenes Arrieta el día veintiocho de mayo, quien lo devolvió el día quince del mes de junio, en los momentos en que el doctor Villalba se declaraba impedido, no, rectifico, en que se aceptaba por mí el impedimento manifestado por el doctor Villalba...".

Al contestar la pregunta referente a la persona que hubiera fechado el auto del incidente de nulidad, dijo:

"No sé, porque eso lo hace la Secretaría y los empleados subalternos de la Sala. Además, creo que en la fecha que se puso no hay inexactitud, debido a que los proyectos de fallos no deben llevar fecha porque, precisamente, por eso se llaman proyectos. La fecha exacta de todo auto es la que tiene cuando ya sale a la publicidad". (Indagatoria del doctor Camargo Sierra, fls. 187 vto. y 188, Cuaderno 1º).

Segundo delito (Detención arbitraria)

El doctor Ramón Gómez Naar, con el fin de obtener la separación del Magistrado Ricardo Camargo Sierra del conocimiento del proceso contra los socios de la Empresa "Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.", que había pasado al Tribunal Superior de Cartagena para la decisión de los incidentes que ya se conocen, le dirigió a dicho Magistrado un memorial el diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el cual fue devuelto al doctor Gómez Naar, por considerarlo irrespetuoso para el Magistrado a quien iba dirigido. Pero el veinte de septiembre insistió el doctor Gómez Naar en manifestarle al Magistrado Camargo Sierra los temores que abrigaba con respecto a la marcha de dicho proceso en la Sala Penal del Tribunal Superior de Carta-

ena, invitándolo a atender la franca recusación ue le hacía. De ese memorial se extracta lo pernente, que es como sigue:

"...Me refiero a la providencia dictada por usd en Sala unitaria, por la cual me niega la práca de casi todas las pruebas que he solicitado en ste incidente. Esta actuación suya además de ileal, perfectamente ilegal, es autoritaria... En este egocio hay de por medio dinero e influencias. Yo tengo perfecto derecho a demostrar en este ncidente que de modo sistemático se le viene frreciendo dinero a todos y cada uno de los funcionarios que por algún motivo han conocido de este negocio. Se le ofreció dinero al Juez de la causa; al Fiscal del Tribunal; y al Magistrado que conocía de este negocio antes del Magistrado doctor Camargo. Y si de modo sistemático se viene ofreciendo dinero en este negocio, es muy fácil y humano suponer, dentro de la lógica de los hechos, que también se le haya ofrecido al recusado y que ese sea el motivo o la causa de su actuación parcializada... Se explica que el Magistrado Camargo Sierra se oponga a que traiga a este incidente esta prueba atómica, porque él está vinculado en cuerpo y alma, a este acto que yo siempre he calificado de doloso.... Renuevo mi solicitud al Magistrado doctor Camargo Sierra de retirarse del conocimiento de este negocio. Confundir, después de dos años de Magistratura, como de sustanciación un auto clásicamente interlocutorio, y catalogado por la ley como tal, entiendo que es señal inequívoca, por lo menos, que la mente del señor Magistrado está obnubilada, ofuscada por sentimientos de enemistad para conmigo, o por otros sentimientos hacia la contraparte, que no deseo calificar..." (Fls. 59, 61, 63, 64, Cuaderno 1º).

Este nuevo escrito no corrió la suerte del anterior (el de 17 de septiembre), sino que a él recayó la siguiente resolución:

"El suscrito Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, en ejercicio de las facultades legales, y **Considerando:** Que la ley 105 de 1931, en su artículo 82, ordinal 6º, faculta a los Magistrados de Tribunales para imponer penas correccionales o de apercibimiento o multa que no pase de cincuenta pesos o arresto de seis días a los que les desobedezcan o falten al debido respeto, en ejercicio de sus funciones o por razón de ellas; que el doctor Ramón Gómez Naar por escrito del día diez y siete de agosto del año en curso irrogó al suscrito varios insultos e injurias; que el expresado escrito le fue devuelto, haciéndosele la advertencia que en lo sucesivo se le impondrían las sanciones legales; que a pesar de esta advertencia, el doctor Ramón Gómez Naar, en el nuevo escrito de recusación que presentó, reiteró los irrespetos; que en el día de ayer, nuevamente, en el escrito de reposición de un auto, incurre en las faltas de respeto anteriores, haciendo cargos calumniosos al suscrito; que no es posible que se continúe tolerando las faltas expresadas, RESUELVE: impónese al señor Ramón Gómez Naar la pena de seis (6) días de arresto como castigo por las faltas prenombradas, que cumplirá en los cuarteles de la Policía Nacional. En consecuencia, una vez transcurrido el término que fija la ley, ofíciese al Comandante de la referida Institución para que capture al doctor Gómez Naar. Dada en Cartagena, a veinte y uno (21) de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco. Notifíquese y cúmplase. (Fdo.) **R. Camargo Sierra.**—El Secretario de la Sala Penal (Fdo.) E. Mercado Castillo". (Fls. 66 a 67, Cuaderno 1º).

El doctor Gómez Naar trató de darle explicaciones en posteriores escritos al doctor Camargo Sierra, asegurándole que las frases injuriosas o calificadas de tal no se referían a él; pero el Magistrado Camargo Sierra no accedió a reconsiderar su Resolución, y la pena disciplinaria se cumplió.

Lo que dice el sindicado. — "El doctor Gómez Naar, desde que inició su recusación contra mí, lo hizo en una forma irrespetuosa y calumniándome. El primer escrito se lo devolví por irrespetuoso como aparece en el recibo firmado por él y que se encuentra en el expediente al folio 195. Al día siguiente, el doctor Gómez Naar reiteró sus irrespetos, y yo pacientemente continué tramitando la recusación sin recurrir a los medios legales que me daba la ley. Después, en el incidente de recusación contra el doctor Diógenes Arrieta, me pasó un escrito saturado de injurias y calumnias. Así, en la parte superior del memorial, como epígrafe, puso la frase siguiente: "En este negocio está de un lado la influencia y el dinero (palabras del cohechador Amador y Cortés al doctor Tinoco Pérez)". Después dice en el mismo escrito (el sindicado dicta): "y yo tengo perfecto derecho a demostrar en este expediente que de modo sistemático se le viene ofreciendo dinero a todos los funcionarios que por algún motivo han conocido de este negocio. Se le ofreció dinero al Juez de la causa; al Fiscal del Tribunal y al Ma-

gistrado que conocía de este negocio antes del Magistrado doctor Camargo y si de modo sistemático se viene ofreciendo dinero en este negocio, es muy fácil y humano suponer dentro de la lógica de los hechos, que también se le haya ofrecido al recusado y que ese sea el motivo o la causa de su actuación parcializada". Más adelante dice: (el sindicado dicta) "me abstengo de calificar la moralidad de esta teoría, y me limito a señalar aquí una de sus funestas consecuencias". Más adelante dice: (dictado) "confundir, después de dos años de Magistratura como de sustanciación un auto clásicamente interlocutorio, y catalogado por la ley como tal, entiendo que es señal inequívoca, por lo menos, que la mente del señor Magistrado está obnubilada, ofuscada por sentimientos de enemistad para conmigo, o por otros sentimientos hacia la contraparte que no deseo calificar". Estos fueron los hechos que consideré como irrespetuosos y por eso resolví sancionar correccionalmente al doctor Gómez Naar. Después vino una batalla tremenda, porque el doctor Gómez Naar a todo trance quería eludir el cumplimiento de la sanción, haciéndose aparecer como enfermo, y que le permitiera pagar la sanción en su casa o en un hospital. El día que la policía lo detuvo por primera vez lo encontraron en la calle, después de haber visitado el Tribunal, y en la noche surgió la amigdalitis aguda. Después siguieron llegando los dictámenes de algunos médicos eminentes en que se afirmaba que el doctor Gómez Naar necesitaba de una intervención quirúrgica. Al fin, le dicté un auto, o varios autos, en que le decía que le aplazaba el cumplimiento de la sanción, hasta que se restableciera. Al día siguiente, pasó un escrito diciendo que se iba a presentar voluntariamente a cumplir la injusta sanción que yo le había impuesto. Y creo que durante el tiempo en que sostuvimos esta lucha no se verificó la intervención quirúrgica, ni durante los seis días que estuvo en la policía'. (Fls. 352 vto. a 353, Cuaderno 1º).

Tercer delito (Abuso de autoridad)

Estriba este cargo en haber demorado el Magistrado doctor Ricardo Camargo Sierra el pronunciamiento del auto o autos por medio de los cuales se autorizaba o debía autorizarse la expedición de varias copias del sumario contra los socios de la Empresa "Industria de Productos Oleaginosos, Ltda.", que el doctor Gómez Naar le solicitó el diez de septiembre y cuya expedición aparece autorizada el ocho de octubre, pero incurriendo, fuera de la ostensible demora, en otras infracciones, como la de hacer figurar los autos que las ordenaban —y que no se notificaban— con fecha anterior a su verdadero pronunciamiento, para paliar de ese modo el manifiesto retardo.

Comprobantes.—Declaración del señor Alejandro Malo Ortega, Escribiente del Magistrado Camargo Sierra:

"Con respecto a esa petición de las copias manifestaré que el memorial primero presentado por el doctor Gómez Naar, tuvo un ligero extravío al entregármelo el Magistrado Camargo Sierra después de resuelto. Después de una afanosa busca del memorial en mención lo llevó a la Secretaría, la cual me hizo ver la fecha que tenía el memorial, fecha que no recuerdo; fui, por orden del Secretario, donde el Magistrado Camargo Sierra y le hice ver el asunto del memorial que se había extraviado y que el Secretario me manifestó que llevaba una fecha un poco atrasada; el Magistrado me manifestó entonces que cambiara la fecha para que pudiera salir el memorial, lo cual fue hecho. Inmediatamente fui donde el Secretario, el cual me lo autenticó... La fecha que ordenó el Magistrado que cambiara y que vuelvo y repito fue resuelto oportunamente, y por un extravío en mis manos no pude sacarlo a la Secretaría para que lo autenticaran fue en donde se ordenaba expedir las copias solicitadas por el doctor Gómez Naar... Pues el memorial duró extraviado más o menos quince o dieciocho días, y su demora fue así excesiva, debido a que tuve que ausentarme de la ciudad, con permiso del Magistrado Camargo Sierra a la novedad de mi padre Roberto Malo Madrid, en el Carmen de Bolívar y cuya gravedad era tal que exigía mi presencia allá... Seguidamente vine me manifestó el Magistrado Camargo Sierra que el doctor Gómez Naar había requerido nuevamente sobre la expedición de unas copias y que él había resuelto un memorial con relación a ellas. Le dije entonces que efectivamente así era, pero que debido a la ofuscación con que tuve que ausentarme se me había extraviado y que insistentemente lo estaba buscando... Así fue como busqué ansiosamente el memorial en referencia, pues el doctor Gómez Naar presentaba diariamente tres y cuatro memoriales entre los cuales pensé se encontraba y, efectivamente, entre los tantos memoriales que existían del doctor Gómez Naar y que se iban

resolviendo por turno de fecha, encontré el memorial en mención". (Fls. 278 vto. a 279, Cuaderno 1º).

Prevaricato

En relación con este cargo se limitó a decir el denunciante doctor Ramón Gómez Naar:

"Desde el mismo momento en que este negocio llegó a la mesa del Magistrado doctor Camargo Sierra, este funcionario empezó a actuar en forma parcializada, movido por simpatías hacia los abogados y familiares de la contraparte, como se dejó demostrado en los hechos que sirven de base al delito de Falsedad, y más tarde procedió dejándose guiar por pasiones de franca enemistad para conmigo". (Fls. 116, Cuaderno 1º).

Considera la Sala

Delito de falsedad.—Ya se ha visto que el denunciante concreta este cargo en haber salido la sentencia que decidió el incidente de nulidad con la fecha en que el Magistrado Villalba suscribió el proyecto o con otra que no corresponde a aquélla con la cual figura. En otros términos, que los demás Magistrados lo firmaron varios días después.

Suponiendo que así hubiera ocurrido, pues en el proceso no aparece una prueba suficiente para afirmarlo con certeza, esa actuación podría calificarse de irregular, pero no de delictuosa. Una irregularidad que es consecuencia indiscutible de no estudiar en Sala los asuntos, sino conformarse con pasar en turno el respectivo proyecto de auto o de sentencia. Y así sucede o puede suceder, según el sitema que se adopte, que el proyecto quede aprobado por cada Magistrado en diferentes fechas o días, y luego no se sepa cuál ponerle al fallo suscrito por los Magistrados que componen la respectiva Sala: si aquélla en que lo suscribió el primer Magistrado que lo estudió, o la otra en que el siguiente hizo lo mismo, o, finalmente, la correspondiente a aquélla en que fue suscrito por el último. Es claro que ésta debía ser la fecha verdadera, porque es cuando podría decirse que el proyecto ha recibido la aprobación de la Sala.

Pero si se le dejó la primera que se colocó, no por ello puede asegurarse que se incurrió en una falsedad punible, porque se carecería del punto de referencia preciso para deducir el hecho falso. Si, por ejemplo, uno de los Magistrados al firmar el proyecto lo fechó y luego los otros no encontraron observación qué hacerle al mismo y lo suscribieron sin variarle la fecha original, por considerar que en la forma como había quedado podía darse a la publicidad, al delito que se está analizando le faltaría no sólo uno de los elementos que lo caracterizan (el de la inconformidad con la exactitud) sino todos los que ese hecho requiere para convertirse en infracción sancionable.

Es verdad que el doctor Villalba ha expresado que después de haberse él separado del conocimiento del negocio, el doctor Arrieta (Conjuez) le manifestó alguna duda sobre el proyecto. Pero no es descartada la hipótesis de que el doctor Arrieta hubiera disipado sus dudas y sin modificación alguna hubiera aceptado la tesis expuesta en la ponencia del Magistrado Villalba.

No cabe, por lo tanto, deducirle al sindicado responsabilidad por este hecho, a propósito del cual dice el señor Procurador Delegado en lo Penal, lo que de su Vista se va a transcribir:

"...En el proceso aparece comprobado que el expediente en copia fue recibido por el doctor Arrieta el 28 de mayo de 1945, pero ni éste recuerda con precisión el día en el cual devolvió el proceso, ni de las constancias de los libros del Tribunal aparece tampoco qué día pudo haber sido devuelto. (Fol. 13, Cuad. 2º).

"Por su parte, el doctor Gómez Naar afirma en su memorial de folios 160 del cuaderno principal que el asunto fue devuelto por el doctor Arrieta 3 o 4 días después de haberlo recibido.

"A su vez, el doctor Patricio Villalba dice en sus declaraciones que elaboró como sustanciador el fallo sobre el incidente de nulidad y que desde el día en que lo redactó, le puso fecha y firma y con ellas lo remitió al resto de la Sala, sin poder recordar cuál era esa fecha; que era costumbre de la Sala poner fecha a los proyectos de fallo así como firmarlos, pero en cuanto a la fecha del auto que resolvió el incidente de nulidad no la conoce, aunque supone que se dictó después de su separación del negocio, pues "antes del impedimento mío no fue fallo sino proyecto".

"La única afirmación, pues, de que el asunto fue devuelto por el doctor Arrieta el 15 de junio es la del doctor Camargo Sierra; pero es lo cierto que el auto que decidió el incidente de nulidad, el cual aparece en copia al folio 310 del cuaderno principal, se halla fechado el **doce** de junio de 1945.

"Que hubo cambio en la fecha puesta al proyecto, que luego vino a convertirse en fallo por haberse adherido a él los doctores Camargo Sierra y Arrieta Arrieta, es una cosa que está fuera de duda.

"Asimismo, que hay una contradicción entre lo expresado por el doctor Camargo Sierra en su indagatoria acerca de la fecha del fallo y la que éste lleva en la copia que figura en el expediente, es otra cosa que aparece clara en el proceso.

"Pero el doctor Camargo Sierra dice en su indagatoria que quien pone la fecha a las providencias del Tribunal es "la Secretaría y los empleados subalternos de la Sala".

"No se halla comprobado, por lo tanto, que la fecha del auto cuestionado, cualquiera que ella hubiera sido, fuese puesta por el Magistrado doctor Camargo Sierra; es decir, que a él no puede imputársele ese hecho.

"Además, es indudable que cuando un Tribunal actúa en Sala de Decisión, la fecha de la respectiva providencia que dicte, ha de ser aquella que corresponde al día en que el último de los magistrados que la integran, la firma. Sólo ese día lo resuelto por la Sala adquiere el carácter de documento público.

"Parece que en el presente caso aconteció que el día doce de junio fue devuelto a la Secretaría el proyecto de fallo por el doctor Arrieta Arrieta, y que observándose por la Secretaría o por los empleados subalternos de la Sala que dicho proyecto estaba ya firmado por todos los miembros de la Sala de Decisión, se le puso tal fecha. Es de anotar, por otra parte, que en esa época aún no había sido pasado al despacho del Magistrado Camargo Sierra el expediente con el auto del doctor Villalba, Magistrado sustanciador, en el cual se declaraba impedido.

"En consecuencia, este primer cargo no está demostrado".

Delito de detención arbitraria

Los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción pueden imponer sin juicio previo penas de multa o arresto a quienes los injurien o falten al respeto en el acto en que estén desempeñando las funciones de su cargo. Pero para imponer estas sanciones han de hacerlo dentro de los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley, para que su acción se cumpla legalmente y no vulnere ningún interés particular. Si no se llenan esas formalidades, entonces sí puede decirse que el funcionario ha cometido un abuso o se ha extralimitado en sus funciones.

De modo, pues, que como este delito consiste en privar a alguien de la libertad o en prolongarla, abusando el empleado de sus atribuciones, tendrá que haberse demostrado lo siguiente: que no hubo falta del sancionado disciplinariamente; o que el procedimiento adoptado para imponerla fue contrario a la ley; o que se excedió en la medida que ella permite. Solamente así resulta arbitraria la detención.

Y hay que decir que ninguna de estas normas o reglas se quebrantó en el acto que se critica como arbitrario.

Basta leer —dice la Procuraduría— los memoriales dirigidos por el abogado Gómez Naar al Magistrado Camargo Sierra, en los cuales está patente la intención de ofender no sólo a otras personas sino al mismo Magistrado. Por lo demás —continúa la Procuraduría— la Resolución por medio de la cual se sancionó al doctor Gómez Naar se encuentra ajustada a todo lo que dispone sobre la materia el Código de Régimen Político y Municipal para ese procedimiento administrativo. Y, finalmente, el Comandante de la Policía y el Secretario de Gobierno certifican en contra de lo aseverado por el doctor Gómez Naar con respecto a los "tratamientos inicuos" de que fue objeto al cumplir esa medida.

Delito de abuso de autoridad

La Sala cede su lugar al Jefe del Ministerio Público en cuanto al estudio de este cargo, pues acepta sin reparo sus conclusiones.

Se lee en la Vista del colaborador lo que sigue:

"Con referencia a la tramitación del memorial de 10 de septiembre de 1945, que el doctor Gómez Naar considera que fue maliciosamente demorada, basta leer la declaración del señor Alejandro Malo Ortega, (folio 278 vuelto) para convencerse de que cualquier demora en que se hubiese incurrido, ella no le es imputable al doctor Camargo Sierra.

"Además, del contenido de las copias y demás documentación del expediente, aparece claramente que el doctor Camargo Sierra obraba con toda diligencia y actividad en la tramitación del proceso contra los socios de la "Industria de Productos Oleaginosos Limitada", a pesar del natural recar-

go de asuntos a su conocimiento y del "sinnúmero de escritos que diariamente pasaba el doctor Gómez Naar", como lo dice el Magistrado en su indagatoria.

"En lo atinente al cargo de que "el Magistrado, abusando de sus funciones y autoridad, le hizo suscribir al Secretario de la Sala Penal del Tribunal una certificación sobre hechos absolutamente inciertos, en cuanto a las palabras que yo diz que pronuncié al notificarme de una providencia", se desvirtúan con la declaración del mismo Secretario, visible a folios 144.

"Por lo visto, tampoco hay prueba sobre esta tercera acusación hecha al Magistrado Camargo Sierra".

Prevaricato

Cuando la imputación de este hecho a un funcionario público se funda en la animadversión o malquerencia del mismo con respecto a alguno de los litigantes o partes en un proceso penal o civil, hay que demostrar que hubo un determinado acto ilegal por causa de aquellos sentimientos, que también deben haberse establecido.

Y ni lo uno ni lo otro resulta acreditado en este caso. Es fácil sí suponer que las relaciones entre el doctor Gómez Naar y el doctor Camargo Sierra no podían ser cordiales, dada la forma en que se venía actuando y las ofensas irrogadas al funcionario. Pero estas circunstancias, humanas y explicables, no tienen de por sí la significación que ha querido dárseles para configurar un delito de prevaricato, porque no basta la animadversión del Juez o funcionario hacia una parte interesada en determinado litigio, como no basta la simpatía por la otra. Es preciso que por uno o por otro motivo, o por ambos se produzca el acto ilegal.

El señor Procurador Delegado en lo Penal dice respecto de este cargo que hay una completa sustracción de materia, pues no figura en el proceso elemento alguno de incriminación contra el Magistrado, que indique que éste faltó maliciosamente a sus deberes como tal "motivo por simpatía hacia los abogados y parientes de una de las partes o por enemistad contra el doctor Gómez Naar". Y termina el Jefe del Ministerio Público pidiendo —como se había dicho— un sobreseimiento definitivo en favor del sindicado.

Casi que no ha quedado funcionario de los que han intervenido en el proceso contra los socios de la Empresa "Productos Oleaginosos Ltda." libre de cargo o sospecha por parte del doctor Ramón Gómez Naar. Así, por ejemplo, en los numerosos memoriales que allegó a esta investigación, se queja de la actitud de varios. Son ellos: Magistrado, Patricio Villalba; Fiscales, Carlos A. Castillo y Miguel Chaine; Jueces, Víctor G. Valle y Juan Zarante Ramos; Conjuez, Diógenes Arrieta Arrieta; Comandante de la Policía, Bolívar Franco Pareja; Secretario de Gobierno, Vicente Bustamante Iriarte; Procurador General de la Nación, Rafael Escallón; Secretario del Tribunal de Cartagena, Eusebio Mercado; y, por último, del Tribunal Superior de Cartagena, en general.

La Sala excita al doctor Ramón Gómez Naar a que precise esos cargos, para iniciar las respectivas investigaciones de las que a ella le correspondan u ordenar que se inicien las que sean de la competencia de otras autoridades.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Penal, SOBRESEE DEFINITIVAMENTE en favor del doctor Ricardo Camargo Sierra, por no haberse demostrado ninguno de los delitos (falsedad en documentos públicos, detención arbitraria, abuso de autoridad y prevaricato) de que se le sindicó, hallándose en el desempeño de las funciones de Magistrado del Tribunal Superior de Cartagena.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

APODERAMIENTO Y SUSTRACCION DE LO HURTADO O ROBADO

1—Como lo ha dicho exactamente y de manera jurídica el señor Procurador, "apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predican igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción. De suerte que, por este aspecto, jamás puede encontrarse contradicción entre el hurto y el robo".

2.—Así como al referirse a la equivocación en el nombre del delincuente ha dicho la Corte que lo que interesa es que al individualizarlo con certidumbre se evite que cargue otro —un inocente— con el delito cometido, de la misma manera, en tratándose del nombre de la víctima, lo que se debe buscar es que no aparezca como muerto, por ejemplo, quien en realidad está vivo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Tres son las causales que el doctor Carlos Arturo Díaz —como apoderado de Luis E. Amaya Sarmiento— invoca y sustenta en el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual el Tribunal Superior de Bucaramanga condenó al mencionado Amaya Sarmiento a la sanción principal de veinticuatro años de presidio, como autor de los delitos de homicidio (en la persona de Genaro Mendoza) y robo (en bienes de la familia del mismo Mendoza), ambas infracciones cometidas en compañía de otros (Carlos Arturo Barroso, Urbano Villamizar Rodríguez, Andrés Herrera Vanegas y José Díaz Acuña), en el sitio de "El Arenal", Municipio de Charta, como a las dos de la mañana del siete de junio de mil novecientos cuarenta y dos.

Antes de señalar esas causales de casación, de referirse a los argumentos que para sostenerlas ha presentado el demandante y de entrar en el estudio de ellas, parece conveniente hacer una breve relación de los actos delictuosos consumados, puesto que de esa manera resulta más claro el análisis que la Sala se propone hacer.

Genaro Mendoza, quien guardaba una apreciable cantidad de monedas de oro (200) y había ejercido el cargo de Comisario Rural en el Caserío de "El Roble", vivía con su familia (esposa e hijos) en una casita situada en el paraje mencionado ("El Arenal"), a la cual se presentaron en la hora ya indicada varios individuos diciéndose agentes de la autoridad (algunos vestían uniformes de la Policía) a exigirle que los acompañara a perseguir a un avezado ladrón de ganados. Mendoza atendió la exigencia y salió con los pseudoguardianes del orden público, quienes a una distancia de doscientos (200) metros de la casa lo ultimaron, causándole cinco heridas, así: dos con machete, dos con cuchillo y una con arma de fuego. Inmediatamente después regresaron a la casa y se dedicaron al pillaje, llevándose las monedas de oro y cuanto de algún valor había en ella, previa coacción ejercida sobre los ocupantes de la misma y haciéndose nuevamente pasar como representantes de la seguridad pública.

Dirigía el grupo, con el título de "Sargento", que en realidad lo había tenido en otra época, Luis E. Amaya Sarmiento, quien fue reconocido por la esposa e hijos del sacrificado como el cabecilla de la banda que participó en una y otra fechoría.

Cuestionario y veredicto

La sentencia acusada reconoció el veredicto del Tribunal popular, reunido en audiencia pública en los días treinta de abril, cuatro y cinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cinco. Este veredicto, que fue sencillamente afirmativo ("Sí", sin ninguna adición), lo pronunció el Jurado al contestar a estas tres preguntas que el Juez le formuló con relación al procesado Luis E. Amaya Sarmiento:

— I —

"El acusado Luis Eduardo Amaya Sarmiento es responsable de la muerte de Genaro Mendoza, causada en la madrugada del siete de junio de mil novecientos cuarenta y dos, en el punto de "El Arenal", de la fracción de "El Roble", en vecindario de Charta, por medio de heridas de arma cortante y de arma de fuego, por haber tomado parte en la ejecución de ella, en concurso recíproco con otros y con el propósito de matar?"

— II —

"El acusado Luis Eduardo Amaya Sarmiento es responsable de haber ejecutado el hecho definido en la pregunta anterior con premeditación, esto es, con deliberación o resolución previa de matar, acompañada de motivos innobles o bajos, para preparar, facilitar o consumar otro delito, poniendo a la víctima en condiciones de indefensión o inferioridad y llevándola con engaños al lugar donde se le ultimó?"

— III —

"¿El acusado Luis Eduardo Amaya Sarmiento es responsable de haberse apoderado, por medio de la violencia a las personas, de una suma de dinero y de objetos de propiedad de Genaro Mendoza, en la madrugada del siete de junio de mil novecientos cuarenta y dos, de la casa de habitación del perjudicado, en el sitio de "El Arenal", de la fracción de "El Roble", en vecindario de Charta, y en la ejecución de tal hecho procedió el acusado nombrado con el propósito de aprovecharse de lo sustraído, en concurso recíproco con otros, y poniendo a las personas en imposibilidad de obrar por la violencia ejercitada sobre ellas?".

Entendió, pues, el Tribunal Superior de Bucaramanga que el Jurado al contestar a estas preguntas de manera simplemente afirmativa, con un "Sí" a cada una de ellas, consideró responsable a Luis Eduardo Amaya Sarmiento de un homicidio agravado (asesinato) y de robo.

La demanda

Se ha dicho que tres son las causales de casación en que el demandante funda su crítica al fallo, y ellas las ha presentado en el siguiente orden: 7ª, 4ª y 1ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal.

CAUSAL 7ª.—"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

¿Cuándo es procedente esta causal? Es claro que en aquellos casos en que la contradicción se refiera al veredicto, mas no a los términos del cuestionario o cuestión propuesta.

Sin embargo, el demandante la ha aducido y desarrollado como si el veredicto fuera complejo y no sencillo, es decir, como si las respuestas del Jurado contuvieran dos proposiciones, afirmativa la una y negativa la otra. En suma, él le atribuye al veredicto lo que predica del cuestionario.

Dice el demandante que el **veredicto** (sic) principia preguntando a los miembros del Jurado si se ha cometido delito de robo, como lo está indicando la expresión "haberse apoderado", y a renglón seguido se varía la fórmula, puesto que se concluye aludiendo a un delito de hurto, desde luego que se habla de "propósito de aprovecharse de lo sustraído", que es una característica del delito de hurto.

Alrededor de estas dos expresiones **(apoderarse y sustraer)** se desenvuelve todo el razonamiento del sustentante del recurso en lo que concierne a esta causal 7ª. Porque —dice él— al mismo tiempo que se propone una cuestión propia del robo (artículo 402 del C. P.) se ofrece otra propia de hurto (artículo 397 del C. P.), pues estos dos elementos **(apoderamiento y sustracción)** no pueden coexistir en un único delito contra la propiedad. Si existe el apoderamiento —continúa—, que lo constituye la violencia, el delito es robo; y si existe la sustracción, que para el demandante está caracterizada por la astucia y la sagacidad de la mente, el delito es hurto. Y de ahí deduce categóricamente la contradicción del **veredicto** (sic).

CAUSAL 4ª.—"Cuando la sentencia es violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad".

El error constitutivo de la nulidad alegada lo cree hallar y lo hace consistir el demandante en haberse afirmado en una de las preguntas sometidas al Tribunal popular que los valores de que se apropió por medio de la violencia Luis Eduardo Amaya Sarmiento eran de propiedad de Genaro Mendoza, el occiso, lo que no está probado; o, mejor, que está probado lo contrario, o sea, que esos valores pertenecían a Nicomedes Mendoza.

Es de advertir que ya aquí el autor del escrito de demanda no combate el veredicto, ni se refiere a él, ni incurre en un **quid pro quo,** sino que va directamente al cuestionario o cuestión, pues es ahí donde él encuentra el error susceptible de invalidar la actuación.

CAUSAL 1ª.—"Cuando la sentencia sea violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma".

Si por el orden en que han sido presentadas las causales podría pensarse de ésta que es la menos importante en la ideación del autor de la demanda, por la mayor extensión con que ha sido tratada bien podría tenérsela por la principal.

Parte el demandante, al fundamentar esta causal, de la sanción fijada para cada uno de los delitos, es decir, veinte años por el homicidio y cuatro años por el robo. Y dice que como ninguna de los circunstancias de mayor peligrosidad que se mencionaron en la sentencia con relación al primero ha sido deducida jurídicamente, puesto que las que como tales aparecen son modalidades del mismo delito, las unas, y las otras no tienen el carácter legal que la sentencia les atribuyó, la pena por este delito no debió ser mayor de quince años.

Concretándose al delito de robo, sitúa a su poderdante en el caso del artículo 402 del Código Penal y acepta que se le puede agravar la sanción hasta doce meses por concurrir la modalidad 5ª del artículo 398. Al respecto hace la siguiente distribución: ocho meses de prisión conforme al artículo 402, y hasta cuatro meses más en atención a que fueron más de tres los que consumaron 1 delito de robo (numeral 5º del artículo 398).

Concepto de la Procuraduría

Pide el señor Procurador Delegado en lo Penal que no se invalide la sentencia acusada. Esta solicitud la formula después de examinar los argumentos expuestos en la demanda, a los cuales replica así:

A los propuestos en apoyo de la causal 7ª:

"...El cargo puede estar muy hábilmente concebido, pero no es aceptable jurídicamente...

"...Realmente, como lo enseña la doctrina, el robo se configura cuando concurren estos requisitos: sustracción o apoderamiento de una cosa; que esta cosa sea un bien mueble ajeno; que el apoderamiento se haga sin consentimiento del dueño; que se emplee la violencia en las cosas o en las personas al tomar la cosa del lugar donde está; y que el agente activo del delito la sustraiga con el propósito de aprovecharse de ella.

"Todos estos presupuestos son comunes al hurto, y solamente el factor de la violencia es lo que diferencia el robo del hurto. De ahí que entre una y otra infracción haya apenas una diferencia de grado y no de sustancia.

"El cuestionario habla claramente de cada uno de los elementos del robo. Y el hecho de que en la primera parte aluda al término **apoderamiento** y al final se refiera a la **sustracción,** es apenas un cambio de palabras que en todo caso representan la misma idea fundamental, o sea que el ladrón tomó o aprehendió las cosas muebles del lugar donde su dueño las guardaba, indicando con ello que el acusado no tenía la posesión o la tenencia de los bienes en el momento de consumar el delito.

"Apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predican igualmente del hurto y del robo, y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción. De suerte que, por este aspecto. jamás puede encontrarse contradicción entre el hurto y el robo.

"...La contradicción la habría en el elemento específico de la **violencia,** si el jurado, por ejemplo, hubiera admitido que Amaya Sarmiento se apoderó de los objetos ajenos por medio de la violencia "con el propósito de aprovecharse de lo sustraído sin violencia". En tal hipótesis sí quedarían absurdamente encarados, respecto de un mismo hecho punible, dos conceptos que no pueden coexistir: la aprehensión violenta de la cosa, propia del robo, y la sustracción fraudulenta de ella, inherente al hurto.

"Pero ello no ha ocurrido aquí. Por lo tanto, se rechaza la causal séptima".

A los propuestos en apoyo de la causal 4ª:

"...El cargo es de última hora, surgido únicamente en el recurso de casación.

"Luego la H. Corte no puede avocar tal estudio, porque ello sería tanto como asumir funciones de tercera instancia, grado éste de jurisdicción no reconocido por nuestro procedimiento.

"Es sabido que el objeto de la casación, su tema de examen, es la sentencia de segunda instancia proferida por un Tribunal Superior de Justicia para analizarla frente a las respectivas normas

del derecho positivo. Por consiguiente, la Corte, en este recurso extraordinario de casación, sólo puede tratar las cuestiones que fueron materia del fallo **sub judice**. De no ser así, la Corte procedería hasta deslealmente con el Tribunal de instancia, al infirmarle una sentencia fundándose en puntos jurídicos que él no tuvo oportunidad de resolver porque no le fueron suscitados por las partes.

"En un caso semejante, en que la Procuraduría sostuvo esta tesis, dijo la H. Corte:

"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". (Fallo de 23 de julio de 1946. Casación de Félix Alfredo Cano Morales, por hurto).

"Pero aunque esto no fuera así, la nulidad no podría prosperar, porque en el proceso aparece claramente establecido que Genaro Mendoza era el propietario o al menos el poseedor de los bienes robados, según lo declaran Andrés Mendoza T. (F. 25, cuaderno Nº 2), Julián Mendoza (F. 7 y 113, cuaderno Nº 1º) y Eugenia Tolosa v. de Mendoza (F. 8 y 115 v. del mismo cuaderno). Testimonios éstos que son aptos para demostrar el hecho, al tenor de los artículos 312 y 313 del Código de Procedimiento Penal.

"En tal virtud, la causal cuarta tampoco tiene fundamento".

A los propuestos en apoyo de la causal 1ª:

"El demandante no señala cuáles son las disposiciones de la ley penal que considera violadas...

"En la aplicación de la pena, el Tribunal no se limitó a computar únicamente circunstancias de mayor peligrosidad, sino que tuvo en cuenta también todos los factores que contempla el artículo 36 del Código Penal atinentes a la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, los motivos determinantes y la personalidad del delincuente.

"Y como es indudable que en esa apreciación los juzgadores de instancia gozan de una gran amplitud, es necesario demostrarle jurídicamente a la H. Corte en casación que el Tribunal incurrió en graves errores al respecto, para que pueda desconocerse su convicción sobre los fundamentos que tuvo para adaptar la sanción.

"En el presente caso ocurre por lo menos la circunstancia de mayor peligrosidad, consistente en haber delinquido el acusado con la complicidad de otros previamente concertada. Y si a esto se agrega la extrema gravedad que asumieron los delitos de homicidio y robo, era de rigor aplicar las sanciones en un término superior al mínimo e inferior al máximo, tal como lo hicieron los Jueces de instancia.

"La Procuraduría encuentra justa la penalidad impuesta al procesado Amaya, ya que éste aparece de autos como el principal responsable de los hechos delictuosos que se le imputan.

"Cabe anotar, sí, que habiéndose aplicado el artículo 404 del Código Penal respecto del robo, no era el caso de hacer los aumentos del artículo 398 ibidem, ya que en aquella disposición, por ser la más severa, quedan comprendidas todas las hipótesis agravadas de tal delito contra el patrimonio, según jurisprudencia de esa Honorable Corte.

"Pero como en el presente caso la aplicación de la pena se rigió por el sistema de la acumulación jurídica que consagra el artículo 33 del citado Código, que permite aumentar la sanción base "hasta en otro tanto", este Despacho estima que los cuatro años de presidio que se computaron por el delito de robo en cuantía de más de $ 2.000, apenas corresponden a la gravedad del hecho y a la peligrosidad de sus autores.

"Por esa razón considera el Ministerio Público que no se puede casar la sentencia del Tribunal.

"En tales circunstancias, debe desecharse finalmente la causal primera".

Considera la Sala

Podría prescindirse de añadir algo más a la jurídica exposición del señor Procurador Delegado en lo Penal. Es tan claro el análisis que él hace y tan terminantes e irrebatibles sus conclusiones, que realmente sobra cualquiera otra consideración.

Sin embargo, como una atención al notable abogado que suscribe la demanda, la Sala se referirá cuidadosamente a cada uno de los puntos de vista que ella contiene.

Apoderamiento y sustracción

El demandante hace hincapié en la diferencia sustancial que en su sentir existe entre estas dos

expresiones, una de las cuales (apoderarse) figura en el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943, que derogó el artículo 402 del Código Penal, y la otra (sustraiga) aparece en el artículo 1º de la misma ley, derogatorio del 397 del Código citado.

La diferencia, sin embargo, no la hace él consistir en los significados propios o idiomáticos de esas dos palabras, o, mejor, no es ahí donde radica el mayor peso de su raciocinio, sino en la colocación de esos vocablos. O lo que es lo mismo, que porque el Código los destinó a servir diferentes disposiciones, esa es razón suficiente para concluír que difieren.

Habría entonces que buscar en la doctrina, en la jurisprudencia, en los tratadistas y comentadores el estudio jurídico en que se estableciera ese profundo o sutil diverso sentido de las palabras "apoderamiento" y "substracción", y a la vez la prohibición de usarlas indistintamente como voces sinónimas.

Pero ese estudio no se halla en parte alguna, ni la Sala tiene noticia de que se hubiera realizado. Por el contrario, frecuentemente se ve en sentencias y libros de penalistas la expresión "apoderarse" como referente al hurto, y "quitar", que vale tanto como tomar o sustraer, cuando se trata del robo, como lo hacía, por ejemplo, el Código Penal anterior (artículo 771) para definir tanto este delito (robo), como aquél (hurto). Y así se encuentra en muchos libros de comentaristas del Código Penal que coinciden en los elementos fundamentales del hurto y los enumeran así: 1º **apoderamiento;** 2º cosa mueble ajena; 3º falta de consentimiento; y 4º ánimo de lucro. El apoderamiento traduce lo que los romanos conocían bajo la denominación de "contrectatio", que equivale, según el diccionario latino, a "tocamiento", así como "contrectator", a ladrón. Porque tanto el que hurta como el que roba se hace dueño de lo ajeno, lo quita, lo toma de su dueño o poseedor, lo sustrae del poder de éste, en fin, se apodera de lo que no le pertenece. Y el robo no es otra cosa que el hurto violento. La sagacidad, la astucia, que el demandante predica del hurto, son más bien factores que entran en juego en la consumación de la estafa, delito eminentemente intelectual, en el que sí tienen alguna operancia el ardid y la maña, propias de los sagaces y astutos que las usan para lograr sus intentos.

El doctor Carlos Arturo Díaz, cuando desempeñó muy acertada y honrosamente el cargo de Magistrado del Tribunal Superior de Bogotá, dejó en una sentencia muy laboriosa estas observaciones:

"Para los romanos el hurto se verificaba mediante dos actos: uno moral, consistente en la resolución de **apoderarse** de la cosa y el otro físico poniendo la mano en el objeto apetecido y cuyo fin era la posesión integral del objeto o su uso...

"De acuerdo con la definición que da nuestro Código" (se refiere al de 1890) "para que exista el delito de hurto se requiere la concurrencia de tres elementos: quitar o tomar la cosa; fraudulentamente y con ánimo de apropiársela y que la cosa sea ajena. Tomar es coger o asir con la mano una cosa. El que toma las cosas ajenas las ocupa, se **apodera** de ellas, las quita y las hurta. Quitar es tomar una cosa separándola y apartándola de otra o de otras del lugar o sitio en que estaba. El **apoderamiento** y el acto de tomar, significan la CONTRECTATIO...

"La índole dolosa de la apropiación está bien determinada al exigirse que el motivo de la acción sea el lucro y que la cosa sobre que recaiga haya de ser ajena. Tomar o quitar dijo el legislador español y repitió hasta nuestros días el legislador colombiano, **sustraer** dijo el legislador francés, los tres vocablos jurídicamente considerados significan lo mismo..."

Si los juristas y tratadistas y los autores de los Códigos no hicieron polémica alguna de este tema, ni llegó a preocuparles, habrá entonces que acudir al Diccionario de la Academia para ver si ahí existe la diferencia que anota el sustentante de este recurso. Y en ese Diccionario se encuentra que "apoderarse" significa hacerse uno dueño de una cosa. Ese es el auténtico sentido de la palabra.

Si tuviera otro, si equivaliera de por sí a "tomar con violencia" pues es claro que no habría habido necesidad entonces de que el artículo 2º de la Ley 4ª de 1943 dijera: "El que por medio de violencia a las personas o a las cosas se "apodere" "...Bastaría que hubiera dicho: "se apodere", y ya se sabría que se estaba definiendo el robo o aludiendo a esta infracción.

En cambio en la expresión "hacerse entregar" que se halla en el mismo artículo, sí va implícita la idea de la coacción, de la amenaza, o de la fuerza moral.

Suponiendo, no obstante, que sí tienen diverso significado los términos "apoderamiento" y "substracción" y que el primero es elemento característico del robo y lo es del hurto el segundo, ni aún

así cabría alegar en este caso veredicto contradictorio. Porque veredicto contradictorio es aquel que envuelve negación y afirmación a la vez. Y resulta muy claro que una simple afirmación como fue la del jurado que intervino en el juzgamiento de Luis E. Amaya no se presta a ninguna contradicción, porque falta el otro término, la pugna, el valor opuesto para que se produzca el fenómeno de lo que es y no es, de lo que afirma y niega a un mismo tiempo.

El antagonismo, de existir, se hallaría en el cuestionario, más exactamente en la cuestión 3ª. Pero aparte de que no está erigida en causal de casación esa circunstancia, ni podría decirse que por ser contradictorio el cuestionario participaría del mismo vicio el veredicto, por simple que fuera, pues lo más que podría afirmarse de éste no que es confuso, esa descripción de dos figuras jurídicas distintas no aparece en la fórmula que el juez le sometió al jurado. Porque a continuación de usar o de escribir la frase "haberse apoderado", dijo: "por medio de violencia a las personas". O sea, que no consideró que el **haberse apoderado** daba la idea del robo. Y al final, o sea, después de la frase "procedió el acusado con el propósito de aprovecharse de lo sustraído", insistió acerca de la naturaleza de la infracción (robo) al decir esto: "poniendo a las personas en imposibilidad de obrar por la violencia ejercida sobre ellas".

En suma, el Juez preguntó claramente acerca de un delito de robo, y el Jurado supo que al contestar de modo afirmativo estaba declarando responsable a Luis E. Amaya Sarmiento como responsable de ese delito.

No prospera, por lo tanto, la causal 7ª invocada.

NULIDAD

¿Cuál es la finalidad de haber incluído como causal de invalidez el error en el juicio —no en un acto de él— respecto del nombre del ofendido o perjudicado con la infracción? ¿Y qué clase de error debe ser ese?

Así como al referirse a la equivocación en el nombre del delincuente ha dicho esta Sala de la Corte que lo que interesa es que al individualizarlo con certidumbre se evite que cargue otro —un inocente— con el delito cometido, de la misma manera, en tratándose del nombre de la víctima, lo que se debe buscar es que no aparezca como muerto, por ejemplo, quien en realidad está vivo.

Pero si ya no se trata de identificar al occiso, sino de averiguar quién es el damnificado en un delito de robo o de hurto, materializado en objetos que el delincuente tomó de quien los poseía, entonces hay que concederle cierta elasticidad al motivo de invalidez que señala la parte final del numeral 8º del artículo 198 del Código de Procedimiento Penal. Porque podría ocurrir que un juicio de acción pública se paralizara indefinidamente mientras se establecía con absoluta precisión el nombre del dueño de la cosa sustraída, que no pertenecía a quien la tenía en su poder, sino a otra persona, por el momento difícil de señalar. Y si esa cosa fuera de propiedad de varios o estuviera en litigio, ya puede formarse una idea de las demoras que tendría que sufrir la acción penal, porque el Juez, ante el temor de errar acerca del nombre de ese propietario o propietarios, se vería forzado a no dar un solo paso adelante mientras se desataba la laboriosa controversia, que casi daría lugar a una cuestión prejudicial.

¿Podrá, pues, pensarse siquiera en que en esa forma rígida hay que interpretar el error aludido en tratándose de delitos contra la propiedad?

Pero, además, hay que advertir que en varias actuaciones del proceso se dijo que las monedas pertenecían al padre de Genaro Mendoza, como puede verse en los siguientes pasajes de las sentencias de primera y de segunda instancia.

"Los padres del comisario Mendoza, gentes de trabajo, de ahorro y de previsión, habían aprovechado los tiempos de la abundancia, cuando en este país circulaba el oro como medio corriente de cambio, y desde entonces habían logrado acumular y guardar una apreciable cantidad de aquel metal amonedado, no menos de trescientas fichas de oro americano, de gran valor hoy en día, las cuales se las habían dado a guardar a Genaro y él las ocultaba en la casa del 'Arenal' ". (Fls. 105, Cuaderno III).

"Genaro Mendoza, la víctima, vivía con su familia en el punto de 'El Arenal', del vecindario de Charta y ejercía desde hacía algún tiempo en la respectiva vereda el cargo de Comisario Rural, vereda que lleva el nombre de 'El Roble'. Los padres de Mendoza habían ahorrado una apreciable cantidad de dinero en monedas de oro, las que llegaban a doscientas y que habían dado a guardar a su nombrado hijo Genaro, quien las guar-

daba con especial cuidado en su casa de habitación de 'El Arenal' ". (Fls. 13, Cuaderno V).

Pero para demostrar que no era muy claro el derecho exclusivo de los padres de Genaro Mendora sobre las monedas y que, por consiguiente, al afirmarse en el cuestionario (cuestión 3ª) que las monedas pertenecían a Genaro no se estaba contrariando totalmente la verdad, puede verse la declaración de Julián Mendoza, que en lo pertinente dice así:

"Mis papás Nicomedes Mendoza y Encarnación Rojas desde mucho tiempo atrás venían ahorrando dinero y por allá en los años en que hubo la abundancia del oro, por ahí del año quince al veinte, convirtieron sus ahorros en oro y lo guardaron; y cuando ese tiempo (sic) mi hermano Genaro y yo ya les ayudábamos a trabajar y lo tenían por ahí para apelar de él en sus necesidades. Mi hermano Genaro hacía unos dos años que estaba viviendo ahí en la misma casa con mis padres, pero hasta hace unos dos meses fue que mis padres le entregaron ese dinero con el fin de que lo guardara para en caso de una necesidad o mortuoria o algo de eso, es decir **para que él dispusiera de eso** (subraya la Sala), por cuanto ya estaban ellos muy ancianos" .(Fls. 113, Cuaderno I).

Sí tenía, pues, algún respaldo la afirmación que aparece en la cuestión 3ª, que fue en donde se dijo que lo robado pertenecía a Genaro Mendoza. Y no debe perderse de vista que él fue el despojado y el muerto, es decir, que se confundieron en una misma persona los efectos de las dos infracciones.

No existe, por lo tanto, error alguno que sea capaz de acarrear la nulidad del proceso, tramitado con amplitud y sin desconocimiento de ninguna de las garantías constitucionales y legales propias del mismo.

Y si ciertamente no fueran de Genaro Mendoza sino de su padre las monedas que aquél guardaba, en ellas tenía Genaro un derecho, al menos potencial. ¿Qué dificultad, qué irregularidad traería aquella aseveración que se encuentra en la cuestión 3ª, y en qué se iba a afectar el juicio, o en dónde la injusticia para alguien, si un Juez Penal no declara propiedad?

Por estas razones y las que da el señor Procurador Delegado en lo Penal no es aceptable el argumento que se ha ofrecido para sustentar la causal 4ª.

Las sanciones

No puede discutirse que el proceso adelantado y terminado contra Luis E. Amaya Sarmiento y otros planteó y definió lo que en materia penal se conoce con el nombre de concurso real o material de delitos. Pues bien, si el fallador, al distribuír las sanciones, aplicó el artículo 33 del Código Penal, practicando la acumulación jurídica que ahí se autoriza, no va a ser ni es posible criticar la sentencia desde ese punto de vista. Y de esa manera, los argumentos del demandante carecen de base de sustentación.

Pero ni aun situándose en su propio terreno, es decir, el de la acumulación aritmética o material, resultarían conducentes las razones que el autor de la demanda le presenta a la Sala. No ya para que prosperara, pero sí para que la tesis tuviera su indispensable lógica, habría que principiar por la demostración de que no concurrió una sola circunstancia de mayor peligrosidad en el desarrollo de ninguna de las dos infracciones.

Es verdad que no todas las circunstancias de mayor peligrosidad que en el fallo se examinan están jurídicamente deducidas, porque el sentenciador tomó como tales algunas que apenas sirven para configurar los delitos. Pero cómo desconocer que fueron graves las modalidades de ambos delitos; qué los delincuentes obraron gobernados por bajos apetitos, es decir, que los motivos determinantes estuvieron caracterizados por la codicia; y que en esos dos hechos concurrieron—por lo menos—estas dos circunstancias de mayor peligrosidad: las de los numerales 3º (el haber obrado por motivos innobles o fútiles) y el 6º (el modo de ejecución del delito) del artículo 37 del Código Penal. Porque no hay que olvidar que fueron más de tres los malhechores. Y esto les daba una indiscutible superioridad, notoria ventaja sobre las víctimas, una de las cuales fue separada de los suyos, es decir, puesta si no en imposibilidad de defenderse sí en dificultad para intentarlo, y sorprendida, además, para darle con mayor seguridad la muerte.

No es, por lo tanto, excesiva o arbitraria la sentencia en cuanto a individualización de las sanciones impuestas. Y esto quiere decir que no prospera la causal 1ª.

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 del Tribunal Superior de Bucaramanga, fechada el treinta y uno de enero de mil novecientos cuarenta y seis, en la cual se condenó a Luis Eduardo Amaya Sarmiento y a otros a la sanción principal de veinticuatro años de presidio, como autores de homicidio y robo.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Francisco Bruno — Jorge E. Gutiérrez Anzola. Ricardo Jordán Jiménez — Heli Rodríguez, Conjuez.—**Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R.,** Secretario.

FALSEDAD EN DOCUMENTOS PUBLICOS

Al mudar un Juez el sentido de una respuesta dada en posiciones, comete el delito de falsedad.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

El Tribunal Superior de Pereira ha llamado a responder en juicio criminal al doctor Bernardo Pérez Mejía, por una actuación suya cuando desempeñaba las funciones de Juez Civil del Circuito de la ciudad nombrada, actuación que se ha calificado de delictuosa y que de acuerdo con el Capítulo III, Título VI y Libro II del Código Penal vigente, aparece denominada así: "Falsedad en documentos".

El auto en que tal cargo se formula al doctor Bernardo Pérez Mejía y del cual apelaron éste, su defensor y el Fiscal de la Corporación juzgadora, está fechado el treinta de abril del año en curso, y acerca de su legalidad o ilegalidad debe pronunciarse la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, pues se hallan agotados los trámites propios de la apelación que oportunamente se interpuso y fue concedida.

Se le atribuye al doctor Bernardo Pérez Mejía el haber cambiado en alguna diligencia de absolución de posiciones —ya terminada, firmada por los que en ella intervinieron y conocida de las partes interesadas en la misma— la respuesta a una pregunta, que fue variada a solicitud del absolvente.

Este es, en sí, el hecho que tuvo el siguiente antecedente y desarrollo:

El nueve de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco compareció al Juzgado Civil del Circuito de Pereira el señor Marco A. Sierra, a absolver un interrogatorio que en un pliego de posiciones de veinte preguntas había presentado con ese fin el doctor Gilberto Alzate Avendaño el penúltimo día del mes anterior.

Una de esas preguntas (la marcada con el número 7) dice así:

"Cómo es cierto, sí o no, que el suscrito, en cumplimiento de sus obligaciones contractuales, le estuvo prestando a usted gratuitamente sus servicios profesionales de abogado, para que formalizara sus adquisiciones de derechos en la sociedad 'Sierra, Castaño & Cía.' y en la hacienda de 'La Elvira', los purgase de vicios y obtuviese títulos válidos".

La respuesta que quedó escrita fue la siguiente: "Es cierto".

Pero ocurrió que ese mismo día nueve de agosto fue a la Secretaría del Juzgado el doctor Guillermo Angel Ramírez —recomendado del señor Sierra— a imponerse del resultado de la diligencia, y así lo hizo. Luego salió el doctor Angel Ramírez y poco tiempo después regresó con el señor Sierra, quien al enterarse de la contestación que aparecía en el acta de posiciones como dada por él a la pregunta séptima, le llamó la atención al Secretario del Juzgado diciéndole que él había contestado negativamente, al paso que el Secretario aseguraba que la respuesta había sido afirmativa, tal como por él fue escrita.

Este diálogo lo escucharon los doctores Marco Tulio López, Angel y Guillermo Angel Ramírez, y el señor Carlos Botero Villegas, quienes en las partes pertinentes de sus declaraciones, dicen:

"A eso de las dos a tres de la tarde del día nueve de los corrientes y estando casualmente en la Secretaría del Juzgado Civil de este Circuito revisando unos negocios de los cuales soy apoderado pude enterarme de que en la parte interior del salón de la secretaría discutían el Secretario del Juzgado, señor Julio Martín Echeverri, el doctor Guillermo Angel Ramírez, el señor Marco Sierra, sobre unas posiciones absueltas por el último de los nombrados en las horas de la mañana del mismo día. Recuerdo que el señor Secretario decía a don Marcos Sierra que él (Sierra) había contestado "sí es cierto" a una de las preguntas con-

tenidas en el pliego de posiciones y que al secretario no le era posible cambiar ese sí es cierto por no es cierto porque estaba convencido de que a él (Sierra) se le había leído varias veces la pregunta y siempre había contestado "sí es cierto"... No puedo precisar a qué pregunta se referían los señores antes nombrados". (Declaración del doctor Marco Tulio López, fl. 36, Cuaderno I).

"Llegamos al Juzgado, solicité nuevamente las posiciones y el señor Sierra y yo nos sentamos al lado del señor Secretario, dentro del recinto de la Secretaría. Yo inicié nuevamente la lectura de las posiciones, y respecto de la pregunta séptima se la leí en voz alta al señor Marcos Sierra, y al terminar de leer la pregunta a mi vez pregunté a don Marcos Sierra cuál había sido la respuesta dada a tal punto, el señor Sierra contestó inmediatamente: "No es cierto", o afirmó terminantemente que había contestado que no era cierto el contenido de esta pregunta" (sic). "Inmediatamente le dije, más o menos, las siguientes palabras, mostrándole el pliego de posiciones: —pues aquí dice que es cierto, don Marco. Inmediatamente el señor Sierra ratificó al señor Secretario que él había dado respuesta negativa a esa pregunta, y el Secretario insistió en que había oído lo que estaba escrito, es decir, que había dado respuesta afirmativa". (Declaración del doctor Guillermo Angel Ramírez, fl. 37 vto. Cuaderno 1º).

"Después de la diligencia de absolución de posiciones, que fue por la mañana, me parece que ese mismo día por la tarde se presentó el doctor Guillermo Angel Ramírez con el señor Marcos Sierra y éste último le manifestó al señor Secretario que había habido un error en la absolución de posiciones que hizo ante ese mismo Juzgado, pues que él (Sierra) no había dicho lo que constaba en la contestación a una pregunta, es decir, decía "Yo no contesté lo que aparece en esta pregunta (sic) que había contestado una cosa y en la diligencia se había escrito otra, pero el señor Secretario le advirtió que en la diligencia el señor Sierra estaba a una distancia bastante cercana del Secretario para poder él, el doctor Echeverri, oír claramente la respuesta del absolvente". (Declaración del señor Carlos Botero Villegas, fl. 41 vto. Cuaderno I).

No convino, pues, el Secretario en haberse equivocado y no accedió a modificar la respuesta, no obstante —o quizás por esto mismo— un incidente con apariencia de cohecho de que luego se hablará. Pero sí lo hizo el Juez. ¿Cuándo? ¿Al día siguiente o dos días después del nueve de agosto? No lo recuerda el sindicado, doctor Pérez Mejía, quien sí manifestó conservar fresca memoria de la respuesta dada por el señor Sierra a la pregunta séptima del pliego de posiciones presentadas por el doctor Gilberto Alzate Avendaño, y en esa convicción o creencia se apoyó para modificar el acta, después de haber recibido la visita del señor Sierra, quien acudió a su Despacho a hacerle el mismo reclamo que sin fruto le había hecho al Secretario. El Juez no prestó atención a los temores y recelos que su empleado le manifestó para abstenerse de dar un paso de tanta significación y trascendencia, según se lee en declaración del veintisiete de agosto, de la cual se copia:

"Al día siguiente, repuesto un poco de mi dolencia, volví al Juzgado y conversando de los papeles que en él existen me dijo el señor Juez que le había hecho el reclamo sobre el error que yo había cometido al escribir la respuesta de la pregunta séptima de las mencionadas posiciones; que había que cambiar esa respuesta, porque él tenía la convicción moral de que don Marcos Sierra respondió: "No es cierto", y agregó que ante su convicción moral me ordenaba a mí como su subalterno que cambiara la respuesta. Yo contesté que me inclinaba respetuoso ante esa convicción moral, pero que el hecho era trascendental y me negué terminantemente a cumplir la orden dejando en su poder las diligencias que me ordenó pasar de la Secretaría a su Despacho". (Declaración de Julio Martín Echeverri, fl. 43 v. Cuaderno I).

El incidente aquel a que anteriormente se aludió, es éste: el diez de agosto se presentó a la casa de habitación del doctor Julio Martín Echeverri, Secretario del Juzgado Civil del Circuito de Pereira, quien se encontraba un poco enfermo, el señor Pedro Hernández. Y aun cuando Pedro Hernández ejerce como comisionista del señor Marcos Sierra, en esta oportunidad —ha asegurado él— procedía espontáneamente y no en cumplimiento de encargo alguno del señor Sierra. Y fue así como —por propio movimiento— le ofreció al Secretario la cantidad de cien ($ 100.00) o de doscientos ($ 200.00) pesos para que se trasladara al Juzgado a reparar el error que afectaba la diligencia de posiciones.

Pero el Secretario no quedó muy convencido de que esa movilización suya de la casa al Juzgado valiera en sí tanto dinero, puesto que en la mis-

ma Secretaría comentó después con bastante acritud la acuciosidad de Hernández, según lo refieren Avelino González y Carlos Botero Villegas en los siguientes apartes de sus declaraciones:

"Al día siguiente inmediatamente llegó al Juzgado, en las horas de la mañana, el doctor Julio Martín Echeverri, dirigiéndose a nosotros, los subalternos, señor Carlos Botero, Flawer Castrillón y yo, dijo lo siguiente: 'Cómo les parece: ya el cambio de la respuesta en las posiciones vale doscientos pesos. Anoche fueron hasta mi casa a ofrecerme dizque doscientos pesos para que la cambiara. Luego no fue error nuestro como decían ayer sino que ya están ofreciendo plata. Dizque ofrecerme a mí doscientos pesos. No me conocen' ". (Avelino González, fl. 30 vto. Cuaderno I).

"Al día siguiente u otro día cuya fecha no recuerdo, por la mañana, al llegar al Juzgado, nos dijo el doctor Julio Martín Echeverri que habían ido allá a la casa de él, en San Jerónimo, a proponerle que hicieran el cambio o arreglo de la pregunta aquella de las posiciones, o mejor, de la respuesta, ofreciéndole una cantidad de dinero y que él, rotundamente, les había contestado: '¿Por quién me consideran ustedes? De ninguna manera haré eso' ". (Carlos Botero Villegas,, fl. 42, Cuaderno I).

Hay que advertir que el Secretario Julio Martín Echeverri afirmó ante el investigador que el dinero ($ 100.00) que se le había ofrecido por parte de Pedro Hernández no era para que cambiara el texto de la respuesta dada a la pregunta séptima de las posiciones, sino para que se trasladara al Juzgado con el fin de procurar el arreglo de la situación que se había planteado con el pretendido error.

Ninguna de las diligencias de que da cuenta la información sumaria se practicó inmediatamente después de sucedidos los hechos que dieron lugar al proceso. Y esto, porque tan sólo el veinticuatro de agosto presentó la correspondiente denuncia el doctor Gilberto Alzate Avendaño. Antes de esa fecha nadie había tomado iniciativa alguna para que en una conveniente investigación se aclarara el enredijo, que no fue indiferente para quienes lo conocieron, ni su conocimiento estuvo al parecer circunscrito a las personas que de él tuvieron noticia en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira. Y de ahí que apenas el siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco se recibiera la primera indagatoria al doctor Bernardo Pérez Mejía, cuando ya el sumario se hallaba bastante adelantado.

En esa diligencia, el Juez Pérez Mejía, al iniciarse el interrogatorio, dijo:

"El doctor Gilberto Alzate Avendaño presentó un memorial al Juzgado Civil del Circuito en el que solicitaba se llamara al señor Marcos Sierra con el fin de absolver unas posiciones. Se dictó el auto correspondiente y a la fecha y hora indicadas en dicha providencia compareció el señor Sierra, abrí el pliego y le hice las preguntas en él contenidas. Se terminó la diligencia y el señor Sierra posteriormente me dijo que una de las respuestas estaba equivocada, por cuanto él había contestado lo contrario de lo que quedó escrito. Frente a la convicción moral y a mi conciencia de Juez de que el señor Sierra tenía toda la razón se cambió el texto de la respuesta que él reclamaba". (Fl. 99 vto. Cuaderno I).

A renglón seguido de esta afirmación aparecen en la diligencia las siguientes preguntas y respuestas:

"Preguntado. Diga usted si el señor Sierra le reclamó corregir el texto de la respuesta a que se alude anteriormente en el mismo momento en que se absolvían las posiciones o fue con posterioridad? Contestó: "La pregunta del señor Juez queda contestada en la última parte de mi anterior narración. Preguntado: Diga usted si posteriormente quiere decir a renglón seguido de terminada la absolución de posiciones o en un día distinto? Contestó: En un día distinto..."

Y más adelante se lee en la misma diligencia:

"Preguntado. ¿Diga cuál fue el individuo que algunos días después de absueltas dichas posiciones, en atención a los reclamos hechos por el señor Marco A. Sierra Echeverri respecto al hecho de que había habido una equivocación al escribir la contestación dada a la pregunta séptima del pliego de posiciones ya expresado, pues se había escrito, 'es cierto', siendo que se había contestado 'no es cierto', ordenó a su Secretario, señor Julio Martín Echeverri, que procediera a borrar y a cambiar el contenido de dicha pregunta en la forma solicitada por el absolvente Sierra, porque tenía la convicción de que evidentemente se había incurrido en un error al escribir la contestación a dicha respuesta? Contestó: Ese individuo personalmente le comunicó a su secretario, señor Julio Martín Echeverri, que se había incurrido en un

error y directamente el Juez realizó el acto de hacer verdadera la respuesta dada por la convicción en que estuviera de que sí había una equivocación".

De manera que cuando el doctor Bernardo Pérez Mejía aceptó la materialidad del hecho, ya éste había sido revelado por el doctor Julio Martín Echeverri en su declaración del veintisiete de agosto y ya figuraba en el sumario el dictamen de los peritos, quienes, el primero de septiembre, luego de examinar la actuación del nueve de agosto en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira, relativo a las posiciones absueltas por el señor Marcos Sierra, expusieron:

"Hemos estudiado cuidadosamente el pliego de posiciones absueltas en el Juzgado Civil del Circuito de Pereira por el señor Marcos A. Sierra Echeverri a petición del doctor Gilberto Alzate Avendaño, que obran en este sumario, y muy especialmente la respuesta dada a la pregunta séptima de dichas posiciones, y hemos sacado en conclusión lo siguiente: a simple vista se observan las comillas que tenía la frase escrita antes como respuesta y se ve claramente que fue borrada, y en su lugar se escribió la contestación que hoy aparece. Por tales comillas y por cuanto en la contestación que hoy aparece hubo necesidad de escribir la última sílaba en la margen izquierda del papel se colige sin lugar a dudas que la frase que fue borrada tenía por lo menos una sílaba menos que la frase que hoy aparece". (Fl. 65 vto Cuaderno I).

La diligencia de absolución de posiciones se practicó en el Despacho del Juez, que se halla en un salón de muy buena acústica, según lo afirman los peritos que concurrieron a la inspección ocular en ese sitio. El absolvente Sierra se encontraba a un metro y treinta centímetros del lugar ocupado por el Secretario, y a dos metros con treinta centímetros del ocupado por el Juez; distancias que, de acuerdo con lo afirmado por los peritos, permitían que tanto el Secretario como el Juez oyeran claramente lo que el señor Sierra contestaba y que éste no perdiera palabra de las preguntas que se le leían, y que a medida que iba respondiendo eran aprobadas.

No va a discutirse si modificar, cambiar o alterar el texto —parcial o totalmente— de un documento público o privado, o hacer en los mismos alguna intercalación que varíe su sentido, constituye falsedad. Como tampoco se ve la necesidad de sostener con denodado esfuerzo dialéctico que una diligencia judicial —como la de absolución de posiciones— es un documento público.

Lo que se va a decidir es si al mudar el Juez el sentido de la respuesta de que se ha venido hablando incurrió o no en el delito de falsedad.

Se ha aseverado tenazmente que el doctor Bernardo Pérez Mejía obró sólo por su devoción a la verdad y a la exactitud, que esto fue lo que lo determinó a no permitir que quedara consagrado y autorizado con su firma un grave error, pues tenía una profunda convicción moral de que se había cometido, y que, por lo tanto, la fe pública no sufrió mengua alguna con esa actividad suya, sino que antes se restableció.

Esta es la tesis principal del defensor, doctor Arturo Valencia Arboleda, quien en memorial dirigido a la Sala en el término que para alegar se le fijó, pide que no se descuide el detalle de que su defendido no se ocultó para ejecutar la acción, sino que la llevó a cabo a plena luz, como se cumplen todos aquellos actos que no pugnan con la honestidad.

La opinión del jefe del Ministerio Público en el ramo penal, quien ha solicitado que se confirme en todas sus partes el auto materia del recurso, no es favorable a la tesis de "la convicción moral". Expresa él su inconformidad con ese aserto y dice que no es posible que habiéndose presentado las posiciones en pliego cerrado y conteniendo éste veinte preguntas, a las cuales respondió el señor Sierra con distintas afirmaciones y negaciones, pasados dos días pudiera el funcionario recordar con tanta precisión y seguridad que la respuesta séptima —y sólo ella— estaba equivocada. Y agrega que hasta la memoria de un Littré o de un Casanova hubieran vacilado en esas circunstancias.

Si las respuestas —continúa el señor Procurador Delegado en lo Penal— hubieran sido todas negativas o todas afirmativas, habría ya un dato significativo y de importancia en qué apoyarse para reconstruír la verdad de los hechos y rechazar aquella contestación que no armonizaba con la unidad de las demás; pero no habiendo ocurrido así, y ante esa serie de "síes" y de "noes", seguidas de sus aclaraciones, aceptar la versión que se ha dado es tanto como querer que se traspasen los límites de lo real para adentrarse en el reino de la fantasía.

Finalmente coloca al procesado en frente de este dilema que lo cerca y encierra: si oyó que la

respuesta dada a la pregunta séptima era negativa, incurrió en falsedad al consentir en que quedara como afirmativa. Pero como no pudo así suceder, por las condiciones de acústica del salón y las distancias que separaban a los actuantes en la diligencia, entonces es falso el recuerdo que dice el procesado conservar, y al variar el sentido de la respuesta se hizo responsable de una falsedad punible.

Ha dicho la defensa que la confesión del doctor Bernardo Pérez Mejía es indivisible, y que si se acepta como prueba del hecho, forzoso es aceptar los motivos que él adujo para consumarlo, o sea, la buena fe.

La confesión libre y espontánea —dice el artículo 255 del Código de Procedimiento Penal— hecha por el procesado ante el Juez o funcionario de instrucción y su respectivo secretario, se presume verídica mientras no se presente prueba en contrario, siempre que por otra parte esté plenamente comprobado el cuerpo del delito.

Los términos **libre y espontánea** no son equivalentes. El primero quiere decir que no estaba el confesante apremiado o coaccionado; y el segundo, que obró por propio movimiento, es decir, sin insinuación de nadie.

De manera que si la confesión se ha hecho en una indagatoria, la libertad del interrogado hay que presumirla, puesto que en esa diligencia no se apremia al sindicado para que confiese; y si así no sucede, la diligencia es nula.

En cambio, no se puede presumir la espontaneidad, salvo el caso de que el sindicado haya solicitado la práctica de la diligencia y se haya presentado, inmediatamente después de cometido el hecho, ante la autoridad correspondiente, manifestando previamente que va a dar cuenta de una determinada acción suya.

La indagatoria, esa diligencia del proceso penal considerada generalmente inútil, tanto por el sistema de desarrollarla, simplista y rutinario, como por la incuria con que suele efectuarse, no es en verdad una actuación procesal despreciable. Ahí, por anodino que parezca el interrogatorio, siempre queda algo, alguna huella, un rastro de la conducta del compareciente. Y cuando un sindicado procede en ese episodio de la acción investigativa con franqueza, con verdad, de manera sencilla e ingenua, porque nada tiene que ocultar y todo lo que sabe y ha hecho lo puede decir, su actitud se revela en ella como en un espejo, sus palabras son claras, no es reticente, ni precavido, ni calculador, ni usa de cautela, porque tiene fe en sí mismo, está en paz con la ley y confía en la justicia.

¿Podrá, de acuerdo con estos presupuestos, afirmarse ciertamente que la indagatoria del doctor Bernardo Pérez Mejía fue un modelo y un ejemplo de franqueza y espontaneidad? Seguramente no. El funcionario iba haciendo sus preguntas, conduciendo legalmente al interrogado hasta obtener el reconocimiento por parte de éste del hecho, que no se iba a aclarar, pues estaba ya aclarado. Era una diligencia en que apenas se perseguía acomodarse a una formalidad procesal y en la cual quedaron rastros bien marcados de reticencia.

Porque el doctor Bernardo Pérez Mejía estuvo reticente, se escudó tras del adverbio "posteriormente" cuando el funcionario le exigía que precisara la fecha en que realizó la mutación de la respuesta a la pregunta séptima. Y eso que más días habían transcurrido entre la diligencia de posiciones y la de indagatoria, que entre ésta y la alteración de aquélla. "En un día distinto" fue la expresión que empleó como parte final del ciclo gobernante de la diligencia cuando el funcionario, ante la esquivez del indagatoriado, le preguntó si el "posteriormente" se refería al mismo día nueve de agosto o a otro.

Esa confesión no es, pues, indivisible. Y no lo es, porque la prueba con ella suministrada ni era la única, ni era la primera.

Si la llamada confesión del doctor Bernardo Pérez Mejía puede fraccionarse, habrá que tomar aquella explicación suya, aislarla del resto del acta de indagatoria, para analizarla por separado. Es una regla de crítica analítica y la medida no implica un preconcepto, un juicio previo, una predisposición respecto de la credulidad que merezcan las palabras de quien al encararse con un cuestionario en que se averiguan intimidades de su conducta, suele asumir —por natural instinto defensivo— una actitud comúnmente ladina.

En este caso, justo es reconocerlo, el procesado es persona que goza de magníficos antecedentes. Pero es que los hombres honrados también se ven envueltos en las calamidades de un proceso criminal, y más los funcionarios públicos quienes se exponen con mayor frecuencia a infringir la ley o a verse acusados de descuidar la aplicación de sus preceptos, haciéndose responsables de infracciones en que el particular no podría ser comprendido.

No requiere el delito maldad del agente, o una organización especial del infractor. Frecuentemente es la consecuencia de un arrebato pasional, de un impulso de momento o de otra circunstancia desgraciada y que no revela personalidad peligrosa en el transgresor. Y cuando se trata de funcionarios públicos, una simple negligencia o el dejarse convencer por una súplica puede ser fatal para él. Porque a los encargados de esa difícil y delicada misión de administrar justicia, de tan tremendas responsabilidades, no les es permitido tener complacencias, ni alimentar odios, ni guardar rencores. Las mismas expansiones necesarias a la naturaleza humana les están a ellos vedadas algunas veces, y su vida, limitada por normas austeras, debe desenvolverse con la sequedad de un sarmiento.

Para delinquir no hace falta emboscarse ni siempre la acción del delincuente tiene una inspiración concreta. También hay delitos ilógicos en los que nada se propone al cometerlos quien es señalado como responsable de ellos. Por eso, ni los antecedentes personales del procesado, ni los motivos determinantes que se aducen como ácido disolvente de la infracción atribuída al doctor Pérez Mejía en este penoso caso, pueden considerarse adecuados para el fin de liquidar los cargos que pesan sobre él. En otra etapa del proceso tendrán ellos su conveniente aplicación.

En parte alguna se ha sugerido que el doctor Bernardo Pérez Mejía, al plegarse a la insinuación del señor Sierra, lo excitaba el lucro. ¿Pero es que el delito de falsedad necesita esta adición para configurarse como tal? Si así hubiera ocurrido, es decir, si al doctor Bernardo Pérez Mejía se le hubiera ofrecido una dádiva para que cambiara el sentido de la respuesta a la pregunta séptima del pliego de posiciones, habría entonces que cargarle a su cuenta no ya una, sino dos infracciones. Y se repite que no era preciso añadirle éste o aquél interés a esa mutación, para que el hecho revista el carácter de una falsedad.

El móvil no tiene importancia sino desde el punto de vista de la medida de la sanción, lo que quiere decir que muy poco significa en la conformación intrínseca del delito, ni influye en él para desnaturalizarlo o prestarle consistencia. Si así fuera, no se sancionaría el homicidio conocido con el nombre de "piadoso".

Cree la Sala que la hipótesis de la "convicción moral" ha sido rebatida en la Vista de la Procuraduría. Pero no sobra detenerse un poco más en ese punto.

Lo primero que se observa es que el señor Sierra se encontraba —durante la diligencia de absolución de posiciones— más cerca del Secretario que del Juez. Luego si alguno podía oír deficientemente (a causa de ese aspecto físico de las distancias) no era precisamente el Secretario sino el Juez. Mas aquél oyó claramente que el absolvente contestó "es cierto", y no quiso mudar el **sí** por el **no**, porque se daba cuenta de la gravedad que eso comportaba, de que era un delito introducirle una modificación tan importante al documento. Y si esto lo sabía, el Secretario, mal podía ignorarlo el Juez.

Pero se dirá que el Secretario procedía así porque estaba convencido de que en la respuesta número 7 no había error, y que otra era la situación del Juez. Y se pregunta: ¿podría realmente éste hallarse convencido de algo distinto de lo que aparecía escrito y aprobado y lo refrendaba el Secretario, y formar ese convencimiento ante el ruego de un tercero? Si por el solo dicho de un interesado, cuando advirtiera de por sí o fuera advertido por otro que había suministrado con una determinada contestación una prueba preciosa a la contraparte, fueran permitidas correcciones o enmiendas en las actas judiciales terminadas y públicas, el Juez no sería ya ese funcionario con poderes circunscritos por la ley, sino un sér omnímodo, dispensador a su arbitrio de mercedes y favores. Es decir, que la justicia sería algo caprichoso, dependiente de la voluntad de un ciudadano y no emanación de la aplicación exacta de la ley. Y entonces, cada vez que se adujera una "convicción moral", por ser subjetiva, impenetrable, recóndita, habría que aceptarla siempre como excusa, si bastara la afirmación del interesado en sostenerla.

Al doctor Bernardo Pérez Mejía le flaqueó la memoria cuando era urgido por el funcionario instructor a que fijara el día en que hizo la "rectificación", acto mucho más trascendental, que debía haberse grabado con mayor precisión en su mente, que el otro relacionado con un incidente sin colorido alguno. Y la Sala no ha conseguido sustraerse al llamado de estas reflexiones: o es un desmemoriado, o no lo es. Si lo primero, no es admisible que retuviera un detalle tan difícil de aprisionar en el recuerdo, como el de una respuesta que dos días antes dio un ciudadano en un interrogatorio que contenía veinte preguntas y

que no estuvo especialmente distinguido por circunstancia que lo hiciera notable. Si lo segundo, entonces debía recordar en qué fecha ejecutó el cambio; y si lo recuerda y no lo dice, es porque le pareció conveniente callarlo.

Del análisis que acaba de hacerse se deduce que no es verosímil y, por consiguiente, aceptable la versión del sindicado.

Luego hay que concluír que su voluntad fue sencillamente conquistada. Es decir, que, abusando de sus funciones, alteró el sentido de un documento público.

Es muy posible que estuviera ausente de su ánimo la idea de causarle daño a un tercero. Pero el perjuicio no siempre es condición inexorable de este delito.

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, CONFIRMA en todas sus partes el auto de treinta de abril del año en curso, del Tribunal Superior de Pereira, materia de la apelación.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

DELITOS DE RESPONSABILIDAD DE LOS MIEMBROS DEL ORGANO JURISDICCIONAL Y DEL MINISTERIO PUBLICO POR INTERVENCION EN LA POLITICA.- QUE DEBE ENTENDERSE POR INTERVENCION EN LA POLITICA

1.—La Corte tiene competencia para juzgar a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo. (Artículos 151 Constitución Nacional, 42, ordinal 6º del C. de P. P. y 45 L. 167 de 1941). El precepto que les dio a esos Magistrados la misma categoría que a los de los Tribunales Superiores, encierra la jurisdicción y competencia necesarias para juzgarlos por responsabilidad, de acuerdo con dicha categoría.

2.—Los Agentes del Ministerio Público pueden intervenir en el proceso penal aun cuando hayan promovido la acción como denunciantes.

3.—El Código Penal considera como abuso de autoridad el hecho de que un funcionario o empleado público "forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de ese carácter". Los elementos de esta especie de delito son, pues, los siguientes: a) Ser el infractor funcionario o empleado público, y b) Formar parte de directorios políticos o intervenir en debates de carácter político. La ley colombiana ha sido severa y no transige con la intervención de los funcionarios públicos en la política.

No incurren en el delito de abuso de autoridad por intervención en política los funcionarios que como escritores o catedráticos enseñan en sus producciones o en sus cátedras determinadas doctrinas que profesan los adictos a un partido político, ni aun critiquen las actuaciones o las ideas del contrario, ni los jueces o magistrados que al interpretar la Constitución o las leyes siguen las enseñanzas filosóficas de su partido.

El debate político por definición es el electoral, porque es cuando los partidos políticos luchan de manera directa o inmediata por el predominio de sus fuerzas y programas y a los comicios tiende mediata o indirectamente la agitación de los partidos. Por tanto, los discursos en reuniones de partidarios, la asistencia a las convenciones preelectorales, los escritos que miren más o menos próximamente a unas elecciones populares, pueden considerarse como intervenciones ilícitas. Pero constituyen también debate político cualesquiera actividades en que haya pugna encendida, manifestación apasionada de las ideas, propósitos o intereses de algún partido, aunque no se realicen con miras próximas a los comicios. Y el funcionario que tome parte en esas manifestaciones vehementes quebranta la ley penal, porque estaría demostrando que no es capaz de conservar la imparcialidad necesaria para ejercer las funciones de su cargo.

En el caso del proceso la mayoría de la Sala estima que hubo intervención en la política por parte de los funcionarios acusados.

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

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

Procede la Corte a calificar el mérito de las presentes diligencias.

Narración sucinta de los hechos

En la instrucción de un proceso por calumnia e injuria contra los directores del diario denominado "El Siglo", de esta ciudad, el doctor Laureano Gómez, jefe del partido conservador, fue privado de su libertad por el funcionario de instrucción, que lo era el Juez Cuarto del Circuito Penal de Bogotá, doctor Jesús Ignacio Caicedo Lozano.

Este hecho produjo exacerbación entre los miembros de aquél partido y su Directorio supre-

mo ordenó a todos los funcionarios de la rama jurisdiccional que, en señal de protesta, se abstuvieran de concurrir a sus despachos y decretaran la huelga judicial. Inspirados por esta sugestión, los Magistrados del Tribunal Superior de Tunja, doctores Miguel A. Roa Medina y Miguel de J. Niño Leal, el doctor Virgilio J. Suárez, del Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo, y el doctor Baudilio Galán Rodríguez, del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Tunja, hicieron una declaración de "protesta airada" por los atropellos cometidos y de estar dispuestos a seguir a los "restauradores de la dignidad nacional".

De lo cual se originó la crítica del señor Procurador General de la Nación —crítica que le mereció los vituperios del Directorio Nacional Conservador y de la prensa del mismo partido y que fue contestada en forma descomedida por los funcionarios arriba citados— y la acusación de la Procuraduría ante la Corte, de la cual ha surgido este proceso.

Competencia de la Corte

La Corte es competente para conocer de los juicios de responsabilidad seguidos contra magistrados de tribunales superiores (ordinal 6º del artículo 42 del código de procedimiento penal). Y que de juicios de esta clase contra funcionarios de esta categoría se trata en el presente caso, se deduce del hecho de ser magistrados del Tribunal de Tunja los doctores Roa Medina y Niño Leal y del de Santa Rosa de Viterbo el doctor Suárez y, además, del de haber sido acusados por intervención en política estando en uso de la investidura, lo cual constituye un cargo de responsabilidad, como repetidamente lo ha sostenido esta Sala.

Pero como el magistrado Galán Rodríguez es miembro del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Tunja, se hace preciso estudiar el punto de la competencia, ya que el ministerio público sostiene una doctrina contraria a la que la Corte había venido propugnando.

La Procuraduría opina que la Corte sí tiene competencia para juzgar a los magistrados de lo contencioso-administrativo, porque éstos tienen "los mismos derechos y prerrogativas" que los de los tribunales superiores, entre los cuales figura el de ser juzgados por la Corte Suprema de Justicia por cargos de responsabilidad (artículos 151 de la Constitución, 42, ordinal 6º del código de procedimiento penal y 45 de la ley 167 de 1941). Y tanto ello es así, que la Constitución establece que los magistrados y jueces no pueden ser suspendidos ni depuestos de sus empleos sino a virtud de sentencia judicial "proferida por el respectivo superior" (artículo 160), superior que no puede ser en estos casos de justicia penal el Consejo de Estado, sino la Corte Suprema de Justicia.

El argumento de la Procuraduría tiene mucha lógica y fuerte convicción y por eso la Corte prohija la doctrina que se estudia.

Es verdad que la jurisdicción y competencia son de orden público, que por eso no caben en ellas argumentos de analogía ni de conveniencia para atribuírsela a determinada entidad, y que en el artículo 42 del código de procedimiento penal no están incluídos aquéllos magistrados entre los que deben ser juzgados por esta corporación. Pero no es exacto que haya de acudirse a la analogía en este caso, puesto que el precepto que les dio la misma categoría que a los magistrados de los tribunales superiores, encierra la jurisdicción y competencia necesarias para juzgarlos por responsabilidad, de acuerdo con dicha categoría.

La analogía se practica cuando se traslada lo dispuesto en un caso a otro semejante, por equidad o conveniencia; pero no cuando un texto consagra un derecho, pues entonces hay que entender que comprende la acción y competencia correspondientes, pues no se puede presumir que el legislador expide mandatos inútiles o ineficaces.

En consecuencia, la Corte conocerá también de lo relativo al magistrado de lo contencioso-administrativo doctor Baudilio Galán Rodríguez.

Intervención del Ministerio Público

Otro punto que debe estudiarse previamente es el de la intervención del Procurador General en este proceso, pues pudiera pensarse que por haber promovido la acción penal como denunciante, no debiera actuar también como agente del Ministerio Público, desempeñando así dos funciones que parecen contradictorias: la parte interesada y la ya dicha de agente del ministerio público.

El sólo enunciado del problema lo resuelve para quien tenga un conocimiento siquiera rudimentario de los preceptos que regulan el proceso penal en relación con las partes, pues a la vista salta que cuando un fiscal o el Procurador promueven una acción penal, no obran como particulares ofendidos, como simples ciudadanos, sino en su calidad de agentes del ministerio público, "como represen-

tantes de la sociedad" (artículo 92 del C. de P. P.), lo cual, en vez de inhibirlos, los obliga a intervenir en el proceso, en el cumplimiento de los deberes de su cargo y en el ejercicio de una acción pública.

Por eso ya dijo la Corte en este negocio:

"Si todos los habitantes del territorio colombiano mayores de edad están obligados a denunciar a las autoridades las infracciones penales de que tengan conocimiento (artículo 12 del C. de P. P.), mayor obligación tienen de cumplir con ese deber los funcionarios o empleados públicos (artículo 10 ibidem), y una esencial a su cargo de representantes de la sociedad incumbe a los agentes del ministerio público, que deben procurar, como misión propia de su oficio, "la sanción de los infractores de la ley penal", como dice el artículo 92 del código de procedimiento y lo confirma el 93 ibidem".

Hechos probados

Para deducir las conclusiones pertinentes, conviene enumerar los hechos probados en el expediente:

1º El Procurador General de la Nación, en escrito de 16 de marzo de 1944, acusó a los funcionarios nombrados "por alguno de los delitos de que trata el capítulo VI, del título III, libro II del código penal".

2º Los doctores Miguel A. Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal y Virgilio de J. Suárez eran magistrados del Tribunal Superior de Tunja los dos primeros y del de Santa Rosa de Viterbo el tercero. El doctor Baudilio Galán Rodríguez era magistrado del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Tunja (fls. 12v., 16, 17, 121, etcétera).

3º El 10 de febrero de 1944 apareció el número 2894 del periódico "El Siglo", que se edita en esta ciudad (f. 1).

4º En la primera página de esa edición y en destacados caracteres se lee:

"EL PAIS AL BORDE DE LA REVOLUCION.— LAUREANO GOMEZ EN LA CARCEL Y LOS ASESINOS DE MAMATOCO ESTAN LIBRES.— EL ENCARCELAMIENTO DEL DOCTOR LAUREANO GOMEZ, DECRETADO POR EL REGIMEN, IMPONE AL CONSERVATISMO DEL PAIS EL DEBER DE LIBERTARLO Y DE RESTAURAR EL DERECHO Y LA JUSTICIA EN COLOMBIA.

"LOS CONSERVADORES DEL PODER JUDICIAL DECRETAN LA HUELGA DESDE EL DIA DE HOY —MAGISTRADOS, FISCALES Y JUECES NO DEBEN ASISTIR— EL DIRECTORIO NACIONAL CONSERVADOR ORDENA DECLARATORIA DE HUELGA EN EL LLAMADO PODER JUDICIAL.

"EL DIRECTORIO NACIONAL CONSERVADOR, ORDENA:

"Todos los Magistrados, jueces y fiscales conservadores deben abstenerse de concurrir a sus despachos y decretar la huelga del poder judicial desde el día de hoy.—Bogotá, febrero 9 de 1944.— EL DIRECTORIO NACIONAL CONSERVADOR, Alfonso Uribe Misas—Silvio Villegas—Juan Uribe Cualla—Guillermo León Valencia—Roberto Cavelier".

"A LOS CONSERVADORES DEL PAIS

"Se advierte a todos los Directorios Conservadores del país que deben estar alerta y prevenir a los copartidarios para cumplir estrictamente las órdenes que se dicten en las horas siguientes.

"LA MANIFESTACION DE HOY

"La ciudadanía bogotana prepara hoy una gran manifestación de protesta, que se reunirá a las cuatro frente al edificio de **El Siglo.**

"POR DOS VECES LA MULTITUD QUISO DAR LIBERTAD AL DOCTOR LAUREANO GOMEZ, AYER.

"RELATO DE LA DETENCION DEL DOCTOR LAUREANO GOMEZ—MANIFESTACION FRENTE A 'EL SIGLO' — LOS DISCURSOS—LA INDIGNACION CONSERVADORA — COMPLETOS DETALLES.

"EL GOBIERNO NACIONAL AMENAZA CON FUSILAR A LOS CONSERVADORES.

"CALUMNIA AL DOCTOR LAUREANO GOMEZ. — RECONOCE ESTADO DE GUERRA CIVIL DEL PAIS".

En la página segunda se lee:

"SESIONA EL DIRECTORIO

".....El Directorio Nacional, como primera medida, dirigió una circular a todos los directorios seccionales de los catorce Departamentos, infor-

mándoles de **la situación política que acaba de crearse** y pidiéndoles que el deber sería estar en pie, **listos a protestar** por la arbitraria medida del Juez Cuarto.

".....No menos de doscientos conservadores, pertenecientes a las distintas actividades sociales, se reunieron, a la citada hora (en las oficinas de **El Siglo**) y todos, en forma unánime, protestaron por la arbitraria detención del doctor Gómez y fueron de parecer que se debía proceder a lanzar a los conservadores a la calle, en manifestación pacífica, para que constara públicamente **la adhesión al jefe del partido** y fuera al mismo tiempo **una airada protesta por su detención.**

"HAY SABOTEADORES

"Desde que el doctor Estrada Monsalve comenzó su discurso, un grupo de **saboteadores liberales,** apostados en la calle 11 con la carrera 9ª, se dieron a la tarea de lanzar piedras sobre los manifestantes.

"HABLA LEON REY

".....El doctor José A. León Rey, representante conservador, subió a una de las pilastras situadas en las puertas del Palacio de Justicia y en frase castigada y enérgica vapuló al Juez, llamó a los conservadores a la disciplina y a rodear al doctor Gómez en estos momentos más que nunca".

En la página quinta del diario mencionado, se lee:

"EL CONSERVATISMO COLOMBIANO ESTA LISTO AL SACRIFICIO EN DEFENSA DE SU JEFE UNICO EL DOCTOR LAUREANO GOMEZ.

"GUERRA CIVIL IMPLICA LA ORDEN DE DETENER AL DOCTOR LAUREANO GOMEZ". (Los subrayados son de la Corte).

5º Dice el Fiscal del Tribunal Superior de Tunja en nota dirigida a la Procuraduría:

"Con motivo de la detención del doctor Laureano Gómez, **que tan profundamente conmovió al país,** la prensa y la radio lanzaron entre otras noticias sensacionalistas, la de que habría una huelga de los miembros conservadores del Organo Judicial y aun llegó a informarse que los Magistrados de la Corte la habían iniciado y la estaban propiciando, lo cual dio margen para que, dentro del natural revuelo y agitación del momento, los funcionarios de aquí acordaran reunirse para adoptar una determinación al respecto".

6º De ésta manera, algunos miembros del órgano judicial y del ministerio público, decidieron reunirse en casa del doctor Miguel de J. Niño Leal, y concurrieron, además de él, los doctores Miguel A. Roa Medina, Pedro Bayona Zárate y Eliécer Antonio Gómez.

Dice el doctor Niño Leal en su indagatoria:

"Después de oír al doctor Roa Medina, el más joven, pero más mesurado, se elaboró la declaración que publicó la prensa capitalina".

7º En la primera página del número 2897 de **El Siglo,** correspondiente al 13 de febrero de 1944, se publicó la declaración aludida, que dice así:

"Los suscritos magistrados, jueces, fiscales y funcionarios judiciales de Boyacá,

"DECLARAMOS:

"La República que mancha sus tradiciones, su escudo y su bandera con la libertad de los criminales y la prisión de los paladines de la virtud, el patriotismo y el decoro, como el doctor Laureano Gómez, no es la patria en cuyo nombre venimos sirviendo a la justicia. Mientras el imperio de ésta no se restablezca con la detención de los delincuentes y la libertad de los hombres honrados, mantendremos viva **la protesta airada** que enfáticamente hacemos ante la Nación por los atropellos cometidos, y seguiremos gustosos a los restauradores de la dignidad nacional.—Tunja, febrero 10 de 1944.—Miguel A. Roa Medina—Miguel de J. Niño Leal—Baudilio Galán Rodríguez—Virgilio J. Suárez".

No se trajo al proceso el original de esta declaración-protesta, pero los acusados reconocen como auténtica la que fue publicada en **El Siglo** y que ha quedado transcrita.

8º El doctor Virgilio J. Suárez, que no estaba presente, autorizó desde Santa Rosa de Viterbo que se suscribiera en su nombre el escrito anterior, como lo declara en su indagatoria.

9º El magistrado Roa Medina, una vez escrita la mentada declaración y, conforme al deseo de los firmantes, la entregó en la redacción de **El Siglo,** el sábado 12 de febrero por la noche, como lo expone en su indagatoria.

10º Los acusados leyeron en **El Siglo** la noticia de la detención del doctor Laureano Gómez y las incitaciones del Directorio Conservador contra el orden público.

Así, dice al respecto el doctor Roa Medina:

"Hacia el medio día esos amigos se reunieron en la casa del doctor Miguel de J. Niño Leal, para definir su criterio. Citado yo, por insinuación del doctor Niño, llegué allí un poco más tarde que los demás. A esa hora talvez había llegado ya **El Siglo** de ese día (10 de febrero); no estaba yo para leerlo con cuidado, por mi problema familiar. **Traía este periódico la insinuación de huelga judicial**; los reunidos no paramos mientes en ella; ni nosotros ni nuestros amigos del Distrito cerramos ni cerraron las oficinas judiciales en aquellos días, en tiempo hábil para el trabajo". (Subraya la Sala).

Este conocimiento del contenido del periódico **El Siglo,** por parte de los magistrados, queda corroborado con la afirmación que hace el funcionario de instrucción en la diligencia del folio 79 del informativo.

11º La Procuraduría, en ejercicio de sus atribuciones y deberes, dirigió un despacho a los funcionarios hoy acusados, haciéndoles ver la inconveniencia e ilegalidad de su actuación y anunciándoles que haría iniciar la investigación correspondiente. (F. 3).

Entre los apartes importantes de esa comunicación, pueden leerse estos:

"Por primera vez en la historia del país, atropellando todas las tradiciones jurídicas de Colombia, un Directorio político ha tenido la osadía de impartir órdenes a los magistrados, jueces y agentes del ministerio público, a quienes se ha atrevido a subcalificar como miembros de un partido político, para que decretaran la huelga en ejercicio de las sagradas funciones constitucionales y legales que implica la administración de justicia.

"...pero unos pocos, entre los cuales lamentablemente se encuentran ustedes, olvidando el juramento prestado a la sagrada investidura que los habilita para administrar justicia a todos los colombianos sin distinción de partidos, razas, religiones, posición social o económica, etc., creyeron que podían atender las insinuaciones de la subversión y que sin renunciar primero el cargo que desempeñaban, podían también hacer la clamorosa protesta política que lanzaron y que tan justamente tiene alarmado al país.

"Si ustedes creían que primero estaba su condición de políticos que la de jueces o fiscales serenos e imparciales, ajenos a cualquiera otra preocupación que no fuera la de cumplir con los deberes de sus cargos, han debido presentar ante todo RENUNCIA de ellos, y descender luego al terreno candente de la política a donde han descendido; pero sin esa renuncia, ustedes se han colocado en una situación que hará muy difícil y azaroso en lo futuro el desempeño de sus cargos, porque como magistrados, jueces o fiscales autocalificados de conservadores, ¿cómo podrán intervenir ustedes adecuadamente en la administración de justicia cuando alguna de las partes interesadas en los litigios o controversias no pertenezcan a la misma fracción política o al mismo partido político a que ustedes pertenecen? ¿Cómo podrán de ahora en adelante quitar de la mente de las gentes la sospecha de que, así como han atendido a una insinuación subversiva de un Directorio político, atiendan también en lo futuro las que ese Directorio les haga para fallar los litigios en este o en el otro sentido?

"Ustedes deben saber que las providencias judiciales no tienen recursos políticos y que entre los de orden jurídico que reglamentan las leyes no están las manifestaciones colectivas, ni en favor ni en contra de los funcionarios del órgano judicial, ni mucho menos las ordenadas por los directorios políticos...".

12º El 23 de febrero de 1944 el Directorio Nacional Conservador dirigió un telegrama a los acusados, en el cual se leen frases de respaldo a su actitud, del cual conviene transcribir algunos apartes, como los siguientes:

".....,creemos de nuestro deber presentarles nuestro más franco y decidido respaldo por su admirable declaración en presencia de aquel atentado del régimen, que se llevó a término sin la protesta pública del que hoy aparece como celoso sacerdote de una justicia varias veces escarnecida con su complaciente silencio.

".....La huelga que el Directorio decretó como medida de resistencia activa ante los desmanes de la oligarquía imperante, estuvo ampliamente justificada, porque roto el orden jurídico, quienes desempeñaban posiciones como representación auténtica de nuestro partido en el poder judicial, de acuerdo con la Constitución y las leyes, no pueden asumir actitudes vacilantes e indiferentes, tienen que obrar como lo han hecho, en forma valerosa y digna. Resulta paradójico que las instituciones consagren el derecho de huelga para mejorar las condiciones económicas de los asalariados y bregar por su mejoramiento pecuniario y se califique de delito ejercerlo para restablecer el imperio del derecho vulnerado y para garantizar que en la República se imparta justicia efectiva

con independencia de los intereses del círculo de gobernantes que han desquiciado nuestras tradiciones democráticas y están precipitando al país por los desfiladeros de la anarquía.

".....El altivo gesto de ustedes se explica y justifica como una necesaria censura de proyecciones históricas, que pone al desnudo el criminal sistema de coacción administrativa sobre los jueces para que oculten los crímenes de Estado y encarcelen arbitrariamente a los periodistas que los denuncian con singular entereza. Y está bien que eso haya sucedido dentro del mismo Poder Judicial, pues los **Magistrados y Jueces conservadores** no hicieron otra cosa que volver por la ultrajada dignidad de la magistratura y demostrar que todavía la corrupción reinante deja en pie algunos valores morales.

"Nosotros asumimos la total responsabilidad de una medida que el doctor Escallón se atreve a calificar de subversiva, pero que apenas constituye la reacción severa y ejemplar contra los desafueros del régimen a que aquél sirve tan resignadamente.

".....Rogámosles publicar profusamente este telegrama y continuar como hasta el presente en actitud erguida que no comprenden los espíritus pigmeos en estas horas aciagas de la patria. Saludámoslos atentamente. DIRECTORIO NACIONAL CONSERVADOR. Alfonso Uribe Misas, Silvio Villegas, Juan Uribe Cualla".

El editorial del mismo número del periódico en que apareció publicada la anterior comunicación, hace parecidos comentarios.

13º Los sindicados escribieron una larga carta al Procurador General de la Nación, que fue publicada en el número 2918 de **El Siglo,** del 5 de marzo de 1944, en la cual, en forma iracunda e irrespetuosa contestan la comunicación del Procurador a que se hizo referencia anteriormente.

La infracción penal y la responsabilidad. — El código penal considera como abuso de autoridad el hecho de que un funcionario o empleado público "forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de ese carácter".

Los elementos de esta especie de delito son, pues, los siguientes:

a) Ser el infractor funcionario o empleado público; y

b) Formar parte de directorios políticos o intervenir en debates de carácter político.

La ley colombiana ha sido severa y no transige con la intervención de los funcionarios públicos en la política. Y así, aunque el código de 1890 no tenía precepto especial, se consideró aplicable el artículo 528 a los casos de ingerencia en ella; pero ya desde 1930 —ley 60, artículo 8º— constituyó **causal de mala conducta,** prohibición que ratificó el artículo 18 del código de procedimiento civil, que el artículo 180 del actual código penal declaró terminantemente como delito en caso de quebrantarse y que, por último, quedó consagrada como canon constitucional por el artículo 178 de la Carta.

Que los acusados son aquí funcionarios o empleados públicos no es cuestión sujeta a controversia, porque su carácter oficial está plenamente comprobado.

Tampoco lo es la circunstancia de haber formado parte de directorios políticos, pues de ella no se trata ahora.

Lo que hay que dilucidar es qué se entiende por **intervenir en debates políticos,** porque ese es el cargo que se hace a los sindicados.

La ley no ha definido lo que debe entenderse por debate de carácter político en el cual no deban intervenir los funcionarios públicos, pero del propósito o intención del legislador puede colegirse cuándo existe.

Debate, en general, es contienda, lucha, combate por el predominio de tendencias, ideas o aspiraciones determinadas. Pero porque los partidos vivan en pugna más o menos aparente y porque en sus programas tengan o deban tener un conjunto de principios filosóficos y jurídicos, no se puede concluír que toda controversia entre ellos constituya el debate político vedado a los funcionarios. En efecto, nuestra Carta fundamental, en vez de coartar, garantiza la libertad de pensamiento y concede a los funcionarios públicos el ejercicio del sufragio; por tanto, éstos no tienen por qué renunciar a su ideología política, ni siquiera en los menesteres propios de sus empleos. Es más, la política es el arte del gobierno y los funcionarios y empleados públicos, al cumplir los deberes de su oficio según su leal saber y entender, hacen política en la acepción más noble y alta del vocablo.

Así las cosas, el expresar las propias ideas sobre determinadas cuestiones en forma meramente doctrinal y abstracta, sin miras próximas o remotas con un debate electoral, no es intervenir en debate político. No incurren, pues, en el delito de

abuso de autoridad por intervención en política, los funcionarios que como escritores o catedráticos enseñan en sus producciones o en sus cátedras determinadas doctrinas que profesen los adictos a un partido político, ni aun cuando critiquen las actuaciones o las ideas del contrario, ni los jueces o magistrados que al interpretar la Constitución o las leyes siguen las enseñanzas filosóficas de su partido.

Como lo ha expresado la Sala, quiso el legislador, al prohibirles a los funcionarios la intervención en la política activa, y en concreto, a los jueces y magistrados, dos cosas: la primera, obligarlos a conservar la serenidad que deben tener para impartir justicia por igual a todas las personas, sin distinción de clases, ideas o partidos; y la segunda, proporcionarles a los ciudadanos la confianza que deben tener en sus jueces, de manera que no puedan temer que la justicia se tuerza por el influjo de la pasión política. Por consiguiente, el debate político en que no deben tomar parte es aquel en que se manifiesta en forma ostensible la pasión política, o sea, la exaltación o afecto desordenado por un partido.

Al respecto, conviene repetir lo que esta corporación ha dicho:

"La intervención de los funcionarios públicos —y particularmente de los jueces y magistrados— en debates de carácter político, es una de aquellas infracciones que se penan, no por el daño efectivo causado, sino teniendo en cuenta solamente el riesgo o daño de peligro, la intranquilidad pública, la desconfianza que siembra en el ánimo de los asociados la conducta del infractor, aun sin que pueda imputársele el haber causado un daño concreto y efectivo.

"Además, el legislador colombiano ha considerado que en un país de vehementes pasiones políticas, como el nuestro, si se dejara en plena libertad a los jueces para lanzarse a la ardiente lucha de los partidos y de los bandos políticos, no sólo sufriría mengua aquella tranquila confianza a que tienen derecho todos los ciudadanos en la recta administración de justicia, sino que aun la misma serenidad e imparcialidad de los jueces, objetivamente considerada, se pondría en gravísimo peligro.

"No es verosímil que los ciudadanos de un partido y aun de un bando político abriguen seguridad de que para juzgarlos será completamente sereno e imparcial un juez que, perteneciendo al bando o partido opuesto, **exhiba públicamente su exaltación política, o sea incapaz de refrenar la vehemencia de sus sentimientos y anhelos políticos o tercie en la lucha como cualquier combatiente** dejando de lado los miramientos debidos a su calidad de juzgador y el deber especial que tiene, no sólo de ser imparcial en la administración de justicia, sino también de parecerlo, de conducirse en forma que los ciudadanos puedan confiar sin zozobras en la serenidad del juez. (Auto de 30 de septiembre de 1942. G. J. números 1998-99, página 329 y subraya ahora la Sala).

"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 que antes tenían en la imparcialidad de estos funcionarios. Perder la serenidad y la 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". (Sentencia de 12 de febrero de 1946).

Para concluir esta digresión, debe decirse que el debate político por definición es el electoral, porque es cuando los partidos políticos luchan de manera directa o inmediata por el predominio de sus fuerzas y programas y a los comicios tiende mediata o indirectamente la agitación de los partidos. Por tanto, los discursos en reuniones de partidarios, la asistencia a las convenciones preelectorales, los escritos que miren más o menos próximamente a unas elecciones populares, pueden considerarse como intervenciones ilícitas. Pero constituyen también debate político cualesquiera actividades en que haya pugna encendida, manifestación apasionada de las ideas, propósitos o intereses de algún partido, aunque no se realicen con miras próximas a los comicios. Y el funcio-

nario que tome parte en esas manifestaciones vehementes, quebranta la ley penal, porque estaría demostrando que no es capaz de conservar la imparcialidad necesaria para ejercer las funciones de su cargo. El código no habla de **debate electoral,** sino de debate de **carácter político;** y sería un contrasentido afirmar que comete delito un funcionario que tome parte activa en unas elecciones que transcurran en la forma más apacible que se pueda imaginar —como habría de afirmarlo— y que no comete delito el que tome parte en manifestaciones exaltadas de los partidarios de una fracción determinada.

Viniendo ya al caso concreto, ¿puede considerarse como intervención en un debate de carácter político la "protesta airada" de los funcionarios acusados?

Tomando esa protesta como separada del ambiente en que se produjo, quizás pudiera aceptarse la razón de los Magistrados firmantes, de que no estaban obligados a prescindir de sus opiniones políticas ni, por consiguiente, les estaba vedado protestar por un hecho escandaloso que violaba, en su concepto las bases fundamentales de la organización política nacional. Pero dejándola en el medio que la determinó, no hay duda de que los funcionarios acusados intervinieron en un debate político, de carácter eminentemente político.

En efecto, es indudable que hubo una gran conmoción política y que ella se produjo a consecuencia de la detención del jefe del partido conservador, doctor Laureano Gómez, hecha por el Juez Cuarto del Circuito Penal de Bogotá. El mismo texto de la proclama pública de los acusados así lo expresa terminantemente, y ésta se escribió al calor de la exacerbación que aquel suceso produjo en los miembros de la citada colectividad.

Además la protesta se escribió después de que los Magistrados leyeron el periódico **El Siglo,** en el cual se llevó la incitación contra el orden público hasta recomendar que se procediera a libertar por la fuerza al doctor Laureano Gómez, hasta a declarar el "estado de guerra civil en el país", y hasta a ordenar a los jueces, magistrados y fiscales conservadores que decretaran la huelga judicial como protesta por el hecho apuntado, huelga prohibida por la Constitución nacional. Es oportuno anotar la coincidencia de los términos empleados por el órgano oficial del partido conservador y por los autores de la protesta que se comenta: en el periódico se dice que el doctor Laureano Gómez, jefe del partido, ha sido reducido a detención arbitraria, mientras que los asesinos de Mamatoco están libres; y los Magistrados dicen que deben ser detenidos los delincuentes y libres los hombres honrados; en el diario se incita a los conservadores a hacer una manifestación de "airada protesta" por la detención del doctor Gómez, y los Magistrados hacen "la protesta airada" por la citada detención; el periódico califica de atropello y violación de la justicia la detención del jefe del partido, y los Magistrados consideran también como atropello y violación de la justicia; en fin, **El Siglo** pide la adhesión y seguimiento a su jefe y los Magistrados manifiestan que seguirán gustosos a los restauradores de la dignidad nacional. Todas las frases fueron, pues, tomadas del periódico oficial del partido.

Un hecho que desencadena tan extraordinaria agitación pública que, en opinión de los partidarios del doctor Gómez, ha puesto al país "al borde de la revolución" y ha trastornado el orden público en semejante forma, no puede menos de considerarse como un debate político, y no cualquiera, sino un fuerte, público y encendido debate que puso en grave peligro la tranquilidad ciudadana.

¿Y cómo se puede dudar de que fue un debate político, cuando el periódico oficial del partido dice que el **conservatismo** debía libertar por la fuerza a su jefe, cuando el Directorio del partido ordenó la huelga a los funcionarios **conservadores,** prometía informar a los Directorios seccionales de la "situación política que acaba de crearse", incitaba a los miembros del mentado partido a hacer manifestaciones públicas de adhesión a su jefe y hablaba de saboteadores **liberales?**

Ahora, que la declaración de los acusados se hizo con móviles partidistas, lo demuestran dos hechos irrecusables: el primero, que fue "autorizada por todos los magistrados, jueces y empleados subalternos **conservadores** de este Distrito, como lo dice el Fiscal del Tribunal de Tunja; y el segundo, que la declaración-protesta fue llevada a El Siglo, periódico oficial del partido conservador, por uno de los Magistrados firmantes con el objeto de que se diera a la publicidad, de acuerdo con el deseo de sus autores.

"Tan esencialmente política fue esa declaración —dice la Procuraduría— que determinó al Directorio Nacional Conservador a calificarla de ADMIRABLE, a ofrecerles a los firmantes de ella el "más franco y decidido respaldo", y a irrespetar-

s rogándoles que publicaran "profusamente" el legrama de dicho Directorio, y que continuaran omo hasta el presente en actitud erguida".

"Y no hay constancia alguna en el expediente e que esta atrevida insinuación de un directorio olítico a funcionarios del órgano judicial hubiese ido rechazada por éstos en forma enérgica y dig-a, a pesar de que uno de los procesados, el doctor uárez, reconoce lo siguiente en su indagatoria:

"Preguntado: si no fue consecuencia de la or-den del Directorio Nacional Conservador, cómo explica usted que el mismo Directorio en publi-cación aparecida en el periódico El Siglo del día veinticuatro de febrero, dirigida a todos los fir-mantes de la declaración-protesta, se les alabe la actitud tomada por ustedes? Contestó: Esta sí es una declaración netamente política emanada de una entidad puramente política... El periódico El Siglo está dirigido por políticos y desde esas co-lumnas ejercitan actos de política a cuyo partido pertenecen... No rectifiqué al periódico El Siglo cuando afirmó algo sobre la declaración-protesta **hecha por los miembros conservadores del Poder Judicial de Boyacá,** porque yo soy conservador, sin que esto implique el que haya ejercitado actos de política al hacer la manifestación tántas veces mencionada" (Subraya la Sala).

"Y no contentos con esto los firmantes de la declaración ameritada —prosigue la Procuraduría— volvieron a ocupar las columnas de El Siglo de fecha 5 de marzo de 1944, para seguir intranquili-zando la seguridad pública con afirmaciones de credo político, como éstas:

"Si nos llamamos conservadores porque Dios, Patria, Justicia y Libertad no son para nosotros meros conceptos, sino esencia y fundamento de nuestros principios, no piense usted (se dirigen al Procurador) que hemos de traicionar éstos a mer-ced de presión ajena o de las veleidades de la for-tuna. He ahí la base granítica de nuestra indepen-dencia de carácter".

Frente a todo esto, resultan inadmisibles las ex-plicaciones de los acusados de que solamente que-rían salvar el prestigio de la justicia en Colombia y no intervenir en un debate de carácter político, porque entre las facultades de los empleados o funcionarios públicos no figura la de protestar por las actuaciones de los otros funcionarios, ni menos interviniendo en una agitación pública candente como la de que entonces se trataba, porque eso constituye abuso de la autoridad de que se hallan revestidos. Las providencias de los jueces y ma-gistrados, cuando son arbitrarias o erróneas, tie-nen medios legales de reparación encomendados a los funcionarios superiores de la jerarquía ju-dicial. Para eso está instituída precisamente esa jerarquía y se han establecido los recursos ordi-narios de reposición, apelación o consulta y los extraordinarios de casación y revisión. Y si los actos de los funcionarios son manifiestamente do-losos, todos los ciudadanos y, especialmente los empleados y funcionarios públicos, tienen el deber de denunciarlos ante las autoridades competentes. Es más, la ley ha confiado al Ministerio Público, no sólo el procurar la defensa social contra los delincuentes en general, sino de manera muy par-ticular (ley 83 de 1936) la vigilancia de la admi-nistración de justicia.

Este proceso y el que contra el Juez Cuarto del Circuito Penal de Bogotá se adelanta, demues-tra la sinrazón del procedimiento adoptado por los señores Magistrados. En definitiva, no puede admitirse en manera alguna que, existiendo au-toridades y recursos contra los abusos o desacier-tos de los encargados de administrar justicia, se autoricen las incitaciones contra el orden público ni las declaraciones de carácter político de los mismos empleados oficiales, porque no sólo se causa el desorden en la sociedad, sino que se que-branta la armonía de los órganos del Estado.

Por todo lo expuesto, concluye la Procuraduría:

"La elevada posición judicial que ocupaban y ocupan los doctores Miguel A. Roa Medina, Mi-guel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez y Baudi-lio Galán Rodríguez como Magistrados de un Tri-bunal de Justicia; la presunción de que esa digni-dad supone sobresalientes condiciones en las dis-ciplinas jurídicas; el estar prohibido a los em-pleados públicos ejecutar actos para los cuales no los autoriza la ley; el no poder ellos intervenir en debates políticos, fuera del ejercicio del sufragio; el congregarse especialmente para redactar una declaración de carácter partidista, en momentos en que estaba encendido en el país un trascenden-tal debate de esa naturaleza; el llevar personal-mente uno de aquellos Magistrados ese documen-to a las oficinas del órgano más autorizado de un partido beligerante con el fin de darlo a conocer de toda la nación; y el daño social que ese proce-der de los Magistrados ocasionó, todo esto sig-nifica que tales funcionarios infringieron la ley penal con pleno conocimiento de la ilicitud del hecho".

La Corte acoge las anteriores consideraciones y, como estima llenados los requisitos del artículo 429 del código de procedimiento penal, dictará contra los sindicados el auto de proceder correspondiente.

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, llama a responder en juicio criminal a los doctores Miguel A. Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez y Baudilio Galán Rodríguez, como infractores de alguna o algunas de las disposiciones contenidas en el capítulo VI, del título III, del Libro Segundo del Código Penal, que trata "de los abusos de autoridad y otras infracciones".

El presente auto se notificará a los procesados haciéndoles saber el derecho que tienen de nombrar defensor, según el artículo 432 del código de Procedimiento Penal.

El señor Juez 1º Superior de Tunja notificará esta providencia a los doctores Roa Medina, Niño Leal y Galán Rodríguez y el señor Juez Superior de Santa Rosa de Viterbo al doctor Suárez. Líbrense los despachos del caso.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

SALVAMENTO DE VOTO

Los suscritos Magistrados, con el más profundo respeto por la determinación que han tomado nuestros colegas de la mayoría, nos vemos en la necesidad de salvar nuestro voto ante la imposibilidad de compartir en su totalidad los puntos de vista expuestos en el auto de proceder por el cual se llama a responder en juicio criminal por el delito de intervención en política a algunos funcionarios de la rama jurisdiccional del Distrito Judicial de Tunja.

Los motivos que nos han inducido a apartarnos de las conclusiones tomadas por ellos son de estricto carácter jurídico y concretamente en cuanto se refiere a la estructuración del llamado delito de intervención en política, para el caso que ahora ha ocupado a la Corte.

Desde luego, consideramos con los señores Magistrados de la mayoría, que es de todo punto de vista censurable la actitud asumida por los funcionarios acusados, la cual quedó expresada en la Protesta que lanzaron con motivo de la detención por un Juez de Bogotá contra un ciudadano, director de un periódico y Jefe de una colectividad política. Actuaciones de esta naturaleza son por lo menos imprudentes y no debieran jamás provenir de los funcionarios de la rama jurisdiccional porque ellos deben mantenerse al margen de las disputas y contiendas de las colectividades políticas. Más prudente hubiera sido el silencio total porque esta clase de protestas de unos funcionarios judiciales contra otros de igual o inferior categoría tan sólo conducen a desprestigiar la labor judicial.

Con todo, la referida protesta, a nuestro modo de ver, debe considerarse aisladamente, como un episodio independiente de las excitaciones que sobre estos funcionarios pudieron ejercitar públicamente los miembros de algún partido político. La declaración de los funcionarios acusados, por su redacción y por las finalidades que con ella se perseguían, clamar contra una injusticia que en concepto de ellos se había cometido por un Juez del Circuito de Bogotá, no puede considerarse como una intervención de estricto sentido político. Juzgada por su contenido como un simple concepto personal de los firmantes, indebido desde luego, pero no formulada como actividad propia de miembros de una determinada facción política, lo cual no está establecido, resultaría excesivo considerarlos responsables de actos ajenos a sus actividades, realizados por quienes eran libres para hacerlo. Es verdad que aquélla manifestación fue alabada por el Directorio Nacional Conservador y publicada en el periódico El Siglo, pero estas dos circunstancias no constituyen plena prueba de que la Protesta en sí pueda considerarse como un acto delictuoso de los que contempla el artículo 180 del Código Penal. Otra sería en nuestro concepto la situación si aquellos empleados hubieran ejecutado su Protesta en su carácter de miembros de un partido político. Pero esta actividad así realizada no se ha establecido por medio de la prueba en el proceso y podría resultar desmesurado darle ese alcance.

Por las razones que anteceden, hemos juzgado más de acuerdo con la estructura del artículo 180 del Código Penal que para llamar a juicio por esta clase de delitos, la prueba sobre la intervención en debates políticos debe estar singularizada en forma concreta y nítida. Como en el caso actual no lo está, somos partidarios de que el proceso se califique sobreseyendo temporalmente en favor de los acusados, para que en una nueva actividad investigativa se establezca la verdadera índole de los actos que dieron lugar a la protesta de los funcionarios acusados.

Domingo Sarasty M.—Jorge E. Gutiérrez Anzola.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

El texto completo del artículo 178 de la Carta no circunscribe el debate político al debate electoral, antes por el contrario, comprende en su prohibición todos los actos de política beligerante. Que por debate político se entienda no sólo el electoral, sino toda lucha, contienda u oposición en que se manifieste ostensiblemente la pasión política, esto es, todas las actividades en que haya pugna encendida, manifestaciones vehementes de las ideas, propósitos e intereses de una fracción contra otra, es tesis que le parece clara y jurídica a la Corte porque para deducirla no tuvo presente sino el propósito que guió al legislador en el particular.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiocho de abril de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

Vistos:

Los doctores Miguel A. Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal, Virgilio J. Suárez y Baudilio Galán Rodríguez piden reposición de la providencia de esta Sala, de 14 de octubre último, por lo cual se les llamó a juicio.

Pasa, pues, la Corte a estudiar las razones que, por medio de sus representantes legales, invocan los mentados funcionarios:

a) **El doctor Baudilio Galán Rodríguez alega que la Corte no tiene competencia para juzgar a los magistrados de los tribunales de lo contencioso-administrativo.**

En favor de su tesis dice que la jurisdicción y competencia son de orden público, lo que implica que los jueces no pueden extenderla por analogía a casos semejantes, y que aquellos funcionarios no están comprendidos por el Código de Procedimiento Penal entre los que han de ser juzgados en única instancia por esta Sala de la Corte. Agrega que esa ha sido la doctrina constante de la corporación y que no ha debido cambiarse para este caso.

La Corte había venido sosteniendo, es verdad, la doctrina invocada por el recurrente, como puede verse en los fallos de 31 de mayo y 13 de junio de 1940 y en el de 25 de agosto de 1944 (**Gaceta Judicial** números 1957-58, páginas 652 y 655, y 2010-14, página 661). Pero rectificó su criterio desde el auto de 12 de agosto del año pasado, en el cual aceptó que debía conocer de los juicios de responsabilidad seguidos contra los fiscales de los tribunales y contra los magistrados de lo contencioso-administrativo, basándose en el argumento que la Sala repite en la providencia cuya reposición se pide. Esto es, en que habiendo sido colocados dichos funcionarios en la misma categoría que los magistrados de los tribunales superiores, deben ser juzgados como éstos por la Corte, cuando se les hagan cargos de responsabilidad.

En aquella providencia de 12 de agosto se dijo que entre los privilegios, prerrogativas o derechos está el de gozar de fuero, o sea, el de no ser juzgados sino por tribunales especiales, como se ha establecido para los militares, para los eclesiásticos, para los congresistas, para los jueces y magistrados. Y es, claro que en el privilegio está comprendida la competencia especial y por ello hubiera sido redundante hablar de privilegio y también de competencia, porque ésta surge naturalmente de aquél.

Por eso debe concluírse que el hecho de que el artículo 42 del código de procedimiento penal no comprenda a los fiscales de los tribunales ni a los magistrados de lo contencioso entre los funcionarios que deben ser juzgados por la Corte, no quiere decir que la naturaleza del precepto que ha señalado su categoría no obligue a hacerla efectiva, so pena de dejar burlado al legislador en sus mandatos.

O lo que es lo mismo, que no puede hablarse aquí de analogía, porque no se transporta o traslada lo dispuesto para unas personas a otras personas no comprendidas en un estatuto legal, no se va a llenar el vacío de una disposición, no se un caso afín o semejante, sino que del texto que atribuye la competencia de la Corte por existir en

consagra un derecho —la categoría igual de unos y otros funcionarios— se deduce la conclusión que de ese derecho emana. A no ser que se admita que los estatutos legales no son actuantes, dinámicos eficaces, sin necesidad de que tal cosa se diga expresamente, salvo casos excepcionales como aquellos en que se definen delitos o se señalan penas.

Como adelante se repetirá, los expositores están de acuerdo en que también la ley penal necesita de interpretación en muchos casos; agregan que ella puede ser restrictiva, extensiva y analógica; explican cuándo puede adoptarse cada una; pero concluyen que, en todo caso, debe atenderse a la naturaleza de la relación jurídica a que se refiere la norma de procedimiento, que debe aparecer como vivificada y animada por el fin que se le tiene asignado.

En el evento que se estudia no ha quebrantado la Sala el principio de que la cuestión legal de la competencia es de orden público, ni se ha deducido por analogía, ni, por tanto, ha ocupado el lugar del legislador para atribuírsela merced a doctrinas más o menos aceptables. Así hubiera obrado si por parecerle que los funcionarios de lo contencioso, en virtud de tener el mismo nombre de magistrados que los de la justicia común, deben gozar de fuero especial, y ser juzgados por la Corte. Pero habiendo señalado el propio legislador su jerarquía, apenas ha tomado esa competencia de un precepto legal que debe ser eficaz y que de suyo la encierra.

Así, quedan contestados los argumentos referentes a esta parte de la providencia cuya reposición se ha solicitado.

b) **Los debates en que no deben intervenir los funcionarios o empleados públicos son únicamente los electorales.**

Esto se deduce del hecho de que el legislador no ha definido lo que deba entenderse por debates políticos y del principio universal de que los jueces no han de tener como ilícitos hechos no previstos expresamente como tales, pues no hay infracción penal si no está consagrada por la ley: **nullum crimen sine lege.**

De otro lado, la Carta Fundamental determina que sólo está vedado a los funcionarios de la rama jurisdiccional "intervenir en debates de carácter electoral" (artículo 178), interpretación auténtica si la hay y que "la Corte tuvo buen cuidado de callar" para hacer más gravosa la situación de los acusados "aplicándola retroactivamente en materia penal".

Además, en varios pasajes de los alegatos se critica que la Corte haya usado de la interpretación, sobrepasando los límites que en esta materia están permitidos y que son mucho más restrictos que en el derecho civil.

A ello se responde:

Beccaría, a quien se cita por alguno de los recurrentes, niega a los jueces criminales "la autoridad de interpretar las leyes" porque no son legisladores y por el peligro de dejar a su buena o a su mala lógica desentrañar su sentido. De tal suerte que un código no debe ser sino un conjunto fijo de preceptos que "se deben observar a la letra", sin dejar a los magistrados otra facultad que la de averiguar si los hechos de los ciudadanos son conformes o no lo son con ella (capítulo IV de los delitos y de las penas).

Se explica el pensamiento del precursor de la ciencia penal moderna, que reaccionaba contra la arbitrariedad de los funcionarios, que reinó hasta su tiempo. Pero su criterio resultó y resulta impracticable por la misma naturaleza de las cosas. Por una parte, la ley no establece sino mandatos o prohibiciones generales y no es fácil saber siempre si un caso está encerrado en ellos; por otra, la aplicación de sanciones y los trámites del procedimiento, ofrecen dudas frecuentes; y, en últimas, la imperfección del lenguaje, los defectos de redacción y el progreso del mundo y de las instituciones, obligan muchas veces a acudir a la hermenéutica para poder actuar. Por eso Cicerón decía que el juez debe ser **lex loquens**, esto es, como explica Ferri, no una máquina colocada frente a una norma que desarrolla ciegamente, sino un ser pensante que tiene que valuar condiciones esenciales y circunstancias del delito, del delincuente y de la pena, y a quien, por eso, debe dejársele cierto arbitrio.

Según Florian, la interpretación de la ley penal consiste "en el procedimiento que lleva a conocer el sentido de la ley misma como expresión de la voluntad del legislador", y que para ello es menester tener en cuenta, no sólo la literal expresión de ese pensamiento, sino también la **ratio legis**, esto es, el motivo que la inspiró.

Viniendo a la interpretación analógica que a la Corte se atribuye y siguiendo al mismo autor, debe decirse que ella sólo tiene cabida "cuando una disposición de la ley, dictada para un caso, se transporta a otro no contemplado en esa ley". Esto es, como ya se dijo antes, cuando hay una verdadera laguna, cuando se quiere llenar un vacío

con lo dispuesto para eventos afines. Pero nunca, y es bueno repetirlo, cuando se trata **"de investigar el sentido de una ley"**, vale decir, cuando se quiere saber cuál es su verdadero contenido, si su expresión literal se presta a vacilaciones. En la analogía, concluye, no sólo falta la dicha expresión literal, sino también la voluntad del legislador. Si la duda persiste no puede el juez, sin invadir el campo del legislador, aplicar un estatuto cuyo contenido en realidad ignora; pero si llega a la comprensión evidente del precepto, faltaría a su deber si alegara no darle efectividad so pretexto de una incertidumbre que ya no tiene.

Respecto de la interpretación constitucional invocada por uno de los recurrentes, cabe decir que la Carta no sólo prohibe a los funcionarios de la rama jurisdiccional y del Ministerio Público intervenir en debates de carácter electoral, sino que también les veda **"ser miembros activos de partidos políticos"**. De suerte que el texto completo del artículo 178 no circunscribe el debate político al debate electoral, antes por el contrario, comprende en su prohibición todos los actos de política beligerante. Pero, sobre todo, se olvida que la Constitución no define delitos ni señala penas, y que en el precepto invocado apenas hace una prohibición genérica que no va contra la del código penal.

Ahora, que por debate político se entienda no sólo el electoral, sino toda lucha, contienda u oposición en que se manifieste ostensiblemente la pasión política, esto es, todas las actividades en que haya pugna encendida, manifestaciones vehementes de las ideas, propósitos e intereses de una fracción contra otra, es tesis que le parece clara y jurídica a la Corte, porque para deducirla no tuvo presente sino el propósito que guió al legislador en el particular. En efecto, la ley no puede permitir que primen en los juzgadores, no sólo los intereses personales de orden moral o material, sino hasta las apariencias de provecho distintas de las que reclama la equidad. Así, sanciona como delincuentes a los jueces y magistrados que sigan conociendo de un proceso después de haberse manifestado un impedimento o recusación, (aunque luego se den por no probados) con el fin de garantizar a los ciudadanos que se les hará justicia con la serenidad debida. Luego no hubiera sido lógico el legislador al permitirles ejercitar el augusto ministerio que les corresponde, cuando dan pruebas de que en su ánimo tiene más influencia la pasión partidista que los fines que deben consultar.

Esta precaución debe tener una máxima eficacia en un medio como el nuéstro, en que la adhesión de las gentes a las ideas o a las personas de sus partidos, tienen una fuerza que es o se considera incontrastable para un gran número de ciudadanos. Y si ya para muchos es motivo de perder la confianza el hecho de que de su causa conozca un juez que no pertenece a su partido, se aniquila por completo, cuando el funcionario hace manifestaciones de exacerbación política.

Cabe añadir como argumento que refuerza la tesis, que la condición de ser apolíticos los jueces, de no intervenir en la política militante, no es una prohibición que sólo tiene efectos en los debates electorales, sino que debe ser un estado permanente.

El caso anterior, fallado por esta Sala, resulta inapropiado, no sólo porque la Corte dice claramente que la comunicación de protesta airada que hizo un magistrado al concejo municipal de que formaba parte no se hizo en un debate político, sino porque la ley misma autorizaba antes a los funcionarios judiciales para formar parte de los cabildos. En efecto, basta transcribir uno de los apartes citados por alguno de los recurrentes, que dice así:

"Los términos del telefonema, no telegrama, tienen un indiscutible cariz partidista, pero como ese despacho telefónico no fue transmitido en virtud de un debate, esto es, en un torneo de aspiraciones electorales o de imposición de tesis de una colectividad banderiza, no puede afirmarse que la expresión bastante agria de los sentimientos del signatario de ese despacho encajen dentro de la prohibición establecida por el código en la parte final del artículo 180".

Así, pues, la Corte debe concluír que la providencia recurrida tampoco ha de reformarse en esta parte.

c) **La protesta de los magistrados no fue política,** es decir, no la hicieron en su carácter de miembros de un partido, ni para intervenir en la agitación producida por la detención del doctor Laureano Gómez, sino en su condición de particulares y aun de magistrados y únicamente por haberse atropellado la justicia deteniendo a un ciudadano benemérito.

Esta es, naturalmente, la razón más poderosa que traen los recurrentes, porque si se desvincula la protesta del ambiente en que se produjo, podría aceptarse la comisión de un acto imprudente y reprensible, como lo dicen los magistrados de

a Sala que salvaron su voto, pero no una infracción penal.

Argumentan así los recurrentes:

Que "no se produjo con motivo de debate o torneo político; y tanto es así, que el Directorio conservador incitó a la huelga judicial y, sin embargo, ellos no la decretaron. Además, el Juez Caicedo Lozano obró como juez y no como político y por consiguiente, la protesta fue por un acto jurídico y no por un acto político. De manera que, si así son las cosas, ellos sólo pretendieron cumplir con la ley penal, que impone a todos los ciudadanos el deber de denunciar los delitos de que tengan conocimiento; y que tan cierto es que se cometió una injusticia, que el Juez Caicedo ya fue condenado por esta Sala. Olvida la Corte, de otro lado, que los hechos de contenido netamente subjetivo sólo puede explicarlos el sujeto que los ejecuta y, en tal virtud, ha de atenderse el que dicen de los acusados sobre la intención o propósito con que hicieron la declaración que se considera ilícita, y ellos declaran enfáticamente que no fue política. Los aplausos del Directorio conservador y de la prensa del mismo partido a su actitud, nada quitan ni ponen al contenido de su protesta. En fin, no debe perderse de vista que la Corte protestó cuando el motín de Pasto, que en el caso actual algunos Magistrados de la misma entidad pidieron al Presidente de la República encargado que no suspendiera al doctor Laureano Gómez, que el Procurador declaró que la justicia en Colombia se estaba derrumbando, y que personajes ilustres del liberalismo también protestaron por un acto que consideraban lesivo de las instituciones patrias. De manera que en ningún caso podrá decirse que hicieron la proclama que sirve de base de sindicación por haber intervenido en un debate político, sino por haberse cometido una injusticia contra un ciudadano ilustre".

Se considera:

La Corte sentó tres bases para sacar la consecuencia enjuiciatoria que contempla la providencia recurrida: que hubo un debate político; que unos funcionarios hicieron una protesta airada; y que esa protesta se hizo con motivo o a causa de aquel debate y como intervención en él, esto es, que hubo relación de causalidad entre el debate político y la protesta.

Negar que hubo un debate político en este caso es negar la evidencia misma, cuando con motivo de la detención del jefe reconocido de un partido se incita a los funcionarios públicos a cometer el acto ilícito de decretar una huelga judicial, se invita a libertar por la fuerza al detenido, se declara al país al borde de la revolución, se ordena esperar órdenes del Directorio de aquel partido, se producen manifestaciones públicas numerosas, se pronuncian discursos encendidos, en una palabra, se conmueve profundamente la opinión pública y el periódico considerado como oficial se convierte en el portavoz de la indignación producida entre los afiliados, a causa de aquel acontecimiento.

Sentado otro punto innegable, el de la protesta iracunda de los magistrados, sólo queda repetir lo dicho ya en la providencia recurrida para establecer la relación de causalidad entre el debate y la protesta, como arriba se dijo, es decir, demostrar que no fue una protesta por un acto jurídico, sino una protesta de carácter netamente político.

Se explica la mayoría de los magistrados que dos de ellos salvaran el voto, porque esa convicción no se forma por prueba directa, sino por prueba indiciaria, dado que los propósitos e intenciones no se conocen ni se pueden conocer sino por circunstancias exteriores del agente o del acto.

El primer indicio de que la protesta fue política es el conocimiento que los magistrados tuvieron de lo sucedido y, sobre todo, de los encendidos escritos del periódico del partido conservador, en que se relataba lo ocurrido con el jefe de aquel partido, se ordenaba decretar la huelga judicial y se mantenía a los afiliados alerta para llegar hasta las medidas de fuerza, hasta la guerra civil si fuera necesario. Lo que es más diciente para el caso, se reclamaba de los conservadores hacer constar "una airada protesta" como señal de "adhesión al jefe del partido". Y en los autos existe una plena prueba de que los sucesos y el periódico fueron conocidos y comentados por los firmantes.

El hecho de que no hubieran decretado la huelga judicial no indica que no obraron a impulsos de las excitaciones del Directorio conservador y del diario de su partido, no los exime de responsabilidad, porque de todos modos ejecutaron un hecho delictuoso pedido por la dirección y periódico conservadores para sustentar la actitud que se creía conveniente para el partido: protestar airadamente como muestra de adhesión al jefe de esa fracción. Fácil es concluír que no sirve de excusa alegar que en vez de lo delictuoso que se ha mandado ejecutar, se ha realizado otro hecho igualmente vedado.

Otro indicio manifiestó de que la protesta se produjo al calor de la exacerbación que el hecho de la detención del doctor Laureano Gómez produjo en los firmantes y por las insinuaciones del Directorio y del periódico, es la coincidencia de los términos de la proclama —de todos ellos— y los que trae el periódico. Y se repite lo ya expresado anteriormente, ya que este punto es como ya se dijo, el más importante, y no fue aceptado unánimemente en la Sala:

En "El Siglo" se dice que el doctor Laureano Gómez, Jefe del partido, ha sido reducido a la cárcel, mientras que los asesinos de Mamatoco están libres; los magistrados dicen en su protesta que la República ha manchado sus tradiciones, su escudo y su bandera con la libertad de los criminales, y la prisión de los paladines de la virtud y que deben ser detenidos los delincuentes y gozar de libertad los hombres honrados. En el diario se excita a los conservadores a hacer una "airada protesta" por su detención; los señores magistrados hacen "la protesta airada" por la detención del doctor Gómez. El periódico califica de atropello y de violación de la justicia la detención del jefe del partido; y los funcionarios la consideran también como atropello y violación de la justicia. En fin, "El Siglo" pide la adhesión y seguimiento de su jefe, y los magistrados manifiestan que seguirán gustosos a los restauradores de la dignidad nacional.

Un tercer indicio es el hecho de que el mentado periódico habla del conservatismo y de los conservadores, incita a los jueces y magistrados conservadores a decretar la huelga, habla de saboteadores liberales, y ataca al partido liberal fuertemente. Ahora bien, la protesta fue concebida y autorizada por "los magistrados, jueces y empleados subalternos conservadores" del Distrito de Tunja.

Cabe agregar aquí, como refuerzo de esta razón, que si no fue política la protesta, no se explicaría que se hubiera llevado al periódico oficial del partido, que agitaba la opinión pública con motivo del suceso que la originó, lo cual se hizo por uno de los firmantes, con la autorización de sus colegas. El corolario de su actitud, naturalmente, fue el de recibir las alabanzas del periódico y del Directorio del partido, como que habían cumplido con las órdenes o deseos manifestados por ellos en la forma que creyeron más oportuna y conveniente. De esta suerte, aunque esas alabanzas fueron posteriores y no constituyen un indicio distinto, se enlazan y refuerzan al hecho principal que ahora se destaca, de que una manifestación política se lleve al diario del partido para que se conozca profusamente, como aporte obediente a los mandatos de un directorio político.

Dadas estas probanzas, cabe agregar el argumento, que es de hecho, aunque también es de derecho, de que los sindicados, como abogados y funcionarios no podían ignorar (ni, por tanto, puede admitirse como excusa) que las providencias judiciales tienen recursos suficientes para ser enmendados cuando no están de acuerdo con el derecho, y entre esos recursos no figura el de las protestas airadas, ni menos cuando la opinión pública se halla agitada por cualquier suceso político. Ahora, si querían hacer conocer de las autoridades un delito de que tenían noticia, el medio regular era el de una denuncia criminal, como está consagrada en el procedimiento respectivo, pero tampoco en esa forma de protestas provenientes de funcionarios judiciales de alta categoría, que no venían sino a aumentar el escándalo causado por los hechos.

Que algunos Magistrados de la Corte y el Procurador protestaron con ocasión del mismo acontecimiento, es cosa ajena al juicio de esta entidad. Además, es distinto hacer una proclama bélica e iracunda, a hacer consideraciones de orden jurídico sobre determinados aspectos de los sucesos. Y el que destacados prohombres del liberalismo también hubieran considerado la detención del doctor Laureano Gómez como un atropello, no demuestra que los acusados no hubieran intervenido en un debate político prohibido para ellos.

Esta Sala ya calificó la detención del doctor Laureano Gómez como delito y condenó a su autor; pero las actuaciones de sujetos o entidades no añaden ni quitan la responsabilidad a los agentes de las infracciones, que es, según cánones constitucionales, enteramente personal.

Las consideraciones precedentes hacen ver que la providencia recurrida debe mantenerse y por eso la Corte, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO LA REPONE.

Sáquese copia de lo conducente y envíese a la autoridad respectiva para que se siga el proceso por violación de la reserva del sumario, como lo

pide uno de los recurrentes (folio 250).

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

Los suscritos Magistrados firmamos el fallo que antecede con las observaciones que por separado presentamos en el salvamento de voto correspondiente a la providencia recurrida.

Jorge E. Gutiérrez Anzola—Domingo Sarasty M.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACIO N DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES POR UN ACTO ADMINISTRATIVO.—SE DECLARA LA NULIDAD DE LO ACTUADO POR INCOMPETENCIA DE JURISDICCION IMPRORROGABLE

La revisión de los actos administrativos, a fin de que se declare su nulidad como lesivos de derechos privados, exige una acción contencioso-administrativa, claramente consagrada en el Código de la materia que hoy rige (artículos 62, 66, 67 y 68 y ss. del C. C. A.). La determinación que en el caso del proceso adoptó el Ministerio de Guerra al negar el pago de los perjuicios reclamados por el actor, produce o no efectos según que ella quede firme o se invalide por el órgano competente para hacerlo, que es el Consejo de Estado. Tal entidad puede y debe, al declarar la nulidad de un acto administrativo de la clase del que se comenta, resolver al propio tiempo sobre el pago al reclamante de los perjuicios que se le hayan causado. No es pues necesario, ni tampoco procedente, acudir a los Tribunales ordinarios para que se reconozca el daño y se disponga su reparación. Es más, la justicia ordinaria no puede asumir las funciones que le corresponden a la justicia administrativa porque usurparía jurisdicción. Por tanto, la Sala no es competente para el conocimiento del asunto.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, cinco de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá instauró demanda contra la Nación el señor Alfonso Manrique Terán para que previos los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía se declare:

Que la Nación es civilmente responsable de los daños y perjuicios morales y materiales que se le causaron con la Resolución número 385 de 1936 (mayo 12) del Ministerio de Guerra publicada en el "Boletín del Ministerio de Guerra" número 337, fechado el 6 de julio de 1936.

Que la Nación está obligada a pagarle, una vez ejecutoriada la sentencia que se dicte en el presente juicio, la cantidad de diez mil pesos moneda legal como indemnización de los perjuicios materiales sufridos "con motivo de la Resolución calumniosa número 385 de 1936 del Ministerio de Guerra;

Y la de cuarenta mil pesos moneda legal, por concepto de perjuicios morales que se causaron "con imputaciones falsas y calumniosas que se me hicieron en la Resolución número 385 de 1936 del Ministerio de Guerra".

Hechos de la demanda

El demandante señor Manrique Terán expuso los siguientes hechos como base de la acción:

Hasta el mes de mayo de 1936 fuí empleado del Ministerio de Guerra, y en la fecha indicada desempeñaba el cargo de escribiente del Comando del Distrito Militar Nº 19.

En el desempeño de ese empleo cumplí leal y honradamente con mis deberes, y observé una conducta intachable.

Tercero.—Con fecha 12 de mayo de 1936 fue expedida por el Ministerio de Guerra la Resolución número 385, en la cual se dispuso darme de baja por mala conducta.

Cuarto.—Los motivos consignados por los cuales se me dio de baja y que se consignaron (sic) en la Resolución, son absolutamente falsos e inexactos.

Quinto.—En la misma Resolución se me atribuyó un delito de estafa determinado "mediante el recaudo de fondo de defensa nacional que se apro-

pió para sí (Manrique Terán), y expedición de libretas del servicio militar obligatorio".

Sexto.—Ese delito a que se refiere la Resolución no fue cometido por mí, y así lo certificaron y resolvieron las autoridades que investigaron los hechos.

Séptimo—Iniciada y perfeccionada la investigación relativa a la estafa que se me atribuyó en la Resolución del Ministerio de Guerra, vino la calificación del sumario con un auto de sobreseimiento definitivo, y cuya (sic) parte resolutiva se lee: "Ante tal realidad judicial este comando, fundado en lo dispuesto por el artículo 1628 y pertinentes del antiguo Código Judicial —que era el vigente cuando se denunciaron los hechos— sobresee definitivamente en favor de Alfonso Manrique Terán, de las condiciones personales anotadas, por todos los cargos que se le hicieron en los referidos denuncios, y en consecuencia dispone que se archive el expediente, declarando terminado el procedimiento y dejándose constancia expresa de que **la conducta del señor Manrique Terán como ciudadano y como Secretario que fue del Comando del Distrito Militar número 19, no sólo no ha sufrido mengua alguna, sino que se ha relievado como la de un funcionario víctima del enojo injustificable de un superior jerárquico y víctima también de un largo proceso en que trató de tergiversarse la justicia y de empañarse la verdad, y como la de un caballero que reclama y obtiene de sus jueces una formal reivindicación de su honra, frente a su personalidad y frente a la sociedad...**"

Octavo.—Después de dictado el auto de sobreseimiento mencionado en el número anterior, auto que lleva fecha 25 de marzo de 1941, aparece claramente comprobada y demostrada la injusticia y la iniquidad con que se hicieron los cargos criminosos contenidos en la Resolución del Ministerio de Guerra, y que en el fondo constituyen una verdadera calumnia.

Noveno.—El Ministerio de Guerra en la imputación de esos cargos procedió ligera e imprudentemente, antes de que las autoridades correspondientes hicieran las investigaciones respectivas, lo que equivale a decir que me condenó antes de que se me hubiera oído y vencido en juicio.

Décimo.—La Resolución del Ministerio de Guerra fue publicada en el "Boletín del Ministerio de Guerra" número 337, año X, de julio 6 de 1936.

Undécimo.—La expedición y publicación de esa Resolución me ocasionó graves daños de orden moral y de orden material que deben ser indemnizados por quien la dictó".

El actor fundó su petición en los artículos 1494, 2341 y siguientes del C. C. y en los demás que corresponden a la acción intentada.

Sentencia del Tribunal

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en providencia de fecha 29 de mayo de 1944, resolvió lo siguiente:

"1º Declárase que la Nación es civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a Alfonso Manrique Terán, quien se dice mayor de edad y vecino del Municipio de Bogotá, por razón de haber calificado de mala conducta y con imputación de haber cometido un delito que apenas se investigaba al expresado Manrique Terán, por medio de su órgano el Ministerio de Guerra en la Resolución número 385 de 12 de mayo de 1936 que éste dictó y que fue publicada en el "Boletín del Ministerio de Guerra, número 337 del 6 de julio de 1936.

"2º Consecuencialmente, condénase a la Nación a pagar al señor Alfonso Manrique Terán la suma de mil pesos ($ 1.000.00) por concepto de perjuicios morales subjetivos.

"3º Niéganse las súplicas relativas a perjuicios patrimoniales y morales objetivados, y, consecuencialmente, absuélvese a la Nación de los cargos contenidos en ellas.

"No es el caso de hacer condenación en costas".

Para resolver lo que acaba de transcribirse el Tribunal hizo estas consideraciones de orden jurídico: Que en materia de delitos y culpas civiles la jurisprudencia está conteste en hacer recaer sobre las personas morales de derecho público la responsabilidad "de los actos culposos intencionales o dolosos o de simple imprudencia, negligencia o imprevisión, en que hayan incurrido sus agentes, y descansa en la mala elección o mala vigilancia que de ellos se haga, o sea de lo que se ha convenido en llamar culpa **in vigilando** o culpa **in eligendo**". Que en el caso presente no se trata de una culpa personal, sino de una culpa del servicio, porque la destitución del señor Manrique Terán emanó directamente del Ministerio de Guerra que es el órgano del Estado y hace parte del Organo Ejecutivo. En consecuencia, se trata de obtener la reparación civil ocasionada con este acto. Que este acto en sí de destitución del señor Manrique Terán no constituye ilicitud alguna,

pues su empleo no tiene un período fijo y es potestativo de la misma entidad que lo nombró conforme a lo preceptuado por la Constitución. Considera el Tribunal que la simple remoción o suspensión de un empleado público no ocasiona ninguna ilicitud y antes bien es acto potestativo del Estado. Pero en el caso que se discute, y en relación con esta tesis observó: "...Es decir que la remoción del señor Manrique Terán no fue una remoción normal, lisa y llana de las que acostumbra hacer la administración pública, discrecionalmente y conforme a la potestad reglamentaria (sic), sino que la del señor Manrique Terán fue motivada, fue atribuída a que había cometido el delito de estafa. De suerte que si este delito efectivamente se había cometido el fundamento de la Resolución habría sido plausible y justificado el cumplimiento potestativo (sic), constitucional de remoción. Pero si este delito no se había cometido, si apenas se estaba investigando, si ni siquiera al sumariado se le había llamado a juicio, se impone rectamente al criterio del Juzgador que el Ministerio de Guerra y su Secretario a todas luces incurrieron, como comitentes o agentes del Estado, y en desempeño de una función de servicio público, en una falta culposa, que no puede calificarse de dolosa porque el ánimo nocendi, el ánimo intencional de causar daño, maliciosa y deliberadamente no puede deducirse, no puede captarse del simple texto de la Resolución, pero sí implica al menos, y de modo palmario la comisión de una imprudencia, consistente en haber calificado de buenas a primeras al señor Manrique Terán de empleado de mala conducta y de haberle achacado categóricamente, con plena convicción, que había cometido el delito de estafa. La Resolución ministerial tratada tuvo al señor Manrique Terán como un reo condenado por el delito de estafa, y si esa condenación no se había pronunciado, normalmente, conforme a nuestras leyes, el Ministerio de Guerra le hizo al señor Manrique Terán una imputación falsa que le acarreaba, tenía que acarrearle, no sólo un perjuicio moral, de pena personal, un perjuicio moral de orden subjetivo, sino que por atentar al patrimonio de su buena reputación, a su capacidad de hombre honrado, forzosamente dicha imputación de estafador emanada de un órgano del Estado tan saliente y respetado como el Ministerio de Guerra, propagada, difundida, tenía que acarrearle perjuicios morales objetivados o de orden patrimonial; y como el señor Manrique Terán derivaba su subsistencia del lucro que le producía su puesto de escribiente, al destituírlo porque se le consideraba que por ser delincuente era indigno de continuar en él, se incidió por parte del Ministerio **"en una culpa capaz de originar la reparación de los perjuicios patrimoniales que se demuestren, distintos al sueldo de que fue privado, porque el hecho de la motivación afrentosa en el Decreto respectivo, no tiene la virtualidad propia para contrariar la potestad absoluta de libre remoción que tiene el Gobierno, pues, no estando como no estaba amparado por ese estatuto de carrera administrativa o militar, aun injustamente podía ser destituído en cualquier momento; tendrá derecho sólo a los morales objetivados que se demuestren y a los morales subjetivos"**. (Subraya la Sala).

Sigue el Tribunal haciendo un análisis de las pruebas base de la acción, o sea la Resolución número 385 de 12 de mayo de 1936 por la cual se destituyó a Manrique Terán y se le hicieron las imputaciones de que se tiene noticia, y las de las Resoluciones números 107 y 595 por medio de las cuales se revoca la primera y se restablece la honra del peticionario señor Manrique Terán, negando además el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales a éste.

Respecto de los perjuicios materiales y morales objetivados, el Tribunal no los reconoce en su sentencia, fundándose para ello en que el peticionario no produjo ninguna prueba tendiente a demostrar estos daños durante el juicio. En cuanto a los daños morales subjetivos los reconoce, estimando para ello que el señor Manrique Terán con la publicación de la mentada Resolución y las imputaciones deshonrosas que se le hicieron en ésta, sufrió "un abatimiento, una afección interior de pena" que debe ser justamente resarcida.

Demandante y demandado interpusieron el recurso de alzada contra el fallo del Tribunal y es así como conoce la Corte en este juicio.

Al corrérsele en traslado el negocio al señor Procurador Delegado en lo Civil, este alto funcionario hizo las observaciones siguientes: Que ese despacho admite que el Ministerio de Guerra incurrió en un error; mas discute si éste acarrea una responsabilidad por culpa para la Nación. Que una de las funciones legales de los Ministros es el nombramiento y la remoción de sus empleados subalternos, teniendo facultad legítima para destituírlos cuando observen mala conducta; pero que es evidente que el Ministro puede equivocar-

se en cuanto al juzgamiento de la conducta, y entonces a la persona le queda el camino de reclamar de la providencia injusta, es decir, pedir reposición de ella, cosa que hizo en este juicio el demandante aunque un poco tarde para sus intereses. Estudia la Procuraduría las Resoluciones respectivas por las cuales se repuso la número 385, llegando a la conclusión de que el Ministerio en esta forma enmendó su falta. Considera además que el error en que incidió el Ministerio de Guerra está "ajeno de dolo" y por lo tanto no compromete la responsabilidad de la Nación. En cuanto a los perjuicios consideró que no hay lugar al reconocimiento de los materiales y morales objetivados. Para hacer esta apreciación tuvo en cuenta como perjuicio material "el pago de los sueldos dejados de recibir por el demandante a partir del 12 de mayo de 1936", y expuso su pensamiento alegando que el acto en sí de la destitución podía hacerse legal y válidamente, sin dar lugar a perjuicio alguno. Estimó que la falsa imputación sí da lugar al pago al demandante de los daños que con ella se le pudo causar. Dijo así el señor Procurador: "...Pero esa falsa imputación no fue la que produjo como resultado que el señor Manrique Terán dejara de percibir sus sueldos. La causa de esto fue la destitución misma. Y del hecho mismo de la destitución sí no tiene por qué responder la Nación".

Más adelante expresa la Procuraduría:

"...Por otro lado, es claro que este daño patrimonial que se alega (no percepción de sueldos a partir del 12 de mayo de 1936) tuvo su origen en la tantas veces citada Resolución número 385 del Ministerio de Guerra. Y, como observa el H. Tribunal en su fallo, si el demandante se sentía lesionado con tal Resolución, podía ocurrir ante la justicia administrativa. Sólo la justicia administrativa podía ordenar el pago de aquellos sueldos. Fue un perjuicio causado en virtud de un acto administrativo, en virtud de una resolución administrativa. El camino legal conducente para el actor no podía ser otro que pedir ante la justicia contencioso-administrativa la revocatoria de la resolución ministerial y, consecuencialmente, el pago de los sueldos respectivos. Por eso concluye el H. Tribunal que "a pretexto de reparación extracontractual por culpa no es posible ordenar el pago de los sueldos indicados". "En realidad el perjuicio material que por este concepto pudo causarse al demandante fue el no pago de los sueldos que hubiera debido devengar en el Ministerio de Guerra. No puede alegarse que la calumnia o falsa imputación en que se basara la resolución número 385 le impidió conseguir otros empleos y que es precisamente los sueldos no devengados en tales empleos lo que aquí se demanda. El hallar un nuevo empleo es algo meramente hipotético. No sale del campo de las suposiciones..."

Respecto del daño moral objetivado la Procuraduría considera que no hay lugar al reconocimiento de él en el presente juicio, pues no hay una prueba directa y concluyente en los autos de la existencia de él. La ceguera que padece actualmente el peticionario y que podría dar lugar a su reconocimiento según el señor Procurador, no está debidamente comprobada desde el punto de vista médico como consecuencia directa del chock psíquico sufrido por Manrique Terán a raíz de la publicación de la Resolución número 385 del Ministerio de Guerra.

Termina la Procuraduría pidiendo la revocatoria de la sentencia apelada y la consiguiente absolución para la parte que representa de todos los cargos formulados en la demanda.

Consideraciones de la Corte

El hecho culposo y la consiguiente responsabilidad civil que en el presente juicio es atribuída por el señor Manrique Terán a la Nación tienen su fundamento en la imputación del delito de estafa y la declaración de mala conducta que se hizo respecto del demandante por medio de la Resolución número 385 del Ministerio de Guerra cuando aquél desempeñaba las funciones de oficial escribiente del Comando del Distrito Militar número 19, publicada en el Boletín número 337 de julio 6 de 1936 del Ministerio de Guerra. La Resolución dice así: "Resolución número 385 de 1936 (Mayo 12). El Ministro de Guerra en uso de sus facultades legales Resuelve: Dase de baja por mala conducta, con fecha primero (1º) de los corrientes, al escribiente del comando del distrito militar número 19, Alfonso Manrique Terán, quien según diligencias sumarias levantadas por la alcaldía municipal de Balboa (Caldas), cometió el delito de estafa con varios ciudadanos de ese municipio, mediante el recaudo de fondos de defensa nacional que se apropió para sí, y expedición de libretas de servicio militar obligatorio. Comuníquese y publíquese. Dada en Bogotá, a 12 de mayo de 1936. (Firmados) Benito Hernández Bustos.

B. Adelmo A. Ruiz, General, Secretario". El señor Manrique Terán, de conformidad con la Resolución que se acaba de transcribir, fue destituído de su cargo, haciéndose público su comportamiento delictuoso en el ejercicio de éste. Esa providencia administrativa fue dictada con base en las diligencias sumarias practicadas por la Alcaldía de Balboa en el Departamento de Caldas. Adelantada la investigación sumaria contra Manrique Terán por los delitos de estafa y falsedad, de que se ha hablado, el Comando de la Cuarta Brigada del Ejército en Medellín dictó auto de sobreseimiento definitivo a favor de aquél con fecha 25 de marzo de 1941. Dicho auto en su parte pertinente dice así: "...Ante tal realidad judicial este Comando, fundado en lo dispuesto en el artículo 67 de la ley 84 de 1931, en armonía con el artículo 1628 y pertinentes del antiguo Código Judicial —que era el vigente cuando se denunciaron los hechos— **sobresee definitivamente en favor de Alfonso Manrique Terán,** de las condiciones personales anotadas en autos por todos los cargos que se le hicieran en los referidos denuncios y en consecuencia dispone que se archive el expediente, declarando terminado el procedimiento y dejándose constancia expresa de que **la conducta del señor MANRIQUE TERAN como ciudadano y como Secretario que fue del Comando del Distrito Militar número 19, no sólo no ha sufrido mengua alguna sino que se ha relievado como la de un funcionario víctima también de un largo proceso en que trató de tergiversarse la justicia y de empañarse la verdad, y como la de un caballero que reclama y obtiene de sus jueces una formal reivindicación de su honra, frente a su personalidad y frente a la sociedad...**"

El 7 de marzo de 1941 profirió el Ministerio de Guerra la Resolución número 207 (f. 5 c. 1) que revocó la 385 de 1936 en la parte de ella que aduce la observancia de mala conducta como motivo determinante de la baja del señor Alfonso Marique Terán del puesto de escribiente del Comando Militar número 19.

El 31 de junio del mismo año de 1941 dictó el Ministerio de Guerra la Resolución número 595 en virtud de la petición que hiciera el demandante para que se le restableciera al puesto en que se encontraba antes de destituírsele y para que se le indemnizara de los perjuicios que se le habían ocasionado. En dicha Resolución se decidió: "... 1º Mantener la Resolución número 385 de 1936, en la parte de ella que da de baja al señor Alfonso Manrique Terán del puesto de escribiente del Comando del Distrito Militar número 19, pero con expresa constancia de que el peticionario tiene a su favor el sobreseimiento que lo hace acreedor a la estimación y aprecio de sus conciudadanos y por tanto que la novedad de baja se apoya únicamente en la facultad del Gobierno para nombrar y remover libremente a sus empleados. 2º Negar como en efecto niega el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales que afirma el peticionario que le fueron causados con la remoción del cargo de escribiente del Comando del Distrito Militar número 19; y 3º Quedan a salvo los derechos del señor Manrique Terán para acudir a la vía judicial si lo estima conveniente... (Firmados) José Joaquín Castro Martínez, Carlos Vanegas M., General, Secretario. (Folios 8v. 1 a 3 del cuaderno número 1, y folios 13v. a 15v. del cuaderno número 2).

Objeto de la presente demanda

El fin perseguido por el actor en este juicio es el de que se le indemnice de los perjuicios de orden moral y material que el Estado le causó con la publicación de la Resolución número 385 del Ministerio de Guerra, en la cual se le hicieron imputaciones equivocadas que a juicio del demandante le infligieron "graves daños".

Como al principio se vio, el señor Manrique Terán pide se declare civilmente responsable a la Nación de estos perjuicios, y al respecto fija determinadas sumas de dinero como reparatorias de ellos. Es así como a través de los hechos apuntados por el actor en su libelo de demanda se encuentra manifiesto únicamente ese pedimento, de que se le indemnice únicamente de los perjuicios morales y materiales que la nombrada resolución le causó. No encaminó el demandante su acción a obtener una decisión declarativa de reintegración al puesto que ocupaba al ser destituído; ni tampoco a que se le reconociera el daño desprendido del hecho mismo de la destitución.

Incompetencia de la Corte y del Tribunal

No obstante la manera como el demandante determina el objeto de la acción, de donde pudiera aparecer, en un primer examen, que la rama jurisdiccional es competente para decidir de la controversia planteada en este juicio, sin embargo, el análisis detenido que la Corte ha hecho de la demanda en sí misma y del desarrollo que el proceso

le ha dado, la lleva a la conclusión de que claramente no es del resorte de la justicia ordinaria el problema que se le ha sometido; y que es otra la vía adecuada para reclamar la indemnización que se pretende.

La explicación sucinta que antecede respecto al contenido de la demanda y a la actuación administrativa que tuvo el asunto tocante con el cobro de perjuicios por parte del señor Manrique Terán está indicando que la cuestión que planteó el demandante ante la rama administrativa del poder público ha podido y ha debido tener su culminación en la misma rama de la autoridad, para conseguir, si es el caso, el logro de los propósitos que el actor persigue. En efecto. La Resolución 386 de 1936 dictada por el Ministerio de Guerra destituyó de su empleo al señor Manrique Terán y ella y su publicación en el Boletín de ese despacho se señalan por el demandante como origen del daño que ha sufrido y cuya indemnización solicita. Tanto la Resolución como la publicación de ella, ordenada por la misma, son actos administrativos. Para la revisión de éstos, a fin de qué se declare su nulidad como lesivos de derechos privados, existe la acción contencioso-administrativa, claramente consagrada en el Código de la materia que hoy rige (artículos 62, 66, 67, 68 y siguientes del C. C. A.), y en vigor también al tiempo en que la demanda fue presentada al Tribunal Judicial o sea el 22 de enero de 1942; pues la ley 80 de 1935, artículo 5º contenía igual disposición, haciendo obligatorio el recurso de la jurisdicción administrativa para invalidar los actos que como la Resolución 385 de 1936 y 595 de 1941 fuesen susceptibles de irrogar perjuicios al patrimonio de los particulares y reparar el daño ya causado. La primera etapa de ese recorrido legalmente obligatorio la hizo el actor al reclamar del propio Ministerio de Guerra la reposición del acto que le era perjudicial a su buen nombre y a su patrimonio; y fue así como se profirieron las Resoluciones 207 y 595 ya citadas. En la última expresamente se contempló por el Ministerio la demanda que el señor Manrique Terán le hacía al Gobierno de indemnizarlo de los perjuicios que decía se le habían acusado por su injustificada destitución del cargo que servía en una dependencia de aquel despacho; y al decidir el Ministerio de la solicitud del señor Manrique Terán dispuso negar, como se ha visto, "el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales que afirma el peticionario le fueron causados". Esta determinación adoptada por el Ministerio en la Resolución mencionada produce o no efectos según que ella quede firme o se invalide por el órgano competente para hacerlo, que es el Consejo de Estado. Tal entidad puede y debe aclarar la nulidad de un acto administrativo de la clase del que se comenta, resolver al propio tiempo sobre el pago al reclamante de los perjuicios que se le hayan causado. No es, pues, necesario, ni tampoco procedente, acudir a los Tribunales Judiciales para que se reconozca el daño y se disponga su reparación. Es más: la justicia ordinaria no puede asumir las funciones que le corresponden a la justicia administrativa porque usurparía jurisdicción. Estas claras razones han movido a la Sala, después de un estudio muy atento y prolongado de toda la materia a la cual se refiere la litis planteada por el señor Alfonso Manrique Terán, a definir como cuestión esencial previa la de su competencia para fallar, llegando a la conclusión de que carece de ella en virtud de los razonamientos expuestos.

El expediente no contiene datos respecto a la notificación de las Resoluciones dictadas por el Ministerio de Guerra en relación con el señor Manrique Terán, ya examinadas, de donde pudiera deducirse si esas providencias se hallan ejecutoriadas y firmes. Esa ausencia de comprobación da base a pensar que subsiste a favor del demandante el recurso contencioso administrativo a que se ha hecho referencia.

Tal vez la circunstancia de haberse expresado en el punto 3º de la Resolución 595 del Ministerio de Guerra que quedaban a salvo los derechos del señor Manrique Terán "para acudir a la vía judicial" explica por qué el actor, en vez de ir a la jurisdicción competente, decidió presentar su demanda en el Tribunal Judicial. Y así un error de expresión en que incurrió en la Resolución mencionada habría conducido, deplorablemente en lo que mira a la prontitud y eficacia de los trámites procesales, al presente juicio.

Al contestar la demanda el señor Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá admitió la competencia, pues se limitó a decir que aceptaba unos hechos, negaba otros y que los demás no le constaban; dijo que "el demandante no ha presentado las pruebas conducentes para la demostración de los hechos fundamentales de su demanda"; y agregó: "Niego el derecho, causa o razón de la demanda, por considerar que la Nación no es responsable civilmente de los hechos presentados por el

demandante en su demanda". Admitió pues el señor Fiscal la competencia de la entidad ante quien se incoó la demanda. En la segunda instancia el señor Procurador Delegado en lo Civil sí alega la falta de competencia de la jurisdicción judicial y observa que el cobro de los perjuicios que en su parecer pudiera prosperar debió hacerse ante la jurisdicción administrativa, para el pago de unos sueldos. Sin embargo, admite la posibilidad de que la rama jurisdiccional se pronuncie sobre el pago de otros perjuicios, por daño moral objetivado, pero considera que no hay lugar a ese reconocimiento en el presente juicio por no haber prueba de aquél en los autos.

Esta referencia a la posición de las partes en el juicio, del Tribunal y aun de la Corte al adelantar el trámité de la segunda instancia se hace para que se vea cómo se incurrió en un error respecto de la competencia no sólo por el demandante, sino antes que él por el Ministerio en su Resolución 595 de 1941 varias veces citada.

No obstante, tal equivocación no autoriza a esta Sala de la Corte para invadir un campo que no es el de su competencia, y fallar la presente litis, la que ha debido plantearse y seguirse por la vía contencioso-administrativa.

En varias providencias la Corte se ha visto en el deber de tomar una decisión igual a la que aquí adopta. Conviene insertar lo que en punto análogo de competencia expresó la Sala al fallar el 1º de diciembre anterior el juicio de Esteban Rodríguez Cifuentes contra la Nación: "El Estado, dentro de los conceptos modernos de la ciencia política, se conforma mediante una red de organismos jerárquicos constituídos para cumplir sus funciones, que se resumen en la gestión y funcionamiento de los servicios públicos. Por eso la administración hay que entenderla para todos sus efectos, y sobre todo, en el campo de las actividades que puedan comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado, como en todo, como una unidad que actúa armónicamente en el desenvolvimiento y desarrollo de las tareas que le son propias. Esta estructuración de organismos se mueve siempre dentro de la órbita que la Constitución, las leyes y el reglamento le señalan y, está conformada dentro de un criterio de jerarquización, de acuerdo con el cual la actividad de los funcionarios inferiores queda tutelada jurídicamente por la acción del superior, y la de éste —en la más alta escala de la jerarquía— sometida al imperio jurisdiccional de los Tribunales Administrativos o del Consejo de Estado. De esta suerte los posibles errores a que den lugar las actuaciones del funcionario del Estado pueden ser siempre subsanados, ya se trate de actos involuntarios, o de abuso y desviación intencional de los poderes propios de su investidura".

Como la falta de jurisdicción anotada no es susceptible de enmendarse con la prórroga que de ella hicieran las partes o una de éstas, por tratarse de jurisdicción no prorrogable, es del caso proferir de plano la declaración consiguiente de nulidad de lo actuado en las instancias del juicio.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, declara nulo lo actado en este juicio a partir del auto que dispuso la admisión de la demanda.

Sin costas.

Notifíquese, cópiese, devuélvase el expediente al Tribunal de origen e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario en propiedad.

NO SE REPONE EL AUTO ANTERIOR

Cuando la culpa se produce en las relaciones propias del derecho privado, la justicia ordinaria es la competente para desatar las controversias que de ello resulten. Cuando la culpa se origina en un hecho o acto de la administración que afecta a particulares, es la justicia especializada, la administrativa, la que debe fallar en las litis que se produzcan.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Por falta de competencia, en decisión anterior de esta Sala hubo de declararse la nulidad de lo actuado en el presente juicio de Alfonso Manrique Terán contra la Nación, a partir del auto que admitió la demanda. Contra ella el apoderado del actor pidió reposición, la que tramitada se halla en estado de ser decidida, a lo cual se procede.

Presenta el señor apoderado, varias razones en apoyo de su pedimento, las que habrán de ser examinadas con la debida atención.

Dice el reclamante refiriéndose a la demanda, que en ésta no pidió "ni la nulidad de las resoluciones, ni el restablecimiento en el puesto que ocupaba, ni el pago de los sueldos que devengaba. Por ello no acudió (Manrique Terán) al Consejo de Estado... Si mi poderdante hubiera demandado la nulidad de la Resolución infamante, ante la autoridad competente, se hubiera contestado como lo ha hecho el señor Procurador: 'la falsa imputación no fue lo que produjo la privación del sueldo'; esa privación es consecuencia de la destitución, y ésta no es ni legal ni inconstitucional. Por ello precisamente la falsa imputación por sí sola no hubiera sido motivo para demandar la nulidad de la resolución y el restablecimiento en el puesto. Ella sólo es fundamento para reclamar la indemnización de los perjuicios que causara, lo que es de la competencia de la justicia ordinaria. ...No quedaba pues otro camino que demandar la indemnización de ellos, con independencia de la validez o nulidad de la resolución que los causara. Y eso fue lo que hizo mi poderdante, apoyado en el artículo 2341 del C. C. que dice: 'El que ha cometido un delito o culpa que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido'. Esa disposición del Código Civil es el fundamento de este juicio; y puesto que está demostrado que el Estado, por medio de uno de sus Ministros, realizó un hecho culposo que causó perjuicios a mi poderdante, éste tiene derecho a demandar ante los jueces ordinarios que son los encargados de hacer efectivas las obligaciones civiles, la indemnización de los perjuicios. Que el hecho culposo se hubiera realizado mediante una resolución o de cualquiera otra manera, nada importa. Lo que interesa es que hubo la imputación de un delito que no se había cometido, es decir, hubo un hecho culposo que publicado en prensa causó enormes perjuicios".

En primer lugar, ha de observar la Sala cómo el propio auto que ahora se revisa admite que la demanda no se propuso para que se restableciera en su puesto al señor Manrique Terán ni para que se le reconociera el pago de unos sueldos. La Corte dijo refiriéndose al contenido de la demanda: "Es así como a través de los hechos apuntados por el actor en su libelo de demanda se encuentra manifiesto únicamente ese pedimento, de que se le indemnice de los perjuicios morales y materiales que la nombrada resolución le causó. No encaminó el demandante su acción a obtener una decisión declarativa de reintegración al puesto que ocupaba al ser destituído; ni tampoco a que se le reconociera el daño desprendido del hecho mismo de la destitución". Hay pues, completo acuerdo entre la interpretación que de la demanda hace el señor abogado reclamante y la que de ella se hizo por la Corte en el auto recurrido. Por eso parece innecesaria la parte del memorial presentado en este recurso dirigida a anotarle a la Sala como el actor no ha demandado el restablecimiento en el puesto que ocupaba ni el pago de unos sueldos. Esto no sólo lo observó

la Corte desde el auto que se revisa, sino que lo admitió de modo expreso en el pasaje de su providencia que se ha transcrito.

Respecto a la afirmación hecha por el señor apoderado de que no le quedaba al actor otro camino que demandar la indemnización de los perjuicios con independencia de la validez o nulidad de la resolución que los causara, ha de recordarse que el interesado en la indemnización la solicitó al Ministerio del ramo y que éste en su última resolución decidió la solicitud del señor Manrique Terán en forma adversa a él; es decir, que se ejercitó, la vía administrativa, el medio natural y específico de obtener la revocación o modificación de un acto que se considera ilegal o injusto, en virtud de providencia adoptada por la misma entidad o funcionario que la profirió. La última resolución, 595 de 1941, a que se hace referencia, dispuso en el numeral 2º lo siguiente: "2º Negar como en efecto niega el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales que afirma el peticionario que le fueron causados por la remoción del cargo de Escribiente del Comando del Distrito Militar número 19". Correspondiente a este segundo punto de la parte resolutiva se explica en la motiva como el memorialista ante el Ministerio solicita: "c) Que se ordene la indemnización de los daños y perjuicios que se le causaron con la imputación pública que le hizo el Ministerio de Guerra de delitos que no cometió ni ha cometido". La Resolución mencionada contempló pues la solicitud del pago de perjuicios hecha por Manrique Terán, y la negó. Se ejercitó la vía administrativa para reclamar la indemnización y luego que se produjo una resolución adversa, en vez de llevarla al Consejo de Estado para su revisión, se planteó el presente litigio ante la justicia ordinaria.

Se está a presencia de una imputación dé culpa a la Administración, en cuanto destituyó al señor Manrique Terán, atribuyéndole la comisión de un delito y haciendo público ese juicio sobre aquél. Pero se afirma que se trata de una obligación extracontractual contraída por el Estado, desde que uno de los Ministros ejecutó un acto culposo, en ejercicio de sus funciones. Con esto debe también reconocerse que el daño fue el resultado de un acto administrativo. Precisamente para restablecer el derecho violado y para que se repare el daño patrimonial causado por actos de esta clase, se halla instituída la jurisdicción contencioso-administrativa.

El argumento que presenta el reclamante, consistente en decir que por haberse incurrido culpa y tratarse de un caso de la llamada extr contractual, debe hacer su calificación la justi ordinaria, y no la justicia administrativa, es argumento que prueba demasiado, y es por lo m mo inadmisible. Prueba demasiado porque si fu se válido, la justicia administrativa no podría nu ca reconocer la existencia de unos perjuicios ordenar el pago de la indemnización correspo diente, con base en una culpa de la administr ción. El fenómeno de la culpa, su configuraci jurídica, es igual a la luz del derecho civil y d administrativo; lo que ocurre es que la ley h querido que haya jueces especializados que c nozcan de las controversias a que den origen l actos de la administración, y los ha dotado de p der suficiente para resolver sobre la validez d aquéllos y acerca de la manera como haya de ha cerse el restablecimiento de los derechos priva dos que se afectan como consecuencia del acto d la administración. Que haya culpa de un funcio nario público, y que de ella se derive un daño a particulares, no significa el que la culpa haya de ser examinada por la autoridad de los jueces comunes. Cuando la culpa se produce en las relaciones propias del derecho privado, la justicia ordinaria es la competente para desatar las controversias que de ello resulten. Cuando la culpa s origina en un hecho o acto de la administración que afecta a particulares, es la justicia especializada, la administrativa, la que debe fallar en las litis que se produzcan.

Contra lo que afirma el señor apoderado, no era indiferente que el hecho culposo, en el caso del señor Manrique Terán, "se hubiere realizado mediante una resolución o de cualquiera otra manera". Porque la imputación de un delito fue hecha mediante una Resolución del Ministro de Guerra, proferida por aquél en ejercicio de sus funciones; y las leyes han establecido recursos especiales para que las personas que se crean lesionadas por actos de esa naturaleza se defiendan de su aplicación, o reclamen que se les indemnice, si es que las resoluciones han de ejecutarse inevitablemente. En el caso de autos el interesado solicitó del Ministerio de Guerra que revocara su resolución, en cuanto lo destituía de un cargo público, y que ordenara además el pago de los perjuicios que se le habían causado con la imputación a que se ha hecho referencia. El Ministerio no accedió a hacer el reconocimiento y a ordenar el

go de los perjuicios. No se ve que hubiera inaveniente alguno para que de esa resolución se iese conocer al Consejo de Estado, llevándole alegaciones y comprobaciones consiguientes a ablecer que por la resolución que destituyó al ñor Manrique y por su publicación se causaron rjuicios que el Ministerio de Guerra se abstenía reconocer y de ordenar que se indemnizasen. ay una vinculación estrecha entre el acto de la dministración y el daño causado. A la justicia ntencioso-administrativa le corresponde pronunarse en el particular, con vista de las resolucioes mencionadas, para que se restablezca el derecho civil violado, si es que éste no ha sido reconocido por la autoridad administrativa e indemnizado el que lo sufre. Separar la culpa del acto de a administración que la produjo no es posible, por a estrecha vinculación que los une; y tampoco separar la culpa del perjuicio que ella ocasiona; y como la jurisdicción especial administrativa debe conocer del acto de la administración y de la culpa en que al ejecutarse se haya incurrido, también esa justicia especializada debe desatar la controversia a que dé lugar el acto de la administración, la culpa de ella, el daño causado y el pago de los perjuicios.

La Corte en la providencia que ahora revisa hizo notar que al proponerse la demanda en el presente juicio ante el Tribunal de Bogotá, el 22 de enero de 1942, no estaba aún vigente el Código Contencioso Administrativo, que consagra de modo expreso la competencia de esa jurisdicción en casos como éste (artículos 62, 66, 67 y siguientes de ese Código), pero se observó también que sí regía, desde la vigencia de la ley 80 de 1935, artículo 5º, idéntica disposición, pues desde entonces se hizo obligatorio el recurso a la jurisdicción administrativa para invalidar los actos que como las resoluciones 385 de 1936 y 595 de 1941, dictadas en el caso del señor Manrique Terán, fuesen susceptibles de irrogar perjuicios al patrimonio de los particulares, para obtener la reparación del daño causado. Como se ve, la objeción que ahora formula en este punto el señor abogado, se la había propuesto a sí misma la Sala en la decisión que se revisa y la había contestado desde entonces.

No hay, por lo visto, razones válidas jurídicamente, en el parecer de la Corte, que impongan una modificación del proveído que fue objeto del recurso.

En consecuencia, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, niega la reposición interpuesta contra el auto de junio último.

Notifíquese, cópiese, devuélvase e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario en propiedad.

PENSION

Los Jueces de Instrucción Criminal ejercen jurisdicción, tienen funciones judiciales, imparten justicia a nombre de la República y legalmente son de una categoría igual a la de los jueces de circuito. Además, aunque no hagan parte de la Rama Jurisdiccional, el artículo 10 de la ley 71 de 1945 dispone que para las prestaciones sociales se compute el tiempo de servicio de los Jueces de Instrucción Criminal.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre cuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

Miguel A. Garavito, por medio de apoderado, solicitó ante el Tribunal de Santa Rosa de Viterbo se le concediera una pensión mensual vitalicia, a cargo de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial y subsidiariamente a cargo del Tesoro Nacional, en cuantía de trescientos pesos ($ 300.00) moneda corriente, lo que equivale al mayor sueldo devengado por el demandante como empleado del Organo Judicial en un lapso mayor de veinte años.

Adujo como fundamentos de derecho las leyes 22 de 1942 y 6ª de 1945.

Los hechos en que se apoya son los siguientes:

El demandante fue Juez Segundo del Circuito de Tunja desde el 2 de mayo de 1913 hasta el 20 de junio del mismo año (f. 2); Juez 2º del Circuito de Moniquirá, desde el 3 de julio de 1913 hasta el 31 de agosto de 1915 (fs. 2 y 3); Juez 3º del Circuito de Tunja desde el 10 de mayo de 1916 hasta el 30 de junio de 1917 (f. 3); Juez 3º del Circuito de Tunja desde el 5 de julio de 1917 hasta el 31 de agosto de 1919 (f. 3 y 10); Fiscal del Tribunal Superior de Tunja, desde el 1º de julio de 1921 hasta el 30 de junio de 1923 (f. 5); Juez Primero del Circuito de Tunja desde el 2 de julio de 1923 hasta el 30 de junio de 1925 (f. 3v. y 10); Juez 1º del Circuito de Tunja desde el 7 de julio de 1925 hasta el 31 de agosto de 1927 (fs. 4 y 10); Juez 4º del Circuito de Vélez desde el de septiembre de 1931 hasta el 30 de septiembre de 1933 (f. 8v); Juez de Tierras de Guateque desde el 1º de mayo de 1937 hasta el 30 de abril de 1939 (f. 6v); Juez de Tierras del Circuito de El Banco (Magdalena) desde el 16 de mayo de 1939 hasta el 31 de agosto de 1941 (f. 7 y 13).

También aduce como hechos el haber desempeñado los siguientes cargos:

Juez 57 de Instrucción Criminal, con residencia en Remedios y luego en Zaragoza, desde el 3 de octubre de 1943 hasta el 12 de febrero de 194 (f. 16 y 17v); Juez 80 de Instrucción Criminal de Socha, desde el 13 de febrero de 1944 hasta el 31 de agosto de 1945 (f. 16 y 17); y Juez 78 de Instrucción Criminal, en Duitama, desde el 1º de septiembre de 1945 hasta el 4 de octubre de ese mismo año (f. 16 y 17).

El H. Tribunal puso término a la primera instancia **negando** las peticiones de la demanda. La sentencia aduce como razón para fundar su negativa en que los años que el demandante sirvió los cargos de Juez de Instrucción no pueden agregarse a los en que sirvió los empleos de Juez del Circuito, de Juez de Tierras y de Fiscal para los efectos de las prestaciones sociales establecidas en las leyes que sirven de apoyo, en derecho, a la demanda. Agrega el fallo que no se tiene establecido en el juicio que el doctor Garavito hubiese sido contribuyente a la Caja de Previsión Social del Organo Judicial con el tres (3%) por ciento de las asignaciones correspondientes de que trata el artículo 16 de la ley 22 de 1942 y que por tanto no es socio de esta institución y que en tales condiciones no sería equitativo que su jubilación fuera a ser pagada con los fondos de la Caja. Con respecto a la petición subsidiaria de que la jubilación sea cubierta con fondos del Tesoro Nacional dice el Tribunal que "no tendría por qué hacer esta declaración, siendo así que el artículo 18 de la ley que ha venido citándose, al tiempo se refiere entonces es a los funcionarios y empleados que antes de entrar en vigencia ya hubieren cumplido los requisitos que los hacen acreedores a la gracia de jubilación, conforme a disposicio-

es anteriores. Pero como se ve, este no es el caso n referencia".

Es punto importante en este juicio establecer i respecto de los Jueces de Instrucción Criminal l tiempo de desempeño de sus cargos puede acumularse para el cobro de prestaciones sociales al de desempeño de otros en la rama jurisdiccional.

Al efecto se expresa así el señor Procurador Delegado en lo Civil: "Los Jueces de Instrucción Criminal deben considerarse sin duda alguna, como asimilados al Organo Judicial de la República, no ya por la naturaleza misma de las funciones que desempeñan sino porque así lo tienen determinado la Constitución y la Ley. Ellos, poco importa el origen de su nombramiento, ejercen jurisdicción, tienen funciones propiamente judiciales e imparten justicia no a nombre del Poder Ejecutivo, del cual emanan, sino a nombre de la República y por autoridad de la ley como así lo hacen los funcionarios de la rama jurisdiccional. La Procuraduría de la Nación dijo al respecto y a propósito de varias consultas que sobre el particular le fueron hechas: 'La Procuraduría aprovecha la oportunidad... para expresar una vez más su concepto acerca del alcance de los artículos 155 y 157 de la Constitución Nacional (última codificación) en cuanto hace relación a quienes han desempeñado el cargo de Juez de Instrucción Criminal y a la capacidad que el desempeño de tal cargo les otorga para entrar a la carrera judicial. Este despacho estima que la cuestión es perfectamente clara y que examinada cuidadosamente no ofrece dificultad alguna: En primer lugar, según lo establecido por el artículo 157 de la Constitución, para ser Juez de Instrucción Criminal se requiere llenar las mismas condiciones que para ser Juez Superior o de Circuito. Esta exigencia constitucional no es nueva, pues desde antes de haber sido expedida la reforma en cuestión, tanto el Código de Procedimiento Penal como la ley 4ª de 1943 exigían para los Jueces de Instrucción Criminal las mismas condiciones establecidas para los Jueces de Circuito, lo que sin duda significa que la ley les otorga a unos y otros la misma categoría. Además, el Código primeramente nombrado consagra en su artículo 40 expresamente este principio, de modo que es tradicional en nuestra legislación considerar a los Jueces de Instrucción Criminal como de categoría igual a la de los Jueces de Circuito. Ahora bien: Aunque los Jueces de Instrucción no formen parte de la Rama Jurisdiccional de Poder Público, el hecho de que, para ser nombrados se les exijan las mismas condiciones que a los de Circuito, necesariamente comporta la consecuencia de que, si un individuo ha desempeñado el cargo de Juez de Instrucción durante un lapso de tiempo (sic) igual al que se exige a los Jueces de Circuito está en las mismas condiciones de aptitud que éstos para ingresar a la carrera judicial. Y no es posible hacer diferenciación alguna por el hecho de ser nombrados dichos Jueces por la Rama Ejecutiva, puesto que, cuando la Constitución habla de Jueces de Instrucción Criminal, no podía referirse solamente a los que existieran en el futuro, sino de modo especial a los que actualmente existen. En segundo lugar, es preciso no perder de vista que con el establecimiento de la carrera judicial se ha querido obtener una selección del personal dentro de los organismos que son auxiliares de ella o que con ella colaboran, aunque en realidad pertenezcan a otra rama del Poder Público. Tal sucede precisamente con los funcionarios del Ministerio Público y con los Jueces de Instrucción Criminal. Hay sí necesidad de hacer resaltar que para estos últimos es condición indispensable la de que tengan el carácter de empleados nacionales; pues, si se tratara de un Juez de Instrucción Departamental o Municipal, la cuestión sería distinta, ya que entonces éste no tendría igual categoría a la de Juez de Circuito. Por las anteriores consideraciones la Procuraduría General de la Nación considera que los períodos en que un individuo haya servido el cargo de Juez de Instrucción Criminal, como empleado nacional, deben computársele para efectos de los requisitos constitucionales exigidos con mira al desempeño de cargos judiciales o del Ministerio Público, en los mismos términos en que tales períodos se computan tratándose de Jueces Superiores o de Circuito.

La Sala comparte el pensamiento expresado por el señor Procurador. Los Jueces de Instrucción Criminal ejercen jurisdicción, tienen funciones judiciales, imparten justicia a nombre de la República y legalmente son de una categoría igual a la de los Jueces de Circuito. Además, aunque no hagan parte de la Rama Jurisdiccional, el artículo 10 de la ley 71 de 1945, dispone que para las prestaciones sociales se compute el tiempo de servicio de los Jueces de Instrucción Criminal. Es decir, que hay una disposición expresa que permite la acumulación, sin que sea necesario para hacerla el que los jueces de Instrucción pertenezcan a la Rama Jurisdiccional. Conviene agregar, en relación con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 10 citado que ellos se

refieren a las personas que al tiempo de la solicitud de pensión estén prestando sus servicios en cualquiera de los cargos contemplados por la disposición, o sea de Jueces Municipales, de Instrucción Criminal o subalternos de ellos; en esas circunstancias resulta fácil y posible que se haga la consignación de las cuotas atrasadas a la Caja, para que ésta sea la que pague la pensión. El caso contemplado ahora es distinto: el doctor Garavito se había retirado del servicio de cargos en la rama jurisdiccional y había prestado los que se relacionaron como Juez de Instrucción Criminal cuando entró en vigencia la norma del artículo 10. Por consiguiente su pensión, a la cual tiene derecho, según jurisprudencia de la Corte, basada principalmente en que los beneficios sociales deben favorecer a los servidores públicos desde que se demuestre que ellos llenan las calidades exigidas por la ley, no ha de ser cubierta por la Caja pero sí por el Tesoro Nacional.

De acuerdo con lo anterior, a los 18 años, 2 meses, 28 días que el doctor Garavito desempeñó los cargos de Juez del Circuito, de Juez de Tierras y de Fiscal debe sumarse un año, once meses, veintiocho días que duró desempeñando cargos de Juez de Instrucción Criminal, lo que da un total de veinte años, dos meses, veintiseis días. Este tiempo de servicios es suficiente para que conforme a las leyes vigentes se decrete la pensión que solicita.

En la petición que se formula en la demanda se señala a la pensión una cuantía de trescientos ($ 300.00) pesos sin que el peticionario aduzca razones para fundar su pedimento. Al respecto observa la Sala que la cuantía de estas pensiones se fija según lo establecido en el artículo 1º de la ley 71 de 1945 que dispone: "Los funcionarios y empleados 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 ($ 30.00) ni exceda de quinientos pesos ($ 500.00)". Y según las constancias que aparecen en los autos el último cargo desempeñado por el doctor Garavito fue el de Juez de Instrucción de Duitama, que ocupó desde el 1º de septiembre de 1945 hasta el 4 de octubre del mismo año (folios 16 y 17). No aparece en los autos la certificación referente a la cuantía del sueldo devengado por el demandante en este cargo, pero ello no es indispensable para la fijación de la pensión, pues dicho sueldo se halla señalado en la ley de apropiaciones de 1945 en la suma de doscientos cuarenta pesos ($ 240.00). (Presupuesto Nacional, Capítulo II, artículo 76). El setenta y cinco por ciento (75%) de esta suma es la cantidad de ciento ochenta pesos ($ 180.00) y ella será la cuantía de la pensión.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior de Santa Rosa de Viterbo y en su lugar condena a la Nación a pagar al doctor Miguel A. Garavito una pensión mensual vitalicia de jubilación de ciento ochenta pesos ($ 180.00) moneda legal, a partir del día 15 de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco, la que se cubrirá por el Tesoro Nacional.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

INCIDENTE SOBRE FIJACION DEL MONTO DE PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

En el incidente de liquidación de perjuicios no se trata, de acuerdo con el rigor de los principios, de condenar o de absolver a la parte demandada, sino simplemente de fijar la cuantía de la indemnización, de concretarla a una cifra numérica. De donde resulta que si los perjuicios, ya reconocidos IN ABSTRACTO, no son determinados luego de manera idónea porque las probanzas no fueren suficientes para lograrlo, la resolución respectiva debería expresar esto y no más, pues el procedimiento de la regulación no tiene a la luz de la ley y de la doctrina jurídica sino este único objetivo; y, por tanto, declarar entonces absuelto al demandado porque los interesados no pudieron precisar en un guarismo dado el QUANTUM de la indemnización viene a ser tanto como resolver una cuestión ajena al debate y, por consiguiente, fuera del alcance de la autoridad y de la competencia del juzgador, que no puede alterar el conteñido de las disposiciones adoptadas en la sentencia firme que declaró la obligación de indemnizar. Pero el equívoco deja de tener lugar si conforme se ha entendido siempre por la Corte y los Tribunales aquella fórmula absolutoria sólo implica que por no haberse llevado a los autos la prueba del valor preciso de los perjuicios no pueden ser ellos fijados viniendo a quedar, por tanto, el demandado absuelto en el incidente, sin que tal declaración tenga el sentido de revocar o alterar las condenaciones hechas en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata.

En el salvamento de voto de los Magistrados del Tribunal A QUO se sostiene que decidido el incidente regulatorio adversamente a la parte demandante —porque no probó o porque descuidó probar eficazmente la cuantía de los perjuicios— subsiste para ella el derecho de recurrir al juicio ordinario para provocar una nueva regulación. Para la Corte no es esto así, y por el contrario, sostiene la tesis de que agotados todos los trámites del incidente establecido en el artículo 553 del Código Judicial, se agota para el interesado toda posibilidad para perseguir por la vía ordinaria el cumplimiento del fallo que decretó IN GENERE la indemnización.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre diez de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Mediante sentencia proferida por esta Sala el 9 de diciembre de 1942, en el juicio adelantado por José Guerrero y otros contra la Nación por perjuicios ocasionados a los autores con ocasión de conocido accidente aéreo de Santa Ana o Campo de Marte el día 24 de julio de 1938, la Corte Suprema de Justicia declaró al Estado colombiano responsable del daño causado a los demandantes José Guerrero, Alvaro y Clara Inés Guerrero Caicedo por la muerte de Rosa Caicedo de Guerrero y Cecilia Guerrero Caicedo, esposa e hija, respectivamente, del primero de los nombrados y hermana legítima de los últimos. Como consecuencia, se condenó a la Nación a pagar los perjuicios morales de carácter subjetivo causados a los demandantes —los cuales se señalaron en la cantidad total de cinco mil pesos ($. 5.000.00)— y los materiales que se fijarán mediante el procedimiento señalado en el artículo 553 del C. J.

Para obtener el cumplimiento de este fallo el representante de la parte favorecida con él, doctor Carlos H. Pareja, promovió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el incidente de rigor, el cual fue decidido por providencia del 15 de marzo de 1944, que dispuso absolver a la Nación "del pago de los perjuicios cobrados en el incidente de liquidación, por no haberse aprobado éstos y desestimarse el avalúo pericial, de conformidad con lo dicho en la parte motiva" del auto.

Contra esta decisión interpuso el apoderado de los actores el recurso de alzada, el cual va a resolverse después de que el negocio ha tenido en

esta superioridad el trámite que le es propio de acuerdo con las reglas del C. de Procedimiento Civil.

La decisión del Tribunal

Antes de analizar los fundamentos expuestos por el Tribunal para llegar a la decisión absolutoria objeto del recurso, es necesario transcribir las bases que la Corte señaló en la motivación de la sentencia cuyo cumplimiento se exige.

Se dijo en ella:

"El daño material causado con la muerte de la señora Rosa Caicedo de Guerrero a su esposo José Guerrero B., está acreditado en el expediente, si no en su cuantía, sí en cuanto al perjuicio en sí mismo. Aparece, en efecto, por las declaraciones de Antonio Hurtado, Pedro Pablo Malagón y José Espinel, que la señora de Guerrero era "hacendosa y excelente madre de sus hijos y ayudaba mucho a su marido para el sostenimiento de la familia con un almacén de artículos de tocador. Guerrero formaba parte de la familia".

"También resulta probado, en la misma forma, y por los expresados testimonios, que la señora de Guerrero contribuía pecuniariamente, con el fruto de su trabajo, a atender a las necesidades de sus hijos menores que hoy reclaman por el daño, Alvaro y Clara Inés Guerrero Caicedo.

"En incidente separado se fijará la cuantía de este daño atendiendo a la edad de la señora Rosa Caicedo de Guerrero cuando murió y a la de su marido y sus hijos Alvaro y Clara Inés Guerrero, al tiempo que éstos últimos razonablemente pudieran recibir el apoyo económico de que se trata y a lo que la señora producía realmente y era presumible que aplicara para el sostenimiento de su esposo y para el sostenimiento y educación de sus hijos, teniendo aquí en cuenta lo que a su turno habría de aportar el padre para los mismos fines".

Con el propósito de que se regularan los perjuicios con sujeción a las indicadas bases, el apoderado de la parte demandante presentó una liquidación por la suma total de $ 28.477.98 en que estimó la indemnización debida a sus patrocinados. Para producirla, expresó que la extinta señora Rosa Caicedo de Guerrero contribuía al sostenimiento del hogar y la educación de sus hijos menores con la suma de $ 180.00 que mensualmente le producía un almacén de su propiedad en el cual tenía invertido un capital superior a ocho mil pesos. Sobre la base de este rendimiento y de la edad probable de los damnificados, y con sujeción al sistema adoptado por la Corte para el cálculo de la renta vitalicia, estableció la cifra global de la indemnización, arriba mencionada, la cual descompuso en los siguientes renglones para cada uno de los demandantes, así:

Perjuicios de la menor Clara Inés Guerrero	$ 7.433.10
Perjuicios del menor Alvaro Guerrero.	7.239.24
Perjuicios del cónyuge sobreviviente José Guerrero	13.805.64
Total general.....	$ 28.477.98

El señor Fiscal del Tribunal instado objetó la liquidación presentada, manifestando que no había sido demostrado en forma alguna que la señora Caicedo de Guerrero tuviera invertido en el almacén de que ha venido hablándose un capital mayor de $ 8.000.00 ni que éste le produjera la utilidad líquida expresada de $ 180.00 mensuales, como tampoco que tal rendimiento fuera invertido en los gastos comunes del hogar o en las necesidades y educación de sus hijos Alvaro y Clara Inés.

Abierto el negocio a pruebas como consecuencia de las objeciones formuladas por el Agente del Ministerio Público, se produjeron las que el Tribunal tuvo a su disposición para fallar el incidente en forma adversa a las pretensiones de los demandados, por encontrarlas completamente deficientes y desprovistas de toda fuerza de convicción.

En seguida va la Sala a ocuparse en examinar si los elementos probatorios existentes en este último grado del proceso pueden inducir a una revocatoria del auto sujeto a recurso, o, si por el contrario, precisa mantener la resolución adoptada en la primera instancia.

Encontró el Tribunal que las deposiciones de los testigos señores Antonio Hurtado, Pablo Malagón y Jocelín Espinel — únicas encaminadas a comprobar los hechos fundamentales a que el incidente se contrae — no llenaron debidamente su objetivo por la vaguedad e imprecisión de que adolecen en algunas de sus partes, y en otras porque tienen el carácter de apreciaciones periciales, incompatibles, por consiguiente, con la función de los testigos y con el régimen jurídico de este medio probatorio.

A los mencionados deponentes se sometió el siguiente interrogatorio:

"c) Si por ese conocimiento personal les consta que dicha señora era propietaria de un almacén de artículos finos de tocador, anexo al cual tenía una sombrerería en que ella misma trabaja personalmente;

"b) Si les consta, por conocer las existencias de ese almacén y haber visto su movimiento diario durante varios años, que dicha señora tenía en él mercancías, existencias de sombreros, máquinas de coser y otros elementos, cuyo costo o valor total era aproximadamente de ocho mil pesos;

"e) Si igualmente le consta al testigo, por vivir en el interior de la misma casa en donde la señora tenía el almacén y por la amistad con ésta presenciaba muchas veces las ventas y trabajos que ella ejecutaba, que dicha señora obtenía de dicho almacén los medios de subsistencia para ella, sus hijos y su esposo José Guerrero;

"f) Si le consta por las mismas razones que la señora devengaba como utilidades de dicho almacén sumas que en algunos días pasaban de och pesos y en otros estaban entre cinco y seis pesos diarios, lo cual le consta al testigo porque ayudaba a la señora, por petición de ésta, a hacer las cuentas del almacén, en lo cual los acompañaba el propio marido de ella, José Guerrero.

"g) Si igualmente le consta al testigo que la señora de sus propias entradas cubría gastos de la casa del matrimonio Guerrero-Caicedo, como los del colegio de los niños, hacía el mercado, pagaba arrendamiento, etc.

"h) Si el testigo conoce igualmente y desde hace varios años a José Guerrero, marido de la señora Rosa Caicedo, y por ese conocimiento y las relaciones constantes que a él y a su señora los unen, puede declarar que Guerrero devengaba entonces y ha continuado devengando mensualmente unos $ 30.00 trabajando en un taller de ebanistería".

La deposición del testigo Espinel la tuvo el Tribunal como absolutamente ineficaz, pues expresó simplemente que la señora Caicedo de Guerrero tenía a la época de su fallecimiento un almacén de artículos de tocador y de sombrerería, pero que ignora cuál fuera el precio de las existencias; que en conversaciones que con dicha señora tenía y con su marido, supo en repetidas ocasiones que las entradas diarias eran en veces de diez pesos ($ 10.00), de $ 8.00 en otras y en algunas de menos de esta cantidad, pero que no presenció arreglos de cuentas ni puede concretar las utilidades que obtenía; que presenció que la señora pagaba el colegio de sus hijos y hacía otros gastos de su familia, pero que no puede afirmar que tales gastos los hiciera exclusivamente con sus propias entradas y que, finalmente, le consta que su marido José Guerrero, estaba en malas condiciones, pues en unas épocas tenía trabajo y en otras no lo tenía, — según éste informaba — pero que no obstante esto no sabe el declarante cuál fuera el sueldo que devengaba por su trabajo.

En síntesis, la declaración de Malagón R. dice en lo esencial que por vivir en la misma casa y haberlo visto, al almacén de que era propietaria la señora Caicedo de Guerrero, le calcula un valor de $ 8.000.00 o más; que con el producto de dicho almacén y del trabajo personal de aquélla el matrimonio atendía a sus propias necesidades y las de sus hijos "casi en la totalidad del gasto, pues su marido José Guerrero es carpintero que apenas ganaba entonces un peso o un peso veinte centavos en el día, y creo que de allí no pasa, no gana más"; que le consta, porque muchas veces hizo la caja o se la ayudó a hacer, que la señora ganaba con su comercio no menos de cinco o seis pesos diarios, pues las entradas casi siempre eran superiores a diez pesos al día y en ocasiones llegaban a $ 18.00, $ 20.00, etc., en varios días, "por lo que puedo afirmar que su utilidad no era menor de cinco a seis pesos, atendida también la circunstancia de que ella atendía convenientemente a los gastos de su casa, lo cual me proporciona una base firme para mi cálculo, por lo fuerte de esos gastos; yo la veía pagar la educación de tres hijos, el arrendamiento y el gasto diario de la casa".

Por su parte depone el testigo Hurtado que por haberlo visto conoció el almacén en referencia, está seguro de sus existencias y presenció muchas veces el movimiento diario que tenía para la época de la muerte de la señora y que juzga que el valor de esos elementos, los cuales enumera, no bajaba de ocho mil pesos; y porque vivió en la misma casa con ella y su familia durante cinco años y luego porque lo vio le consta que con lo que ganaba en el almacén con el producto de su trabajo obtenía los medios de subsistencia para ella y sus hijos que eran tres, lo mismo que para su esposo, pues éste era un carpintero que poco ganaba, produciendo apenas un peso o un peso veinte centavos diarios, "y por ello yo presencié que la señora Rosa pagaba con su trabajo los arrendamientos de la casa y el local donde vi-

vían, los colegios de las dos niñas mayores, alimentación, etc."; pero que no se impuso de una manera absolutamente segura a cuánto ascendieran las entradas diarias por el trabajo de dicha señora, las ventas en el almacén referido, pero a juzgar por el movimiento de ventas y trabajo como por los gastos que sostenía seguramente el producto diario de su industria no podía ser menor de seis pesos.

A propósito de estas pruebas, sostiene el Tribunal que no son idóneas para acreditar el monto del capital perteneciente a la occisa ni la utilidad neta o líquida que hubiera producido con él y con su trabajo personal, como tampoco la proporción en que atendía a la subsistencia y ayuda de su familia. Agrega que nada resultaba más fácil que haber demostrado estos hechos con la copia de la diligencia de inventarios judiciales y extrajudiciales que debieron haberse efectuado por cuanto si el capital existió al tiempo del fallecimiento de dicha señora necesariamente tuvo que haberse inventariado como patrimonio sucesoral distribuíble entre sus herederos. Y que por otra parte, habría sido fácil allegar los libros de contabilidad, facturas de comercio y testimonios de comerciantes que al por mayor le vendieran a la señora, con lo cual se hubiera podido demostrar los hechos principales para una apreciación del daño, pero que "llama la atención que la prueba ensayada es tan pobre que no se citó un solo testigo nuevo respecto a los que declararon durante la secuela del juicio, sino que fueron los mismos".

El punto es capital, pues como lo observa el fallador de primer grado, el solo fundamento del dictamen pericial rendido por los señores Ernesto Aparicio y Gonzalo Piñeres, en el cual se hace el avalúo de los perjuicios es el que arrojan las declaraciones que acaban de resumirse, de suerte que el valor probatorio que pueda asignársele a la experticia es una consecuencia de la apreciación legal que corresponda a la indicada prueba testimonial. Es evidente que el dictamen, uniforme en sus conclusiones, expresa que los cálculos para la indemnización que allí se formula tienen como base única la afirmación de los citados testigos en cuanto a las utilidades que los mismos deponentes asignan al almacén.

Sobre el particular se pronuncia así el señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista de fondo del proceso:

"En un estudio minucioso de las tres declaraciones rendidas durante el trámite del incidente, el H. Tribunal muestra cómo todos los tres testigos se convirtieron en peritos en lo relacionado con el valor del almacén que se dice tenía la difunta señora de Guerrero, el sueldo del demandante Guerrero y lo que aquel almacén producía. Ninguno de los tres declarantes se limita a expresar **hechos** sino que cada uno por su lado emite **concepto** y, basado en sus propias consideraciones y supuestos, saca conclusiones para determinar aquellos datos en forma numérica precisa. Bien sabido es que ésta no es la misión del testigo. El testigo no puede deponer válidamente sino entre hechos, sobre aquello que esté sujeto a los sentidos. Pero no es misión del testigo hacer deducciones y cálculos.

Derrumbada esta prueba testimonial, queda sin base alguna probatoria todo el incidente de regulación de perjuicios puesto que el dictamen pericial que obra a folios 8 y siguientes del cuaderno número 6 se funda precisamente en esas mismas declaraciones testimoniales.

El dictamen referente a la edad de los litigantes, como lo observa el H. Tribunal, carece de objeto. Pero aun suponiéndolo válido y eficaz es obvio que no es suficiente para determinar el **quantum** de los daños causados a los demandantes.

Así, pues, estando fundado el dictamen pericial sobre los perjuicios en las declaraciones testimoniales y no siendo éstas en realidad declaraciones eficaces jurídicamente, no quedaba base alguna para hacer la condena. Con tales consideraciones, el H. Tribunal se vio obligado a absolver definitivamente a la parte demandada, ya que la carga de la prueba, en lo que se refiere a la cuantía del perjuicio, correspondía por entero a los demandantes. Si no probaron esa cuantía, deben sufrir las consecuencias lógicas que de ahí se desprenden.

Además, se observa se ha alegado como perjuicio sufrido por los demandantes el consistente en el lucro cesante ocasionado con la muerte de la señora de Guerrero, esposa del demandante José Guerrero y madre de los menores Alvaro y Clara Inés. Es decir, el perjuicio se reduce a las sumas de dinero que la señora de Guerrero producía para sostener su propia casa. Para determinar esa suma se dice que la señora de Guerrero tenía un almacén cuyo valor ascendía a $ 8.000.00 m. c. Esto, desde luego, no está probado. Pero, en todo caso, si lo que sucedía era que la señora era propietaria de ese almacén que le producía determi-

nada suma de dinero mensual, es claro que con su muerte en la tragedia de Santa Ana ese capital no desapareció. Los $ 8.000.00 tienen que estar ahí mismo, invertidos en el almacén y produciendo, aproximadamente, la misma cantidad que antes producían. Por tanto, es absurdo el cálculo que hacen los señores peritos porque además de basarse en declaraciones que no prestan mérito alguno no se ha demostrado exactamente cuánto produce actualmente el almacén, para deducir esa cifra de la producida antes (en vida de la dueña) y obtener de este modo la diferencia o perjuicio sufrido por la parte actora".

La Sala de su lado no puede menos de acoger las observaciones formuladas tanto por el Tribunal como por el Agente del Ministerio Público en relación con las pruebas aducidas para demostrar la cuantía de los perjuicios ocasionados a los actores por la trágica desaparición de la señora Caicedo de Guerrero. Tales perjuicios no podían ser demostrados, de acuerdo con su naturaleza, sino mediante un dictamen pericial, pero el que se presentó con tal objeto no reúne las condiciones legales requeridas, ya que su fundamentación es en todo extremo deficiente, y por ende no pueden ser aceptadas las conclusiones a que llega. Su desestimación la fundó el Tribunal en el artículo 723 del Código de Procedimiento Civil que da al Juez la facultad de apreciar el dictamen pericial sometiendo a las reglas de la sana crítica las presunciones, inferencias, juicios y deducciones que los peritos hagan; de tal suerte que basándose, como se basaron éstos, en los datos de las exposiciones testimoniales que figuran en el expediente, obvio es que su fuerza probatoria está subordinada a la de la prueba testimonial, que en el presente caso sólo sirve para demostrar que los demandantes se vieron privados del recurso que le proporcionaba la occisa, pero en manera alguna para determinar en forma precisa el alcance del perjuicio. Otra cosa hubiera sido si los peritos en vez de atenerse exclusivamente a las deposiciones testimoniales, hubieran buscado la fuente de sus fundaciones en otros elementos, menos vagos e imprecisos.

Por tales motivos la Corte no podrá apartarse de la apreciación que sobre estos medios probatorios hizo el inferior en la providencia objeto del recurso, y por consiguiente no modificará la solución adoptada.

Los señores Magistrados Vásquez y Reyes M. salvaron su voto manifestando que su disentimiento tiene origen en el hecho de que la fórmula adoptada para la resolución del litigio, en cuanto por medio de ella se absuelve a la parte demandada del pago de los perjuicios cobrados en el incidente de liquidación es impropia para la solución del negocio sujeto al conocimiento del Tribunal. Sostienen estos Magistrados que con dicha resolución puede entenderse que se modifica el contenido de la sentencia de fecha 9 de diciembre de 1942 que reconoció la existencia de los perjuicios y condenó a su pago a la Nación.

Aunque la Corte en varios casos de aplicación del artículo 553 del Código Judicial ha adoptado la misma fórmula resolutiva objeto de la crítica anterior, no tiene inconveniente en declarar que puede estar la razón de parte de los señores Magistrados autores del salvamento, si se da a la decisión el alcance que ellos señalan, por cuanto en el incidente de liquidación de los perjuicios no se trata, de acuerdo con el rigor de los principios, de condenar o de absolver a la parte demandada sino simplemente de fijar la cuantía de la indemnización, de concretarla en una cifra numérica. De donde resulta que si los perjuicios, ya reconocidos in abstracto, no son determinados luego de manera idónea porque las probanzas no fueren suficientes para lograrlo, la resolución respectiva debería expresar esto y no más, pues el procedimiento de la regulación no tiene a la luz de la ley y de la doctrina jurídica sino este único objetivo; y por tanto, declarar entonces absuelto al demandado porque los interesados no pudieron precisar en un guarismo dado el **quantum** de la indemnización viene a ser tanto como resolver sobre una cuestión ajena al debate y, por consiguiente fuera del alcance de la autoridad y competencia del juzgador, que no puede alterar el contenido de las disposiciones adoptadas en la sentencia firme que declaró la obligación de indemnizar.

Pero el equívoco deja de tener lugar si conforme se ha entendido siempre por la Corte y los Tribunales aquella fórmula absolutoria sólo implica que por no haberse llevado a los autos la prueba del valor preciso de los perjuicios no pueden ser ellos fijados, viniendo a quedar por tanto el demandado absuelto en el incidente, sin que tal declaración tenga el sentido de revocar o alterar las condenaciones hechas en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata. Entendida así la cuestión, el disentimiento de los Magistrados Vásquez y Reyes M. sólo ofrece un interés meramente teó-

rico, sobre todo si se considera que no existen en el derecho procesal moderno fórmulas sacramentales a las cuales deba ceñirse rigurosamente el Juez sus actuaciones y que lo importante es que las que emplean los encargados de administrar justicia produzcan los efectos que la ley persigue, cualesquiera que fueren sus expresiones literales. Sin embargo, y con el exclusivo fin de evitar toda confusión al respecto en el proceso que aquí se ventila, la Sala modificará la resolución de la mayoría del Tribunal, sin que esto implique —se repite —alteración de su contenido.

No se desprende de lo anterior que la Corte prohije o comparta las consecuencias que el salvamento atribuye a la decisión objeto del recurso por razón de los términos en que está concebida. Sobre el particular tiene esta Superioridad opiniones distintas, como en seguida va a verse.

Dicen los señores Magistrados que suscriben el salvamento de voto: "Se está en frente, en el caso de autos, de una decisión posterior (auto interlocutorio) que es contraria a una sentencia firme dada en materia contenciosa, porque ésta condena al pago de perjuicios y aquélla absuelve. Y la consecuencia más importante de tal manera de resolver el incidente de regulación del monto de los perjuicios, según el auto interlocutorio que absuelve, es la de que jurídicamente la persona civilmente responsable (parte demandada), queda sin obligación alguna, libre de responsabilidad civil por concepto de indemnización de perjuicios, y por ende la parte demandante no puede legalmente disponer de acción civil por la vía ordinaria, para obtener la declaración de que el monto de los perjuicios a que se condenó a la parte demandada en juicio anterior es determinada suma". Y más adelante, después de expresar cuál es la fórmula adecuada, agregan aquellos Magistrados: "En la parte motiva se analizará la prueba, y si se encontrare que no es plena, se colegirá que no es posible hacer la fijación del **quantum**; en la parte resolutiva solamente se expresará que por las razones expuestas en la parte motiva, no es el caso de hacer la fijación del monto de los perjuicios a que el incidente se refiere. Consecuencia lógica del sentido de esta decisión, es el de que la parte favorecida en el fallo, tiene libre su acción por la vía ordinaria, con el objeto de establecer lo que no pudo o descuidó en un incidente cuya decisión no hace tránsito a cosa juzgada".

De acuerdo con los apartes transcritos, se sostiene que decidido el incidente regulatorio adversamente a la parte demandante —porque no probó o porque descuidó probar eficazmente la cuantía de los perjuicios— subsiste para ella el derecho de recurrir al juicio ordinario para provocar una nueva regulación. Para la Corte no es esto así, y por el contrario, sostiene la tesis de que agotados los trámites del incidente establecido en el artículo 553 se agota para el interesado toda posibilidad para perseguir por la vía ordinaria el cumplimiento del fallo que decretó **in genere** la indemnización.

La principal razón es la de que conforme a las regulaciones del C. de Procedimiento Civil (Capítulo I del Título XV) las sentencias de los jueces pueden cumplirse en dos formas: dentro del mismo juicio, mediante un incidente posterior, o por el ejercicio de otro juicio, generalmente de carácter ejecutivo.

El primer sistema tiene cabida cuando en la sentencia se condena a pagar una cantidad ilíquida por frutos, perjuicios, u otra cosa semejante, según lo ordena el artículo 553 de aquella obra. En tal caso, la ejecución de la sentencia tiene el carácter de un incidente anexo al juicio principal, hace parte de él, y es la única vía procesal señalada en la ley para alcanzar aquellos fines. No podría, por ende, la parte favorecida por el fallo optar entre promover el incidente o seguir un juicio especial u ordinario, pues ninguna norma procedimental autoriza esta actitud. Tanto es así que la misma disposición citada prescribe que el auto interlocutorio por medio del cual se aprueba la liquidación, o la regule, presta mérito ejecutivo.

En el anterior Código Judicial (artículo 874) existía un procedimiento en todo diferente al actual, pues en el mismo caso, se disponía: "Si en la sentencia se condenare a pagar una cantidad ilíquida por frutos, a indemnizar daños y perjuicios, o a otra cosa semejante, se ejecutará, previo un juicio ordinario de cuentas, en el cual no se discutirá la obligación de pagar sino la cuota que debe pagarse en virtud de la primera sentencia, y según las bases que en ella se hayan fijado". Más tarde, la Ley 39 de 1921 (artículo 11) dispuso que se tramitaran por la **vía sumaria, sin perjuicio de la ordinaria,** entre otras controversias las relativas a "la liquidación del monto de daños y perjuicios, frutos, réditos y cualesquiera otras prestaciones que se hubieren declarado en abstracto en sentencias condenatorias que deben eje-

lutarse". Es decir, que la parte favorecida con el fallo tenía a su disposición los dos trámites —especial y ordinario— que este artículo consagra.

En el 553 del vigente, el mismo objeto —cumplimiento de las sentencias en los eventos previstos— sólo se realiza mediante un procedimiento breve encaminado a fijar la cuantía de las prestaciones reconocidas; de donde se desprende claramente que no hay ocasión de optar entre el incidente consagrado por esta norma y otro distinto no establecido ni señalado en el Código Judicial.

Por estos mismos motivos, es consecuencial que carece de toda base jurídica la afirmación de que si el incidente desfavorece al demandante porque no se acreditó debidamente la cuantía de la condenación puede, sin embargo, reabrirse el procedimiento ordinario para obtener por tal vía el cumplimiento de la sentencia principal.

Aparte de que esto equivaldría a dejar indefinidamente postergada la solución de los litigios, ocurre argüir contra semejante tesis que ella trata de equiparar el incidente de regulación con los juicios especiales susceptibles de revisión por los trámites ordinarios, lo que no deja de ser una manifiesta confusión entre dos órdenes distintos de instituciones en el campo del derecho adjetivo, pues como se ha visto —y el Código de la materia expresamente lo enseña— la actuación establecida en el artículo 553 es una prolongación del juicio principal y no uno de naturaleza especial sujeto a revisión por la vía ordinaria. En una palabra, la ley procedimental ha querido alterando lo existente en otras épocas, que la regulación se haga en el mismo proceso civil y no en uno separado.

De ser las cosas como lo sostiene el salvamento de voto, igualmente podría la parte vencida parcialmente en el incidente promover el juicio ordinario para que se eleve la cifra representativa de la cuantía cuando considerase no satisfactoria la señalada por haber demostrado incompletamente su derecho a una mayor.

En conclusión, sostiene la Corte que decidido el incidente del artículo 553 adversamente a la parte que lo promueve, queda definitivamente liberada la parte vencida por medio del fallo cuyo cumplimiento se exige.

Todos estos argumentos llevan a la Sala a apartarse fundamentalmente de las conclusiones a que llegan los dos distinguidos magistrados que salvaron su voto respecto a la parte resolutiva del auto recurrido; y, si se ha ocupado en referirse al contenido de sus tesis lo ha hecho no porque fuera ello necesario para la acertada solución del negocio que tiene a su estudio, sino con el único objeto de que se conozca nítidamente su modo de pensar en relación con ellas.

Por lo dicho, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el auto recurrido, de fecha 15 de marzo de 1944 y en su lugar resuelve que no ha sido acreditado el valor de la indemnización reclamada por José Guerrero y otros en cumplimiento de la sentencia de esta misma Sala de fecha 9 de diciembre de 1942 y que, por consiguiente no hay lugar a hacer fijación ninguna sobre el monto de los perjuicios reclamados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL, comuníquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PENSION DE JUBILACION

1.—El ejercicio del cargo, cuando no se ha allegado la documentación principal, puede acreditarse con testigos, como lo ha establecido la doctrina de la Corte.

2.—La investidura oficial, para efectos de la pensión, ¿exige simultáneamente las constancias legales de nombramiento, posesión y ejercicio del cargo? Si se aplicara un criterio riguroso y literal, la respuesta sería afirmativa en vista del Decreto número 2840 de 1942. Pero a esto se observa: según el artículo 7º del C. J., constando el nombramiento y el posterior ejercicio del cargo, se presume de derecho la posesión. Constando la posesión y el ejercicio del cargo, debe admitirse esto, por lo menos, como un indicio muy vehemente del nombramiento. De otro lado, sería un legalismo excesivo decir que el certificado sobre ejercicio no podría ser, como prueba principal, sino el que dieran los funcionarios judiciales y no el que emanara de una certificación tan importante como la que figura en autos. Los artículos 2º y 3º del Decreto nombrado requieren, en verdad, ciertas pruebas específicas pero la interpretación del texto no es tan drástica que no permita al fallador cierta amplitud en vista de las circunstancias. No debe olvidarse que las leyes de pensiones son de naturaleza administrativa y previsión social, lo cual está indicando que no debe emplearse un criterio tan riguroso que lleve al desconocimiento del derecho.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, septiembre once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El doctor Miguel Arrieta Ballestas, como apoderado del doctor Julio C. Zúñiga, pidió ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Barranquilla, en libelo de 29 de octubre de 1945, que se decretase para su poderdante, a cargo de la Caja de Previsión Social del Organo Judicial, una pensión vitalicia de jubilación por la cantidad de $ 287.50, o lo que legalmente le corresponda, a juicio del fallador.

Como fundamentos de hecho, adujo los siguientes:

"1º Mi poderdante, señor doctor Julio C. Zúñiga, desempeñó destinos públicos en el Organo Judicial, como Juez Municipal, Juez de Circuito, Juez de Menores, Juez Superior y Magistrado del Tribunal Superior; 2º En ejercicio de tales cargos se distinguió como buen servidor público, pues desempeñó tales destinos con absoluta honorabilidad, pulcritud y consagración; 3º Mi poderdante carece de medios de fortuna; incapacitado para trabajar, tanto por su edad avanzada como agotamiento fisiológico, y sujeto a múltiples obligaciones como padre de familia; 4º Como persona exenta de vicios, su conducta en general ha sido ejemplar y encomiable por su austeridad, como lo refleja el distinguido hogar de que es jefe y la educación que ha sabido darles a sus hijos. También se distinguió en el escenario profesional como verdadero jurisconsulto, haciéndose acreedor a ser miembro activo y honorario de sociedades jurídicas de los Departamentos de Atlántico y Bolívar; 5º No ha disfrutado de pensión por parte del Estado, ni ha recibido recompensa; 6º Es hombre de edad avanzada, pues actualmente tiene 73 años; 7º No es deudor del Tesoro Nacional; y 8º El último cargo que tuvo fue de Juez de Menores, en cuyas funciones cesó y no podría haber continuado el nuevo período debido a prescripción médica señalada con anterioridad".

Apoyó la solicitud en el artículo 73 de la ley 6ª de 1945, vigente cuando presentó la demanda, y señaló como mayor sueldo la suma de $ 287.50 que devengaba el doctor Zúñiga como Magistrado del Tribunal Superior en el período comprendido desde el 1º de enero de 1928 al 30 de septiembre de 1931.

El mismo apoderado indica como tiempo de servicio prestado por su poderdante, el que resulta de los siguientes datos:

	Años	Meses	Días
"Juez 3º del Circuito (1908)..		5	3
Juez 3º Municipal.....		6	7
Juez 3º del Circuito (1909)...		3	23
Juez 4º Municipal.....		3	12
Magistrado del Tribunal (1910)		5	17
Magistrado del Tribunal (1927)	8	2	25
Juez Unico Superior.....	1	10	13
Juez Primero Superior	5	11	18
Juez de Menores.....	1	11	18
Total.....	15	56	136

Equivalente a veinte (20) años, y diez y seis días".

En la segunda instancia, durante la fijación en lista, afirma el doctor Arrieta que el tiempo servido por su poderdante en la Rama Judicial, fue de veinte años, dos meses y diez días.

El Juzgador **a quo**, en providencia de 22 de marzo de 1946, decidió así:

"En razón de lo expuesto, la Sala de Decisión en lo Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, de acuerdo con su Fiscal colaborador, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, RESUELVE:

"No es el caso de hacer las declaraciones solicitadas por el demandante;

"Tiénese al doctor Miguel Arrieta Ballestas, como apoderado del doctor Julio C. Zúñiga".

La parte actora apeló del fallo que le fue desfavorable, y tramitado el asunto ante la Sala de Negocios Generales, se procede a estudiarlo en este segundo grado de jurisdicción.

Tanto la ley 22 de 1942, así como la 71 de 1945, requieren para la prosperidad de la acción, que el demandante haya servido, por un término no menor de 20 años, como empleado de la Rama Judicial, del Ministerio Público, o de lo Contencioso Administrativo.

Dictamina el sentenciador de primera instancia, con razón, que las pruebas no eran suficientes para formar la convicción de que el petente hubiera desempeñado los cargos de Juez 3º y 4º Municipal y Juez 3º de Circuito durante el término que se dice los ejerció.

Obran en el expediente varias actas del Concejo de Barranquilla, con las que se acredita:

Con la de 21 de enero de 1909, que el doctor Zúñiga fue elegido Juez 3º Municipal; con la de 21 de julio de ese año, que fue elegido para tal cargo el señor Manuel D. Abello; con la de 25 de julio de 1910, que el doctor Zúñiga fue elegido para Juez 4º Municipal.

No hay certificación en que conste cuál fue el tiempo preciso durante el cual el peticionario sirvió esos empleos.

Solicitó el doctor Arrieta, al señor Prefecto de la Provincia de Barranquilla, que le diese copia de las actas de posesión de su poderdante, correspondientes a los siguientes cargos: Juez 3º del Circuito, de febrero 19 de 1908; Juez 3º Municipal, de enero 23 de 1909; Juez 3º del Circuito, de agosto 10 de 1919; Magistrado del Tribunal Superior, de noviembre 14 de 1910; Juez 4º Municipal, de agosto 10.

En octubre 22 de 1945, el señor Prefecto certificó así:

"Que en está Prefectura sólo figuran diligencias de posesiones de empleados desde el 7 de julio de 1911, y por tanto no existen las diligencias de posesión de los años de 1908 a 1910 a que se refiere el memorialista".

Se solicitó también al Tesorero Municipal de Barranquilla que certificara, en vista de los libros respectivos, si el doctor Zúñiga había devengado sueldo en los períodos de 23 de enero a 31 de julio de 1909, y de 1º de agosto a 13 de noviembre de 1910, en calidad de Juez 3º y 4º Municipal, y el Tesorero certificó:

"Que en la Tesorería no existen los datos solicitados por el memorialista, por haber pasado los archivos al edificio en donde funciona la Gobernación del Departamento y los cuales fueron destruídos por el incendio que se ocasionó en el año de mil novecientos veinte y ocho".

Se recurrió entonces a la prueba testimonial, como supletoria. Al respecto el doctor Manuel Fonseca Plazas declaró así:

"También es igualmente cierto que desempeñó los cargos de Juez 3º y 4º Municipal..."

El doctor Agustín Potes, dijo:

"También me consta que el citado doctor Zúñiga ha desempeñado los cargos de Juez 3º y 4º Municipal..."

En la segunda instancia, en la etapa de fijación en lista, se trajo a los autos una certificación en que se afirma que en una publicación oficial corre un edicto, del año de 1909, firmado por el doctor Zúñiga, como Juez Municipal, y otro en

1910, suscrito por el mismo, en calidad de Juez 4º Municipal.

La Sala menciona estos documentos, no obstante que en la segunda instancia de juicios especiales, por regla general, no hay oportunidad probatoria, porque tratándose de negocios más administrativos que civiles, como el que se estudia, no debe aplicarse, en toda su literalidad, el rigorismo del procedimiento civil.

Acerca de los testimonios transcritos, el Tribunal opina que son vagos e imprecisos, y que de ellos no es posible deducir, con certidumbre, que el doctor Zúñiga hubiera ejercido aquellos empleos, por tiempo determinado, en los supracitados años.

Dada la vaguedad anotada, el señor apoderado del actor trajo al expediente una aclaración de los deponentes que fue rendida ante el Juez 1º del Circuito de Barranquilla y presentada, a esta segunda instancia, ya vencida la etapa de fijación en lista. De ella se dio conocimiento al señor Procurador Delegado en lo Civil en auto de 5 de agosto de este año, con la firma de toda la Sala (artículo 45 C. J.), sin que este alto funcionario hubiera hecho observación alguna al respecto.

Cierto es que tales declaraciones no se recibieron en la Corte por el Ponente, ni tampoco fueron ratificadas, como lo previene el artículo 693 del C. J.; pero, por una parte, el procedimiento para esta clase de pensiones no tiene dilación probatoria, pues constituye una tramitación especial, y, por otra, el rigorismo procesal, como antes se expresó, no es norma de imperativa aplicación en estos casos.

El ejercicio del cargo, cuando no se ha allegado la documentación principal, puede acreditarse con testigos, como lo ha establecido la doctrina de la Corte. (*V.* Pensión de Mario Escobar Camargo, G. J. número 2016, pág. 558).

Dice el doctor Fonseca en su aclaración (fs. 26, c. 2ª, inst.):

"En cuanto a los cargos de Juez 3º y 4º Municipal de Barranquilla en los años de 1909 y 1910, puedo afirmar que estuvo al frente de ellos en los meses de enero a julio, y de agosto hasta los primeros días de noviembre". El doctor Potes, aclaró así:

"También puedo afirmar que el doctor Julio C. Zúñiga desempeñó los cargos de Juez 3º y 4º Municipal en los años de 1909 y 1910, también sin precisar fechas, por un término no menor de once meses, respectivamente, porque siendo Secretario del Tribunal, en ese entonces, me encontraba con el doctor Zúñiga en la visita de cárcel".

Además de esto, importa recordar que figura en el expediente copia del Acta levantada el 21 de julio de 1909, en la que consta que fue elegido Juez 3º Municipal el doctor Manuel Abello, lo que permite afirmar, habida consideración a que el período comenzaba el 1º de agosto (Ley 32 de 1907, artículo 57; Ley 105 de 1931, artículo 117), que el doctor Zúñiga estuvo desempeñando dicho Juzgado desde su elección hasta el 1º de agosto de 1909.

Por consiguiente, según todo lo anterior, pueden aceptarse **seis meses, veintiún días,** como tiempo en el desempeño del Juzgado 3º Municipal.

Por lo que toca al Juzgado 4º Municipal, el doctor Zúñiga estuvo al frente de él, desde el 1º de agosto de 1910 hasta el 13 de noviembre del mismo año.

Consta que el doctor Zúñiga fue elegido para el período que se iniciaba en agosto. Al folio 8 del cuaderno de la 2ª instancia, obra un certificado sobre no reemplazo en este puesto durante el período de 25 de julio a 14 de noviembre de 1910. Las declaraciones antes transcritas vienen a corroborar todo lo expuesto.

En consecuencia, puede aceptarse que el doctor Zúñiga fue Juez 4º Municipal, **tres meses, trece días.**.

Aparece en el expediente copia del Acuerdo número 6, expedido por el Tribunal Superior de Barranquilla el 15 de febrero de 1908, por medio del cual se eligió al doctor Zúñiga como primer suplente del Juzgado 3º del Circuito de esa ciudad. Figura también copia del Acuerdo número 43 de 28 de junio de 1909, por el cual fueron elegidos para el período que empezaba el 1º de julio y para el mencionado Juzgado 3º, como principal, el doctor Gabriel González, y como suplentes, primero y segundo, respectivamente, los doctores Elías Ospina y Manuel Pérez P. Por Acuerdo número 50, de 5 de agosto de 1909, el mismo Tribunal designó como suplente primero del mismo Juzgado 3º Civil, al doctor Zúñiga, sin duda, por haber fallecido el doctor Ospina.

No se allegaron las copias de las diligencias de posesión del doctor Zúñiga, como Juez 3º de Circuito en los años de 1908 y 1909, por la razón que

esto dio el señor Prefecto, en la certifica-
de que ya se habló en esta providencia.

pidió entonces a la Administración de Ha-
a de Barranquilla que certificara si el doc-
úñiga había devengado sueldo como funcio-
judicial en el tiempo transcurrido de enero
907 a junio de 1911, y el informe fue el si-
nte:

ue en virtud de no hallarse en esta Adminis-
ón de Hacienda Nacional archivo referente a
ños de 1907 a 1911, se abstiene de dar los da-
solicitados..."

a ausencia de la prueba principal adecuada,
peló a la testimonial. Los deponentes no fue-
muy claros y explícitos en la primera vez que
lieron su testimonio, pero en la aclaración que
ó a esta segunda instancia, se expresaron así.
doctor Potes:

Fui explícito en mi declaración rendida el día
de octubre del año de 1945, al afirmar que el
tor Julio C. Zúñiga había desempeñado el car-
de Juez 3º del Circuito de esta ciudad en los
os de 1908 y 1909 por un tiempo no menor de
tro meses, respectivamente...". El doctor Fon-
a se expresó, con mayor claridad, en estos tér-
nos:

"Cuando el día 26 de octubre de 1945 rendí mi
claración acerca del ejercicio del cargo de Juez
del Circuito de Barranquilla, por el doctor Ju-
o C. Zúñiga en los años de 1908 y 1909, durante
ás de cuatro meses, quise significar que ese
empo se extendía a cada una de las épocas en
ue había desempeñado el aludido empleo. Hago
l afirmación, porque recuerdo que el doctor Ju-
o C. Zúñiga estuvo al frente de tal puesto, des-
e mediados del mes de febrero hasta fines de ju-
o del año de 1908, en calidad de primer suplente
el doctor Fabio Benavides, designado principal
quien se hallaba ausente de la ciudad".

El testimonio del doctor Fonesca permite com-
utar para 1908, **cuatro meses, quince** días, aproxi-
nadametne, pues el declarante dice que el peti-
ionario estuvo, al frente del mencionado puesto,
desde mediados de febrero hasta las postrimerías
de julio. Por su parte el doctor Potes da para
ese mismo año, cuatro meses más o menos.

Respecto del mismo empleo en el año de 1909,
se puede computar un término de **cuatro meses.**
Tropezóse aquí con los mismos inconvenien-
tes anotados para el desempeño de este pues-
o durante el año de 1908. Empero, obra en el
cuaderno de pruebas una documentación encami-
nada a comprobar la designación del solicitante
Dr. Zúñiga para la primera suplencia del Juzgado
3º del Circuito, cargo que desempeñó luego por
muerte del principal Dr. Elías Ospina, la que ocu-
rrió el día 13 de julio de 1909.

En ausencia de las piezas adecuadas para acre-
ditar lo que se cuestiona, obran como supletorias
las declaraciones de los doctores Fonseca y Potes
de que atrás se hizo mención.

Fue también el peticionario Magistrado del Tri-
bunal de Barranquilla, desde el día 14 de noviem-
bre de 1910 hasta el 30 de abril de 1911, lo que
determina un tiempo de servicio de **cinco meses,**
quince días.

Según el informe suministrado por el Subse-
cretario de Gobierno del Departamento del Atlán-
tico (fs. 13 c. prueb.), los libros de Actas de posesión
fueron destruídos por el incendio que hubo
en el Archivo de la Gobernación. Con todo, existe
en el expediente la siguiente certificación del Se-
cretario del Tribunal:

"El suscrito Secretario del Tribunal Superior
del Distrito Judicial de Barranquilla, seguidamen-
te certifica: Que el Dr. Julio C. Zúñiga aparece
como signatario de acuerdos del Tribunal Supe-
rior desde el número 52 de 15 de noviembre de
1910 hasta el número 23 de 27 de abril de 1911".

Consta en los autos (fs. 10 c. 1ª inst.) el acta
de la sesión del 14 de noviembre de 1910 del Con-
cejo de Barranquilla, en la que se da cuenta de
la nota en que el Dr. Zúñiga avisa al Concejo que
resolvió posesionarse del cargo de Magistrado del
Tribunal. Corroboran lo anterior los siguientes
testimonios que se transcriben. El Dr. Potes afir-
ma:

"También me consta que el Dr. Julio C. Zúñiga
fue Magistrado del Tribunal de este Distrito Ju-
dicial por un término no menor de seis meses en
los años de 1910 y 1911. Esto me consta, pues, como
yo ejercía el cargo de Secretario del Tribunal
Superior, me tocaba actuar con él y con los de-
más Magistrados" (fs. 26 c. 2ª inst.).

A su turno el Dr. Fonseca expresa, luego de
afirmar el desempeño de Juez 4º Municipal de
Barranquilla, por parte del Dr. Zúñiga, hasta los
primeros días de noviembre, que en esta época
"ingresó al Tribunal en calidad de Magistrado,
hasta abril de 1911, mes en que salió..."

Posteriormente volvió a ser Magistrado en el
período comprendido entre el 6 de mayo de 1927

y 31 de julio de 1935. Por las razones antes expuestas, no fue posible acompañar todas las diligencias de posesión, pues sólo consta la correspondiente al día 4 de mayo de 1931 (f. 14 c. prueba). Se adujo, en cambio, la copia del acto en que la Corte eligió al Dr. Zúñiga como Magistrado para el período que comenzaba el 1º de mayo de 1927. Está acreditado, además, con certificación emanada del Tribunal Superior de Barranquilla, que el Dr. Zúñiga fue signatario, como Magistrado, de Acuerdos desde el 11 de junio de 1927 hasta el 26 de julio de 1935.

Pero lo que sirve principalmente de base para el cómputo que se habrá de deducir, es el certificado de la Administración Nacional del Atlántico (fs. 17-17v. c. prueb.), en el cual se afirma que el potente recibió sueldo del Tesoro Nacional, en calidad de Magistrado del Tribunal de Barranquilla, desde el día 6 de mayo de 1927 hasta el 31 de julio de 1935.

No consta en el juicio el acto en que el Dr. Zúñiga fue elegido Magistrado para el período que empezó el 1º de mayo de 1931, pero en la posesión (fs. 14 c. de prueb.), se alude a la nota Nº 534 de 17 de abril de 1931, originaria de la Secretaría de la Corte, en que se hace la comunicación del nombramiento.

Conforme al certificado de la Administración de Hacienda Nacional del Atlántico, de que antes se habló, el Dr. Zúñiga desempeñó, en esta segunda vez, el cargo de Magistrado durante **ocho años, 2 meses y 25 días.**

Fue Juez Unico Superior, desde el 2 de septiembre de 1935 hasta el 14 de julio de 1937, lo cual arroja un espacio de tiempo de **un año, 10 meses y 12 días.**

Acerca de este empleo existe la diligencia de posesión (fs. 15 c. prueb.), y el certificado de haber recibido el Dr. Zúñiga sueldo, en ese cargo, durante el período anotado (fs. 17-17v. id).

Desempeñó el empleo de Juez 1º Superior, de 11 de julio de 1937 a 2 de julio de 1943, lo cual comprende un tiempo de **cinco años, 11 meses y 25 días.** Obra la diligencia de posesión y el certificado sobre percepción del sueldo.

Fue Juez de Menores, de julio 16 de 1943 a julio 5 de 1945, lo cual se acredita con la posesión y el certificado de haber devengado el sueldo. Da, como servicio, **un año, 11 meses y 18 días.**

El Dr. Zúñiga ha observado buena conducta, como lo comprueba con las declaraciones de los Dres. Manuel Fonseca y Agustín Potes, y el ficado de la Sección de Vigilancia de la P raduría.

Con el certificado del Ministerio de Haci ha demostrado no haber recibido recompens Tesoro Nacional ni gozar de pensión alguna. los testigos antes citados, y la propia declar juramentada del potente, se acreditó que ést rece de medios para su congrua subsistencia

Falta la copia auténtica del acto de nom miento de Magistrado del Tribunal en 1910 el período que empezó el 1º de mayo de 1931 aparecen tampoco los acuerdos del Tribunal actos en que conste el nombramiento del Dr. ñiga para Juez Unico Superior de Barranquilla Juez 1º Superior y de Juez de Menores.

Los artículos 2º y 3º del Decreto 2840 de 1 reglamentario de la ley 22 del mismo año, exi que el desempeño del puesto y el tiempo de vicio estén respaldados "con la copia del a acuerdo o decreto de nombramiento y de la pectiva diligencia de posesión".

Es verdad que obran en el expediente las cop respectivas de las actas de posesión y un cer ficado acerca de los sueldos devengados en aq llos empleos.

Ahora bien, no existiendo una explicación bre estos vacíos, ¿será preciso establecer justifi damente esta circunstancia o se le podrá dar v lor a la documentación así presentada? En otr términos: ¿la investidura oficial, para efectos la pensión, exige simultáneamente las constanci legales de nombramiento, posesión y ejercicio d cargo?

Si se aplicara un criterio riguroso y literal, respuesta sería afirmativa en vista del Decreto.

A esto se observa:

Según el artículo 7º del C. Judicial, constand el nombramiento y el posterior ejercicio del car go, se presume de derecho la posesión. Constan do la posesión y el ejercicio del cargo, debe ad mitirse esto, por lo menos, como un indicio muy vehemente del nombramiento.

De otro lado, sería un legalismo excesivo de cir que el certificado sobre ejercicio no podría ser, como prueba principal, sino el que dieran los funcionarios judiciales y no el que emanara de una certificación tan importante como el que obra a folios 17v. del cuaderno de pruebas.

Los artículos 2º y 3º del Decreto nombrado, requieren, en verdad, ciertas pruebas específicas,

a interpretación del texto no es tan drástica o permita al fallador cierta amplitud en vis- las circunstancias. No debe olvidarse que las de pensiones son de naturaleza administra- y previsión social, lo cual está indicando que ebe emplearse un criterio tan riguroso que al desconocimiento del derecho.

Sala anota que este negocio ha presentado as dificultades, porque las pruebas se apor- desordenadamente y con deficiencias que n ido anotando al través de esta providencia. llo se concluye que el Tribunal en el fallo rimera instancia no cometió graves errores de ciación, pues se vio en presencia de pruebas fue preciso completarlas en la segunda ins- ia.

n relación a la edad no se trajo la partida acimiento, ni se produjo legalmente el dictá- pericial de que trata el artículo 400 del Có- Civil, pues el certificado de un facultativo icular, rendido sin juramento, no tiene valor no.

on todo, en la segunda instancia obra un cer- ado del Ministerio de Educación en el que se e constar que el diploma de abogado Dr. Zú- a se expidió por el Externado de Derecho de ombia el 2 de noviembre de 1894, es decir, ha- como 52 años, lo cual indica que en esa época itado Dr. Zúñiga debía forzosamente tener más ocho años. Además de esto, en noviembre de 0 fue Magistrado del Tribunal, y en esa épo- debía tener, por lo menos, treinta años.

A veces la edad de una persona puede ser ele- nto para precisar un estado civil, pero no siem- e que esta edad debe demostrarse, es preciso urrir a las pruebas operantes de estado civil. el caso ocurrente se trata de saber cuál es la ad del peticionario para averiguar si un dere- o de carácter social se radicó en él. En tales ndiciones, valen todos los medios probatorios.

Estos hechos son suficientes para aseverar que el Dr. Zúñiga tiene actualmente más de 70 años.

La demanda se inició bajo el imperio de las leyes 22 de 1942 y 6ª de 1945. En esas condicion según el certificado visible al folio 17v. del cuaderno de pruebas, el mayor sueldo devengado durante un año en propiedad fue de $ 287.50.

A este propósito se dice en la demanda:

"La cuantía de la demanda se limita como mínimo a la de $ 287.50, porque el mayor sueldo devengado de $ 322 como Juez de Menores no alcanzó a disfrutarlo sino durante seis meses, es decir, la mitad al tiempo que indica la ley y por lo tanto, debe regularse la cuota del beneficiario por el mayor sueldo como Magistrado del Tribunal Superior en el período comprendido de 1º de enero de 1928 hasta el 30 de septiembre de 1931".

En fuerza de las anteriores consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, REVOCA la sentencia de 22 de marzo de 1946, emanada del Trbiunal Superior de Barranquilla, y en su lugar DECRETA a favor del Dr. Julio C. Zúñiga y a cargo de la Caja de Previsión del Organo Judicial, una pensión mensual vitalicia de doscientos ochenta y siete pesos con cincuenta centavos ($ 287.50), a partir de la presentación de la demanda.

Háganse las comunicaciones de rigor.

Publíquese, notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTR Y DE DEVOLUCION DE UNA SUMA DE DINERO.—EXPLORACION Y EXPL CION DE PETROLEOS.

1.—En términos generales puede afirmarse que el período de exploración que es, en principio, de tres años, puede extenderse hasta uno nuevo mediante la aplicación de las prórrogas, o reducirse a menos de los tres años iniciales si la explotación principia antes de vencido este lapso, en el evento previsto en la parte final del inciso último del artículo 4º de la ley 160 de 1936. De acuerdo con esto, resulta indudable que la ley no ha querido establecer un sistema rígido para regular contractualmente las dos etapas en que se dividen las concesiones petrolíferas —la de exploración y la de explotación— sino que ha adoptado un mecanismo flexible para que se produzcan los resultados económicos previstos por las partes —el Estado y el concesionario— al celebrar esta clase de convenciones administrativas. En primer lugar, se consideran tres años como el tiempo que ordinariamente puede emplearse —mediante el uso de sistemas técnicos— en la investigación de las posibilidades petrolíferas de un terreno y en la confirmación final de que el artículo se encuentra en cantidades comercialmente explotables. Pero en previsión de que este tiempo resulte en ocasiones muy corto, se ofrece al empresario la oportunidad de las prórrogas mediante requisitos razonables que aseguren que aquél aportará todos los esfuerzos técnicos y financieros en las tareas de la exploración; y, por el contrario, el término de tres años —y en su caso el de las prórrogas obtenidas— se reduce si antes de su vencimiento el empresario descubre el petróleo en cantidades comerciales, pues carecería de objeto obligarlo a aguardar la terminación de aquel plazo para que la explotación comience. En otras palabras, para la ley el período de exploración comprende todo el tiempo que demanden los trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro encaminados a averiguar si existe o no petróleo en cantidades comerciales; y para tales efect señalado al concesionario un plazo m inicial de tres años, sin perjuicio de las rrogas sucesivas que pueden pactarse forme a la misma ley. Si dentro de cual ra de estos plazos se llega a la concl técnicamente demostrable de que exis petróleo en volumen comercial, el pe de exploración habrá concluído para da mienzo al de explotación. Para la Sal obligaciones del explotador están subord das al resultado positivo o negativo ob do en la etapa anterior, o sea, a la exis cia del petróleo. Pero si éste no se descu a pesar de los medios técnicos empleados ra ello, o apenas existe en cantidades i ficientes para emprender una explota industrial, es evidente que no hay fu mento jurídico valedero para afirmar han nacido para el concesionario obliga nes que no podría en manera alguna c plir por imposibilidad material para ello. tas obligaciones —las del empresario d explotación— sólo surgen cuando conclu el ciclo anterior se adquiere la certidum de que el petróleo descubierto puede ser mercialmente explotado. De otra manera aunque haya vencido el período inicial o de las prórrogas otorgadas para las labo de exploración. Sería una interpretación sólo ceñida a la literalidad de los textos s a todas luces absurda pretender que el c cesionario está obligado a realizar las la res inherentes a la segunda etapa, haya o petróleo en cantidad comercial por el s hecho de que hubiere vencido cronológi mente el período de exploración. Siendo to así, aparece irrefutable la conclusión que el comienzo del período de explotaci está condicionado a la comprobación de q exista el petróleo en cantidad comercial.

2.—El concesionario de zonas petrolífe puede poner fin al contrato, renunciándo expresamente, dentro de cualquiera de

dos períodos en que aquel se divide. Si lo hace en el período de exploración deberá el contratista comprobar que no ha hallado petróleo en cantidad comercial (artículo 24 L. 37 de 1931) y que, por otra parte está a paz y salvo con el Gobierno por razón del contrato y que ha cumplido con las obligaciones derivadas del mismo. (Artículo 69 del Decreto Nº 1270 de 1931). Y de acuerdo con el artículo 10 del Decreto Nº 1694 de 1936 y con las normas concordantes del estatuto del petróleo parece que la renuncia a la exploración debe hacerse cuando el período inicial de la misma o el de las prórrogas en su caso, no hubieren vencido aún. El evento de que la renuncia tenga lugar después del vencimiento de tal lapso no está contemplado en la ley.

Agotado el período de exploración sin resultados positivos, lo que debe ser materia de demostración adecuada, el contrato debe terminar, pues carecería de objeto perseverar en él.

La simple solicitud de la prórroga no puede producir el efecto de extender el período inicial de exploración más allá de los tres años señalados por la ley para su conclusión. Este fenómeno sólo se produce cuando el gobierno otorga la prórroga expresamente o por el silencio a la abstención de resolver definitivamente sobre ella, dentro de los sesenta días siguientes a su solicitud o a la presentación de los documentos exigidos por el Decreto Nº 1270 de 1931, se entiende concedida por ministerio de la ley. Pero, de la misma manera es obvio que durante la tramitación administrativa de la prórroga si ésta se solicitó oportunamente no pueden surgir para el concesionario obligaciones concernientes a la calidad de explotador porque esta calidad, y los deberes a ella inherentes, está subordinada a la existencia del petróleo en cantidad comerciable.

3.—Una recta interpretación del inciso 5º del artículo 4º de la ley 160 de 1936 conduce a afirmar que si la exploración tiene como fin averiguar si existen o no petróleos en cantidad comercial, y si por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro, la obligación de instalar un equipo completo de esta clase y mantenerlo trabajando con la debida asiduidad, no implica necesariamente que la tarea de perforación mediante el empleo del taladro deba ser ininterrumpida, es decir, continua durante todo el tiempo que deba durar. Lo será—o deberá serlo— siempre y cuando que el proceso de desarrollo de la exploración así lo requiera; pero si su utilidad está subordinada a otros factores, resultaría una solución injurídica estimar que la ley exige el funcionamiento permanente del equipo de perforación, aunque sea evidentemente inútil. Sería ello contrario a la recta interpretación del contrato y del ordenamiento legal, pues es presumible que uno y otra sólo se inspiran en el propósito de realizar actos económicamente útiles.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veinticuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

El señor Paul K. Home, vecino de Bogotá, en su calidad de gerente de la "Compañía Colombiana de Petróleo Sierra Nevada, S. A.", sociedad anónima de este domicilio, presentó ante la Corte Suprema de Justicia demanda contra el Estado colombiano para que con audiencia del señor Procurador General de la Nación se hagan en la sentencia definitiva las declaraciones siguientes:

"PRIMERA.—El señor Salvador Camacho Roldán y su cesionaria la Compañía Colombiana de Petróleo Sierra Nevada S. A. cumplieron con todas y cada una de las obligaciones que contrajeron por virtud del contrato sobre exploración y explotación de petróleo de propiedad nacional consignado en la escritura pública número 1717 de fecha 12 de junio de 1940, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá.

"SEGUNDA.—Es eficaz la renuncia que del precitado contrato presentó la Compañía Colombiana de Petróleo Sierra Nevada, S. A. el día 15 de junio de 1943, y en consecuencia, no pueden producir efecto alguno las resoluciones proferidas por el Ministerio de Minas y Petróleos, con fechas 6 de septiembre y 16 de diciembre de 1943, en cuanto por ellas no se accede a reconocer la terminación del contrato determinado en la petición primera de esta demanda ni el derecho que tiene el concesionario a que se le devuelva la caución.

"TERCERA.—Una vez ejecutoriada la sentencia que ponga fin a este juicio, la Nación deberá devolver a la Compañía Colombiana de Petróleo Sierra Nevada, S. A. la caución que constituyó para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que contrajo en virtud de la cesión que a ella hizo el señor Salvador Camacho Roldán del contrato determinado en la petición primera de esta demanda.

"CUARTA.—Cancélense los instrumentos números 1717 de 19 de junio de 1940, otorgado en la Notaría 4ª de Bogotá y 1476 de 26 de agosto de 1941, otorgado en la Notaría 5ª de Bogotá. Cancélense, asimismo, los registros de los dos referidos instrumentos".

Antecedentes:

Los hechos fundamentales de la acción intentada pueden resumirse así:

1º.—La Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada S. A. es cesionaria en forma legal —de acuerdo con la escritura pública número 1476, de 26 de agosto de 1941, otorgada en la Notaría 5ª de Bogotá y la Resolución expedida por el Gobierno Nacional con fecha 21 de octubre del mismo año del contrato de exploración y explotación de petróleos nacionales celebrado por el señor Salvador Camacho Roldán sobre un lote de terreno situado en el Municipio de Simití (Departamento de Bolívar) de que dá cuenta la escritura número 1717, de la Notaría 4ª de Bogotá, extendida el 19 de junio de 1940.

2º.—Tanto el señor Camacho Roldán, durante el tiempo en que fue dueño de la concesión como la sociedad demandante han cumplido debidamente —a juicio de esta última— con todas sus obligaciones en relación con los trabajos de exploración que estaban obligados a emprender, de acuerdo con las leyes sobre la materia y el contenido del contrato celebrado.

3º.—Al efecto, y en desarrollo de sus obligaciones contractuales, la sociedad demandante, además de estudios técnicos adecuados, por métodos geológicos, sismográficos, etc. perforó con taladro seis pozos, "todos ellos con resultados negativos o sea sin producción alguna".

A pesar de estos resultados negativos, antes de renunciar a su concesión, la Sociedad demandante mediante trabajos que comenzaron en marzo de 1943 hizo nuevos estudios con aparatos sismográficos "con la esperanza muy lejana de que, correlacionando los datos geológicos obtenidos de los seis pozos que se perforaron con los datos resultantes de los trabajos sismográficos se pudiera encontrar alguna estructura que justificara la perforación de pozos adicionales".

4º.—Entre tanto, con fecha 19 de abril de 1943, la Compañía pidió al Ministerio de Minas y Petróleos una prórroga del período inicial de exploración, y al efecto acompañó a su solicitud los documentos mencionados en el artículo 55 del decreto 1270 de 1931 (numerales 1 a 8), pero reservándose los correspondientes a los numerales 1 a 4 de la segunda parte de dicha disposición hasta tanto el Ministerio aprobara la documentación aparejada con la solicitud de prórroga.

5º.—Por Resolución de 15 de junio del mismo año de 1943, notificada al día siguiente, el Ministerio concedió a la Compañía un plazo de 15 días para que se hicieran las demostraciones que exige la segunda parte o final del citado artículo 55 del Decreto 1270; y por Resolución posterior aquél plazo se extendió a 15 días más.

6º.—Los trabajos geofísicos en que estaba interesada la Compañía —según afirma ésta— no pudieron concluír antes del 20 de mayo del citado año (1943) por causas fuera de su control como fueron las tremendas crecientes del río Magdalena y sus afluentes, que inundaron la región en que aquéllos se verificaban. También estos trabajos —cuyo costo fue aproximadamente de $ 200.000, rindieron un resultado negativo, "con lo cual quedó averiguado, por todos los medios que impone la Ley, el contrato y la técnica petrolera, inclusive la perforación con taladro, que en los terrenos de que se trata no se había encontrado petróleo en cantidad comercial".

7º.—El día 15 de junio, antes de que venciera el plazo mencionado en el numeral 5º de esta relación de hechos, la Compañía desistió de la solicitud de prórroga del período inicial de exploración, desistimiento que fue aceptado por el Ministerio de Minas y Petróleos.

8º.—Con fecha 15 de julio del referido año de 1943 la Compañía se dirigió por medio de memorial al Ministro de Minas y Petróleos dando por terminado el contrato por motivo de no haberse encontrado petróleo en cantidad comercial no obstante los trabajos geológicos, geofísicos y de perforaciones realizados por ella, y pidiendo al mismo tiempo la devolución de la caución prestada como aseguro del cumplimiento de sus obligaciones.

9º.—A esta solicitud de la Compañía recayó la Resolución del Ministerio de Minas y Petróleos —de fecha 6 de septiembre de 1943— en la cual este despacho dispuso: "No se acepta la renuncia presentada el 15 de julio pasado a que se hace referencia en la parte motiva de esta Resolución". Y por providencia de 16 de diciembre del mismo año, el Ministerio negó la reposición oportunamente intentada contra su decisión anterior, de fecha 6 de septiembre.

10.—Como consecuencia de las resoluciones últimamente mencionadas la Nación no ha devuelto a la Compañía la caución prendaria que constituyó mediante depósito en el Banco de la República, en esta ciudad, por la cantidad de $ 42.650.00 representada en bonos de la Deuda Interna Nacional Unificada, y cuya restitución se pide mediante el ejercicio de la presente demanda.

Cumplidos los trámites previstos por la ley para la única instancia, va a decidirse el negocio mediante el examen de las comprobaciones procesales aducidas por la sociedad actora y de las alegaciones en derecho que ambas partes produjeron en su hora.

El problema planteado

De acuerdo con los términos de la acción intentada y de los medios de defensa propuestos por el Ministerio Público en representación de los intereses nacionales, la cuestión sometida a la consideración de la Corte puede concretarse en los siguientes términos: si es o no jurídicamente válida la renuncia que de la concesión a que se refieren los instrumentos públicos mencionados (escrituras números 1717 y 1476, extendidas en las fechas ya conocidas) hizo la Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada, S. A. y, si por consiguiente, tiene o no derecho al reintegro de las sumas representativas de la caución otorgada por ella para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contractuales que contrajo.

Siendo este el problema que debe resolverse por la entidad falladora, proceden las siguientes consideraciones.

Las razones del Ministerio

La providencia administrativa por medio de la cual el Ministerio de Minas y Petróleos se negó a aceptar la renuncia que de la concesión hiciera la sociedad anónima demandante tiene por único fundamento el hecho de que —a juicio de aquel Despacho— la manifestación de renuncia se hizo extemporáneamente.

En el pasaje que se transcribe, perteneciente a la Resolución del 6 de septiembre de 1943, el Ministerio expresó a propósito de este punto:

"De conformidad con los artículos 24 de la ley 37 de 1931 y 69 de su decreto reglamentario, para que sea aceptable, por parte del Gobierno, la renuncia de un contrato de petróleos que, como el de que aquí se trata, discurra en el período contractual de exploración, se requiere la concurrencia indispensable de dos condiciones previas: que la renuncia sea oportuna, vale decir, que se presente "durante el período de la exploración"; y que el contratista esté a paz y salvo con el Gobierno por razón de su contrato y haya cumplido, hasta la fecha de la renuncia, todas las obligaciones que de él se derivan. Si concurren estas dos condiciones y se demuestran, por otra parte, la inexistencia de petróleo en cantidad comercialmente explotable, el Gobierno, puede aceptar la renuncia.

En otras condiciones ésta no es viable.

En el caso en estudio falta la oportunidad en la presentación de la renuncia, pues ella fue traída al Ministerio no precisamente "durante el término de la exploración" sino cuando ese término estaba fenecido.

Agrega la mencionada resolución que el período inicial de exploración en el contrato que dio origen a la litis venció el 20 de mayo de 1943 y que, aunque es cierto que el 1º de abril anterior se había solicitado una prórroga de aquel período, no sólo no se otorgó sino que la empresa interesada desistió de ella expresamente en escrito de 15 de junio, siendo aceptado el desistimiento también en forma por el Ministerio por auto del 23 del mismo mes. La consecuencia que de estos antecedentes —plenamente demostrados en el juicio y con respecto a los cuales existe completa conformidad entre las partes— deduce el Despacho de Minas y Petróleos es la de que habiendo terminado naturalmente el período inicial de exploración el 20 de mayo, desde esa fecha comenzó para la Compañía cesionaria la obligación de iniciar la explotación comercial de su concesión, tal como lo ordenan el contrato y las leyes y decretos a él incorporados. Siendo ello así, no puede remitirse a duda que la renuncia presentada el 15 de julio del año en curso resulta claramente ex-

temporánea e inaceptable por lo mismo, al tenor de las disposiciones citadas al principio".

Los mismos fundamentos aparecen ampliados en la motivación de la Resolución posterior —fechada el 16 de diciembre de 1934— por medio de la cual el Ministerio denegó el recurso de reposición propuesto contra su anterior providencia.

La tesis del demandante

En su alegato de conclusión, el señor apoderado de la parte actora —doctor Ricardo Ospina— propone a la consideración de la Corte las siguientes tres cuestiones, que en su concepto constituyen las bases fundamentales del fallo que esta entidad debe proferir:

"¿Puede fundarse la negativa a aceptar la renuncia de un contrato de petróleos con el Gobierno, en el único motivo de la falta de oportunidad en la presentación de ella?

"¿O esa negativa debe fundarse en el incumplimiento por parte del concesionario de sus obligaciones contractuales hasta el momento de la renuncia?

"¿Tiene o no derecho el concesionario que, habiendo cumplido sus obligaciones, renuncia al cumplimiento de esas obligaciones que, efectivamente, cumplió?".

A propósito de tales cuestiones sostiene y desarrolla las tesis siguientes:

1ª Es errada la interpretación que el Ministerio da al estatuto del petróleo en cuanto sostiene que vencido el período inicial de exploración —cuando no ha habido prórroga del mismo, como en el presente caso— comienza automáticamente el plazo de treinta años señalado para la explotación en el artículo 4º de la ley 160 de 1936. Para el demandante este último período está condicionado a la existencia de petróleos en cantidad comercial.

2ª La renuncia del contrato contenido en la escritura pública número 1717, de fecha 19 de junio de 1940 fue presentada durante el período de exploración y no durante el lapso de la explotación; y, por consiguiente, es de la misma manera equivocada la solución que el Ministerio dio a la manifestación de renuncia de que se trata, en cuanto la única y exclusiva razón en que se fundó para no aceptarla fue la de que faltó el requisito de la oportunidad en la presentación de la misma.

3ª Finalmente que, aun en la hipótesis de que la renuncia del contrato la hubiera hecho la compañía demandante "cuando ya habían nacido para ella las obligaciones correspondientes al período de explotación, y entre ellas la de invertir una suma proporcional, también era procedente esa renuncia, pues en la fecha de ella la Sociedad estaba a paz y salvo con el Gobierno por razón del contrato, había perforado con taladros y no había encontrado petróleo en cantidad alguna".

Las conclusiones de la alegación fueron formuladas de la manera que en seguida se copia:

'He demostrado que la única razón del Ministerio para no aceptar la renuncia del contrato, o sea la falta de oportunidad en la presentación de ella, es, a todas luces, improcedente y como tal violatoria del artículo 24 de la Ley de Petróleos; he probado igualmente que la Sociedad demandante había cumplido con todas sus obligaciones contractuales hasta la fecha de la renuncia, sea cualquiera el período del contrato que estuviera entonces transcurriendo, y que, a pesar de ello, no sólo no halló petróleo en cantidad comercial sino que no lo halló en cantidad alguna, a pesar de los estudios y de las seis perforaciones realizadas con un costo superior a un millón de pesos; aún más, demostró también que "el lote no ofrece posibilidades de existencia de petróleo en cantidad comercial", motivos todos que imponían la necesidad de renunciar el contrato. Siendo esto así, como lo es, la misma Sociedad tiene derecho indiscutible a que, previos los requisitos reglamentarios del caso, se le restituya la caución prestada para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, puesto que las cumplió, y, como condición previa, debe aceptársele la renuncia del contrato que, como lo hemos visto, nunca pudo ser inoportuna, pues lo contrario conduciría a la violación manifiesta del derecho incuestionable a la restitución de la caución.

En otros términos, H. señor Magistrado, la ley y la equidad imponen la necesidad jurídica de decretar de conformidad todas y cada una de las peticiones de la demanda, pues lo contrario produciría un agravio injusto para la Sociedad y un enriquecimiento indebido para la Nación".

Las consideraciones de la Corte

A continuación va la Sala falladora a referirse a los puntos controvertidos en el mismo orden en que acaban de ser expuestos:

Los términos del contrato acordado entre el señor Salvador Camacho Roldán y el Gobierno Nacional, que consta protocolizado en la escritura pública número 1717 de 19 de junio de 1940, principiaron a contarse el 20 de mayo del mismo año, fecha de su aprobación por el Consejo de Estado, y como el período inicial de exploración es de tres años, quedó vencido éste el 20 de mayo de 1943. Sobre tal materia no hay discrepancia alguna entre los interesados en la litis.

De conformidad con el artículo 4º de la Ley 160 de 1936 deben pactarse en un solo contrato la exploración y la explotación de las áreas petrolíferas de propiedad nacional. Esta modalidad de las concesiones sobre petróleos, que se conforma con los fines económicos de las mismas, llevó al legislador a dividir el tiempo de duración del contrato en los dos períodos que constituyen su objeto, a establecer las reglas que gobiernan las prórrogas y lo que debe entenderse por exploración, etc.

De estas materias se ocupa el artículo citado de la ley 160 de 1936, el cual trae la siguiente definición: "Por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro tendientes a averiguar si los terrenos materia de la concesión contienen o no petróleo en cantidades comercialmente explotables".

Luego de esto el mismo texto expresa que la exploración se divide en tres períodos: el inicial —que es de tres años contados desde el perfeccionamiento del contrato— y el de las prórrogas ordinarias y extraordinarias por tres años más cada una.

De igual manera quedó previsto en la disposición que se cita el mecanismo de la terminación del período de exploración y el comienzo de las labores de explotación:

"Terminado el plazo de exploración, el contratista deberá dar principio a la explotación comercial de la concesión en las condiciones previstas por la ley.

"El plazo de explotación es de 30 años a partir del vencimiento definitivo del período de exploración comprendidas las prórrogas ordinarias y extraordinarias de éste, si las hubiere, otorgadas al tenor del presente artículo, sin perjuicio de que la explotación comience antes de vencerse aquel período".

Ante la clara expresión de la ley no hay lugar a dudas respecto a la solución de los casos que puedan presentarse para la determinación de lo que debe entenderse por período de exploración y el tiempo que el mismo pueda durar para dar nacimiento a los plazos de la explotación.

En términos generales puede afirmarse que el período de exploración que es en principio de tres años, puede extenderse hasta nueve mediante la aplicación de las prórrogas, o reducirse a menos de los tres años iniciales si la explotación principia antes de vencido este lapso, en el evento previsto en la parte final del inciso últimamente transcrito.

De acuerdo con esto, resulta indudable que la ley no ha querido establecer un sistema rígido para regular contractualmente las dos etapas en que se dividen las concesiones petrolíferas —la de exploración y la de explotación— sino que ha adoptado un mecanismo flexible para que se produzcan los resultados económicos previstos por las partes —el Estado y el concesionario— al celebrar esta clase de convenciones administrativas. En primer lugar se consideran tres años como el tiempo que ordinariamente puede emplearse —mediante el uso de sistemas técnicos— en la investigación de las posibilidades petrolíferas de un terreno y en la confirmación final de que el artículo se encuentra en cantidades comercialmente explotables. Pero en previsión de que este tiempo resulte en ocasiones muy corto se ofrece al empresario la oportunidad de las prórrogas mediante requisitos razonables que aseguran que aquél aportará todos los esfuerzos técnicos y financieros en las tareas de la exploración; y por el contrario, el término de tres años —y en su caso el de las prórrogas obtenidas— se reduce si antes de su vencimiento el empresario descubre el petróleo en cantidades comerciales, pues carecería de objeto obligarlo a aguardar la terminación de aquel plazo para que la explotación comience. En otras palabras, para la ley el período de exploración comprende todo el tiempo que demanden los trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro encaminados a averiguar si existe o no petróleo en cantidades comerciales; y para tales efectos ha señalado al concesionario un plazo máximo inicial de tres años, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas que pueden pactarse conforme a la misma ley. Si dentro de cualquiera de estos plazos se llega a la conclusión técnicamente demostrable de que existe el petróleo en volumen comercial, el período de exploración habrá concluído para dar comienzo al de explotación. De

ahí que, como lo afirman las Resoluciones del Ministerio que dan origen a esta controversia es de toda evidencia que aunque en principio no existe solución de continuidad entre los dos períodos —el de exploración y el de explotación— en cambio no deja de ser excesiva la afirmación contenida en las mismas providencias de que concluído el primer período nazca automáticamente para el concesionario la obligación de dar principio a la explotación.

Contrariamente a esta tesis, para la Sala las obligaciones del explotador están subordinadas al resultado positivo o negativo obtenido en la etapa anterior, o sea a la existencia del petróleo. Pero si éste no se descubre, a pesar de los medios técnicos empleados para ello, o apenas existe en cantidades insuficientes para emprender una explotación industrial, es evidente que no hay fundamento jurídico valedero para afirmar que han nacido para el concesionario obligaciones que no podría en manera alguna cumplir por imposibilidad material para ello.

Estas obligaciones —las de empresario de la explotación— sólo surgen cuando concluído el ciclo anterior se adquiere la certidumbre de que el petróleo descubierto puede ser comercialmente explotado. De otra manera no, aunque haya vencido el período inicial o el de las prórrogas otorgadas para las labores de exploración.

Sería una interpretación no sólo ceñida a la literalidad de los textos sino a todas luces absurda pretender que el concesionario está obligado a realizar las labores inherentes a la segunda etapa, haya o no petróleo en cantidad comercial, por el solo hecho de que hubiere vencido cronológicamente el período de exploración. Siendo esto así, aparece irrefutable la conclusión de que el comienzo del período de explotación está condicionado a la comprobación de que exista el petróleo en cantidad comercial.

De acuerdo con estos conceptos elementales no puede afirmarse que para la fecha de la renuncia de la concesión de que se trata (15 de julio de 1943) hubiera comenzado el período de explotación y, menos, que la Sociedad demandante hubiera asumido las prestaciones inherentes a su carácter de explotador, no obstante que el plazo inicial de la exploración quedó vencido, como se ha dicho, el 20 de mayo del mismo año. Esto, porque como se verá más adelante, para esta última fecha no se había comprobado que en los terrenos de la concesión existiera petróleo en cantidad comercial, sino que, todo lo contrario, estaba pendiente ante el Ministerio una solicitud de prórroga de aquel período, fundada precisamente en el hecho de que hasta entonces no habían dado resultado alguno los trabajos adelantados para descubrirlos.

El concesionario de zonas petrolíferas puede poner fin al contrato, renunciándolo expresamente, dentro de cualquiera de los dos períodos en que aquél se divide. Si lo hace en el período de exploración deberá el contratista comprobar que no ha hallado petróleo en cantidad comercial (artículo 24 de la ley 37 de 1931) y que, por otra parte, está a paz y salvo con el Gobierno por razón del contrato y que ha cumplido con las obligaciones derivadas del mismo (artículo 69 del Decreto 1270 de 1931). El Decreto 1694 de 1936 (artículo 10) dispone: "Si la solicitud para que se le ponga fin al contrato se hace en los diez (10) días anteriores al vencimiento del período de exploración de que se haya gozado, al contratista le bastará comprobar que ha cumplido con todas sus obligaciones contractuales, especialmente las relacionadas con las perforaciones oportunas y asiduas que debe ejecutar en el subsuelo de los terrenos, y que sin embargo no ha encontrado petróleo en cantidad comercial. Pero cuando la solicitud se haga antes de los diez días expresados, el contratista, además de la comprobación anterior, deberá demostrar que técnicamente no se justifica continuar los trabajos de perforación en los distintos sectores del terreno".

De acuerdo con esto y con las normas concordantes del estatuto del petróleo parece que la renuncia a la exploración debe hacerse cuando el período inicial de la misma o el de las prórrogas en su caso, no hubieren vencido aún. El evento de que la renuncia tenga lugar con posterioridad al vencimiento de tal lapso no está contemplado en la ley. Fundándose en esta circunstancia, la Resolución del Ministerio deduce la conclusión de que la presentada por la Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada S. A., es extemporánea, desde luego que cuando se hizo al Gobierno la manifestación de que se quería poner término a la concesión el lapso de exploración tenía dos meses de vencido, y el concesionario había asumido ya, por consiguiente, el carácter y las obligaciones de explotador.

Dentro de las tesis del Ministerio es lógica esta conclusión, porque si, como lo afirma en la parte motiva de la providencia del 16 de septiembre,

concluído el período de exploración comienza automáticamente el de explotación, es muy claro que la renuncia vino a presentarse dentro de este último término. Mas ya se ha dicho que esto no ocurre sino cuando los trabajos de exploración han arrojado un resultado positivo por haberse comprobado que se encuentra el petróleo en cantidades comerciales; pero que si por el contrario se acredita por los medios técnicos la ausencia del artículo o llega a demostrarse de la misma manera que no se justifica la continuación de las perforaciones no hay lugar a hablar de que el período de explotación pueda haber principiado. Esto es obvio, porque ni la ley lo ha querido ni a las cláusulas contractuales puede dárseles una interpretación de tal índole, ya que sería someter al concesionario al cumplimiento de una obligación imposible.

Se desprende como corolario lógico de estas consideraciones y de las reglas positivas que gobiernan las concesiones sobre petróleos que agotado el período de exploración sin resultados positivos —lo que debe ser materia de demostración adecuada— el contrato debe terminar pues carecería de objeto perseverar en él.

Al concesionario que al fin del período inicial de exploración no ha encontrado petróleo o lo encuentra en cantidades poco apreciables comercialmente hablando, lo colocan la ley y las estipulaciones contractuales frente a dos posibilidades: la de poner fin al contrato o la de solicitar el otorgamiento de las prórrogas que le permitan continuar las exploraciones del terreno en busca de nuevas posibilidades petrolíferas. La Compañía de Petróleos Sierra Nevada S. A. optó al principio por pedir la prórroga e hizo uso de este derecho dentro de tiempo hábil, pues para entonces no había llegado aún la fecha en que, según el contrato, debía vencer el período de exploración. Mas, como para el otorgamiento de las prórrogas deben cumplirse determinados requisitos previstos en las leyes y reglamentos sobre petróleo (artículo 55 del Decreto 1270 de 1931), el Ministerio los exigió de la Compañía fijándole un plazo que fue ampliado a solicitud de ésta. El día 15 de junio de 1943, o/sea en fecha anterior al vencimiento de los términos señalados por el Ministerio para que se hicieran las comprobaciones exigidas para resolver sobre la prórroga, la Sociedad hizo expreso desistimiento de ella, el cual le fue aceptado por auto de 23 del mismo mes y año, y luego se dirigió al Ministerio poniendo fin al contrato y exigiendo la devolución de la caución prestada para asegurar las obligaciones que el contrato le impuso.

Es muy claro que la simple solicitud de la prórroga no puede producir el efecto de extender el período inicial de exploración más allá de los tres años señalados por la ley para su conclusión. Este fenómeno sólo se produce cuando el Gobierno expresamente otorga la prórroga o por el silencio o la abstención de resolver definitivamente sobre ella, dentro de los sesenta días siguientes a su solicitud o a la presentación de los documentos exigidos por el Decreto 1270, se entiende concedida por ministerio de la ley. Pero, de la misma manera, es obvio que durante la tramitación administrativa de la prórroga si ésta, como en el caso de estudio, se solicitó oportunamente, no pueden surgir para el concesionario obligaciones concernientes a la calidad de explotador porque —se repite— esta calidad, y los deberes a ella inherentes, está subordinada a la existencia del petróleo en cantidad comerciable. La demostración de este hecho capital —existencia o inexistencia del petróleo en cantidades comercialmente útiles— es, pues, lógicamente la base fundamental para la solución de la controversia sometida al conocimiento de la Corte.

La ejecución del contrato

La ley impone al concesionario la obligación de demostrar plenamente que ha cumplido con los requisitos que conforman el contrato, o sea que ha realizado íntegramente las prestaciones a su cargo, como empresario de la exploración de los terrenos o de la explotación del petróleo que en ellos se encuentran, para que sea viable su renuncia del contrato. De manera que si no se ha dado comienzo a la explotación las demostraciones todas deberán necesariamente referirse al período anterior, aunque la renuncia del contrato tenga lugar cuando se hallaba pendiente la solicitud de prórroga.

Sin embargo, a este respecto se pronuncia así el Ministerio Público representado por el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"En el fondo, y por lo que acaba de expresarse, cuando no se admite renuncia de exploración dentro del período de explotación, la negativa se está fundando en el incumplimiento reconocido por el renunciante. Este renuncia como si estuviera en el período vencido alegando que cumplió las obligaciones correspondientes a tal período. Se rechaza la renuncia por extemporánea, es decir, por

que el renunciante no está alegando el cumplimiento que debe alegar; el de las obligaciones del período de explotación. (Además naturalmente de las relativas al primer período).

.....»

Y más adelante al referirse al contenido de la Resolución del Ministerio, agrega aquel funcionario:

"Como allí no se dijo que el contratista no había cumplido con sus obligaciones, el demandante estima que esto equivale a decir que sí las había cumplido. Por lo ya expuesto, considero completamente errónea tal interpretación de ese silencio. Bastaba tener en cuenta que la renuncia se presentaba como dentro del período de exploración, ya vencido, para rechazarla porque, se repite, la del período de explotación necesitaba cumplimiento de obligaciones especiales, que el renunciante no pretendía entonces haber cumplido, puesto que alegaba hallarse todavía en el período anterior.

Tampoco puede afirmarse tan rotundamente que el Gobierno por razón de los informes de sus técnicos, aceptaba que el contratista había cumplido todas las obligaciones del primer período. Al contrario: en los informes se anota que el contratista no cumplió en los cinco últimos meses del contrato (desde el 5 de febrero de 1943, hasta la renuncia; el primer período venció el 20 de mayo) lo establecido en el artículo 4º de la ley 160 de 1936, inciso 5º, según el cual seis meses antes, por lo menos, del vencimiento del primer período inicial de exploración, el contratista mantendrá trabajando con la debida asiduidad un equipo completo de perforación.

Si el contratista hubiera obtenido la prórroga, y dentro de ella hubiera renunciado, deber del Ministerio habría sido estudiar si el equipo de perforación había trabajado o no con la debida asiduidad en el lapso mencionado para conceder o no la renuncia del contrato. Mas, como el contratista quiso que no hubiera prórroga, ese estudio era innecesario, inoportuno. No por culpa del Gobierno, sino del contratista que ejerció el derecho a renunciar la prórroga.

Lo mismo hubiera ocurrido con las alegaciones sobre existencia o no de petróleo en cantidad comercial. A este despacho no lo convencen plenamente las consideraciones técnicas que pudieron hacerse sobre este particular en el caso de autos. El hecho de que la ley conceda hasta nueve años para definir si en un terreno existe o no petróleo en cantidad comercial; el hecho de que en el caso de autos, después de una inversión de cerca de un millón de pesos, se solicitara prórroga, la circunstancia de que la extensión del terreno de que se trata fuera de más de las cuatro quintas partes de la máxima que ordinariamente puede concederse, me hacen pensar que no se agotaron los esfuerzos que el legislador quiere que hagan los contratistas, en busca del petróleo.

A primera vista puede parecer injusto que además de las valiosas intervenciones el contratista pierda el valor de la caución. Pero, se repite, quien renuncia a los términos para ejercer un derecho es quien debe sufrir exclusivamente las consecuencias de su renuncia. Y en el presente negocio es muy posible que dado el valor de las inversiones que hubieran debido hacerse durante la prórroga, o sea en los primeros meses de la explotación, resultara más económico perder la caución, que hacer aquellos elevados gastos".

Para la Sala resulta evidente, conforme lo afirma la parte actora en este juicio que la negativa del Ministerio a aceptar la renuncia del contrato se debió a la extemporaneidad de ésta, y que por tal motivo no entró aquel Despacho a examinar si el concesionario había cumplido con el lleno de sus obligaciones; es más, de acuerdo con el contexto de las providencias con que el negocio fue resuelto, podría entenderse que implícitamente las dio por cumplidas al no haber hecho declaración en contrario como era lo natural. Lógicamente, esta circunstancia exoneraría a la Corte de ocuparse en el examen relativo al cumplimiento de las obligaciones que el contrato impuso a la compañía demandante; mas como ésta en la parte petitoria de su libelo expresamente pide a la Corte que se pronuncie sobre tal punto a efecto de que declare haberse ejecutado satisfactoriamente tanto por el señor Salvador Camacho como por la propia sociedad actora, en su carácter de cesionaria....., las prestaciones emanadas de sus respectivos contratos y que, además se cancelen los instrumentos públicos que los contienen (escrituras números 1717 de 19 de junio de 1940 y 1476 de 26 de agosto de 1941), el juzgador de única instancia considerará igualmente este extremo del litigio.

Las alegaciones del señor Procurador en los apartes que quedaron transcritos, en lo pertinente se refieren a la falta de demostración de dos hechos inherentes al cumplimiento de las obligacio-

nes contractuales a cargo del concesionario, así: a) No se ha establecido que durante el tiempo previsto en el artículo 4º de la Ley 160 de 1936 —seis meses antes por lo menos al vencimiento del período inicial de exploración— el contratista hubiera mantenido trabajando con la debida asiduidad un equipo completo de perforación; y b) Tampoco se ha demostrado la inexistencia del petróleo en cantidades comerciales en los terrenos objeto de la concesión.

La Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada S. A. se preocupó por allegar al proceso las pruebas que a su juicio acreditan la adecuada ejecución de los deberes que los pactos con el Gobierno le impusieron, y particularmente los que se mencionaron en los reparos de la Procuraduría. Así, aparece demostrado que las prestaciones correspondientes al señor Camacho Roldán, consistentes en el pago del canon superficiario durante dos anualidades y la presentación de los informes que las leyes del petróleo exigen, fueran cumplidas en forma debida. (Folios 54 v., 60 y 67 del cuaderno número 1).

En relación con el desarrollo del contrato, los informes rendidos por el Servicio Técnico del Ministerio de Minas y Petróleos (folios 50 a 56 y 60 a 70 del mismo cuaderno), relatan detalladamente los trabajos geológicos y de perforación realizados por la Compañía contratista, en forma apropiada y técnica, sin que le hubiera sido dado descubrir petróleo en condiciones comerciales. Las conclusiones de la aludida dependencia están expuestas así:

"a) Es aceptable que la compañía cesionaria, comprobó, por medio de dichos trabajos, no haber hallado petróleo en cantidad comercial en los terrenos de la concesión, y

"b) Las obligaciones contractuales fueron cumplidas por la compañía, excepto en la forma de organizar su plan de exploración, en el que no atendió para los últimos cinco meses de vigencia del contrato lo establecido en el artículo 4º de la Ley 160 de 1936, inciso 5º, referente al acertado empleo del taladro".

Respecto al primer punto —inexistencia del petróleo en cantidades comerciales — el Servicio Geológico del Departamento Técnico dice: "3) Del contenido de los informes presentados anualmente y de los documentos últimos que acompañan la renuncia se puede aceptar que el contratista deja comprobado el hecho de no haber hallado petróleo en cantidad comercial dentro del lote en cuestión". Y la Oficina de Fiscalización del mismo Departamento, por su parte llega a idéntica conclusión cuando dice en su informe (f. 68, del cuaderno número 1):

"2ª.—La Compañía perforó seis (6) pozos en los terrenos de la concesión, los pozos Braval números 1, 2, 3, 4 y 5 y el estructural C. R. Nº 1, habiéndose adelantado de manera asidua y constante.

"3ª.—Los resultados obtenidos en todos los pozos anteriores fueron desfavorables, no habiéndose encontrado en ninguno de ellos petróleos en cantidades comerciales".

Estos documentos son suficientes para desvirtuar la observación del representante del Estado en cuanto expresa el temor de que no se hubieran agotado los esfuerzos que la ley de la materia quiere que se hagan para el descubrimiento de los petróleos nacionales. Como resulta de los dictámenes anteriores que durante el período de exploración se realizaron por parte de la Compañía los trabajos encaminados a aquel objetivo, y comoquiera que resultaron infructuosos en el sentido de que no se halló petróleo en cantidad comercial, ha de tenerse por demostrada su inexistencia para los efectos del contrato que se estudia, pues no sería posible al juzgador oponer a aquellas probanzas, de origen oficial, la simple duda respecto a la posibilidad petrolífera de la concesión.

El artículo 4º de la Ley 160 de 1936, que modificó el 18 de la Ley 37 de 1931, dice en su inciso 5º:

"El Gobierno estipulará que seis meses antes, por lo menos, de vencerse el período inicial de exploración, el contratista deberá instalar dentro de la concesión por lo menos un equipo de perforación, que mantendrá trabajando con la debida asiduidad".

Respecto a este punto muy importante para determinar si el contratista se ciñó o no a la integridad de sus obligaciones contractuales y legales —pues se presenta una discrepancia entre las dos secciones del Departamento de Servicios Técnicos del Ministerio; pues en tanto que el de Geología (según se ve al folio 64 C. Nº 1) afirma que "5) Durante los últimos seis meses del período inicial de exploración y en los meses que siguieron antes de presentarse la renuncia, en los terrenos de la concesión no se mantuvo un equipo de perforación trabajando conforme al inciso f) de la cláusula 4ª del contrato"; de su lado, la Sección

de Fiscalización arriba a un resultado bien diferente, según puede leerse en su dictamen del folio 68: "4) La Compañía no adelantó ningún trabajo de perforación en los tres últimos meses del período inicial de exploración, pero en cambio efectuó trabajos adicionales y complementarios de sismógrafos en la parte no explorable de la concesión, con el fin de efectuar la localización de un nuevo pozo, si los resultados obtenidos ofrecían alguna posibilidad. Dichos trabajos sismográficos se pueden considerar como trabajos preliminares para una nueva perforación".

A propósito de la diferencia que presentan estos dos informes, el Jefe del Departamento Técnico hace un detenido estudio de las disposiciones de la ley sobre la materia (artículo 4º), especialmente en lo que se relaciona con la asiduidad en los trabajos del equipo de perforación que el contratista debe mantener en la zona de la concesión. Expresa dicho funcionario que la Ley al definir lo que se entiende por exploración ha establecido un sistema que debe ser guardado en la ejecución de los contratos en cuanto a los trabajos de investigación superficial y de taladros, y el orden en que deben realizarse; que al determinar el citado inciso 5º la obligación de instalar un equipo completo de perforación, con seis meses de anticipación por lo menos al vencimiento del período de exploración y al decir "que mantendrá trabajando con la debida asiduidad", significa que "una vez entrados los últimos seis meses del período inicial y el tiempo de las prórrogas, deberá continuar trabajando asiduamente dicho equipo completo".

De ahí que concluyera dicho Departamento Técnico por dictaminar —conforme se vio atrás— que por la forma en que la Compañía organizó su plan de exploración no se satisficieron por su parte las exigencias de la ley, referente al acertado empleo del taladro.

La instalación oportuna del equipo de perforación —de acuerdo con el mandato legal y las cláusulas contractuales— no ha sido puesta en duda en el curso del proceso ni durante la actuación administrativa que precedió a la renuncia; y por el contrario tal hecho debe tenerse por eficazmente comprobado; sólo se controvierte ahora si su funcionamiento tuvo la debida asiduidad y qué debe entenderse por esto.

La Sección de Fiscalización del Ministerio en su informe del 18 de agosto de 1943 dijo al respecto:

"Para resumir los informes anteriores sobre perforación se elaboraron los dos cuadros siguientes que demuestran: el primero, la relación de los pozos perforados con sus fechas de iniciación y terminación y la profundidad alcanzada, y el segundo el progreso con que se efectuaron tales perforaciones. Por dichos cuadros se ve que después de un trabajo continuo de perforación llevado a cabo durante catorce meses (diciembre 18 de 1941 a febrero 13 de 1943) con una sola interrupción entre agosto y octubre de 1942, la Compañía suspendió dichos trabajos, subordinándolos, como era natural, a los estudios sismográficos de las partes Noreste y Sureste de la concesión, pues en cuanto a las regiones Suroeste y Noroeste de la misma ya habían quedado probados con el taladro sin resultados satisfactorios". (Véanse los folios 66v. y 67 del Cuaderno número 1).

Según esto, la Compañía aplicó el taladro a las labores de perforación durante un tiempo de catorce meses, con exceso al término requerido por la ley y el contrato, y ante los resultados negativos obtenidos con su empleo, suspendió los trabajos por el término necesario para emprender —como en efecto emprendió— los estudios sismográficos que le permitieran resolver sobre la nulidad de continuar aquellos trabajos. La actitud de la empresa concesionaria sobre este particular la explica así su apoderado en este juicio:

"Todo esto es perentorio para demostrar que si la sociedad, después de los resultados negativos de los pozos perforados, hubiera mantenido trabajando el taladro, antes de obtener los datos que suministraran los estudios de que se habló, tal trabajo hubiera sido efectuado de manera **indebida**, y no con la debida asiduidad que requiere la ley de acuerdo con la técnica petrolera".

En concepto de la Corte, una recta interpretación del artículo 4º de la Ley 160 —en el mencionado inciso 5º conduce a afirmar que si la exploración tiene como finalidad averiguar si existen o no petróleos en cantidad comercial; y si por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro, la obligación de instalar un equipo completo de esta clase y mantenerlo trabajando con la debida asiduidad, no implica necesariamente que la tarea de perforación mediante el empleo del taladro deba ser ininterrumpida, es decir, continua durante todo el tiempo que deba durar. L será —o deberá serlo— siempre y cuando que el proceso de desarrollo de la exploración así lo re-

uiera; pero si su utilidad —como en el presente caso— está subordinada a otros factores, resultaría una solución injurídica estimar que la ley exige el funcionamiento permanente del equipo de perforación, aunque sea evidentemente inútil. Sería ello contrario a la recta interpretación del contrato y del ordenamiento legal, pues es presumible que uno y otra sólo se inspiran en el propósito de realizar actos útiles.

Por tales motivos, y por la circunstancia de haberse justificado la razón para no mantener en actividad continua el equipo de perforación durante el último tiempo de la concesión, la Corte se inclina a considerar que este hecho no implica incumplimiento de sus obligaciones por parte de la Compañía, por lo que, también por este aspecto, la demanda presentada deberá prosperar.

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, FALLA:

1º.—Tanto el señor Salvador Camacho Roldán como su cesionaria la Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada, S. A. cumplieron con las obligaciones contraídas por razón del contrato sobre exploración y explotación de petróleos nacionales, el cual se hizo constar en la escritura pública Nº 1717, otorgada en la Notaría 4ª de Bogotá el 12 de junio de 1940.

2º.—Es legalmente eficaz la renuncia del mencionado contrato hecha por la Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada, S. A. el 15 de julio de 1943, sin que contra esta decisión puedan producir efecto alguno las Resoluciones expedidas el 6 de septiembre y el 16 de diciembre de 1943 por el Ministerio de Minas y Petróleos.

3º.—Ejecutoriado el presente fallo, el Gobierno Nacional deberá devolver al demandante —Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada, S. A.— la caución que esta Sociedad constituyó para garantizar el cumplimiento de sus obligaciones, como cesionaria del señor S. Camacho Roldán en el contrato mencionado en el ordinal primero de esta sentencia.

4º.—Cancélense los instrumentos número 1717 del 19 de junio de 1940, extendido en la Notaría 4ª de Bogotá y 1476 del 26 de agosto de 1941, otorgado en la Notaría 5ª del mismo Circuito, y asimismo los registros de las dos escrituras citadas.

Cópiese, publíquese, notifíquese, comuníquese al Gobierno Nacional, insértese en la GACETA JUDICIAL y archívese el expediente.

Ramón Miranda—Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO DE UN TERRENO.—COMUNIDAD.—PETICION DEL COMUNERO PARA LA COMUNIDAD.

1.—La comunidad es un cuasicontrato y se forma de hecho sin que las personas que en él aparecen celebren convención alguna para constituír una entidad autónoma, v. gr., una sociedad. De donde se infiere que la comunidad no es una persona jurídica, en rigor legal, pero sí constituye una entidad con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. El comunero puede pedir para la comunidad, pero no es por la razón de que los comuneros se representen unos a otros o a la comunidad, sino en virtud de que el comunero, cuando litiga en favor de la comunidad, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta. Tal cuestión es sustantiva o de fondo.

2.—La personalidad del actor, vista desde el punto de mira del derecho o acción para reclamar en justicia lo que se le debe, puede dar lugar a una excepción perentoria; la personalidad vista como capacidad para comparecer en juicio, bien sea por lo que respecta al ejercicio de derechos civiles o a la facultad para presentarse en nombre de otro como apoderado o representante legal, puede originar una excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, septiembre veintícuatro de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna)

Víctor M. Royero, obrando con poder conferido por Pedro A. Visbal D., presentó demanda ordinaria ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta para que se hicieran las siguientes declaraciones:

"PRIMERA.—Que pertenecen a la comunidad de "Carmona" de que tratan los hechos 1º, 2º, 3º, y 4º de esta demanda, los terrenos denominados con el mismo nombre de "CARMONA", situados en el Municipio de Sitionuevo, de este Departamento, y comprendidos dentro de los linderos que quedan descritos en el hecho PRIMERO de esta demanda.

"SEGUNDA.—Que la propiedad de dicha comunidad y, por ende, de mi poderdante y demás comuneros o condueños comprende el suelo y el subsuelo así como el petróleo y demás hidrocarburos que existan en el terreno de que se trata.

"TERCERA.—Que la Nación no puede conceder a la Sociedad llamada Contratistas de Petróleos, S. A., ni a persona alguna, el derecho a explorar y a explotar los petróleos y demás hidrocarburos existentes en los terrenos a que se refiere esta demanda".

Por auto de diez y nueve de octubre de 1944 se corrió traslado del libelo al señor Fiscal del Tribunal, quien al contestarlo propuso la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería del demandante.

Son estos sus razonamientos:

"Que el señor Pedro A. Visbal confirió poder especial y suficiente al doctor Víctor M. Royero para que en su nombre y representación como comunero o condueño promoviera juicio ordinario contra la Nación, para que se hicieran las declaraciones a que se contrae el libelo y también para que a su vez representara a la comunidad de las referidas tierras de "Carmona".

"Que a la demanda no se ha acompañado el Acta de la constitución de la comunidad en conformidad con la ley 95 de 1890, cosa de que pueda tenérsele como tal entidad o institución.

"Que como consecuencia del hecho anterior, esto es, no está acreditada por la ausencia de ese documento, la calidad de administrador que tenga el señor Visbal para representar a la citada comunidad y poder usar, por consiguiente, de la facultad de conceder personerías.

"Que la comunidad en conformidad con la ley 95 de 1890, al comparecer en juicio debe ser legalmente representada.

Como basamento jurídico, invoca la ley 95 de 1890 y los artículos 269, 330 y 332 del código judicial.

Con estos antecedentes, el Tribunal Superior de Santa Marta, en providencia de 17 de noviembre de 1945, declaró, con un salvamento de voto, no probada la excepción propuesta.

Contra esta decisión el Fiscal del Tribunal impetró la rectificación, y subsidiariamente interpuso la alzada para ante esta Superioridad.

El Tribunal, en auto de 22 de abril del año en curso, se negó a reponer el proveído, y concedió la apelación solicitada, por lo que el negocio ha llegado al conocimiento de esta Sala de la Corte, donde se le ha dado la tramitación previa a su decisión.

La Sala considera:

La comunidad es un cuasicontrato y se forma de hecho sin que las personas que en él aparecen celebren convención alguna para constituír una entidad autónoma, v. gr., una sociedad. De donde se infiere que la comunidad no es una persona jurídica, en rigor legal, pero sí constituye una entidad con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones.

En la GACETA JUDICIAL números 2001 a 2005, pág. 27, dijo la Sala de Casación Civil: "... esta entidad que, si estrictamente no es una persona jurídica, sí es una entidad de derecho capaz de contraer obligaciones y adquirir derechos, como se desprende de los artículos 2323 y sgts. del capítulo 3º del Código Civil, que trata del cuasi contrato de comunidad".

El comunero puede pedir para la comunidad, pero no es por la razón de que los comuneros se representen unos a otros o a la comunidad, sino en virtud de que el comunero, cuando litiga, en favor de la comunidad, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta. Tal cuestión es sustantiva, de fondo.

La personalidad del actor vista desde el punto de vista del derecho o acción para reclamar en justicia lo que se le debe, puede dar lugar a una excepción perentoria; la personalidad vista como capacidad para comparecer en juicio, bien sea por lo que respecta al ejercicio de derechos civiles o a la facultad para presentarse en nombre de otro como apoderado o representante legal, puede originar una excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería.

El auto apelado, al estudiar la reposición pedida por el Tribunal, hace estas consideraciones:

"El Fiscal, como se vio por sus propias palabras, admite como cosa indiscutible que el comunero señor Visbal puede, en su carácter de tal, demandar en favor de la comunidad de las tierras de "Carmona"; lo que no admite es que lo haga en nombre de dicha comunidad. Pero para el Tribunal no hay la menor duda de que no siendo la comunidad una persona jurídica distinta de los comuneros, como sucede con las sociedades, no hay reparo legal alguno qué formular a una petición en que un comunero diga que demanda por sí como tal condueño y en nombre de la comunidad, precisamente a favor de ésta que es la declaración obtenible en esta clase de controversias.

"Pero admitiendo que fuera cierta la tesis del Fiscal, siempre habría que tener en cuenta que el poder de Royero lo faculta para intervenir en nombre del comunero Pedro A. Visbal; y Royero demanda, en primer término, usando esa representación. De modo que si hay facultad en el comunero para demandar en favor de la comunidad sin más ni más, no hay razón legal alguna para tachar la demanda por ilegitimidad de la personería por el mero pretexto de que pueda existir sin que conste en los autos, un administrador de la comunidad que tenga su representación".

En sentencia de 13 de febrero de 1946, dijo la Sala de Negocios Generales, al referirse a un caso en que un comunero pedía para la comunidad:

"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, en 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 la legítima personería para la defensa del bien común (compárese artículo 22 de la 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 al 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, aprovechan a los demás socios (o comuneros) aunque no haya obrado especialmente en nombre de ellos".

Más adelante, agrega el mismo 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..., no sólo sería excusado sino que carecería el Juez de facultades jurisdiccionales para hacerlo, al entrar a debatir a efecto de decidir, las dos cuestiones fundamentales del litigio en cuanto al fondo, y que la naturaleza misma de él sugiere, cuales son..."

Se concluye de todo lo anterior que la excepción propuesta como dilatoria, en el caso ocurrente, no es de esta naturaleza.

Por lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, sin más consideraciones, CONFIRMA la providencia recurrida.

Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda—Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.-RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO.-REQUISITOS PARA QUE HAYA CASO FORTUITO.—PERJUICIOS MORALES.—SU APRECIACION.—PERJUICIOS FUTUROS Y PERJUICIOS EVENTUALES.

1.—La ley establece responsabilidad por el hecho ajeno cuando el autor de éste se encuentra bajo la vigilancia o al servicio de quien legalmente se considera responsable. Apenas habría que agregar que al tratarse de esta clase de responsabilidad es necesario demostrar la calidad del ejecutante del hecho en relación con el responsable reflejo.

La presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño.

2.—Es requisito para que haya caso fortuito, de acuerdo con el artículo 1º de la ley 95 de 1890, que no se pueda prever, porque si puede serlo y por ello evitarse el daño, desplegando prudencia, no existe. Si no se puede prever, pero sí resistir, obrando con cierta diligencia, tampoco existe.

3.—La realidad de los perjuicios es el basamento lógico e indispensable de la indemnización hasta el punto de que si ellos no se comprueban en su existencia, al menos, resultaría inútil averiguar las otras condiciones que la acción indemnizatoria reclama. Tales perjuicios no los presume la ley, pero su extensión y cuantía sí pueden demostrarse, al ejecutarse el fallo, según lo prescribe el artículo 553 del Código Judicial. Por lo que toca a los perjuicios morales subjetivos se puede decir que ellos deben ser ciertos y personales y que consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas. Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración, como en el SUB-LITE, puede aceptarse por medio de una presunción simple, fundada en los vínculos familiares, acreditados plenamente. La presunción, en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial. La regulación del PRETIUM DOLORIS en una cifra numérica está subordinada a la pauta que se traza en el artículo 95 del Código Penal, según lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema por medio de sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales.

En relación con los perjuicios morales objetivados ha de observarse que las consecuencias de un accidente pueden producir un sentimiento o complejo de inferioridad, un decaimiento o perturbación psicológicos que, al modificar el estado cenestésico, ocasionan una disminución en el entusiasmo, la serenidad, la constancia, el equilibrio anímico o la actividad para el trabajo, factores cuya influencia es importante en la producción de riqueza.

En lo que respecta a los perjuicios materiales habrá de decirse que no los constituye la vida misma, sino los resultados de orden patrimonial que se derivan de su eliminación o su quebranto. Sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que, por la sola muerte de una persona, sus familiares eran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de la de un animal o de cualquier cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos en que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tántas mercancías. Con todo, la desaparición de una persona puede causar perjuicios materiales, comprendidos en el daño emergente y el lucro cesante con relación a quienes se ven privados de la ayuda económica que les proporcionaba la víctima de un siniestro.

4.—El perjuicio puede ser actual, cuando ha existido antes de la acción resarcitoria o al tiempo de iniciarse ésta. Puede ser futuro cuando puede manifestarse después del hecho culposo que lo causa. En ocasiones, esas derivaciones posteriores son lógica consecuencia del hecho aunque aparezcan después de él. Lo esencial es que ellas se presenten con certidumbre como una prolongación natural de cierto estado de cosas.

No debe confundirse el perjuicio futuro con el eventual: aquél, si es cierto, se repara, porque si no existe en la actualidad, con alguna probabilidad se supone que existirá algún día. El perjuicio eventual, por el contrario, es hipotético, puesto que depende, por un lado, del hecho dañoso y, por otro, de circunstancias que están en el terreno de una remota realización. Un perjuicio de tal naturaleza no presentaría base adecuada para una acción de indemnización.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre veintisiete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El 16 de julio de 1939 iban hacia Palanquero las Hermanas Vicentinas Luisa Guevara y Vicenta Acevedo, en la lancha número 4, denominada "Teniente Mafiol", que era conducida por el motorista Rafael Polanía, cuando al zarpar de Puerto Salgar, a la susodicha embarcación se le apagó el motor, no lejos de la orilla, sin que se hubiese logrado encenderlo de nuevo, y empujada por una fuerte brisa, se hundió cerca de un bote atracado en el puerto. En el naufragio se salvaron a nado el motorista y el señor Reyes López, pero sucumbieron las dos religiosas prenombradas. El cadáver de Sor Luisa Guevara fue rescatado de las aguas del río Magdalena el 19 de julio del mismo año de 1939.

Así se relatan los sucesos en la parte histórica del libelo, sin que el representante de la Nación demandada los haya negado ni puesto siquiera en duda, en lo substancial de la narración.

El doctor Gilberto Alzate Avendaño, en nombre de los cónyuges Julio o Julián Guevara y Tránsito Cárdenas, padres de la víctima, demandó a la Nación ante el Tribunal del Distrito Judicial de Pereira, para que se hiciesen las siguientes declaraciones:

"Petición principal. Que la Nación debe pagar a los esposos Julio Guevara y Tránsito Cárdenas de Guevara el valor de los perjuicios patrimoniales y morales que les fueron causados por la muerte violenta de su hija legítima Carmen Guevara Cárdenas, llamada Sor Luisa Guevara en la Comunidad de las Hijas de la Caridad de San Vicente, quien pereció ahogada en el río Magdalena, frente a Puerto Salgar, el 16 de julio de 1939, a causa del naufragio de la lancha número 4, "Teniente Mafiol", perteneciente a la base aérea "Germán Olano", en la cuantía que se fije mediante avalúo de peritos en este mismo juicio o se establezca posteriormente en juicio aparte.

"Petición subsidiaria. En defecto de la declaratoria anterior, pido que se falle en el sentido de que la Nación debe pagar a la sucesión de Carmen Guevara Cárdenas, representada por sus padres legítimos Julio Guevara y Tránsito Cárdenas de Guevara, los perjuicios patrimoniales y morales ocasionados por la muerte trágica de dicha Carmen Guevara Cárdenas —Sor Luisa Guevara en la Comunidad Vicentina— quien pereció ahogada en el río Magdalena, frente a Puerto Salgar, el 16 de julio de 1939, en el naufragio de la lancha militar número 4, "Teniente Mafiol", perteneciente a la Base Aérea "Germán Olano", según la estimación que de ella se haga por dictamen pericial dentro de este juicio o se determine posteriormente en juicio aparte".

Como fundamento legal se invocaron los artículos 2072, 2341, 2349 y 2356 del Código Civil, con sus concordantes; 295, 306, y concordantes del Código de Comercio Terrestre; 55, 69, 90, 98 y concordantes del Código de Comercio Marítimo; 64, 66 y 71 de la ley 84 de 1871; 2º de la ley 35 de 1875; 1, 2, 3, 4, y concordantes de la ley 18 de 1907; el Decreto 640 de 1881, el Decreto 933 de 1881, el 17 de 1882 y otros.

Se mencionan a continuación algunos hechos preponderantes de la demanda:

"g) La lancha número 4, denominada 'Teniente Mafiol', era una de las embarcaciones de la base militar, asumiendo la Nación con respecto a dicha embarcación el carácter y la responsabilidad de dueña y armadora.

"h) La lancha 'Teniente Mafiol' tenía un motor marca 'Buick', modelo 1929, desgastado por el largo servicio, cuyo deficiente estado lo hacía apagarse en marcha con frecuencia.

"i) Antes del 16 de julio de 1936 esa lancha, con otorios deterioros y defectos para navegar, se había hundido en las inmediaciones de la ranfla de Palanquero, cuando llevaba diez pasajeros y la manejaba el motorista Lorenzo Ezhell. Después pudo ser puesta a flote y dada al servicio nuevamente.

"j) El 6 de julio de 1939, hacia las cinco y media de la tarde, la lancha número 4, 'Teniente Mafiol', se dirigía de Puerto Salgar hacia Palanquero, llevando como pasajeros a las Hermanas Vicentinas Sor Luisa Guevara y Sor Vicenta Acevedo, enfermeras de la base militar.

"k) Piloteaba la embarcación don Rafael Polanía, empleado de la Nación, al servicio de la base aérea 'Germán Olano', como motorista de la lancha.

"l) Al zarpar la lancha de Puerto Salgar se apagó el motor, no lejos de la orilla, siendo inútiles los esfuerzos del piloto para encenderlo otra vez. Sin el gobierno de la máquina, ni equipo de ancla para contenerla, la lancha siguió a la deriva, empujada de costado por la fuerte brisa, yendo a zozobrar y hundirse cerca de un bote o planchón atracado en el puerto.

"m) El motorista Polanía y un pasajero Reyes López se salvaron a nado, pero las Hermanas Vicentinas Sor Luisa Guevara y Sor Vicenta Acevedo perecieron ahogadas en el naufragio de la lancha 'Teniente Mafiol', sumergiéndose con ella.

"n) Tres días después, el 19 de julio de 1939, pudo ser rescatado cuatro leguas arriba de Buenavista en el río Magdalena e identificado el cadáver de Sor Luisa Guevara. En esa misma fecha se le dio sepultura en el cementerio católico de La Dorada".

El señor Fiscal del Tribunal, a quien se dio el traslado de la demanda, lo descorrió, conviniendo en algunos de los hechos, o bien aclarándolos, y negando otros, y a la vez expresó su concepto de que el naufragio había sido obra de un caso fortuito.

Tramitado el negocio, el Tribunal **a quo** resolvió así:

"Primero. La Nación es civilmente responsable de los perjuicios materiales y morales sufridos por los demandantes señores Julián o Julio Guevara y Tránsito Cárdenas, como herederos de su hija legítima María del Carmen o Sor Luisa Guevara, cuya muerte ocurrió en las circunstancias que se dejan estudiadas en la parte motiva de esta sentencia.

"Segundo. El valor de los perjuicios morales objetivados y el de los materiales será determinado siguiendo el procedimiento que señala el artículo 553 del C. Judicial, para lo cual deberá tenerse en cuenta, al hacer la estimación, las consideraciones que para determinarlos se expresan en la parte motiva de este fallo.

"Tercero. Condénase a la Nación a pagar a los señores Julián o Julio Guevara y a Tránsito Cárdenas, seis días después de ejecutoriada la presente sentencia, la cantidad de mil pesos m. cte. ($ 1.000.00), como valor de los perjuicios morales no objetivados que se recibieron por la causa anotada en el punto primero; y

"Cuarto. No se hace condenación en costas".

De este fallo sólo apeló el señor Fiscal, por lo cual llegó a la Corte el asunto, donde sufrió los trámites pertinentes. No se observan motivos de nulidad, y, por tanto, se procede a la prolación de la providencia de segundo grado.

La Sala considera:

Son visibles en el expediente los certificados eclesiásticos sobre el matrimonio de los actores, y la partida de nacimiento de Carmen Guevara. Con estos documentos se acredita que los demandantes son los padres de Sor Luisa, y que, en consecuencia, tienen derecho a promover las acciones a que se contrae el libelo.

Reparos del señor Procurador Delegado en lo Civil

Dice este alto empleado, en su alegato de bien probado:

"La demanda contiene, pues, dos peticiones totalmente distintas que no admiten mezcla o fusión de ninguna naturaleza, pues al paso que la petición principal la hacen los demandantes en su propio nombre, hacen la petición subsidiaria como herederos de la difunta Carmen Guevara Cárdenas, puesto que piden para la sucesión de ésta. En la primera piden indemnización de los perjuicios sufridos por ellos mismos, y en tal virtud obran en nombre propio, en su condición de padres de Carmen Guevara; en la segunda, fundándose, sin duda, en alguna doctrina sustentada —en raras ocasiones— por nuestros Tribunales tendiente a considerar que la indemnización por la muerte de una persona corresponde a ésta, por

haber sufrido ella misma el perjuicio directamente, en la segunda petición, repito, obran en su condición de herederos y piden para la sucesión de su hija.

"Esta distinción tiene una trascendental importancia, toda vez que en el fallo materia del recurso, se confunden de modo incomprensible las dos peticiones hechas (principal y subsidiaria) y basándose en los hechos que podrían hacer prosperar la primera de ellas, el H. Tribunal accede a la segunda de aquellas peticiones de la demanda.

"En efecto, al estudiar el H. Tribunal la personería de los demandantes, concluye: 'No cabe duda, pues, de la relación de parentesco que unía a la víctima con los demandantes. Estos ejercitan una acción para obtener reparación de la Nación por **un perjuicio que han sufrido** directa y personalmente, y con esta base invocan su derecho a la indemnización y no con el carácter de herederos de María del Carmen Guevara o Sor Luisa de igual apellido. De ahí que la demanden **en nombre propio** y que **no sea menester demandar** para la sucesión de María del Carmen Guevara, como se dice en la petición subsidiaria. Su personería es legítima y gozan de capacidad para demandar'. (Este despacho ha subrayado).

"Pero si tal es la realidad, si los esposos Guevara obran en propio nombre y reclaman indemnización por un perjuicio sufrido por ellos directamente, y así lo ha estimado el H. Tribunal, ¿cómo es posible que el mismo H. Tribunal termine condenando a la Nación a indemnizar a los demandantes 'como herederos de su hija legítima María del Carmen o Sor Luisa Guevara?' (parte resolutiva del fallo)".

No son fundadas las observaciones transcritas. En efecto: El Tribunal, después de afirmar —y esto se halla acreditado en el proceso— que los nombres Julio o Julián corresponden a una misma persona, asevera categóricamente que la acción principal se promovió para reclamar los perjuicios que los actores sufrieron directamente y no en su carácter de herederos representantes del **de cujus** o sea de su sucesión.

Explicada así la parte motiva, hay que interpretar el numeral primero de la resolución, en la cual se habla, ciertamente, de que los demandantes son los herederos de Sor Luisa Guevara, su hija legítima, pero no para indicar que la declaración se hizo para la herencia, sino como expresión de una circunstancia que relieva el parentesco, la vinculación de sangre que unía a la víctim con sus padres.

La petición principal entraña, pues, no una acción de heredero sino una acción netamente personal, con la cual se persiguen los perjuicios sufridos por los actores como consecuencia del daño inicial o sea la pérdida de la vida de la hermana Luisa.

Se colocan así los demandadores en una zona extracontractual o delictual.

Examen de los hechos

Infortunadamente la declaración extrajuicio del motorista Polanía no pudo ratificarse, ni fue posible recibir tampoco la del señor Reyes López. Estas exposiciones habrían dado, sin duda, mucha luz sobre los detalles y circunstancias del siniestro.

En el cuaderno de pruebas de la parte actora, en la primera instancia, el testigo Lorenzo S. Shell, refiere cómo en la lancha número 4 viajaban las Hermanas Vicentinas Luisa Guevara y Vicenta Acevedo y cómo es verdad que perecieron ahogadas en el naufragio de la susodicha embarcación.

En el cuaderno de pruebas del señor Fiscal obra el testimonio del capitán Jacinto E. Márquez, quien expresa textualmente:

"Personalmente me consta que la lancha 'Teniente Maffol' verificó dos viajes en las horas de la mañana del día 16 de julio de 1939, y me consta porque yo dí la orden para que dicha lancha pasara a las Hermanitas y a una familia amiga de ellas al otro lado del río frente a Palanquero".

A petición del doctor Alzate Avendaño, el Comando de la "Base Aérea Germán Olano" certificó que la lancha número 4 que naufragó el 16 de julio de 1939, llevaba a las Hermanas Vicenta y Luisa.

Figura en autos, acompañada a la demanda, una diligencia o acta verificada para identificar el cadáver de la Herman Luisa, en la cual se dice lo siguiente:

"En Palanquero, a los 19 días del mes de julio de 1939 presentes el señor Comandante de la Base Encargado, Capitán J. E. Márquez, señor oficial de sanidad de la Base, doctor Alfredo Lleras, odontólogo, doctor Alberto Barriga G., Reverenda Hermana Sor Josefina Duque, se procedió a la identificación de un cadáver que fue hallado cua-

ro leguas arriba de Buenavista y en la búsqueda que venía efectuándose de los cadáveres de las Reverendas Hermanas Sor Vicenta Acevedo y Sor Luisa Guevara (q. e. p. d.), quienes perecieron en el accidente de la lancha número 4, "Teniente Mafiol', en la tarde del día diez y seis de julio del año que cursa, a eso de las cinco a cinco y media de la tarde. La identificación fue personalmente hecha por el señor Oficial de sanidad y odontólogo de la Base, quienes llegaron a la absoluta conclusión de que el cadáver correspondía a la Reverenda Hermana Sor Luisa Guevara. Acto seguido se procedió a trasladarlo al Puerto de La Dorada y con los requisitos debidos se le dio sepultura en el cementerio católico de dicho puerto".

Consta también en el expediente las certificaciones de origen eclesiástico y notarial con las que se acredita la defunción de Sor Luisa.

En el término probatorio, a solicitud del señor Fiscal del Tribunal, el Comando de la Base Aérea certificó sobre autenticidad del acta de baja, respecto de los elementos que iban en la lancha el día del hundimiento.

Esta acta de baja, por pérdida comprobada, figura en copia al folio 28 y siguientes del cuaderno número 3.

Aunque la susodicha copia no se presentó de acuerdo con el artículo 636 del C. Judicial, sino que se acompañó el memorial de pruebas por el señor Agente del Ministerio Público, es, con todo, apreciable como prueba en relación con lo que en ella se contiene, porque la autenticidad, que es lo que trata de amparar drásticamente la mencionada disposición del Código Judicial, quedó certificada en el término probatorio, en vista de los libros que llevan en la oficina de la Base.

Con el libelo se presentó una copia del oficio dirigido por el señor Inspector Fluvial J. López Lara, fechado en Puerto Salgar, al señor Comandante de la Base Aérea. En dicho instrumento se lee: "Tan pronto como este despacho tuvo conocimiento del accidente en mención, el suscrito Inspector Fluvial se trasladó, como era natural, al lugar de los acontecimientos, con el fin de cerciorarse de lo ocurrido y tomar las medidas necesarias que estos casos requieren, procediendo inmediatamente y hasta donde fue posible a efectuar las labores de salvamento, las que por la rapidez del siniestro, la falta de unidades competentes, y el carecimiento del personal necesario, por ser día domingo, no pudieron ser efectivos; también la investigación verbal de los hechos y causas del accidente, ordenando, como primera medida, la detención inmediata del motorista de la lancha, señor Rafael Polanía y del joven Reyes López..." (Fs. 26 del cuaderno primero).

Lo anterior evidencia una variedad de hechos accesorios demostrados que proporcionan indicios, cuyas condiciones son suficientes para una plena convicción, al tenor del artículo 665 del C. Judicial.

Se habrá de concluír entonces, que está comprobado que la lancha "Teniente Mafiol" se hundió y que a causa del naufragio pereció ahogada Sor Luisa.

La ley establece responsabilidades por el hecho ajeno, cuando el autor de éste se encuentra bajo la vigilancia o al servicio de quien legalmente se considera responsable.

Apenas habría que agregar que al tratarse de esta clase de responsabilidades es necesario demostrar la calidad del ejecutante del hecho en relación con el responsable reflejo.

Sobre este punto básico, existe en el expediente información del comandante de la Base Aérea "Germán Olano" (C. Nº 3, fs. 39 v.), en la que se dice:

"a) El señor Rafael Polanía sí manejaba la lancha número 4, 'Teniente Mafiol', en la fecha de su naufragio en Puerto Salgar el 16 de julio de 1939.

"b) El señor Rafael Polanía sí estaba al servicio de la Base Aérea 'Germán Olano' de Palanquero".

Como la controversia no versa, como cuestión propuesta en la parte petitoria del libelo, sobre la calidad de empleado del señor Polanía, este informe es bastante para demostrar la condición de dependencia, por una parte, y, por otra, es de advertir que ya no rige el artículo 682 del C. Judicial abolido.

Decía esta disposición: "No es admisible la prueba testimonial para comprobar hechos que deben constar por documentos o pruebas preestablecidas por las leyes, como por ejemplo: la calidad de ser o haber sido empleado público un individuo...". Vale decir que no es de rigor comprobar dicha calidad con el respectivo decreto de nombramiento y posesión.

Sobre la pertenencia de la lancha a la Base Aérea, se expresa así el fallador del Tribunal de Pereira:

"La Base Aérea de Palanquero 'Germán Olano', es propiedad de la Nación. En el inventario de la

misma figuraban como propiedad del Estado la lancha número 4, 'Teniente Mafiol', que estaba destinada al transporte de pasajeros y carga de la Base y hacía un recorrido ordinario entre ésta y La Dorada". (Fs. 20, cuaderno primero).

Sentadas estas bases, habrá de tenerse en cuenta la aplicación de la doctrina sobre presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa, como el movimiento de trenes, automotores, etc. Esta presunción afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto de peligrosidad, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño.

Diríase que siendo gratuito el transporte de la Hermana Vicentina Luisa, no habría lugar a la presunción. Ello ocurriría si el transporte tuviese todos los caracteres de benévolo, si fuese el resultado de una mera atención o una invitación de cortesía. Mas como la Hermana tenía derecho como enfermera de la Base a viajar en la lancha de ésta, sin retribuír el servicio, la gratuidad en esas condiciones no tiene influencia, porque el transporte no era de mera benevolencia.

Y que Sor Luisa era enfermera de la Base, está comprobado, como lo certifica el señor Comandante de ésta (fs. 18 v., Cuad. principal).

Caso fortuito

El señor Fiscal del Tribunal de Pereira atribuye el siniestro a un caso fortuito, pues afirma que la lancha estaba en buenas condiciones, ya que en el mismo día del naufragio había efectuado dos viajes; que el motorista, cuando vio que no podía prender el motor, tomó la palanca y la apoyó sobre el planchón, el cual se rompió; que el piloto Polanía era experto; que no se requería tripulación por lo corto del viaje; que el motor funcionaba con regularidad; que la embarcación tenía equipo de salvavidas, canaletes, palancas, etc.

El H. Fallador de Pereira razona así sobre estos aspectos:

"Pero admitiendo que el motor que tenía la lancha no ofrecía serio peligro por estar en estado bueno de funcionamiento, ¿podrá decirse que la Nación está exenta de culpa, porque en las previsiones de sus agentes no estaba la de evitar que el motor se apagara y cesara súbitamente de funcionar? La respuesta es negativa por dos razones principales: a) Porque el motorista no reunía las condiciones de idoneidad para su manejo: y Porque la lancha no estaba provista de confo midad con las disposieiones vigentes sobre tr fico fluvial de todo el equipo de salvamento q es de rigor para esta clase de embarcaciones m nores, pues que la lancha solamente tenía un pe so bruto de una tonelada y media, como aparec del informe dado por el Comando de la base "Ger mán Olano" que obra a los fls. 39 y 40 del C. 3

"Para hacer la primera afirmación el Tribuna tiene a su vista los siguientes elementos probato rios: reconocimiento que hace el Comando de l base de que Polanía no tenía "patente como mo torista de la lancha "Teniente Mafiol"; y acepta ción que sobre el particular hace el señor Fiscal al contestar el hecho señalado en la demanda con la letra equis.

"Es decir, que Rafael Polanía era el motorista de la "Teniente Mafiol" el día y hora del naufragio sin estar provisto de la patente a que alude el artículo 1º del decreto 1661 de 4 de octubre de 1933, expedido por la Oficina Fluvial del río Magdalena, competente para ello, o en su defecto, por otra oficina distinta a las que allí se mencionan, mediante autorización expresa del Ministerio de Obras Públicas (Diario Oficial Nº 22422).

El motorista de la lancha, dice el artículo 19 del mismo decreto, podrá obtener patente si llena los siguientes requisitos: "a) Los dos primeros requisitos establecidos para la de Capitán; b) Presentar un examen teórico-práctico ante un Jurado compuesto por la respectiva autoridad fluvial, el cual lo presidirá, el Inspector Técnico, un motorista patentado y un primer maquinista patentado. Este examen versará especialmente sobre los siguientes puntos:

"1º.—Naturaleza y funcionamiento de los distintos motores de explosión; detalle del funcionamiento de las diferentes partes del motor y definición completa de las mismas; distintos sistemas de encendido, agentes combustibles; leyes que rigen la combustión; sistema de propulsión; montaje, reparación y ajuste de los distintos motores; sistemas de enfriamiento; conocimientos generales de electricidad; causas principales de los incendios de explosión, y manera de extinguirlos. Extinguidores modernos.

"2º.—Conocimiento general del río y legislación general sobre navegación fluvial (deberes para con el capitán o jefe de la embarcación; para con el público, los cargadores, las otras embarcaciones en viaje, etc....)"

Por diploma o patente se entiende "el certificado original de competencia del individuo para desempeñar el respectivo cargo a bordo". Diploma o patente "son una condición necesaria pero no suficiente para este efecto, pues además de ella toda persona que desee desempeñar puestos en una nave, deberá estar provista de una licencia adicional que deberá renovarse de año en año según las prescripciones del presente decreto". (Artículo 24 ibidem).

"Tales licencias se expedirán "por las Intendencias Fluviales, y en casos excepcionales por las Inspecciones Fluviales, mediante autorización expresa de la Dirección General de Navegación".

"El Comando de la Base Aérea "Germán Olano" se disculpa de haber encargado la dirección de la lancha "Teniente Mafiol" a Rafael Polanía, alegando que dicho señor era idóneo en el manejo de cualquier clase de lancha, pues tenía seis años de práctica en la prestación de estos servicios, no sólo en el río Magdalena sino en los ríos Putumayo y Caquetá, y porque "para recibirlo como motorista la Jefatura Técnica de esta base le hizo el examen de rigor sobre su competencia para desempeñar el cargo de lanchero, con resultado satisfactorio". (Fls. 39v. C. 3º).

"Pero a lo anterior observa el Tribunal: No está acreditado en el expediente que las embarcaciones de propiedad de la Nación que están al servicio de la Base Aérea "Germán Olano", sean exceptuadas por la ley en su tráfico en el río Magdalena para dejar de ajustarse a las exigencias y requisitos de que habla el decreto 1661 de 1933, según el cual, no se puede ser empleado a bordo sino se dispone de la patente correspondiente que acredita la idoneidad sobre el particular. Ese régimen de excepción a que alude la demanda, no se ha probado ni tampoco está acreditado el hecho de que el examen verificado por la Jefatura Técnica de la base a los motoristas de lanchas, supla y sirva ante las autoridades fluviales del río como prueba suficiente de que se es práctico en el manejo de las mismas.

"Hay que deducir entonces, que Polanía, motorista de la lancha el día del naufragio, no ofrecía garantía ninguna de seguridad en el manejo de esta clase de vehículos y hay que suponer que la falta de patente es por sí sola indicadora de su falta de conocimientos para lograr con éxito el manejo de la lancha en reverso, hasta el punto de ignorar la desaceleración del motor en circunstancias normales evitando la sobrecarga de mezcla carburante que de presentarse produce el paro del motor. Por tanto, no es aventurado afirmar que la Nación incurrió en grave falta al encomendar el manejo de una lancha de su propiedad a un individuo falto de conocimientos técnicos a cuya impericia se debió indudablemente el accidente.

"Tampoco exime de culpa a la Nación el hecho de que Polanía hubiera presentado un examen ante el jefe técnico de la Base, pues si se atiende a la declaración del mismo técnico, señor Pereira, dicho examen "es bastante elemental y más práctico que teórico", lo que por sí solo demuestra que tal examen no se ajustó a las exigencias del decreto 1661.

"Por otra parte, la lancha "Teniente Mafiol" no estaba provista el día del accidente de todo el equipo de salvamento que es de rigor para esta clase de embarcaciones. El artículo 56 del decreto 1661 estatuye: "Toda embarcación que navegue en los ríos nacionales estará provista de un buen salvavidas para cada uno de los pasajeros que la patente respectiva autorice. En el río Magdalena, los salvavidas necesitan de la aprobación del Inspector Técnico respectivo, y en los demás ríos la del Inspector Fluvial o entidad que designe el Ministerio de Obras Públicas. Los salvavidas deberán ir marcados con el nombre del barco respectivo". De otro lado, el artículo 57 ibidem declara "que todo salvavidas deberá someterse a prueba de flotación de acuerdo con los requisitos que al efecto se señalen".

"El Ministerio de Obras Públicas certifica a la solicitud del demandante lo que sigue: "c) Que las embarcaciones pertenecientes a la Nación no están exceptuadas de la obligación de estar provistas de equipo de salvamento, conforme al artículo 56 del decreto 1661 de 1933; d) Que de acuerdo con las normas establecidas, el tonelaje de la embarcación determina el número de tripulantes que debe llevar. Si se trata de embarcaciones menores, como lanchas de cuatro a cinco toneladas de capacidad transportadora y remolcadora, deben estar tripuladas por un motorista, un timonel y un marinero; las lanchas de seis a nueve toneladas, llevarán un marinero más y así en proporción del tonelaje, según lo dispuesto en la Resolución Nº 20 dictada por la Interventoría Fluvial de Barranquilla en 1938; e) El equipo de salvamento se exige en relación directa con la capacidad de la embarcación. Las embarcaciones fluviales menores deben estar provistas de un

salvavidas por cada pasajero y tripulante, dos extinguidores de incendio, un machete, un hacha, dos baldes con arena y, en general, con todos los objetos fijos o sueltos que sin formar parte del cuerpo de la nave son indispensables para su servicio, maniobras y nevegación" (fs. 45 C. 3º).

"Por embarcación de menor tonelaje se entiende de conformidad con la ley 18 de 1907 las que tienen una capacidad menor de cinco toneladas.

"Tanto el Fiscal al dar respuesta a la demanda, como el Comando de la base aérea han sostenido que la lancha en el momento del naufragio sí llevaba el equipo de salvamento necesario a esta clase de vehículos: dos canaletes, una manila de quince metros, tres salvavidas y una palanca con regatón. (Fls. 39 v. C. 3º, y fls. 18v. C. 1º).

"También el cuaderno Nº 4 a fls. 30 a 32 da cuenta del acta de baja número 26 de 24 de agosto de 1939, en la que se hace relación de los elementos perdidos por causa del naufragio de la "Teniente Mafiol", a saber, tres salvavidas, dos canaletes y una palanca con regatán.

"No obstante esta aseveración de la parte demandada, el Tribunal la considera desvirtuada con la certificación que obra en el cuaderno número 1º, fls. 23v., que dice lo siguiente: "Que en la investigación llevada a cabo por la Inspección Fluvial se estableció plenamente que dicha lancha no reunía las condiciones y requisitos que exigen los reglamentos de navegación, que según la investigación practicada la lancha hundida no tenía ancla, ni canalete, ni extinguidores ni otros elementos de seguridad, que los elementos enumerados anteriormente así como otros aparejos navales de que carecía la lancha, son obligatorios para el tráfico fluvial de cualquier embarcación mayor o menor según las disposiciones vigentes; que la lancha "Teniente Mafiol" no llevaba consigo ayudante o marinero, estando encomendada exclusivamente al cuidado del motorista señor Rafael Polanía; que los reglamentos fluviales establecen que toda embarcación debe llevar además del piloto, por lo menos un ayudante o marinero, como garantía mínima de los pasajeros y la carga". (Fls. 23 c. 1º).

"La anterior certificación del Inspector Fluvial señor José L. López Lara, se refrenda con la afirmación que hace el Ministerio de Obras Públicas a los fls. 45 del C. 3º, respecto a que dicho señor López desempeñaba el cargo de Inspector Fluvial de Puerto Salgar el 16 de julio de 1939.

"Y se dice por el Tribunal que esta certificación es de más fuerza probatoria, porque proc de de autoridad cuyas funciones están direct mente relacionadas con todo lo concerniente a r visión de las embarcaciones, permisos para nav gar, matrículas y patentes. Además, se trata d una información oficial que reviste más imparcia lidad si se considera que al Inspector Fluvial n le guiaba otro propósito que contribuír al escla recimiento de la verdad sobre los hechos ocurridos el 16 de julio de 1939.

"La Inspección Fluvial niega que la lancha llevara equipo de salvamento, afirmación que respalda en la inspección ocular que hizo a la lancha, cuestión ésta que no deja duda acerca de la falta de equipo de salvamento necesario para la seguridad de los pasajeros que iban a bordo de la lancha.

"No se oculta al Tribunal que si la lancha hubiera estado provista de canaletes y salvavidas, de un piloto experto en el manejo de esta clase de vehículos, más precavido y más práctico en prever las consecuencias que podían resultar de la apagada del motor, se hubiera evitado posiblemente la muerte de Sor Luisa Guevara, es decir, si se la provee de un salvavidas, o si el conductor de la lancha usa las anclas y salva el peligro que lo amenazaba.

"Las declaraciones del Capitán Jacinto E. Márquez y Lorenzo Ezchell confirman el hecho de la falta de equipo de salvamento y dan más fuerza al Tribunal para creer que la falta de esos elementos influyó notablemente para que las hermanas Vicentinas que iban de pasajeros fueran víctimas de ese naufragio".

Conforme al artículo 1º de la ley 95 de 1890, se llama caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir. Son, pues, requisitos del caso fortuito: que no se pueda prever, porque si se puede prever y por ello evitarse el daño, desplegando prudencia, no existe. Si no se puede prever pero sí resistir, obrando con cierta diligencia, tampoco existe.

La Sala de Casación, en sentencia de 26 de mayo de 1936, sentó esta doctrina estrictamente jurídica, que la Sala de Negocios Generales de la Corte reafirma:

"Prever, que en el lenguaje usual significa ver con anticipación, tiene, en tecnología culposa, la acepción de conocer lo que vendrá y precaverse de sus consecuencias, o sea prevenir el riesgo, daño o peligro, guardarse de él y evitarlo. De ahí

ue cuando una persona, jurídica o natural, no vita el daño evitable, se dice que no previó o revino, lo cual inhibe para alegarlo como causa e liberación, pues entonces la culpa precede y ontribuye a su advenimiento.

"La persona no ha empleado toda la diligencia y pericia necesaria para evitar los efectos de la fuerza irresistible. Si no se previno el accidente, pero se puede resistir no habrá caso fortuito. Ejemplo: cualquier fuerza física o moral a que no puede resistirse, pero que puede evitarse en sus consecuencias".

"De conformidad a lo relatado y expuesto, la Nación no puede alegar ni la imprevisión ni la irresistibilidad en el caso de autos.

Perjuicios

La realidad de los perjuicios es el basamento lógico e indispensable de la indemnización, hasta el punto de que si ellos no se comprueban en su existencia, al menos, resultaría inútil averiguar las otras condiciones que la acción indemnizatoria reclama.

Tales perjuicios no los presume la ley, pero su extensión y cuantía sí pueden demostrarse, al ejecutarse el fallo, según lo prescribe el artículo 553 del Código Judicial.

Por lo que toca a los perjuicios morales subjetivos, se puede decir que ellos deben ser ciertos y personales y que consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas. Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente.

Su demostración, como en el **sub-lité,** puede aceptarse por medio de una presunción simple, fundada en los vínculos familiares, acreditados plenamente. La presunción, en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del C. Judicial.

La regulación del **pretium doloris,** en una cifra numérica, está subordinada a la pauta que se traza en el artículo 95 del Código Penal, según lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema por medio de sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales.

En el fallo que se revisa se condenó a pagar, por este concepto, la suma de mil pesos. Como los actores no apelaron, no es posible, en este punto, hacer reforma alguna en perjuicio de la Nación que sí interpuso recurso de alzada.

En relación con los perjuicios morales objetivados, ha de observarse que las consecuencias de un accidente pueden producir un sentimiento o complejo de inferioridad, un decaimiento o perturbación psicológica, que, al modificar el estado cenestésico, ocasionan una disminución en el entusiasmo, la serenidad, la constancia, el equilibrio anímico o la actividad para el trabajo, factores cuya influencia es importante en la producción de riqueza.

Ya la Sala de Negocios Generales, en providencia de 28 de octubre de 1942, hizo el análisis de esta cuestión en los siguientes términos:

"Algunas veces ese daño moral permanece en el orden subjetivo, lesionando o quebrantando aquellos intereses morales. En otros casos la lesión llega a materializarse, por sus manifestaciones exteriores. Esa objetivación del daño moral en cuanto puede hacerse para darle realidad procesal jurídica, constituye daño moral y no material, porque el perjuicio moral se forma con la afectación de los intereses no económicos ya enumerados, aunque la lesión tenga manifestaciones objetivas. De acuerdo con este principio, es daño moral objetivo la enfermedad proveniente de un ataque al sentimiento de afección y la depresión psíquica, con el mismo origen, que produce inhibición para el trabajo, y que consecuencialmente se refleja en el patrimonio material" (Tomo 54 bis, **Gaceta Judicial,** página 375).

No hay en los hechos del libelo ni en las pruebas que obran en el proceso, demostración alguna de la existencia real de estas repercusiones de la pena íntima, en la forma indicada por la doctrina jurisprudencial.

Por tanto la condenación **in-genere,** no es factible en tales circunstancias.

En lo que respecta a perjuicios materiales habrá de decirse que no los constituye la vida en sí misma, sino los resultados de orden patrimonial que se derivan de su eliminación o su quebranto. Sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que, por la sola muerte de una persona, sus familiares eran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de la de un animal o de cualquier cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos en

que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tántas mercancías.

Con todo, la desaparición de una persona puede causar perjuicios materiales, comprendidos en el daño emergente y el lucro cesante con relación a quienes se ven privados de la ayuda económica que les proporcionaba la víctima de un siniestro.

Dice el señor Procurador Delegado en lo Civil:

"A este respecto el H. Tribunal confunde de manera inadmisible el daño material con el daño moral objetivado. Dice la sentencia en referencia: 'No acontece lo mismo respecto al daño moral objetivado, basado en la ayuda económica que Sor Luisa Guevara pudiera prestar a sus padres durante su vida y con el producto de su esfuerzo' (fs. 27, Cuaderno Nº 4).

"Esa ayuda económica sólo podría dar cabida a un daño material, pero jamás a un daño moral objetivado. La existencia misma del daño material consistente en esa posible ayuda, o en gastos que los padres hubieran tenido que hacer, no se acreditó en los autos.

"Tanto el demandante como el H. Tribunal dan gran importancia al hecho de que la Hermana Vicentina hubiera podido ayudar económicamente a sus padres, pero ambos olvidan que el interés de hecho, en el caso de autos, no reside en esa posibilidad sino en saber si la difunta Hermana Sor Luisa Guevara ayudaba efectivamente a sus padres y con qué suma les ayudaba. Lo demás son hipótesis que no constituyen la certidumbre del daño".

El perjuicio material se presenta en el libelo en los hechos marcados con las letras c, p, q, r, s, y en ellos se pone de resalto que a la Hermana Luisa sólo le faltaban ocho meses para cumplir sus votos y salir de la Comunidad; que era de esmerada cultura y dotada de tenaz dinamismo; que como enfermera de la Base Aérea "Germán Olano" devengaba sueldo mensual, y que conforme a las reglas de la comunidad religiosa a que pertenecía podía auxiliar a su familia, pecuniariamente, si ésta lo necesitaba.

Al respecto, en el cuaderno 3, aparece el testimonio del señor Benjamín Patiño, quien se expresó así:

"Nada he afirmado sobre los perjuicios patrimoniales que pudieran sufrir los padres con la muerte de Sor Luisa. Me he limitado a afirmar que de ser ésta una buena hija, podría haberles ayudado en su vejez".

El señor Carlos Tobón, declaró así:

"Sé por referencias que la citada Hermanita Sor Luisa tenía la intención de retirarse de la comunidad Vicentina, cuando cumpliera sus votos, para ayudar pecuniariamente a su familia en su servicio de enfermera, retiro que podía hacer, toda vez que en dicha comunidad no existen votos perpetuos". "Opino que la familia Guevara, especialmente sus padres, necesitan del apoyo económico de sus hijos, pero éste no es del todo indispensable, ya que los citados Guevaras —los esposos— tienen una regular solvencia económica".

Los declarantes Dr. Luis A. Toro, Maximiliano Restrepo y Eustaquio Duque nada dijeron concretamente sobre la ayuda económica en cuestión.

Tales testimonios no constituyen la prueba completa requerida, de acuerdo con los artículos 697 y 698 del Código Judicial.

Dice el Tribunal **a-quo:**

"Esta ayuda la alega el demandante en su demanda, pero no logró establecer satisfactoriamente la forma o manera como ese apoyo se prestaba y su cuantía".

Así las cosas, no era procedente condenar en abstracto y ordenar la regulación en el incidente que señala el artículo 553 del Código Judicial.

El perjuicio puede ser actual, cuando ha existido antes de la acción resarcitoria o al tiempo de iniciarse ésta. Puede ser futuro, cuando puede manifestarse con posterioridad al hecho culposo que lo causa. En ocasiones, esas derivaciones posteriores son lógica consecuencia del hecho aunque aparezcan después de él. Lo esencial es que ellas se presenten con certidumbre como una prolongación natural de cierto estado de cosas.

No debe confundirse el perjuicio futuro con el eventual: aquél, si es cierto, se repara, porque si no existe en la actualidad, con alguna probabilidad se supone que existirá algún día.

El perjuicio eventual, por el contrario, es hipotético, puesto que depende, por un lado, del hecho dañoso, y, por otro, de circunstancias que están en el terreno de una remota realización. Un perjuicio de tal naturaleza no presentaría base adecuada para una acción de indemnización.

El Tribunal **a-quo** no hace la distinción entre lo cierto y lo eventual, y establece confusión entre estas dos nociones.

Sor Luisa era enfermera oficial, inteligente, bien preparada y ganaba remuneración por su trabajo. Sin embargo, la ayuda económica futura de ella a sus padres dependía de varias eventua-

lades: que se retirara de la comunidad; que obviera ocupación como enfermera; que ganara lo uficiente para atender a sus necesidades personales y auxiliar a sus padres. Todo esto es inierto, por lo cual la Sala considera que se trata e perjuicios materiales eventuales, inaptos para undamentar una acción resarcitoria.

En la segunda instancia el doctor Castor Jamillo Arrubla, como apoderado de los actores, presentó varios declarantes de los cuales Cesáreo Pineda, José Vicente Pérez, José María Arcila y Antonio Riveros se refieren, aunque vagamente, a gastos a que se vieron obligados los damnificados y aluden a un viaje que éstos hicieron al lugar de la tragedia. Ninguno de los declarantes mencionados rindió su testimonio en la forma que indica el artículo 688 del C. Judicial, pues de sus exposiciones no se deduce la manera como tuvieron conocimiento de lo que afirman.

Aparte de lo dicho, en la demanda no se consignó hecho alguno relativo a tales gastos, y al fallador no le es lícito decidir por hechos no invocados en el libelo, aunque aparezcan después comprobados en el proceso.

Además de las anteriores razones, no hay que olvidar que los actores no apelaron, por lo cual no se podría reformar la sentencia en contra de la Nación apelante.

Y sin necesidad de más consideraciones, 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.—Confírmase el numeral 3º del fallo.

2º.—Confírmase el numeral 4º.

3º.—Revócanse los numerales 1º y 2º y en lugar de ellos se decide:

a) La Nación es civilmente responsable de los perjuicios morales subjetivos sufridos por los demandantes señores Julián o Julio Guevara y Tránsito Cárdenas con la muerte de su hija legítima María del Carmen o Sor Luisa Guevara, ocurrida en las circunstancias de que dá cuenta la parte motiva de esta sentencia.

b) Absuélvese a la Nación de todos los perjuicios morales objetivados y de los materiales, que se han reclamado en la demanda.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ramón Miranda—Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada — Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INSTRUMENTOS PAGADEROS A LA ORDEN.—CESION DE CREDITOS.

1.—Para que un instrumento sea pagadero A LA ORDEN debe expedirse, de conformidad con el artículo 5º de la ley 46 de 1923, "a la orden de una persona determinada o á esta persona o a su orden", según el artículo 12 de la misma ley.

2.—De conformidad con el artículo 33 de la ley 87 de 1887 para que la cesión de un crédito se realice es necesario, además de entregar el título, la anotación del traspaso del derecho con la designación del cesionario; y para que produzca efectos contra el deudor y contra terceros, la notificación hecha por el cesionario al deudor y la aceptación de éste. (Artículos 1960 y 1961 C. C.).

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, septiembre treinta de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Departamento del Magdalena fue demandado por José Escorcia Montalvo, en la vía ordinaria, ante el Tribunal Superior de Santa Marta, para que se le condene a pagar al demandante lo siguiente:

"a) La suma de ciento tres pesos ($ 103.00) m.|l. a que se refiere la cuenta que acompaño a la presente; y

b) Los perjuicios materiales que se me han causado por la no cancelación de la cuenta que adjunto, los cuales estimo en un veinte por ciento (20%) mensual, o lo que se aprecie por peritos, a partir desde la fecha que dicha cuenta se hizo exigible".

Fundamentó su demanda en los siguientes hechos principales:

"1º La administración Departamental, se deduce, contrató con Ramón S. Montúfar, la construcción de la escuela de Dubilla o de algunos trabajos de construcción y acabado en dicha escuela, seguramente en el año de 1940;

"2º Con fecha 5 de septiembre de 1940, el Departamento, por medio de sus agentes autorizados, los señores Manuel Julián de Mier, Secretario de Industrias y Fomento; Julio Sarmiento, Ingeniero Jefe del Departamento y Carlos Adolfo Urueta, Secretario de Educación Nacional del Magdalena, giró o autorizó la adjunta cuenta u orden de pago o documento público de crédito contra el Departamento, a favor de Ramón S. Montúfar, por ciento tres pesos ($ 103.00) m.|l.

3º La leyenda de contabilidad o de cargo contra la mencionada cuenta, dice: 'El Tesoro del Departamento a Ramón S. Montúfar DEBE. La suma de ciento tres pesos moneda legal XXX... Valor del saldo del segundo contado de la construcción de la escuela de Dubilla, Municipio de Riohacha, por haber terminado obras por ese valor, a saber: pisos, sardineles, excusados, luces, verjas, pañetes, blanquimentos, pintura, armaduras, etc., la suma de $ 103.00'.

"4º Como digo, tal cuenta está firmada por los tres funcionarios del Departamento (sic), señores de Mier, Sarmiento y Urueta, y tiene todos los requisitos externos de su validez;

"5º La cuenta en referencia fue entregada al acreedor.

"6º No habiéndole sido pagada la cuenta a Montúfar, éste, con pretexto de que tenía que ausentarse, la ofreció en venta, entre otros, a mí, y yo se la compré el día 15 de septiembre de 1940; o sea diez días después de expedida y entregada la cuenta al acreedor;

"7º Al tratar de hacer efectiva la cuenta, se me informó en la Secretaría de Industrias y Fomento, lo mismo que en la oficina el ingeniero jefe del Departamento, que la cuenta no se podía pagar, porque una comisión de vecinos de orden de la Gobernación había informado que Montúfar no había hecho los trabajos que se expresaban en la razón de la cuenta;

"8º Siendo esto así, los funcionarios que autorizaron la cuenta procedieron de manera descuidada y culpable, siendo sorprendidos, o procedieron sin control oficial que es lo mismo;

"9º La cuenta a favor de Montúfar estuvo en la calle, en manos de éste, diez días, sin que los giradores ni la policía hicieran comparecer al tenedor, para que devolviera ese instrumento de cobro contra el Tesoro.

10. Durante ese tiempo, yo adquirí la cuenta, merced a la garantía que me ofrecía la forma externa de la cuenta, no menos que las firmas de los funcionarios que la autorizaron como tales:

"11. Con estos hechos se me han causado perjuicios materiales los cuales esti- (sic) según la parte petitoria de este libelo en un veinte por ciento, o lo que se aprecie por peritos.

"12. Cuentas de esta naturaleza se acostumbra traspasarlas y adquirirlas, por la confianza que inspira la calidad del deudor".

El Tribunal, en sentencia que fue apelada, declaró probada la excepción perentoria de carencia de acción en el demandante Escorcia Montalvo, y en consecuencia, absolvió al Departamento del Magdalena de los cargos de la demanda.

El fallo del Tribunal, que la Corte estudia ahora por la apelación que contra él se interpuso, considera que el documento que sirve de base para esta acción puede utilizarse para que el señor Ramón Montúfar obtenga de la Oficina de Hacienda respectiva la correspondiente orden de pago, pero estima que no puede ser presentado por otra persona en nombre propio sino en nombre y representación de Montúfar "ni tampoco persona alguna que no fuera el dueño de la cuenta podría comparecer ante la justicia a que le reconociese el derecho sobre este crédito, sino en la forma establecida en el capítulo 2º, título 4º, libro 2º del C. J., sobre representación por otro, o en la forma a que se refieren los artículos 1960 y 1961 del C. C. en relación con el artículo 33 de la ley 57 de 1887, sobre cesación (sic) de créditos, es decir, notificando el traspaso el cesionario al deudor, y haciéndolo constar en el mismo título con la firma del cedente y la designación del cesionario". Agrega el fallo que si se tratara de una letra de cambio, pagaré a la orden, libranza, acciones al portador, cupones y otras que reunen las condiciones de instrumentos negociables de que habla el artículo 5º de la ley 46 de 1923, sería suficiente la entrega del instrumento, cuando éste es al portador, o el endoso y la entrega, si es a la orden para constituír al cesionario en deudor de él. Todas estas consideraciones y otras análogas llevaron al Tribunal a la convicción de que Escorcia Montalvo no es cesionario del Crédito que trata de cobrarse en esta demanda, ni puede demandar a nombre del acreedor Montúfar, y por tanto, llegó a la conclusión de que el primero carece de personería sustantiva y adjetiva para actuar en el juicio.

Es evidente, como lo anota el Tribunal, que la cuenta de cobro que figura en los autos, y que ha sido transcrita en lo sustancial en los hechos de la demanda, no es un instrumento negociable al tenor de lo previsto en el artículo 5º de la ley 46 de 1923. Se trata de un crédito reconocido a cargo del Departamento por el Secretario de Industrias y Fomento y ordenado pagar por el ingeniero jefe del mismo; pero para que pueda catalogarse como instrumento negociable há de llenar los requisitos exigidos por el artículo 5º de la ley 46 de 1923 que dispone: "1º Debe constar por escrito y estar firmado por el que lo extiende o gira; 2º Debe contener una promesa incondicional o una orden de pagar una suma determinada de dinero; 3º Debe ser pagadero a su presentación, o a un tiempo futuro, fijo o determinado; 4º Debe ser pagadero a la orden o al portador, y 5º...": y claramente puede apreciarse que la cuenta de cobro u orden de pago presentada por Escorcia Fontalvo no está expedida a la "orden o al portador" para llenar la exigencia del numeral 4º del artículo que acaba de transcribirse; pues para que un instrumento sea pagadero a **la orden** debe expedirse **"a la orden de una persona determinada o a esta persona o a su orden"** según el artículo 12 de la misma ley, y se observa también que no es pagadero al portador pues para ello es necesario que se exprese así en el instrumento; o que deba pagarse a una persona determinada o al portador; o que sea pagadero a la orden de una persona supuesta o que no existe, y este hecho sea conocido de la persona que hace pagadero el instrumento en esa forma; o que el nombre del beneficiario no corresponda a persona alguna, o, finalmente, cuando el único o último endoso es en blanco (artículo 12).

Al no poderse catalogar el documento que ha servido para entablar esta acción como negociable por no haber sido expedido "a la orden o al portador", y por no ser pagadero al portador ha de considerarse el crédito como una obligación cuyo traspaso y enajenación debe regirse según las disposiciones del título 25 del libro IV del Código Civil.

El artículo 33 de la ley 87 de 1887, que subrogó

el 1959 del Código Civil, dispone que la cesión de un crédito a cualquier título que se haga no tendrá efecto entre el cedente y el cesionario sino en virtud de la entrega del título, o del otorgamiento de un documento cuando éste no exista; y los artículos 1960 y 1961 del Código Civil agregan que la cesión no produce efectos contra el deudor ni contra terceros mientras no ha sido notificada por el cesionario al deudor y aceptada por éste, y que esta notificación debe hacerse con la exhibición del título, que llevará anotado el traspaso del derecho con la designación del cesionario y bajo la firma del cedente.

Resulta de lo. anterior que para que la cesión de un crédito se realice es necesario, además de entregar el título, la anotación del traspaso del derecho con la designación del cesionario; y para que produzca efectos contra el deudor y contra terceros, la notificación hecha por el cesionario al deudor y la aceptación de éste.

En el título a que se ha venido refiriendo la Sala se encuentra una nota concebida en los siguientes términos: "Señor Tesorero: sírvase librar el cheque a favor del señor José Escorcia Fontalvo. Santa Marta, septiembre 15 de 1940. (Firmado), Ramón S. Montúfar". Ninguna constancia relativa a la notificación que debe hacerse al deudor para que se produzcan efectos contra él o contra terceros aparece en los autos, ni la aceptación del deudor.

No se detiene la Sala a examinar a qué efectos se refiere la ley cuando exige la notificación al deudor, ni si ellos pueden producirse en el presente caso, porque no encuentra demostrado que se haya realizado la cesión. En efecto, la nota que deja transcrita sólo puede interpretarse como una autorización que el señor Ramón S. Montúfar confiere al Tesorero Departamental para que gire el cheque de la cuenta que se quiere cobrar, a favor de José Escorcia Montalvo, pero en ningún caso puede considerarse la autorización para recibir como un traspaso del derecho sobre el crédito.

No estando demostrada la cesión del crédito, debe concluírse que es jurídica la providencia dictada por el Tribunal y que ha subido en apelación a la Corte, en la que se niega personería sustantiva y adjetiva al señor Escorcia Fontalvo para ser actor en este asunto. Y debe advertirse además que así como el poder conferido por el acreedor (artículo 1640 del C. C.) no lo faculta por sí solo para recibir el pago de la deuda, tampoco la autorización para recibir puede considerarse como un poder para demandar o como un acto de cesión que produzca todos los efectos de este fenómeno jurídico.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia apelada.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Ramón Miranda—Germán Alvarado C.—Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO, A FAVOR DE LA NACION, DEL SUBSUELO PETROLIFERO DE LA FINCA DENOMINADA "PADILLA", EN JURISDICCION DEL MUNICIPIO DE HONDA. — DIFERENCIA ENTRE LA PRESCRIPCION Y LA CADUCIDAD. — INTERPRETACION DEL ART. 7º DE LA LEY 160 DE 1936, INCISOS 1º Y 7º

1.—La recta interpretación del artículo 7º de la ley 160 de 1936, que modificó algunas disposiciones de la 37 de 1931 y estableció otras sobre petróleos, es la de que el plazo de dos años en aquella disposición señalado para el ejercicio de las acciones que competen a la Nación o al avisante de los petróleos, en sus respectivos casos y según la decisión favorable o adversa que recaiga en el juicio sumario, deberá contarse desde la ejecutoria de la sentencia de la Corte, conforme lo expresa la última parte de la disposición, y no desde la fecha del fallo como quedó establecido en el primer inciso de la misma.

2.—Al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio, se admite desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por parte de los tribunales de justicia, el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir —es verdad— los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica. En otras palabras, y de acuerdo con esta concepción, la prescripción civil no viene a ser único medio —sino simplemente uno de los medios jurídicos — de extinguir las acciones por el transcurso del tiempo. Si la caducidad—según la definición de los expertos— es la extinción del derecho o la acción por cualquier causa —como el transcurso del tiempo— muy claro resulta su diferencia sustancial con la prescripción extintiva o liberatoria, pues ésta, al menos dentro del lenguaje de nuestro Código Civil, sólo admite como causa para producirse cierto lapso de tiempo durante el cual no hayan sido ejercitadas las acciones por el interesado. (Artículo 2535). La caducidad es toda extinción; en tanto que la prescripción liberatoria únicamente puede sobrevenir por el transcurso del tiempo; de donde se sigue que no es prescripción tampoco la caducidad que se produce por el simple hecho de transcurrir el término preestablecido para el ejercicio de la acción civil, aunque por este aspecto pueda admitirse que tengan caracteres comunes y que, por ende, exista entre ellas cierta analogía. Las líneas generales de diferenciación entre los dos medios de extinguir las acciones y derechos según la concepción de los técnicos y el desenvolvimiento del Código Civil y de las normas generales contenidas en otras leyes, son estas:

A) Aunque excepción de naturaleza perentoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 253 C. C. y 343 C. J.). Es, por consiguiente, un medio de defensa al alcance de la parte demandada, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal, o sea una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino OPE EXCEPTIONIS. Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo se oyera al promotor de la una o del otro. Aparecen como ejemplos de estas caducidades los términos señalados en el Código de Procedimiento para el cumplimiento de ciertos actos, la interposición de recursos, etc., los cuales no pueden producir resultado de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista,

pues de otro modo se surte con respecto a ellos un efecto preclusivo. En este sentido la caducidad opera IPSO JURE, vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida.

B) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil. La caducidad no lo es nunca, lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en ésta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico.

C) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves —las señaladas en los artículos 2542 y 2543— corren contra toda clase de personas y no son, por tanto, susceptibles de suspensión. Pero tal circunstancia no altera ni disminuye la diferencia apuntada, puesto que los plazos de caducidad no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable. La interrupción de la prescripción impide que ésta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción. Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto —la presentación de la demanda dentro del término preestablecido— es el ejercicio mismó de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo.

D) La prescripción corre o empieza a contarse desde que "la obligación se hace exigible", lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir. (Artículo 2533, inciso 2º). La caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Ramón Miranda)

Antecedentes

Por medio de sentencia de la Corte Suprema de Justicia, proferida por la Sala de Negocios Generales el primero de diciembre de 1939, se puso fin al juicio sumario sobre propiedad privada del subsuelo correspondiente a la finca "Padilla", de la jurisdicción del Municipio de Honda, Departamento del Tolima, en forma favorable a los intereses del avisante para la exploración con taladro, que lo fue la "Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A." en ejercicio del contrato celebrado con esta Sociedad por Evaristo Hernández y Mercedes Hincapié de Hernández, propietarios del terreno en cuyo subsuelo se encuentran los hidrocarburos objeto del aviso.

Con la debida autorización del Gobierno Nacional, según aparece de la Resolución Ejecutiva número 365 de 24 de octubre de 1941, el señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué presentó el día 29 de los mismos mes y año la acción ordinaria establecida en el artículo 7º de la Ley 160 de 1936 en la cual señaló como demandados a Evaristo Hernández, su legítima mujer Mercedes Hincapié de Hernández y a la "Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A."

En la demanda se solicitan los siguientes pronunciamientos:

"**Primero.**—Que se declare que son de propiedad de la Nación los yacimientos de petróleo que se encuentran o pueden encontrarse en la finca denominada 'Padilla', excluídos de ésta los lotes que se determinarán más adelante, ubicada en el Municipio de Honda, Departamento del Tolima, cuyos linderos generales son: 'Desde la cabecera del Charco de Los Colos, línea recta al barranco de la quebrada de 'Padilla', por la línea más corta que media entre el primer punto y dicho barranco; quebrada de 'Padilla' arriba hasta tocar con el estribo del cerro denominado 'Penagos' que queda a la derecha de la quebrada, siguiendo su curso para arriba por toda la cuchilla o cima del cerro hasta dar con el lindero de La Ceiba

por donde una cerca de piedra divide este terreno del de 'Padilla'; siguiendo por la cerca de piedra hacia el sur, hasta donde el camino que va de Honda a Mariquita atraviesa la quebrada de 'Padilla'; continuando en la misma dirección el lindero hacia el Sur, hasta dar con la cima del cerro del Caimital; por toda la cuchilla de dicho cerro, hasta el paso o boquerón del Caimital, y descendiendo a la zanja de Calunga; zanja abajo hasta el charco de Los Coles, y éste arriba hasta la cabecera del charco dicho primer lindero'.

"Como atrás se dijo, de la finca así alinderada excluyo para los efectos de esta demanda, los lotes vendidos con anterioridad al contrato de exploración y explotación de petróleos celebrado entre los señores Evaristo Hernández y su esposa doña Mercedes Hincapié de Hernández, y la Compañía de Petróleos Shell de Colombia que consta en las escrituras públicas números 497 de 6 de septiembre de 1937 y 135 de 9 de marzo de 1938, de la Notaría de Honda, lotes que en seguida se especifican....."

En seguida se relacionan los lotes excluídos de la petición anterior, y se dan para ello las siguientes razones:

"La exclusión de estos lotes se hace, no porque la Nación considere que sus actuales dueños o poseedores tengan títulos que los amparen en el dominio del subsuelo petrolífero, sino porque en el fallo de la Corte Suprema de Justicia de que se hablará más adelante ellos quedaron excluídos en cuanto al reconocimiento que en él se hizo de la propiedad privada del petróleo.

"**Segundo.**—Que, en consecuencia, los demandados deben abstenerse de efectuar exploraciones con perforación en los terrenos a que se refiere la petición precedente, así también como de explotar el petróleo que en ellos exista".

Los hechos fundamentales de la acción fueron los contenidos en el siguiente resumen:

1º El 29 de septiembre de 1938 la Sociedad Anónima del domicilio de Bogotá —Compañía de Petróleos Shell de Colombia— avisó al Ministerio de la Economía Nacional que en desarrollo del contrato celebrado por las escrituras públicas 497, de 6 de septiembre de 1937 y 135 de 9 de marzo del año siguiente entre los esposos Hernández y la mencionada Compañía, iba ésta a efectuar trabajos de exploración con taladros, en busca de petróleos reputados como de propiedad particular en la finca "Padilla", cuya ubicación y linderos quedaron descritos atrás;

2º Cumplidos los trámites administrativos de rigor, el negocio fue resuelto en sentido favorable a las pretensiones de los avisantes en el juicio breve y sumario que se ventiló ante la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia y sobre el cual recayó el fallo del primero de diciembre de 1939. Con posterioridad a esta decisión y por virtud de los instrumentos públicos 465, del 3 de septiembre de 1940, extendido en la Notaría de Honda y 2906, del 29 del mismo mes, originario de la Notaría 4ª de Bogotá, los citados esposos Hernández pactaron con la mencionada Sociedad Shell una prórroga de tres años para el término de la opción concedida a aquélla por el documento escriturario 497, aludido anteriormente.

3º La Compañía avisante presentó como título de origen tendiente a demostrar que los terrenos de la finca "Padilla" habían efectivamente salido del dominio nacional con anterioridad al 28 de octubre de 1875 una copia de la escritura extendida el 18 de julio de 1800 en la Escribanía Pública de San Sebastián de Mariquita, por medio de la cual el señor Ignacio Antonio Ortiz dio en venta al señor Blas de Aranzázu unas tierras llamadas "La Picota", y la Corte en el referido fallo del primero de diciembre de 1939 "consideró equivocadamente que la escritura pública últimamente citada, por contener una venta de tierras celebrada entre particulares con anterioridad al año de 1821, constituía un verdadero "título emanado del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873", por virtud de lo dispuesto en la ley de 11 de octubre de 1821";

4º La misma Corte, en sentencia del 25 de octubre de 1940, y con motivo de una controversia sobre propiedad del subsuelo, tuvo ocasión de rectificar sus anteriores doctrinas expuestas en el fallo de primero de diciembre de 1939, "para sostener y demostrar cómo los documentos que dan cuenta de actos y contratos celebrados entre particulares, sobre tierras, con anterioridad a la vigencia de la ley de 11 de octubre de 1821, no constituyen el "título emanado del Estado" con que debe demostrarse la propiedad particular del subsuelo". De ahí que como consecuencia la escritura de julio de 1800 que sirvió de base equivocada a la decisión adoptada por la Corte en la fecha indicada (1º de diciembre de 1939) es un simple título traslaticio de dominio entre particu-

lares "que no tiene, que no puede tener la virtualidad de probar que las tierras que forman la finca llamada 'Padilla', hubieran salido del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873, fecha de la reserva del subsuelo";

5º Finalmente, y suponiendo que los documentos sobre actos y contratos concluídos entre particulares sobre tierras antes de que entrara a regir la ley de 11 de octubre de 1821 constituyeran verdaderos "títulos emanados del Estado" demostrativos de propiedad particular sobre el subsuelo, de todas maneras se tendría que la mencionada escritura (la otorgada el 18 de julio de 1800 en la Escribanía Pública de San Sebastián de Mariquita) "es ineficaz como prueba de que los terrenos alinderados en las peticiones de esta demanda, salieron del patrimonio nacional antes del 28 de octubre de 1873; ineficacia que proviene tanto de ser indeterminadas, como de ser indeterminables, las tierras a que se refirió la venta de que da cuenta esa escritura".

Con el lleno de las ritualidades propias de la primera instancia el Tribunal del conocimiento puso fin a la litis por sentencia del 21 de marzo de 1944, favorablemente a la Nación y de acuerdo con las súplicas de la demanda. No conformes con lo resuelto, los demandados interpusieron en tiempo oportuno el recurso de apelación, el cual le fue otorgado para ante esta Sala de la Corte, en la cual se han cumplido todas las formalidades procesales que la ley impone para esta clase de juicios.

Como ha llegado el momento de dictar el pronunciamiento definitivo, se procede a ello con base en las consideraciones de rigor.

La extinción de la acción

Materia de examen previo en el fallo de primera instancia fue lo relacionado con la excepción de prescripción extintiva propuesta por los demandados y negada por el Tribunal sentenciador.

Los hechos constituivos de la excepción perentoria invocada consisten en que, de acuerdo con las constancias procesales, la resolución de esta Sala que definió el juicio breve y sumario en favor de los avisantes para la exploración del subsuelo quedó ejecutoriada el 12 de diciembre de 1939, por lo que el término de dos años para promover la acción ordinaria prevista en la ley 160 de 1936 (artículo 7º) venció el día 12 del mismo mes en el año de 1941; y como el Fiscal del Tribunal Superior de Ibagué, a nombre del Estado colombiano introdujo la demanda ordinaria de que ahora se trata el 29 de octubre de este último año, habiéndose notificado a la Compañía de Petróleos Shell de Colombia el 19 de noviembre y a los otros demandados —Evaristo Hernández y Mercedes Hincapié de Hernández— el día 5 de enero de 1942, esta última notificación se surtió cuando habían transcurrido los dos años señalados en la ley para la prescripción de la acción.

El Tribunal aceptó tanto los hechos como los razonamientos de los demandados, pero se abstuvo de declarar probada la excepción en referencia, porque consideró que la prescripción quedó interrumpida por efecto de la notificación que se hizo en tiempo hábil a uno de los demandados —la Compañía de Petróleo Shell de Colombia— según la regla del artículo 2525 del Código Civil, de acuerdo con la cual "si la propiedad pertenece en común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto a una de ellas lo interrumpe también respecto a las otras". Esto, porque en concepto del Tribunal sentenciador existe sobre los bienes materia de la litis una comunidad entre los demandados, y de ahí que la notificación de la demanda hecha a la nombrada Compañía de Petróleos interrumpe necesariamente la prescripción respecto a las otras personas que forman la parte opositora en el juicio, los esposos Hernández.

Refuta esta tesis el señor representante judicial de los demandados alegando que al exponerla olvidó el Tribunal que la disposición en cita —artículo 2525— hace parte del Capítulo 2º, Título 41, del Libro IV C. Civil, que versa sobre la "prescripción con que se adquieren las cosas" y no del capítulo siguiente que reglamenta "la prescripción como medio de extinguir las acciones judiciales". Agrega, en síntesis, el excepcionante que resulta natural y es jurídico, que tratándose de la prescripción con que las cosas se adquieren todo lo que haga uno de los condueños en favor de la propiedad común, como interrumpir una prescripción, aproveche a los otros, pues existe una presunción de aceptación de lo hecho en su favor; en una palabra, que el mencionado artículo se refiere "a la interrupción de la prescripción extintiva del derecho de los propietarios, o sea a la prescripción por activa". Pero que no es legal interpretar tal norma en el sentido de que si hay

varios condueños "cuando se interrumpe una prescripción adquisitiva, es decir por pasiva, respecto de uno, esto perjudica a los otros porque ello equivaldría a desconocerles un derecho sin haberlos oído y vencido, y a dejar el mismo derecho a la voluntad de uno solo"; y porque además, no obra entonces presunción alguna de aceptación ya que se trata de algo que perjudica a los demás. Como fundamento complementario de sus puntos de vista invoca el artículo 2540 del mencionado Código, el cual expresa: "La interrupción que obra en favor de uno de varios coacreedores no aprovecha a los otros, ni lo que obra en perjuicio de varios deudores perjudica a los otros, a menos que haya solidaridad, y no se haya renunciado en los términos del artículo 1573"; y concluye diciendo que, como el fallo dejó de aplicar la transcrita disposición, las tesis del Tribunal caen por su base.

Replica a tales argumentos el señor Procurador Delegado en lo Civil manifestando que no importa cuál sea la colocación del citado artículo dentro de la ordenación del Código, porque se está frente a una misma relación jurídica, ya se trate de las disposiciones reguladoras de la prescripción adquisitiva de las cosas o la extintiva de las acciones, pues no se concibe la prescripción para adquirir el dominio sin que al propio tiempo se extinga la acción del antiguo dueño. "No se explicaría —dice— que mientras subsista la acción contra el prescribiente, ya éste haya adquirido el dominio, ni a la inversa, que cuando se haya adquirido por prescripción subsista la acción de dominio. De modo que lo que interrumpe la prescripción adquisitiva es precisamente lo que interrumpe la prescripción extintiva correspondiente, por lo dicho atrás: se trata de una sola relación jurídica".

Agrega en seguida que al haber dado la parte demandada como fundamento principal de la excepción propuesta el de que el hecho que interrumpe la prescripción es la notificación legal de la demanda conforme al artículo 2524 del Código Civil, implícitamente reconoce la validez de los argumentos expuestos por la Procuraduría, desde luego que el mencionado artículo se encuentra colocado precisamente en el capítulo que versa sobre la prescripción con que se adquieren las cosas, el cual reputa ahora el demandado como inaplicable; pero que el problema suscitado no tiene ocasión de ser ya que el Código desata la dificultad al instituír en el artículo 2538: "Toda acción por la cual se reclama un derecho se extingue por la prescripción adquisitiva del mismo derecho".

Remata la vista fiscal con el concepto de que en el artículo 2524 no se dice que la interrupción se efectúe con la notificación legal de la demanda; y que en cuanto al argumento final del demandado, nada tiene qué ver con el caso que se ventila el artículo 2540 del Código Civil, que gobierna exclusivamente lo relacionado con la prescripción de créditos.

Como se desprende de lo que queda expuesto, la controversia entre las partes se ha trabado en este grado del juicio alrededor de la procedencia y juridicidad de la resolución del Tribunal **a quo** en cuanto dio por interrumpida la prescripción de la acción por el hecho de haber sido notificada oportunamente la demanda a una de las personas que conforman la parte opositora, siendo así que según se afirma entre éstas existe el vínculo de la copropiedad en los bienes objeto del pleito. Es decir, que se trata de saber la eficacia legal que tenga o pueda tener la aplicación hecha por el Tribunal del artículo 2525 del Código Civil cuyo texto enseña que si el dominio es común a varias personas, todo lo que interrumpe la prescripción respecto a una de ellas lo interrumpe también respecto a las demás.

Mas, por lo que adelante se verá, para la Sala falladora carece de interés desatar la dificultad en la forma en que las partes la presentan, es decir, comenzando por determinar los efectos y las consecuencias de la notificación oportuna a una sola de las personas demandadas —la Sociedad de Petróleos Shell de Colombia— sin que previamente se examine si aquella notificación era legalmente necesaria como acto constitutivo de interrupción de la prescripción alegada.

La Ley 160 de 1936, que modificó algunas disposiciones de la 37 de 1931 y estableció otras sobre petróleos, ordena en el inciso 1º del artículo 7º que si el fallo en el juicio sumario fuere adverso a la Nación y el Gobierno insistiere en estimar que el petróleo es de ella, deberá dar las autorizaciones o instrucciones necesarias al agente del Ministerio Público o constituír apoderados que promuevan a su nombre las acciones competentes, **"las que no podrán iniciarse después de transcurridos dos años de la fecha en que fuere proferido el fallo en el juicio sumario".** Y en el inciso final de dicho artículo dispuso que las acciones

consagradas por el derecho común, en relación con los terrenos a que se refieran las resoluciones del Ministerio así como las sentencias de la Corte Suprema de Justicia en los juicios breves y sumarios, en los casos previstos en la ley, **"sólo podrán intentarse dentro de los dos años siguientes a la fecha de su ejecutoria o del registro en el Ministerio".**

La recta interpretación de los indicados textos es la de que el plazo de dos años en ellos señalados para el ejercicio de las acciones que competen a la Nación o al avisante de los petróleos, en sus respectivos casos y según la decisión favorable o adversa que recaiga en el juicio sumario, deberá contarse desde la ejecutoria de la sentencia de la Corte, conforme lo expresa la última parte de la disposición, y no desde la fecha del fallo como quedó establecido en el primer inciso de la misma. Así es necesario entenderlo, porque siendo distintas las fechas de expedición de una sentencia judicial y la de su ejecutoria, es la última la que debe prevalecer para los efectos indicados en la norma que se comenta, pues es la que da mayores seguridades de certeza y la que mejor se conforma con los usos procesales. En efecto, después de expedida la sentencia debe sobrevenir, por mandato mismo de las leyes de enjuiciamiento civil toda una serie de actos rituales como son la publicación, la notificación a las partes y los términos de ejecutoria, si no ha mediado solicitud de aclaración; y solamente cuando estas solemnidades se han cumplido la decisión alcanza la debida firmeza y adquiere el carácter de ejecutoriada (artículos 468, 473 y 482 del Código de Procedimiento Civil).

La Sala Plena de la Corte, en la resolución de inexequibilidad proferida contra el artículo 2º del Decreto número 756 de 1942 se pronunció sobre este mismo tema en la forma siguiente:

"No cabe duda que los dos años a que se refiere la ley, han de contarse, si se trata de resoluciones, desde su registro en el Ministerio y si de sentencias de la Corte, en juicios breves y sumarios, desde su ejecutoria. Esta interpretación es la correcta, porque las sentencias de la Corte no tienen por qué registrarse en el Ministerio de Minas y Petróleos para su eficacia; no así las resoluciones del Ministerio. En los incisos anteriores, el plazo de dos años para establecer las respectivas acciones se cuenta a partir de la fecha de la sentencia; pero ha de aplicarse el último inciso citado de esta ley, que es posterior, porque es la jurídica, siendo así que para su cabal cumplimiento e imperio, en lo general una sentencia ha de estar ejecutoriada". (G. J. Tomo LVII, números 2010 a 2014, pág. 318 y 319).

Aclarado este extremo importante del problema no hay dificultad ninguna en señalar, conforme a los datos que el expediente arroja, el 12 de diciembre de 1939 como fecha de partida para contar el bienio dentro del cual debió la Nación iniciar la acción de dominio, en su calidad de parte vencida en el procedimiento breve y sumario adelantado ante la Corte. Por lo demás, dicha fecha no ha sido discutida a propósito de la controversia suscitada con motivo de la excepción de prescripción extintiva que el inferior declaró no probada, como tampoco lo ha sido la de la presentación de la demanda el día 29 de octubre del año de 1941 y, por consiguiente, el hecho de que ésta se introdujo dentro del término de dos años señalado en el estatuto legal del petróleo debe tenerse como cierto.

Ahora se ocupará la Corte en examinar el contenido jurídico de la citada Ley 160 en su artículo 7º desde el punto de vista de las regulaciones que ofrece en relación con el ejercicio de las acciones allí consagradas y de los plazos que señala para intentarlas por la vía ordinaria.

Sobre el particular, el primer miembro del artículo contiene una prohibición a la parte vencida en el juicio sumario: la de que no podrá iniciar la acción competente después de transcurridos dos años a partir del fallo con que aquél concluye; y la cláusula final, por el contrario, expresa la facultad de ejercer dicha acción, pero sólo dentro del bienio siguiente a la fecha de su ejecutoria. Pero, no obstante la diferencia de expresión entre los dos miembros del indicado artículo 7º —negativa o prohibitiva la primera y positiva la última— concurren ambas a realizar una misma y única construcción legal; la de señalar y prescribir un término para el ejercicio de las acciones judiciales correspondientes. La literalidad del texto no es obstáculo, pues, por este aspecto para la exégesis de la norma ni para fijar el alcance adecuado de su contenido jurídico.

Por el contrario, se relieva y afirma por medio de ella el criterio que orientó al legislador para proferirla: instituír un plazo perentorio dentro del cual puedan iniciarse válidamente las acciones de que se trata y más allá del cual se extingue o caduca el derecho a promoverlas.

La institución de esta clase de términos en la

ey ha sido abundantemente estudiada por los científicos como un sistema particular de exhibición de las acciones y derechos, independientemente de las regulaciones que el derecho común consagra por medio de la figura jurídica de la prescripción extintiva.

Refiriéndose al carácter del **plazo o término prefijado** dicen Planiol y Ripert en su Traité Elementaire de Droit Civil:

"Es necesario no confundir con las prescripciones los simples **términos** prefijados. La prescripción extingue una obligación: el término prefijado lo establece la ley para cumplir un acto determinado, que no puede ser realizado sino dentro de él, de suerte que en caso de retardo está prohibido llevarlo a cabo, y no puede realizarse útilmente el acto del cual depende la conservación del derecho o la protección de un interés. El plazo prefijado difiere, pues, de la prescripción por su objeto. Y también en que no es susceptible prolongarse **ni por causa de suspensión ni por acto alguno de interrupción;** el plazo prefijado corre contra todo el mundo y se cumple fatalmente a hora precisa".

También Josserand, en su conocida obra de Derecho Positivo Francés, dice en el Tomo 2º —Nº 1005— lo que en seguida se copia:

"Los **plazos prefijos** se rigen por un estatuto muy distinto de la prescripción:

1º.—No admiten suspensión ni interrupción; por definición se consideran preconstituídos y se cumplen en el día fijado aunque sea feriado (sentencia del Tribunal Romnes de 27 de diciembre de 1930), sin que su vencimiento pueda evitarse o diferirse aún por causa de fuerza mayor (Corte de Casación, sentencia de 28 de marzo de 1928). La regla latina **contra non valentem agere non currit prescriptio** es inaplicable en lo que a estos plazos concierne; 2º.—Con mayor razón estos plazos resultan inmodificables por la voluntad de los interesados, así se trate de hacerlo en un sentido o en otro; su reducción es tan inconcebible como su prórroga; 3º.—No pueden ser materia de convención antes de que se cumplan ni después de transcurridos pueden renunciarse; el plazo prefijado obra independientemente y aun contra la voluntad del beneficiario (Casación Civil, sentencia de 7 de mayo de 1923, etc.); 4º—El juez puede y debe declarar de oficio los plazos prefijos; la misma ley convida a respetarlos y a hacer que se respeten; ni siquiera se necesita que hayan sido opuestos por uno de los litigantes contra el otro; actúa de **pleno derecho;** 5º.—Una vez producida la caducidad del término el derecho se extingue, en forma absoluta; queda sin aplicación la regla que dice: **"quae temporalia sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendiem".**

Para el Código Civil colombiano la prescripción, además de un modo de adquirir las cosas ajenas lo es también "de extinguir las acciones o derechos ajenos por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo y concurriendo los demás requisitos legales".

Es la noción jurídica que de la prescripción extintiva trae el artículo 251, el cual la complementa expresando que "se prescribe una acción o derecho cuando se extingue por la prescripción".

Y, de otra parte, el artículo 2535 ibidem enseña que la prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones, tiempo que se cuenta "desde que la obligación se haya hecho exigible".

Resulta de esto que, como la prescripción es un modo de extinguir las acciones civiles por el transcurso del tiempo —según las palabras del Código— ha sido frecuente entender que toda extinción de acciones por esa causa se considera como un fenómeno de prescripción y le sean aplicables las reglas que a ésta gobiernan. Pero es obvio que existe aquí una confusión entre dos órdenes de instituciones jurídicas de características esenciales bien diferenciadas, como se ha puesto de relieve por la doctrina de los autores y las creaciones de la jurisprudencia. En efecto, al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio se admite desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por parte de los tribunales de justicia el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir —es verdad— los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica. En otras palabras, y de acuerdo con esta concepción, la prescripción civil no viene a ser el único medio —sino simplemente uno de los medios jurídicos— de extinguir las acciones por el transcurso del tiempo.

Si la caducidad —según definición de los expertos— es la extinción del derecho o la acción

por cualquier causa —como el transcurso del tiempo— muy claro resulta su diferencia substancial con la prescripción extintiva o liberatoria, pues ésta, al menos dentro del lenguaje de nuestro Código Civil, sólo admite como causa para producirse cierto lapso de tiempo durante el cual las acciones no hayan sido ejercidas por el interesado (artículo 2535 ib.). La caducidad es toda extinción; en tanto que la prescripción liberatoria únicamente puede sobrevenir por el transcurso del tiempo; de donde se sigue que no es prescripción tampoco la caducidad que se produce por el simple hecho de transcurrir el término preestablecido para el ejercicio de la acción civil, aunque por este aspecto pueda admitirse que tengan caracteres comunes, y que por ende, exista entre ellas cierta analogía.

Pero se comprenderá bien la diferencia teórica que media entre las dos instituciones si se observa el fundamento jurídico-filosófico que explica la prescripción, o sea el abandono, la negligencia en el titular del derecho o la acción, en una palabra, el ánimo real o presunto de no ejercerlos; en tanto que en la caducidad esa razón de índole subjetiva no se tiene en cuenta, pues basta para que el fenómeno se produzca el hecho objetivo de que en la ley o en un negocio jurídico dado se prefije un plazo —realización de un acto o ejercicio de la sección judicial— para que el interesado no pueda obrar útilmente si deja que transcurra sin haber hecho uso de él. (N. Coviello, "Doctrina General de Derecho Civil, págs. 520 a 523).

El mismo autor en la citada obra, a intento de precisar la diferencia material entre las dos instituciones, dice: "Es cierto que hay algunos actos que, siendo interruptivos de la prescripción, sirven para impedir la caducidad; pero esto sucede no en fuerza de la extensión analógica de las normas relativas a la prescripción, sino por la índole misma del acto, el cual, al poner en ejercicio el derecho, hace imposible la caducidad. Tal es, sin duda, la demanda judicial, cuando se trata de acciones cuyo ejercicio se halla sujeto a un término perentorio: es evidente que presentar en estos casos la demanda, no significa interrumpir el término de la caducidad, sino ejercitar el derecho mismo antes del vencimiento del plazo, y por lo mismo hacer imposible la caducidad. Además, es natural creer que la demanda judicial, para que pueda constituír el ejercicio efectivo de la acción, no debe ser nula por defecto de forma o por incompetencia del funcionario encargado de hacer la notificación y emplazamiento respectivos, ni debe verificarse la caducidad de la instancia, o ser objeto de renuncia posterior, o desecharse por razones diversas de la incompetencia del juez (artículo 2.126); porque teniéndose en tales casos como no hecha, no puede decirse que haya puesto en ejercicio la acción que debía ejercitarse en el término señalado".

Para mejor inteligencia de las tesis formuladas sobre esta materia conviene recoger las líneas generales de diferenciación entre los dos medios de extinguir los derechos y las acciones según la concepción de los técnicos y el desenvolvimiento positivo del Código Civil y de las normas particulares contenidas en otras leyes:

a) Aunque excepción de naturaleza perentoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 2.513 del C. C. y 343 del C. J.). Es, por consiguiente, un medio de defensa el alcance de la parte demandada, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal, o sea una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no tiene cabida sino **ope exceptionis.**

Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el Juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo, se oyera al promotor de la una o del otro. Aparecen como ejemplos de estas caducidades los términos señalados en el Código de Procedimiento para el cumplimiento de ciertos actos, la interposición de recursos, etc., los cuales no pueden producir resultado de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista, pues de otro modo se surte con respecto a ellos un efecto preclusivo. En este sentido la caducidad opera **ipso jure,** vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida.

b) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2.514 y 2.515 del Código Civil. La caducidad no lo es nunca, lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en esta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico.

c) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla

general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves —las señaladas en los artículos 2.542 y 2.543— corren contra toda clase de personas y no son, por tanto, susceptibles de suspensión. Pero tal circunstancia no altera ni disminuye la diferencia apuntada, puesto que los plazos de caducidad no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho o la acción se extingan de modo irrevocable. La interrupción de la prescripción impide que ésta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción.

Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto —la presentación de la demanda dentro del término preestablecido— es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo.

D) La prescripción corre o empieza a contarse desde que "la obligación se hace exigible", lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir. (Artículo 2535, inciso 2º).

La caducidad por el transcurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto.

A propósito de esto último la Corte, en sentencia de 4 de noviembre de 1930 (**Gaceta Judicial,** Tomo XXXVIII, pág. 424) ha expuesto con la mayor claridad su pensamiento al afirmar que la prescripción extintiva de acciones, salvo disposición especial que establezca para determinados casos lo contrario, no tiene cabida respecto de derechos que no revistan el carácter de obligaciones exigibles judicialmente".

La exacta coincidencia entre la doctrina de los autores y el régimen del Código Civil Colombiano sería fundamento suficiente para una adecuada decisión del negocio **sub lite** en lo que concierne al medio exceptivo propuesto. Pero como no siempre en las leyes particulares que prefijan términos para la realización de actos susceptibles de producir efectos jurídicos aparecen claramente los elementos de diferenciación que distinguen los dos fenómenos, en cada caso se hace necesario examinar la fórmula positiva que trata de aplicarse para determinar con certeza si debe regirse por los principios de la caducidad o por los que estructuran la prescripción extintiva o liberatoria, o si se encuentran reunidos bajo un mismo mandato legal en forma compleja uno y otro instituto. Ejemplo de esto último es la ley francesa de 1831 reformada por el decreto de 30 de octubre de 1935, la cual establece un término de cinco años para que los particulares puedan hacer efectivo del tesoro del Estado o de las secciones los créditos en su favor. La redacción de esta norma ha permitido que se le haya considerado por los expositores más autorizados de derecho administrativo al mismo tiempo como caducidad y como prescripción. Puede consultarse a este propósito a Appleton (Traité Elementaire de Contentieux Administratif, pág. 475). Waline (Manuel Elementaire de Droit Administratif, pág. 663), Houriou (Précis Elementaire de Droit Administratif, pág. 496), etc.

En vista de estas circunstancias y de la complejidad e interés que ofrece el planteamiento y la solución del problema no se conformará la Corte con las exposiciones doctrinales que anteceden para extraer de ellas sus lógicas consecuencias sino que en su obligación de pronunciarse sobre el contenido de la Ley 160 de 1936 y de la aplicación de su artículo 7º al caso de autos, examinará a continuación el texto mismo de la disposición para indagar la clase de ordenamiento jurídico que comporta y el sentido de sus regulaciones.

Usando este mismo método de interpretación en el estudio de la Ley 53 de 1909 pudo decir la Sala Civil de Unica Instancia que ella encarna un precepto especialísimo que no se rige por las disposiciones del Código Civil sino un término perentorio para promover las acciones comunes, una presunción de renuncia. Añade aquella jurisprudencia que el plazo judicial caduca por ministerio de la ley, mientras que la prescripción se suspende o interrumpe y que, por tanto, los seis meses de que habla el artículo 3º de esta ley es término de caducidad y no de prescripción. (G. J. números 1920 y 1921, pág. 792).

Desde luego, es también cierto que no en todas las ocasiones los pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte dan margen para fijar con nitidez la distinción material entre estos dos tipos de fenómenos. Precisamente en relación con el

precepto que nos ocupa (Ley 160 de 1936) no formuló con la debida propiedad aquella distinción, y más bien puede considerarse como que aparece aceptando —talvez por imperfección en el uso de los vocablos— una suerte de equivalencia o de identidad sustancial entre la prescripción y la caducidad. Así puede leerse a la página 735 de la G. J. número 1998 y 1999 sobre el juicio ordinario de petróleos: "Podrá ser detenido únicamente al transcurrir los dos años que la ley de petróleos concede para promover las acciones de derecho común que crean tener la Nación o los particulares vencidos en el juicio sumario, debido a la caducidad o extinción de dichas acciones, pero no es un fenómeno de cosa juzgada, sino de prescripción. Por consiguiente, transcurridos los dos años de que habla la disposición la acción ordinaria se extingue o caduca. Se opera una prescripción de corto tiempo, por la inactividad del Estado durante el término perentorio prefijado en la ley".

Se explica esta aparente confusión porque entonces la Corte no se propuso estudiar, como sí lo hace ahora por estar obligada a ello, la naturaleza de los plazos señalados en la ley 160 sino que su esfuerzo se encaminó exclusivamente a resolver si era o no viable o procedente la excepción dilatoria de cosa juzgada propuesta en el juicio por el demandado, y apenas en forma incidental hubo de tratar de la prescripción por su nexo con la materia debatida en aquella oportunidad. Por tal motivo, es muy poca la influencia de tal antecedente jurisprudencial en la interpretación de la ley 160, que la Corte debe fijar ahora como cuestión imprescindible para resolver sobre la excepción de fondo que invoca la parte demandada.

En este orden de ideas se dirá que, además de que el texto del tantas veces mencionado artículo 7º no emplea la palabra prescripción ni alude directa ni indirectamente a las reglas que sobre tal material trae el Título 41 del Código Civil, la historia legislativa de la norma indica que se quiso señalar simplemente un plazo para sujetar a él la promoción de las acciones competentes, y no instituír una prescripción de corto tiempo que obrara contra éstas por vía excepcional. La reforma consagrada en la ley 160 tiene como antecedente inmediato el proyecto elaborado por el Gobierno Nacional, el cual justifica en la exposición de motivos que lo acompañó el alcance y el significado del señalamiento de dos años como término hábil para iniciar las acciones que competen a la parte vencida en el juicio breve y sumario. Al respecto dice el aludido documento:

"Desde luego, nada se ganaría en seguridad para los interesados, ya sean Nación o particulares, ni en confianza para los inversionistas, si después de haber tramitado y definido la validez de los títulos sobre un determinado terreno petrolífero por uno de los caminos previstos —resolución administrativa o sentencia de la Corte en juicio breve y sumario— quedará sujeto dicho terreno indefinidamente a que una vez que sobre el mismo se hayan hecho inversiones cuantiosas, se promueva nuevamente la controversia sobre el derecho de propiedad por la parte vencida en la primera actuación.

"Parece pues necesario si se quiere fomentar la inversión de capitales en la explotación de nuestros recursos petrolíferos, que se dé completa eficacia a las declaraciones de la Corte Suprema o del Gobierno, según el caso, sobre la validez de los títulos, limitando el plazo, hoy ilimitado, dentro del cual puedan promover las partes interesadas las acciones que consagra el derecho común.

"Por tal motivo en el proyecto se fija un término de dos años para ejercitar dichas acciones, plazo que se ha considerado prudente para salvaguardiar los derechos de la Nación y de los particulares y al mismo tiempo es adecuada para provocar la pronta explotación de los terrenos petrolíferos".

Y el Ministro de Industrias, doctor Benito Hernández Bustos, explicando el sentido de la reforma, dijo a su vez:

"Por tal motivo en el proyecto se fija un término de dos años para ejercitar dichas acciones, plazo que se ha considerado prudente para salvaguardiar los derechos de la Nación o de los particulares y al mismo tiempo es adecuado para promover la pronta explotación".

Ninguno de los antecedentes ameritados da ocasión a interpretar que el ejercicio de las acciones sobre hidrocarburos quiso someterse a los preceptos del derecho común, ni que con la norma expedida se tratara de sancionar por medio de una excepción prescriptiva la negligencia o el abandono en ejercer los derechos o acciones inherentes al propietario del subsuelo. El ánimo manifiesto del legislador fue muy otro al instituír el término bienal: estimular la rápida explotación de los terrenos petrolíferos, por medio de una oportuna solución de las situaciones controvertidas

que pudieran presentarse sobre la propiedad de los mismos.

Tal consideración por sí sola fundamenta y justifica plenamente la especialidad del mandato; determina su carácter ajeno a la órbita de acción de las regulaciones propias del derecho común; y facilita al juzgador la tarea de interpretarla certeramente.

Si esto es así como en efecto lo es, sin dificultad surge la consecuencia indeclinable de que, por lo mismo, no deben aplicarse a tal institución las reglas de la prescripción extintiva; o en otras palabras, no cabe la renuncia del término bienal fijado para ejercer las sanciones de que se habla, ya se haga expresa o tácitamente; no tiene tampoco cabida la suspensión, pues el plazo corre contra toda persona; ni es susceptible de interrupción alguna.

Esta característica de norma especial se robustece más si se observa que el plazo preconstituído por la ley no surge a la vida procesal desde el momento en que la obligación se hace exigible, como ocurriría si se le estimara prescripción, sino que el propio ordenamiento que se interpreta ha prefijado un hecho cierto (el registro de la Resolución con que termina el trámite administrativo o la ejecutoria de la sentencia de la Corte, en sus respectivos casos) como punto de partida para contar el lapso bienal.

Así conforme son ajenos al término preestablecido en el artículo 7º de la Ley 160 los principios generales y las normaciones positivas de la prescripción extintiva, igualmente sería injurídico aceptar que el mismo pueda sujetarse al régimen que gobierna la interrupción civil de las acciones.

En efecto, ya se ha visto que quien hace uso de un término de este género no interrumpe una prescripción liberatoria sino que simplemente realiza el acto o ejercita la acción en tiempo hábil, vale decir útilmente. De donde se sigue que si se requiere —según la aplicación más comúnmente aceptada de los artículos **2524 y 2539 del** Código Civil— la notificación de la demanda judicial para que la interrupción civil se tenga por hecha, cosa muy distinta sucede en el evento en que las leyes simplemente señalan un plazo o prefijan un término para el ejercicio de la acción, pues basta entonces con que ésta se presente ante juez competente con las ritualidades de rigor si expresamente no se ha dispuesto otra cosa.

En el ordenamiento de la Ley 160 sólo se previó que el titular de las acciones de derecho común pueda iniciarlas o promoverlas eficazmente dentro de dos años contados desde determinado hecho, por lo que sería extralimitar el contenido material del precepto exigir el cumplimiento de una formalidad procesal —la notificación de la demanda— a pretexto de interpretarlo no obstante la claridad de las cláusulas empleadas por el legislador.

Dijo éste, que las referidas acciones **"sólo podrán intentarse"** dentro de los dos años siguientes a la ejecutoria del fallo de la Corte, recaído en el juicio breve y sumario o del registro de la providencia ministerial, según se expresa en el inciso último del artículo 7º; y que no "podrán iniciarse" después de transcurrido el dicho lapso bienal; de manera que cualquiera que fuere la fórmula predominante —y atrás se vieron las razones de la Corte sobre el particular— se llega siempre a la misma e idéntica conclusión en el sentido de que basta la presentación adecuada de la demanda para que se entienda que el interesado ha usado eficazmente del derecho que el estatuto de los petróleos le otorga y que, por el contrario, su presentación después de transcurrido el plazo de los dos años es tardía y legalmente ineficaz, porque aquel derecho ha caducado irrevocablemente.

Las palabras que el texto trae —"intentar", "iniciar"— abonan lo expuesto por la Corte, y eliminan la posibilidad de todo equívoco, pues tanto el Diccionario de la Lengua como los de Jurisprudencia definen lo que debe entenderse por intentar en lenguaje forense: "Proponer o deducir el actor su acción en juicio"; y en la misma acepción lo emplea el Código de Procedimiento Civil, cuando —por ejemplo— en el artículo 205 prescribe los elementos constitutivos de la demanda principal, "o sea la petición con que se inicia un juicio".

Siendo, pues, la presentación de la demanda ante el Juez de la causa el equivalente procesal de la iniciación de la acción, no puede ponerse en duda que el precepto de la Ley 160 se cumple idóneamente si el interesado realiza aquel acto en tiempo hábil, aunque lo haga en el último día del término y su libelo no sea admitido y notificado a la contraparte sino con posterioridad al vencimiento de los dos años prefijados. Así se desprende del contexto del mandato objeto de los comentarios que han venido haciéndose y de la

relación de éste con el artículo 60 del Código de Régimen Político y Municipal, el cual reza: "Cuando se dice que un acto debe ejecutarse en o dentro de cierto plazo, se entenderá que vale si se ejecuta antes de la media noche en que termina el último día del plazo".

No sobra agregar, como argumento que robustece mucho más cuanto ha venido exponiéndose sobre el tema, que si la prescripción liberatoria entraña una directa conexión con lo sustantivo de la acción que extingue, en cambio el término de la caducidad sólo comporta respecto a ella una vinculación estrictamente procesal.

Concebido de esta manera, el plazo fijado en la ley del petróleo guarda una completa semejanza con muchos de los que el Código de Procedimiento instituye para el desarrollo de la acción en juicio, o para su ejercicio. Basta destacar la analogía existente entre el término de que se habla, y el consagrado en el artículo 543 del Código Judicial para la revisión de las sentencias proferidas por la Corte Suprema de Justicia o los Tribunales Superiores en los casos del artículo 542 ibídem. Reza aquella disposición: "El recurso no puede interponerse sino dentro de los dos años siguientes a la publicación de la sentencia"; y, desde luego, ninguna regla de interpretación autoriza comprender tal estatuto dentro del régimen jurídico de la prescripción. Exactamente el mismo fenómeno es el contemplado en la referida Ley 160, ya que en la realidad de las cosas el artículo 7º es la consagración de un término expreso para que dentro de él pueda promoverse la revisión judicial de la actuación administrativa o del juicio breve y sumario que a la Corte compete definir.

Los argumentos de diversa índole hasta aquí invocados concurren a demostrar que, si conforme a la evidencia procesal la acción de dominio que a la Nación compete sobre los terrenos cuya propiedad se controvierte fue promovida por su legítimo representante el 29 de octubre de 1941 —época para la cual no estaba aún fenecido el término hábil que la ley establece— es indiferente para la prosperidad de la misma que la formalidad de la notificación a la parte demandada o a alguna de las personas que la forman se hubiera cumplido, como así en efecto sucedió, después de transcurrido dicho término, o sea con posterioridad al 12 de diciembre del indicado año de 1941.

Todo ello porque la Corte estima que el Tribunal **a quo** erró al estudiar que la Ley 160 de 1936 contiene en su artículo 7º una prescripción extintiva de plazo abreviado regida por el Código Civil, lo cual entraña un punto de vista que esta superioridad no comparte después del examen detenido de la cuestión previa suscitada en la querella sujeta a su conocimiento. Y de ahí que concluya finalmente pronunciándose contra la improcedencia de la excepción perentoria alegada por la parte opositora en el juicio, la cual no tiene cabida para enervar o extinguir las acciones que la tantas veces mencionada ley del petróleo en su artículo 7º condiciona en cuanto a la oportunidad para su ejercicio.

LA ACCION

De acuerdo con el escrito con que el juicio se inició, son dos los fundamentos principales de la acción intentada: que los actuales poseedores del predio denominado "Padilla" carecen de título emanado del Estado que acredite su derecho de dominio en el subsuelo petrolífero; y que los terrenos en cuestión no están debidamente determinados, y son indeterminables.

Respecto al primer punto, la Corte prescindirá de considerar la eficacia legal que tenga o pueda tener la escritura pública extendida el 18 de julio de 1800 en la Escribanía Pública de Mariquita como prueba demostrativa de que las tierras de "Padilla" salieron del patrimonio público nacional antes del 28 de octubre de 1873, puesto que se encuentran en el expediente otros elementos de juicio que dicen relación a mercedes y composiciones de tierras cumplidas en la época colonial, y de las cuales pretenden derivar sus derechos los opositores.

De las pruebas documentales examinadas por el Tribunal aparece que existen varios títulos emanados del Estado, los cuales acreditan la propiedad privada del subsuelo en relación con las zonas dentro de las cuales pretende la parte demandada estar comprendida la finca "Padilla", objeto del presente litigio. La titulación aducida puede resumirse en la forma siguiente:

a) El 14 de agosto de 1581 fue confirmada al capitán Juan de Villanueva la merced de tierras equivalente a una caballería de ganado mayor que le había sido hecha por el Cabildo de la ciudad de Mariquita, "Camino de Honda, **que linda con los ejidos de dicha ciudad**, donde presente tenéis vuestros corrales, bohíos y ganados.....".

b) El Cabildo de Mariquita, con fecha 9 de septiembre de 1589 hizo al mismo capitán Juan de Villanueva merced de una estancia de pan sembrar y un pedazo de tierra vaca y despoblada **"camino de los indios del capitán Diego de Garavito,** y lindero de estancias suyas a la mano derecha del río Gualí... y unos pedazos de monte de poco provecho que caen en la estancia de ganado mayor que **vos tenéis junto a los ejidos de esta ciudad**.....".

c) En 1581 (27 de marzo) el citado Cabildo hizo merced a Díaz Sánchez de Quesada de una estancia fuera del ejido de Mariquita, "que es una **aucón** que hace entre un mogote, que está frontero de la estancia, y una quebrada grande que va corriendo hasta donde llegare, para en la dicha estancia poblar ganado, que está a mano derecha del camino viejo de Victoria....". Esta merced, de la cual se dio posesión a Díaz Quesada en agosto de 1581, le fue posteriormente confirmada por el Presidente y Oidores de la Real Audiencia de Santafé en 1582.

d) En el año de 1637 se verificó por el Cabildo de Mariquita la composición de las tierras de esa ciudad, y en la diligencia correspondiente se relacionan las estancias de don Francisco Floriano y el Capitán Floriano, su suegro, y la estancia de "Sierra Picota", de Domingo García.

En 1721, el Sargento mayor Juan Santos Marcos Martínez, refiriéndose a la composición de todas las tierras de Mariquita, menciona su posesión en las llamadas "San Francisco de Surco" y "Sierra Picota", "que lindan por su frente con el ejido de esta ciudad, que fueron de don Francisco Floriano y el Capitán Floriano, su padre, y de Domingo García, siendo los primeros mis actores los Villanuevas pobladores de esta ciudad". (Folios 50 v. a 55 del cuaderno número 5).

e) El 11 de julio de 1648 fúe extendida una escritura pública, por medio de la cual Francisco Floriano y su esposa otorgan un censo sobre sus tierras, y en especial y señaladamente sobre una estancia que adquirió por compra a doña Isabel de Trías junto a "Sierra Picota".

En la diligencia de inventarios practicada el 19 de febrero de 1658 en el sucesorio del Capitán Francisco Floriano se relaciona junto con sus demás bienes (ganados, esclavos, etc.) una estancia de ganado mayor de las antiguas y otro pedazo de tierra, **que linda todo con los ejidos de la ciudad de Mariquita de Honda, y con la "Sierra Picota",** de la una y otra banda de dicho camino; y en 1663 se hicieron los inventarios de los mismos bienes en la sucesión de doña Gertrudis de Plaza Torres y Arce, viuda de don Francisco Floriano.

f) En 1665 remató los bienes pertenecientes a la sucesión de la mencionada señora Plaza de Torres el Capitán Vicente Verdún para don Francisco Calvo, esposo de Ana María Floriano, hija de don Francisco Floriano y de doña Gertrudis Plaza de Torres y Arce.

En 1678 se incluyeron las mencionadas tierras en el inventario practicado a la muerte de doña Ana María Floriano y en 1681 en el del sucesorio del Capitán Francisco Calvo. Los bienes de las dos sucesiones mencionadas fueron rematados por Pedro Ruiz de Montero en el año de 1681.

El 20 de abril de 1705 se practicó por el Alcalde de Mariquita un reconocimiento de los límites y linderos y una vista de ojos sobre las tierras de "El Surco" que para esa época poseía el Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez, quien para el año de 1722 conservaba el dominio de ellas, las cuales aparecen mencionadas por el Cabildo de Mariquita, en su sesión del 26 de enero del dicho año (folios 52 v. y 53, ya referidos, del C. número 5) al referirse al testimonio de las composiciones verificadas por el Dr. D. Juan Antonio Rodríguez de San Isidro Manrique, testimonio signado y dado por el escribano público de la ciudad de Mariquita, Lucas Joseph de Gálvez:

"....por comprenderse en dicho testimonio dos partidas de las composiciones de los actores de las tierras que posee (Juan Santos Marcos Martínez), llamadas "San Francisco del Surco" y "Sierra Picota", que lindan por el frente con el ejido de esta ciudad que fueron de don Francisco Floriano y el capitán Floriano, su padre, y Domingo García.....". Y el Sargento mayor Marcos Martínez mencionado, en la petición que elevó al Oidor Juez Privativo de Tierras y sus composiciones para que se declararan libres de otra composición las tierras de Mariquita dice: ".....por comprenderse en dicho testimonio dos partidas de las cantidades en que compusieron mis actores las tierras que poseo, llamadas "San Francisco del Surco" y "Sierra Picota", que lindan por su frente con el ejido de esta ciudad, que fueron de don Francisco Floriano y el capitán Floriano, su padre, y de Domingo García, siendo los primeros mis actores los Villanuevas, pobladores de esta ciudad.....".

Para el Tribunal fallador, existe identidad entre las tierras que en el siglo XVI fueron objeto

de merced real en favor del Capitán Juan de Villanueva y las que en el siglo XVIII, a través de las numerosas mutaciones y transferencias vuelven a encontrarse bajo el dominio del Sargento mayor Juan Santos Marcos Martínez con los nombres del "Surco" y "Sierra Picota". En efecto, de la documentación aportada al juicio, resulta que las tierras de Villanueva pasaron a su hija doña Isabel de Montalvo y de ésta probablemente, ya fraccionadas, a Francisco Floriano y Domingo García con la denominación de "San Francisco del Surco" y "Sierra Picota", para más tarde encontrarse nuevamente reunidas en cabeza del citado Marcos Martínez.

En adelante, las transferencias de las dichas tierras hasta llegar a los actuales poseedores se verifica en la forma que el Tribunal relata en su sentencia y que se copia en seguida:

"15.—En el año de 1749 (noviembre 18) se le confirmaron los títulos a don Baltasar Antonio Moreira sobre "..... las tierras que llaman de "El Surco", lindes con el ejido de dicha ciudad (Mariquita)", tierras que según petición elevada al efecto por Moreira, había adquirido éste por compra al doctor don Juan Antonio Santos, presbítero y a don Joseph Santos, su hermano (folios 62 v. y 63 del cuaderno número 5). Pero no hay constancia de cómo adquirieron éstos a su vez aquellas tierras de "El Surco".

"16.—En el año de 1763, en escritura que se otorgó en el sitio de la Picota de la jurisdicción de la ciudad de Mariquita (folios 12 v. y 13 del cuaderno número 5), doña Francisca Theresa Fernández de Arroyabe aparece vendiendo a Juan de Dios Albarracín un pedazo de las tierras que llaman de "La Picota", cercano a las quebradas. En tal escritura dice la vendedora Fernández de Arroyabe ser viuda del doctor Ibáñez (parece ser, pues la copia traída es incompleta), y que por final y muerte de éste quedaron las tierras de "La Picota", que eran (debe ser tal la interpretación del texto incompleto traído), de don Lázaro Ruen de Caraves. Aquí, pues, ya no se menciona el terreno "Sierra Picota" sino simplemente "La Picota", pero no hay constancia en la escritura del modo como Ruen de Caraves adquiriera las tierras de La Picota, ni de cómo a su vez, las adquiriera el doctor Ibáñez.

"17.—Por escritura de 3 de noviembre de 1772, corrida ante el Escribano Público de San Bartolomé de Honda, Clemente Basco, María Ignacia Ibáñez de Basco y Theresa Basco vendieron a **Pedro Torrado** las tierras de "La Picota" que heredaron de su madre Ignacia Ibáñez. No hay constancia sobre cómo ésta adquiriera las tierras de "La Picota", que sus hijos vendieron a Pedro Torrado, pues solamente existe la hipótesis expuesta por el señor apoderado de los demandados en el alegato final, de que Ignacia Ibáñez fuera posiblemente hija del doctor Ibáñez y de la señora Fernández de Arroyabe, quienes fueron dueños de "La Picota" (folios 11 v. y 12 del cuaderno número 5).

"18.—Por escritura fechada en Mariquita el 16 de octubre de 1783 (folios 9º, 10 y 11 del cuaderno número 5), Pedro Torrado vendió las tierras de "La Picota" a don Vicente Diago, que hubo por compra a los herederos de doña Ignacia Ibáñez, su suegra...".

"19.—Por escritura corrida en la villa de San Bartolomé de Honda en 1793 (folios 8 v. y 9 del cuaderno número 5), Ignacio Antonio Ortiz reconoció un principal sobre las tierras de "La Picota" de $ 400 a favor de las benditas ánimas del Purgatorio. Y en tal escritura hace referencia de que tales tierras se las compró a don **Pedro Diago** en 1792, con la obligación de reconocer dicho principal pero no hay constancia acerca de cómo Pedro Diago adquiriera las mismas tierras.

"20.—Según escritura otorgada en Mariquita el 18 de julio de 1800, Juan Blas de Aranzázu seguramente compró a Ignacio Antonio Ortiz las tierras de "La Picota" con obligación o gravamen de reconocer 600 patacones a favor de la sepultura de doña Martínez de Iguanso, y $ 400 a favor de las Benditas Animas del Purgatorio de la villa de Honda. Ello se deduce del recibo de pago del derecho real de alcabala, inserto en la copia que de la mencionada escritura se ha traído (folio 124 del cuaderno número 1º).

"21.—Según testamento otorgado por Juan Blas de Aranzázu en Mariquita el 5 de junio de 1802, el testador instituyó como sus únicos y universales herederos a sus hijos José María (del primer matrimonio) y a María Estanislaa y Juana Josefa Francisca (del segundo matrimonio). Consta en el estado general del caudal existente de don Juan Blas de Aranzázu, levantado en 4 de junio de 1802, antes de su muerte, y en el inventario que de sus bienes se hizo el 24 de julio del propio año, después de su muerte, que allí se relacionaron por primera vez las tierras de "Padilla", con reconocimiento o gravamen de $ 1.000.00 a saber: $ 600 al cura de Mariquita, y $ 400 a fa-

vor de las Almas de Honda. **Es oportuno anotar de una vez** que en la escritura de venta que Clemente Basco, María Ignacia Basco y Teresa Basco, hicieron a Pedro Torrado, el 3 de noviembre de 1772, visible a los folios 11 v. y 12 del cuaderno número 5, y en lo que de la copia traída de tal escritura puede leerse, al mencionarse la cosa vendida a Torrado, a saber, las tierras de "La Picota", se dan estas determinaciones de linderos arcifinios: **"Boca de Calunga"**, el **"Paso Real de Padilla"**, **"Boca de la Quebrada de Padilla"**, **"Cerro del Chivato"**. Si se tiene en cuenta lo anterior y el hecho de que Juan Blas de Aranzázu adquirió de Ignacio Antonio Ortiz en el año de 1800 las tierras de "La Picota", con los gravámenes expresados, no es aventurado deducir que las tierras de "La Picota", ya mencionadas se hubieran relacionado en los inventarios de don Juan Blas de Aranzázu con el nombre de "Padilla" en atención a la existencia de los linderos arcifinios predominantes llamados "Paso Real de Padilla" y "Boca de la Quebrada de Padilla", como también hubieran podido relacionarse, las tierras de "Calunga" o del "Chivato", en atención a los otros linderos arcifinios. Además no hay que perder de vista que en tales inventarios se relacionan las tierras de "Padilla" con los mismos gravámenes que afectaban las tierras de "La Picota". Se concluye, pues, en concepto del Tribunal, que hay identidad de las tierras, esto es, que las tierras de "La Picota" y de "Padilla", son unas mismas en general. (El testamento y los inventarios obran a los folios 41, 42, 43, 44, 45, 46, y 47 del cuaderno número 5).

"22.—Según hijuela de adjudicación que se formó a las hijas de Juan Blas de Aranzázu, María Estanislaa y Juan Francisca, les correspondió "la hacienda de campo y sus utensilios, con declaración de que en las tierras de "Padilla" se reconocen mil pesos (folios 47 v., 48, 49 y 50 del cuaderno número 5).

"23.—Según escritura corrida ante el Escribano Público de la ciudad de San Bartolomé, de Honda, el día 15 de julio de 1824, Eustaquio Diago, Alcalde Ordinario de prima nominación, a nombre de su esposa Juana de Aranzázu, por quien había tomado posesión íntegra de unas tierras nombradas "La Picota", situadas, dice, "en jurisdicción de esta ciudad (Honda) y la de Mariquita, reconoció el principal de 400 pesos a favor de las Benditas Animas del Purgatorio, sobre dichas tierras. Como se ve en esta escritura, Diago también dice que la propiedad de las tierras de "La Picota" la tiene su consorte por herencia de su padre Juan Blas de Aranzázu según consta de escritura pública muy anterior (posiblemente se refiere a la hijuela de adjudicación aludida en el punto anterior, que es el de fecha 5 de agosto de 1802), y las tierras vuelven a denominarse "La Picota", que si no fuera por el reconocimiento del principal de los $ 400, no se pensaría que se trata de las mismas tierras que con el nombre de "Padilla" se relacionaron tanto en los inventarios de Juan Blas de Aranzázu como en la adjudicación a Juana Francisca y María Estanislaa de Aranzázu, herederas instituídas por aquél, según se vio.

"24.—Por escritura de 22 de marzo, corrida en la ciudad de Honda (folios 121 y 122 del cuaderno número 1º), Eustaquio Diago, legítimo esposo de Juana de Aranzázu, dio en venta a Franco Lucena "unas tierras llamadas "La Picota", las cuales están deslindadas en las escrituras antiguas, con sus casas.... las que antes pertenecían al señor Juan Blas de Aranzázu, padre de mi esposa y por cuyos títulos le pertenecen en propiedad y posesión al otorgante como que son de su esposa". Declara el vendedor los gravámenes consistentes en los censos de $ 600.00 de la señora María Martínez de Iguanso y de $ 400.00 en favor de las almas del purgatorio.

"25. — Por escritura corrida en la ciudad de Honda el 13 de junio de 1835 (folios 119 y 120 del cuaderno número 1º), Francisco Eufracio Lucena vendió a Julián Tribilco un globo de tierra denominado "La Picota" y "Padilla", de la jurisdicción de Mariquita y por estos linderos: "Desde el paso de "Calunga" extendiéndose para abajo a la punta de la Mesa del pastoreo hasta "El Paso de Padilla" y yendo para Mariquita extendiéndose a la izquiera y lindan con las tierras nominadas de La Ceiba, de propiedad del señor José María de La Guardia, por el cerro del Boquerón con las del Caimital del señor José María Samper y con el "Río de Gualí" y lindante con las tierras de Jacinto Vivas y las de San Antonio que posee el señor Tribilco, y por la vega arriba hasta la punta del "Cerro del Chivato" con las de los señores Navarros, y por el lado del llano de la Manga con la quebrada llamada doña "Isabel" hasta su desembocadura en la de "Rabo de gallo". Dice el vendedor Lucena que hubo lo que vende a Julián Tribilco por compra que a su vez hizo a Eustaquio Diago como legítimo esposo de Juana de Aranzázu, según escritura de 22 de marzo de 1828, referida en el numeral 24º anterior.

"26.—El 23 de enero de 1849, el Escribano Pú-

blico de Honda, a requerimiento de Florencia González viuda de Julián Tribilco, procedió a practicarle el inventario de los bienes que quedaron a la muerte de éste, en la hacienda llamada "La Picota", de la jurisdicción de Mariquita, en el que fueron relacionados varios bienes, entre tales, una estancia de cacaotal, pasto guinea, platanera y una casa de bahareque y paja, en **las tierras de 'La Picota'**, a reconocimiento, en favor de los Curas de Mariquita y de la Cofradía de Animas de Honda. Los bienes inventariados, que no alcanzaban a cubrir lo que la viuda había metido al matrimonio, le fueron adjudicados por el contador nombrado, José María Ruiz y Redondo (folios 116 y 117 del cuaderno número 1º).

"27.—Por escritura corrida ante el Escribano Público del Cantón de Honda, el 1º de julio de 1847, la viuda Florencia González, por sí y a nombre de sus hijos, vendió a Antonio María Monroy las tierras denominadas "La Picota y Padilla", por los mismos linderos por los cuales el causante las hubo de Francisco Eufracio Lucena, según escritura de 13 de junio de 1835, relacionada en el numeral 25º anterior (folios 111, 112, 113, 114, y 115 del cuaderno número 1º).

"28—Por escritura número 16, corrida en la Notaría de Honda el 15 de marzo de 1861, se protocolizó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fechada el 17 de mayo de 1859 y dictada en el juicio de Tribilco contra Monroy, por la cual se falló que la posesión y propiedad de la finca llamada "Picota y Padilla" litigada pertenecía a los herederos de Antonio María Monroy, pues que había sido válida la venta que hizo Florencia González (folios 107, 108, 109 y 110 del cuaderno número 1º).

"29.—Por escritura número 100, pasada ante el Notario de Honda el 22 de junio de 1864, se protocolizó el expediente de la mortuoria de los causantes Antonio María Monroy y Josefa Jiménez en donde consta que la partición de los bienes relictos **se adjudicó**, con reconocimiento de los censos que gravaban los terrenos de "La Picota y Padilla", a Juana Manuela Monroy de Trefry, un mil cuatrocientos pesos **en la tercera parte del terreno de "La Picota"**, más o menos por estos linderos: "Desde la confluencia de Padilla con Gualí, Padilla arriba. hasta tocar con el estribo del cerro denominado Penagos que queda a la izquierda de la quebrada siguiendo su curso; **por todo el pie del cerro** hasta tocar con el lindero de la **Ceiba**; de este punto siguiendo la línea deslindante hasta llegar al **Paso de Padilla** que atraviesa el camino que conduce de esta ciudad a Mariquita y continuando de allí por toda la línea deslindante de la **Ceiba** y **Picota** hasta el pie del cerro del Caimital, serranía arriba en línea recta hasta la cima, cuchilla del cerro abajo hasta el boquerón del Caimital, y descendiendo en la zanja de **Calunga**, zanja abajo hasta la del charco de las Coles, del borde de este charco línea recta a la margen derecha del río Gualí, éste arriba hasta la confluencia de Padilla primer lindero". (Folios 105 y 106 del C. número 1º).

"30.—Por escritura número 107, pasada en la Notaría de Honda el 16 de diciembre de 1878, los esposos Roberto Juan Trefry y Juan Manuela Monroy de Trefry, debidamente autorizados por licencia judicial, vendieron a Benedicto Canizales, un globo de tierras sito en jurisdicción de Honda, denominado "Padilla", que fue adjudicado a Juana Manuela en la partición de los bienes de sus finados padres Antonio María Monroy y María Josefa Jiménez Monroy, cuyo globo de tierras, dicen **formó parte de otra mayor nombrado "La Picota"** y está alinderado así: "Desde la cabecera del 'Charco de las Coles" línea recta al barranco de la quebrada de Padilla por la línea más corta que media entre el primer punto y dicho barranco; quebrada de Padilla arriba, hasta tocar con el estribo del cerro denominado Penagos, que queda a la derecha de la quebrada, siguiendo su curso para arriba; **por todo el pie del cerro** hasta tocar con el lindero de la Ceiba, en donde una cerca de piedra divide este terreno del de Padilla; siguiendo por la cerca de piedra hacia el Sur hasta donde el camino que va de esta ciudad para Mariquita atraviesa la quebrada de Padilla, continuando en la misma dirección el lindero hacia el Sur hasta dar en la cima del Cerro de Caimital; por toda la cuchilla de dicho cerro hasta el boquerón del Caimital, y descendiendo a la **zanja de "Calunga", zanja abajo hasta la del Charco de las Coles**, y éste arriba hasta la cabecera del charco dicho, primer lindero". (Folios 102, 103, 104 C. número 1º).

"31.—Por escritura número 30, pasada en la Notaría de Honda el 12 de febrero de 1889, se protocolizó el juicio de sucesión y partición de los bienes de Nicolaza Maldonado de Canizales, y consta que la finca de "Padilla", fue adjudicada por los linderos que menciona el punto 30º anterior, a Benedicto Canizales, David E. Canizales, José Antonio Canizalez y Ana Joaquina Caniza-

, según los derechos que en ella se les reconoron (folios 97, 98, 99, 100 y 101 del C. Nº 1º).

"32.—Por escritura pública Nº 356, pasada ante Notario de Honda el 4 de julio de 1892, Benecta Canizalez, David E., José Antonio y Ana aquina Canizalez, vendieron a Martín Conde el obo de "Padilla", que les fue adjudicado. (Fos 94, 95 y 96 del C. número 1º).

"33.—Por escritura número 526, pasada en la otaría de Honda el 26 de noviembre de 1898, se rotocolizó el juicio de sucesión de Martín Coné y consta en él que el terreno de "Padilla", que l causante adquirió fue adjudicado a Pilar Sanamaría viuda de Conde, su cónyuge supérstite. Folios 91, 92 y 93 del C. número 1º).

"34.—Por escritura Nº 227, corrida en la Notaría de Honda el 21 de junio de 1917, Pilar Santamaría de Conde vendió a Claudio Conde S. el terreno de "Padilla" que le había sido adjudicado en la sucesión de su esposo Martín Conde. (Folios 88, 89 y 90 del C. Nº 1º).

"35.—Por escritura Nº 725, pasada en la Notaría de Honda el 29 de junio de 1926, Claudio Conde S. vendió a José Proceso López el terreno de "Padilla" que a su vez compró a Pilar Santamaría de Conde, CON EXCLUSION de un lote que el vendedor había transferido a Aristides Casasbuenas por escritura Nº 506 de 2 de junio de 1926, el cual determina. (Folios 85, 86 y 87 del C. Nº 1º).

"36.—Por escritura Nº 239, pasada en la Notaría de Honda el 30 de marzo de 1927, José Proceso López vendió a Jorge Vargas Lara y José Peñaloza Corpas, la finca de "Padilla" que había comprado a Claudio Conde S.; con exclusión del lote vendido o Casasbuenas. (Folios 82, 83 y 84 del C. Nº 1º).

"37.—Por escritura Nº 552, pasada en la Notaría de Honda el 1º de julio de 1927, Jorge Vargas Lara y José Peñaloza Corpas volvieron a vender a José Proceso López la misma finca de "Padilla", después de cancelarles éste una hipoteca a su favor y en las mismas condiciones en que se la habían comprado (folios 78, 79, 80 y 81 del C. Nº 1º).

"38.—Por escritura Nº 947, corrida en la Notaría de Honda, José Proceso López vendió a Evaristo Hernández la finca de "Padilla", siempre con exclusión del lote vendido a Casasbuenas (folios 75, 76 y 77 del C. Nº 1º).

"39.—La finca "Padilla" tal como se describe desde la escritura Nº 227 de 21 de junio de 1917, hasta hoy (numeral 34 anterior), fue la que los señores Evaristo Hernández y Mercedes Hincapié de Hernández dieron en arrendamiento y en opción a la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A., por instrumentos públicos números 497 y 135, pasados en la Notaría de Honda, respectivamente el 6 de septiembre de 1937 y el 9 de marzo de 1938, ese sí, EXCLUYENDO DE TAL FINCA los lotes que fueron vendidos por las siguientes escrituras: por la Nº 506 de 2 de junio de 1926, a Aristides Casasbuenas; por la Nº 597 de 3 de junio de 1929, a Gregorio Fajardo; por la Nº 353 de 24 de mayo de 1935, a Fidel Torres R.; por la Nº 845 de 17 de diciembre de 1935, a Narciso Vela R.; y por la Nº 148 de 4 de marzo de 1937, al Municipio de Honda. Y como la escritura Nº 135 fue aclarativa de la Nº 497, y aceptada por un Agente oficioso, por escritura Nº 1599, pasada en la Notaría 4ª de Bogotá el 11 de junio de 1938, la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A. ratificó lo hecho por medio de su Gerente o representante legal.

Fuera de todos los documentos y escrituras que se dejan especificados en los treinta y nueve numerales precedentes, los demandados trajeron en el término probatorio una copia debidamente legalizada y expedida por el Secretario General del Ministerio de Minas y Petróleos, de las diligencias de inspección ocular con peritos en la finca de "Padilla" y en la Notaría de Honda, en los días 2 y 3 de junio de 1939, llevadas a término por el señor Magistrado sustanciador de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en el juicio especial sobre aviso y exploración con taladro promovido por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A., y de la sentencia dictada por la misma Sala en dicho juicio en primero (1º) de diciembre de 1939, junto con las constancias de su publicación, notificación, ejecutoria y registro, por la cual se resolvió que era fundada la pretensión de aquella Compañía, para adelantar exploraciones con perforación en busca de petróleo en el terreno de la finca de "Padilla", por ser de propiedad particular, al tenor de los títulos que se presentaron anteriores al 28 de octubre de 1873".

Por su parte, el señor Procurador Delegado en lo Civil hace un examen igualmente completo de la titulación aducida hasta el año de 1864, fecha en la cual se protocolizó el expediente contentivo de la mortuoria de Antonio María Monroy y

se adjudicó a Juana Manuela Monroy de Trefry una tercera parte de la finca "La Picota". Llega el señor Agente del Ministerio Público en esta instancia al convencimiento de que la titulación en referencia, a partir de 1864 en adelante "es verdad que trae algunas modificaciones de linderos, pero sin importancia en concepto de este despacho, y suficientemente aclaradas en la diligencia de inspección ocular que el honorable Magistrado sustanciador decretó y practicó". Sus conclusiones finales sobre los títulos originarios del Estado las formula de la siguiente manera:

"1ª.—Es indudable que existen títulos emanados del Estado sobre tierras de Mariquita, aunque existan lagunas desde el siglo XVI. Así no está comprobado a quién pasaron los bienes de don Juan de Villanueva ni los de Díez Sánchez de Canedo. Pero que del Estado pasaron a ellos, sí no hay duda. La cadena de títulos debe ser ininterrumpida respecto del actual poseedor inscrito, hacia atrás, por el término de la prescripción; pero no de quien recibió una merced, o adquirió por composición u otro título legítimo, hacia sus sucesores.

"2ª.—Está acreditado que en la composición hecha en 1637 se reconocieron sus derechos en tierras de Mariquita, en los Florianos y que más tarde en 1721, se reconocieron los derechos de Juan Santos Marcos Martínez, sobre las tierras de San Francisco de Surco y Sierra Picota.

"3ª.—Está demostrado que en 1749 se confirmaron los títulos de don Baltasar Antonio Moreira sobre las tierras de El Surco, aunque no se explique por qué llegó a ser dueño el señor Moreira, ni se sepa a quién transmitió él sus derechos".

Pero si la Procuraduría admite que existen títulos que acreditan la propiedad privada del subsuelo por haber salido del dominio del Estado, con anterioridad al 26 de octubre de 1873 las tierras de Mariquita, en cambio, observa que la determinación de las zonas objeto del litigio no se ha hecho debidamente o sea que subsisten los mismos motivos de duda que llevaron al Tribunal de primera instancia a declarar la propiedad nacional sobre las tierras en cuestión. De acuerdo con tal opinión, la Sala deberá ocuparse en seguida de este aspecto del problema, concretado en el siguiente interrogante que el Procurador propone:

"Se ha demostrado que la finca "Padilla" a que el presente juicio se refiere forma parte o es la de don Baltasar Antonio Moreira, o la de J Santos Martínez o la de Villanueva?"

A este propósito —manifiesta la Procuraduría que el Tribunal trató de establecer la determi ción de las tierras dictando al efecto un auto ra mejor proveer, medida que no tuvo efecto, que habiéndose llevado a cabo en esta última i tancia una inspección ocular solicitada por la p te demandada, sin embargo, de que los peri absolvieron afirmativamente el interrogante cuestión, aquel despacho estima que el experti no aparece debidamente fundamentado, porq para llegar a la consecuencia de que la finca "P dilla" hace parte de las tierras objeto de las co posiciones y mercedes reales se tuvieron en cuen "puntos o linderos señalados no en composicion y mercedes, sino en documentos muy posterior otorgados entre particulares".

Las observaciones anteriores, con base en la cuales se solicita la confirmación del fallo ma teria del recurso que aquí se decide, las sustenta así la vista fiscal:

"En efecto, en los títulos emanados del Estado figuraron como linderos los ejidos de Mariquita, el camino de los indios del Capitán Diego de León Garavito, el camino de Mariquita a Honda, la quebrada pegada al farallón y al cerrito, y, como punto de referencia, el río Gualí. De estos linderos los peritos solamente han tenido en cuenta y en los planos se hallan debidamente señalados, los ejidos de Mariquita y el río Gualí. Puede aceptarse pues, que "Padilla' coincide en cuanto se halla entre los ejidos y el río Gualí. Pero la línea que limitara por el Sur las tierras de las mercedes y las composiciones, no fue mencionada por los peritos, ni se halla señalada en croquis y planos. Tal es la principal objeción que formula al fundamento del dictamen y a los derechos de los demandados.

El lindero Sur de "Padilla" es actualmente la cordillera de Caimital. Es solamente en 1835 cuando Lucena, en la venta que hizo a Tribilco, menciona el cerro del Boquerón como punto limítrofe con tierras de Caimital, y ahora se sabe, por la inspección ocular que este cerro corresponde a la cordillera de Caimital. Pero esta cordillera no aparece como lindero sino en 1864, en la mortuoria de Antonio María Monroy. No se tratará acaso de que las tierras de San Antonio que poseía Tribilco, y que lindaban por lados del Boquerón con las tierras de Picota y Padilla", fue-

las que tenían por límite sur la cordillera de hital?

ta hipótesis resulta muy aceptable no sólo la declaración hecha en la escritura de adquin de Tribilco en 1835, que acaba de tenerse uenta, sino porque no se entiende cómo desde hasta 1864 no se hubiera expresado un lin- arcifinio tan fácil de verificar. Y en cambio, e acepta la hipótesis se explica muy bien que ramitarse los bienes de Tribilio aparezca la dillera tántas veces citada fijando el lindero de sus propiedades.

ero claro está que si el lindero sur de merce- y demás títulos antiguos se desconoce y en lo caso no es la cordillera del Caimital, no eda base en el juicio para sostener que "Padi- " forma parte de las tierras que aparece sa- ron del patrimonio nacional.

El Tribunal encuentra comprobada una explo- ción económica en las antiguas haciendas de Picota, El Surco, etc., deducida de títulos, di- encias de inventarios, entregas, juicios poseso- os, etc. Acepta este despacho la conclusión del ribunal, pero repite la observación fundamen- l; esa posesión con exploración económica está mostrada respecto a terrenos que no se compro- ó que comprendieran el de "Padilla". "Padilla" tual, sólo se identifica con su lindero sur desde 864; no hay lugar a reconocer respecto de ella l título de prescripción contra el Estado cum- lida antes de 1873.

Si se ha hecho alusión especial sobre el linde- o sur de las tierras es porque tal indefinición s suficiente para demostrar que la sentencia del Tribunal debe confirmarse. Sin que ello quiera decir que los demás linderos identificados en la inspección ocular, que encierran la finca de "Pa- dilla", corresponden ciertamente con los que obra- ron en los títulos emanados del Estado".

Como de ser exactos los puntos de vista de la Procuraduría, necesariamente se llegaría a la consecuencia lógica de desestimar por falta de fundamentación y explicación el peritazgo rendi- do por los expertos en esta instancia, se hace in- dispensable estudiar el contenido de esta prueba para determinar su valor jurídico-legal de acuer- do con las reglas señaladas en el Código de Pro- cedimiento Civil.

Varias cuestiones, todas de la mayor entidad para la acertada del litigio, se sometieron por los demandados al dictamen de los expertos ingenie- ros doctores Luis E. Perdomo y Jorge A. Perry.

Fue la primera la de saber si los diversos puntos y linderos que se mencionan en los títulos y otros documentos que figuran en el expediente son determinables sobre el terreno, y particular- mente los ejidos de Mariquita, la quebrada de Jaime o Castrillo, el río Gualí, la quebrada de Calunga, el cerro o cordillera de Caimital, la quebrada de "Padilla", el paso real del mismo nombre, el cerro de Penagos, el sitio de las Tres Piedras, el cerro del Chivato, la quebrada de doña Isabel, y si dichos puntos corresponden a los que figuran en el plano y croquis presentados por la parte demandada.

Sobre el particular dicen los expertos que du- rante la diligencia de inspección ocular pudieron examinar personal y directamente los lugares ma- teria de su dictamen, y en relación con los sitios antes mencionados aparecen descritos minuciosa- mente en la experticia por su situación, linderos y demás particularidades, así como por la men- ción que se hace en los documentos procesales de cada uno de ellos. De ahí que, a juicio de la Cor- te, esté debidamente fundamentada la conclusión con que termina esta primera parte del dictamen, y que dice:

"**Conclusión.**—La anterior revista pormenoriza- da que hemos hecho respecto del contenido del primer punto del cuestionario en acuerdo con nuestras observaciones personales sobre el terreno puede resumirse en la siguiente conclusión: los puntos, corrientes de agua, serranías y demás ele- mentos que particularmente se especifican en di- cho punto y que figuran como linderos o elemen- tos determinantes de éstos en los documentos que obran en el expediente son en nuestro concepto perfectamente determinables sobre el terreno y corresponden a la situación que se les ha asigna- do en el plano y croquis que figuran en el ex- pediente.

b) "Si la actual finca llamada "Padilla" materia de este juicio está debidamente determinada".

En segundo lugar, afirman los peritos que la actual finca "Padilla", materia del juicio está de- bidamente determinada tanto en el terreno como en la alinderación que la experticia dá, la cual concuerda con el plano que obra en el expedien- te. La alinderación está constituída por la cima de la serranía o cordillera de Caimital por el lado Sur y un sector de la quebrada de Padilla y otro de la cima de la Serranía de Penagos, por el Nor- te, como puntos arcifinios, y por cercas de pie- dra y alambres que unen entre sí los otros dos lados del polígono.

Como la cuestión fundamental del desacuerdo entre el agente del Ministerio Público y el concepto pericial es la relativa al hecho de saber si la actual finca "Padilla" formó o no parte de las mercedes y composiciones reales cumplidas en favor del Capitán Villanueva y sus sucesores jurídicos, y comoquiera que las observaciones del representante del Estado se concretan a la falta de fundamentación de aquel dictamen, cree la Sala necesario transcribir la parte pertinente en su integridad. Dice así tal pieza:

c) "Si por los linderos de los distintos glóbos, los puntos arcifinios, la continuidad en los nombres y transferencias y demás datos que aparecen en los títulos que obran en el expediente, y en especial en las mercedes, confirmaciones y composiciones reales y actos de posesión y explotación económica se establece que tales actos, contratos y providencias se refieren a la finca denominada actualmente "Padilla" y hay por tanto una relación directa entre los terrenos que fueron materia de tales actos o contratos y la finca "Padilla", objeto de este juicio, y por consiguiente, conceptúan que esta finca formó parte de aquellos terrenos y queda comprendida dentro de los mismos".

El estudio detenido y cuidadoso de los linderos que se encuentran descritos en la copiosa documentación que forma el expediente, hechos sobre los planos de la región y con ayuda del conocimiento personal que durante la inspección ocular al terreno obtuvimos de los diversos puntos y accidentes naturales que mencionan tales alinderaciones, nos ha permitido llegar a establecer la forma aproximada y situación que tuvieron los distintos globos que incluyeron en el pasado el que hoy constituye la finca "Padilla".

Principiando de lo actual y reciente, que es más conocido y está mejor precisado, para ir a lo más remoto, se tiene la escritura Nº 947 del 26 de octubre de 1927 en la cual consta que el señor Evaristo Hernández, actual propietario de "Padilla" adquirió esta finca por los siguientes linderos: desde la cabecera del charco de los Coles, línea recta al barranco de la quebrada de "Padilla", por la línea más corta que media entre el primer punto y dicho barranco, quebrada de "Padilla" arriba hasta tocar con el estribo del cerro denominado "Penagos" que queda a la derecha de la quebrada; siguiendo su curso para arriba por toda la cuchilla o cima del cerro hasta dar con el lindero de "La Ceiba" por donde una cerca de piedra divide este terreno del de "Padilla"; siguiendo por la cerca de piedra hacia el sur hasta donde el camino que va de Honda a Mariquita atraviesa la quebrada de "Padilla"; continuando en la misma dirección el lindero hacia el sur, hasta dar con la cima del cerro de Caimital; por toda la cuchilla de dicho cerro hasta el paso del F. C. de La Dorada en el kilómetro marcado con el número 40; cerca del F. C. abajo por la parte derecha hasta la alcantarilla de la misma línea férrea en el punto denominado charco de los Coles y éste arriba hasta su cabecera primer lindero. Estos linderos son los mismos que figuran en la escritura citada con la modificación resultante de excluír el lote vendido al señor Aristides Casasbuenas.

En varias transacciones de fechas anteriores figura la finca de "Padilla" exactamente por los mismos linderos haciendo la deducción del lote vendido a Aristides Casasbuenas, hasta la escritura Nº 227 del 21 de junio de 1917 —Notaría 2ª de Honda— en que la finca "Padilla" aparece adquirida por el señor Claudio Conde por los mismos linderos sin excluír el lote vendido al señor Casasbuenas y que son los siguientes". Desde la cabecera del charco de los Coles, línea recta al barranco de la quebrada de Padilla por la línea más corta que media entre el primero punto y dicho barranco, quebrada de Padilla arriba hasta tocar con el estribo del Cerro denominado Penagos, que queda a la derecha de la quebrada, siguiendo su curso de para arriba, por toda la cuchilla o cima del cerro, hasta dar con el lindero de La Ceiba, por donde una cerca de piedra divide este terreno del de "Padilla"; siguiendo por la cerca de piedra hacia el sur hasta donde el camino que va de Honda a Mariquita atraviesa la quebrada de Padilla; continuando en la misma dirección el lindero hacia el sur, hasta dar con la cima del cerro de "Caimital"; por toda la cuchilla de dicho cerro hasta el paso o boquerón del "Caimital" y descendiendo a la zanja de "Calunga"; zanja abajo, hasta el charco de los Coles; y ésta arriba hasta la cabecera del charco dicho, primer lindero".

En el croquis que acompañamos están señalados estos linderos con línea punteada en rojo.

En la escritura Nº 526 de fecha 26 de noviembre de 1898 —Notaría de Honda— aparece protocolizada la hijuela de la señora Pilar Santamaría de Conde y en ella hay constancia de que se adjudicó a dicha señora el terreno de "Padilla" por los mismos linderos que acabamos de copiar con

la diferencia del trayecto del cerro de Penagos que expresa ser por el pie del cerro y no por su cima como figura en los alindamientos que hasta aquí hemos transcrito.

En varias otras escrituras de fechas anteriores figura el terreno de "Padilla" descrito por los mismos linderos que figuran en la hijuela mencionada hasta llegar a la escritura Nº 100 de 22 de junio de 1864 —Notaría de Honda— que contiene la protocolización del juicio de sucesión de Antonio María Monroy y Josefa Jiménez, juicio en el cual se segrega y deslinda a "Padilla" como la tercera parte de la finca llamada La Picota y "Padilla" y se adjudica esa tercera parte a la señora Juana Manuela Monroy de Trefry por los siguientes linderos: "desde la confluencia de "Padilla" con Gualí, "Padilla" arriba hasta tocar con el estribo del cerro denominado Penagos que queda a la izquierda de la quebrada siguiendo su curso; por todo el pie del cerro hasta tocar con el lindero de La Ceiba; de este punto siguiendo la línea deslindante hasta llegar al paso de "Padilla" que atraviesa el camino que conduce de esta ciudad a Mariquita, y continuando de allí por toda la línea deslindante de La Ceiba y Picota hasta el pie del cerro del Caimital, serranía arriba en línea recta hasta la cima, cuchilla del cerro abajo hasta el boquerón del Caimital y descendiendo a la zanja de Calunga, zanja abajo hasta la del charco de las Coles, del borde de este charco línea recta a la margen derecha del río Gualí este arriba hasta la confluencia de "Padilla" primer lindero".

Hemos marcado estos linderos en el croquis con la línea verde y como se ve sólo difieren de los inmediatamente anteriores en que de la cabecera del charco de los Coles sigue la línea hacia el río Gualí, por este río arriba hasta la boca de la quebrada "Padilla" y quebrada de "Padilla" arriba, agregándose así una pequeña porción entre el charco de los Coles, el río Gualí y la quebrada de "Padilla".

Remontándonos a fechas anteriores llegamos a la escritura (Nº...) de fecha 1º de junio de 1847 —Notaría de Honda— en que Florencio González v. de Julián Tribilco traspasa a Antonio María Monroy las tierras de "La Picota" y "Padilla" en jurisdicción de Mariquita por los siguientes linderos: "Desde el paso de Calunga extendiéndose para abajo a la punta de Meza del pastoreo hasta el paso de "Padilla", yendo para Mariquita, extendiéndose a la izquierda y lindando con las tierras nombradas "de La Ceiba" de la pertenencia de los herederos del señor José María de la Guardia, por el cerro del boquerón con las del Caimital del señor José María Samper, y con el río de Gualí y lindante con las tierras de Simón Almanzan y las de San Antonio que posee el señor Seonbjen y por la vega arriba hasta la punta del cerro del Chivato con la de los señores Navarros; y por el lado del llano de la manga con la quebrada llamada "doña Isabel", hasta su embocadura en la de "Rabo de Gallo".

Como se ve estos linderos que son los mismos descritos tiempo atrás en la escritura sin número de fecha 13 de junio de 1835 en que Francisco Eufracio Lucena traspasa a Julián Tribilco las mismas tierras dejan una indeterminación entre la desembocadura de la quebrada doña Isabel en la de "Rabo de Gallo" y el paso real de "Padilla". Pero considerando que en la hijuela de la señora Juana Manuela Monroy de Trefry, de que ya se habló, figura adjudicada a ella la finca de "Padilla" perfectamente delimitada por los linderos que muestra el trazo en verde de nuestro croquis y se expresa terminantemente que tal finca así delimitada era una tercera parte de la finca de mayor extensión denominada La Picota, es razonable admitir que los linderos de ésta debían abarcar esa tercera parte y que por este lado necesariamente iban por lo menos hasta donde se fijaron los de "Padilla", máxime cuando la cerca de piedra se nombra como lindero entre La Ceiba y Picota. Por esto hemos trazado los linderos de "La Picota" y "Padilla" descritos en las escrituras de 1847 y de 1835 (línea amarilla del croquis) siguiendo en el trayecto que ofrece la mencionada indeterminación el lindero norte que se dio al terreno de "Padilla" cuando se segregó como una tercera parte del globo mayor denominado "La Picota" y "Padilla".

Las escrituras de los años de 1828, de 1824, de 1800, de 1793 y de 1783, dan cuenta de las transferencias que se efectuaron en esos años de los terrenos "La Picota" pero en ninguna de ellas se dan los linderos de la finca. La escritura de fecha más antigua en que se encuentran linderos de los terrenos La Picota es la de fecha 3 de noviembre de 1772. En la parte legible de los linderos aparece la "Boca de C. (...) nga hasta (...) el paso Rl de "Padilla", y por la (...) de adentro desde (...) Boca de (...) ada de "Padilla", hasta el serro de Chibato, y bajo los (...) as linderos de

que está instruído dho D. Pedro Torrado". Por el contexto de estas frases parece que se quiso describir una alinderación semejante a la que más completamente figura en las aludidas escrituras de 1835 y 1847.

Respecto del tiempo anterior al año de 1772 existen en el expediente numerosos documentos en copias tomadas del archivo nacional y de diversas fechas que se remontan al siglo XVII y aún a los años finales del siglo XVI. Se encuentran en esos documentos constancias de mercedes confirmaciones, composiciones reales juicios y reconocimientos oculares referentes a los terrenos que incluyeron los de La Picota y sus vecindades pero en ninguno de ellos se encuentran alinderaciones de dicha finca ni de los de las colindantes. No obstante hay en esos documentos varias referencias a puntos y lugares geográficos de la región que contribuyen a ilustrar el problema de la ubicación de las tierras de que venimos tratando.

En una comunicación o informe de fecha 7 de 1722 que rinde don Juan Santos Marcos Martínez, alcalde ordinario de primer voto de la ciudad de Mariquita, al señor Oidor Juez privativo de tierras y sus composiciones se dice que en un testimonio firmado por Lucas Joseph de Gálvez escribano público de número consta la composición que se había hecho de sus tierras "por comprenderse en dicho testimonio dos partidas de las cantidades en que compusieron mis actores las tierras que poseo, llamadas San Francisco del Surco y Sierra Picota, que lindan por su frente con el Ejido de esta ciudad, que fueron de don Francisco Florian y el Capitán Floriano, su padre, y de Domingo García, siendo los primeros mis actores los Villanuevas, pobladores de esta ciudad. "De una diligencia de reconocimiento de las tierras del Surco que practicó el 20 de abril de 1703 don Francisco Fernández de Castañeda alcalde ordinario de Mariquita entresacamos: "al pie de un farallón o cerro que está frente de dicha ciudad a parte del oriente...para hacer la vista de ojos y reconocimiento de los límites y linderos contenidos en dicho su auto de las tierras llamadas el Surco que fueron de doña Isabel de Montalvo, que hoy posee el Sargento Mayor don Juan Santos Marcos Martínez...". Y más adelante "como los (límites) que constan de la escritura de la dicha doña Isabel de Montalvo, llamada comúnmente doña Isabel de Frias, en favor de don Francisco Floriano y en la de la partida de composición de tierras que hizo en el año de 1637 Domingo García del pedazo de tierra llamada "Sierra Picota" contenida en la venta que hizo al susodicho doña Isabel de Montalvo". "Reconoció su merced dicho ... ser este dicho farallón, el mismo que dá por lindero el Capitán Francisco Núñez Pedroso a la estancia del Capitán Villanueva con el Ejido y pasto común... fueron bajando por las dichas tierras del Surco abajo, hasta llegar a donde se aparta el camino que va de dicha ciudad al puerto de Honda para la Sierra Picota, y allí hizo su merced leer la venta que hizo doña Isabel de Montalvo a Domingo García... el año pasado de 1623... y se halló y reconoció estar las señas que da de la quebrada pegada al farallón y cerrito, en la forma que en dicha escritura está expresado, y que la dicha quebrada va corriendo hasta entrar en otra que llaman de "Padilla", abrazando un cerro que llaman Sierra Picota".

Parece que este cerro es parte del hoy llamado cordillera del Chivato y la quebrada es probablemente la de doña Isabel que unida a la de "Rab ode Gallo" entra en la de "Padilla".

Hay constancia en el expediente de que doña Isabel de Montalvo, casada con don Francisco de Frías era hija de don Juan de Villanueva y al morir éste la dejó como heredera universal de sus bienes.

En la composición de tierras hecha en Mariquita el 17 de marzo de 1637 les correspondió pagar a don Francisco Floriano y al Capitán Floriano, ciento treinta y cinco patacones de los novecientos en que se avaluaron todas sus estancias y lo que compró a doña Isabel de Frías; a Domingo García le correspondió pagar siete y medio pesos de los cincuenta en que se le avaluó su estancia de Sierra Picota.

Bajo el encabezamiento de títulos existe la constancia de que en Santa Fé a 14 de agosto de 1581, el licenciado don Pedro de Zorrilla Oidor más antiguo en la audiencia y Cancillería real del nuevo Reino de Granada a cuyo cargo estaba el Gobierno del Nuevo Reino, confirmó e hizo merced al Capitán Juan de Villanueva de una caballería de ganado mayor, camino de Honda, que linda con los Ejidos de Mariquita, y de que el cabildo de Mariquita adjudicó además a Don Juan de Villanueva el 9 de septiembre de 1589 una estancia de pan sembrar y unos pedazos de monte que caen en la estancia de ganado mayor que ya tenía.

De la sucinta pero comprensiva relación retrospectiva que antecede se destacan en resumen los siguientes hechos principales:

1). A don Juan de Villanueva se concedió antes de 1581 y se lo confirmó en ese año una caballería de tierra de ganado mayor, situada en el camino que de Mariquita conducía a Honda y desde el lindero oriental de los Ejidos de Mariquita que pasa por el farallón extremo occidental del cerro de Penagos, de dicho lindero hacia el oriente. Varios datos indican como muy probable que el antiguo camino de Mariquita a Honda iba más al norte de donde está el actual, por en medio de las cordilleras de Penagos y la del Chivato. Al mismo Villanueva se le concedieron después (año de 1589) una estancia de pan sembrar y unos pedazos de monte (arcabucos) situados éstos dentro de la caballería de tierra que ya tenía.

2). La hija de Villanueva heredera universal de éste vendió las tierras a distintas personas en dos porciones denominadas la una San Francisco del Surco y la otra Sierra Picota y estas dos porciones aparecen más tarde (años 1703-1722) en posesión de don Juan Santos Marcos Martínez. Según varois reconocimientos antiguos las tierras del Surco eran la porción inmediata a los Ejidos de Mariquita y la porción de Sierra Picota se extendía en la parte más cercana a Honda, es decir, de la Serranía del Chivato-Sierra Picota y de la quebrada doña Isabel hacia el Gualí.

3). En la venta que hace Clemente Vasco y otros a Pedro Torado de las tierras de la Picota —Escritura de 3 de noviembre de 1772— principian a definirse otros linderos de ellas como la Boca de Calunga hasta el Paso real de Padilla y la Boca de la quebrada de Padilla al cerro del Chivato. Los linderos de esta finca que después se llamó "Picota" y "Padilla" se encuentra ya casi completamente determinadas, salvo el vacío que anotamos y explicamos atrás en las escrituras de los años de 1835 y 1847 y ellos están señalados en nuestro croquis con la línea amarilla.

4). En el año de 1864 por virtud de partición y adjudicación de los bienes de la sucesión de Antonio María Monroy y María Josefa Jiménez, fueños que fueron de Picota y Padilla, se segregó una tercera parte de ese globo, parte que se delimitó con precisión para adjudicarla a la señora Juana Manuela Monroy de Trefry. Esta parte es la que se siguió llamando en adelante "Padilla" y es la misma que después de restarle algunos lotes que se fueron vendiendo en distintas ocasiones ha venido a quedar reducida a la que hoy está demarcada como la finca del señor Evaristo Hernández objeto del juicio.

Resulta pues que la actual finca de Padilla como parte de la de "Picota" y "Padilla" estaba incluída en las tierras que se concedieron a Villanueva.

Conclusión: Como consecuencia de todo lo que hemos expuesto llegamos a la siguiente conclusión: Del estudio de las diversas alinderaciones, diligencias de reconocimiento sobre el terreno y demás datos ilustrativos que se encuentran en el expediente se deduce que los terrenos que fueron objeto de las mercedes otorgadas a don Juan de Villanueva y de las confirmaciones y composiciones reales posteriores de que hemos hablado, tienen relación a través de las diversas divisiones y transferencias que sufrieron esas tierras con la actual finca de "Padilla", materia del juicio pues ese estudio establece que la nombrada finca formó parte de la "Picota" y "Padilla" y ésta a su vez de las tierras a que se refieren las referidas mercedes y composiciones y queda por lo mismo comprendida en ellas".

Ahora bien, la parte final de la vista de la Procuraduría expresa que aunque hace insistencia especial sobre la indeterminación que a su juicio existe en el lindero Sur de las tierras en litigio no por eso acepta que las demás líneas que las demarcan correspondan con las que obraron en los títulos emanados del Estado: pero es lo cierto que sólo en cuanto a dicho lindero —el del costado Sur— presenta observaciones en apoyo de sus tesis, lo que impide a la Corte considerar cualquiera otra objeción que pudiera presentarse al dictamen, puesto que no ha sido formulada explícitamente, y por consiguiente no se sabe en qué consisten los reparos que en concepto de aquel funcionario puedan descalificar o disminuír el valor de esta prueba.

En cuanto al expresado lindero Sur —como lo afirma el señor Procurador Delegado— es sólo en el año de 1835 cuando se mencionan por primera vez las tierras de Caimital "y ahora se sabe por la inspección ocular que este cerro corresponde a la cordillera de Caimital". Efectivamente en la escritura de 13 de junio de 1835, extendida en Honda, por medio de la cual Eufracio Lucena vendió a Julián Tribilco los predios denominados Picota y Padilla y se dieron estos linderos: "Desde

el paso de Calunga extendiendo de para abajo a la punta de la Mesa del pastoreo hasta el paso de Padilla y llendo para Mariquita extendiéndose a la insquierda y lindan con las tierras nominadas de la Seyba de la propiedad del señor José María de la Guardia, por el cerro del Boquerón con las del Caymital del señor José María Samper y con el río Gualí y lindante con las tierras de Jacinto Vivas y las de San Antonio que posee el señor Tribilco, y por la Vega arriba hasta la punta del cerro del Chivato con las de los señores Nabarros, y por el lado del Llano de la Manga con la quebrada llamada Dª Isabel hasta su desembocadura en la Rabo de Gallo...".

Estos mismos linderos, con las modificaciones que se verán en seguida, mediante comparación con los que acaban de mencionarse aparecen descritos en la venta que Florencia González viuda de Julián Tribilco hace de la Picota y Padilla a Antonio María Monroy, según escritura pública extendida en la ciudad de Honda el 1º de junio de 1847: "...por el cerro del Boquerón con las del Caimital del señor José María Samper y con el río de Gualí y lindante con las tierras de Simón Almanzar y las de San Antonio que posee el señor Seenbjen y por la vega arriba hasta la punta del Cerro del Chivato con las de los señores Navarros: y por el lado del llano de la manga con la quebrada llamada "doña Isabel" hasta su desembocadura con la de "rabo degallo".

Por medio de la escritura número 100 de 22 de junio de 1864 —también de la Notaría de Honda— se hizo la protocolización del juicio de sucesión de Antonio María Monroy y Josefa Jiménez, y allí aparece debidamente segregada y deslindada "Padilla" como la tercera parte de la finca denominada "Picota" y "Padilla", tercera parte que adquiere la señora Juana Manuela Monroy de Trefry, a quien se le adjudica por los linderos mencionados atrás, entre los cuales se encuentre el siguiente: "...y continuando de allí por toda la línea deslindante de La Ceiba y Picota hasta el pie del cerro del Caimital, serranía arriba en línea recta hasta la cima, cuchilla del cerro abajo hasta el boquerón del caimital...".

La vista fiscal sugiere la hipótesis de que la mención de las tierras de Caymital hecha en la escritura de 13 de junio de 1835 sea el límite, no de la finca Picota y Padilla vendida por Lucena a Tribilco, sino el de las de San Antonio, que éste poseía. Empero, tal hipótesis no parece probable, puesto que lo que se trató de delimitar en el referido instrumento público fueron los predios objeto de la venta (Picota y Padilla) y de ninguna manera las que ya poseía Tribilco colindantes con aquéllos.

La admisibilidad de su hipótesis la hace descansar la Procuraduría en la sola circunstancia de que de 1581 hasta 1864 "no se hubiera expresado un lindero arcifinio tan fácil de verificar" y esto desde luego no puede ser suficiente para destruír el alcance del dictamen pericial por medio del cual se trató precisamente de determinar y localizar los terrenos que forman al presente la mencionada finca Padilla.

Pero hay más, y es que en la transferencia que los herederos de Tribillo hicieron a Antonio María Monroy en el año de 1847 se repite la misma mención como lindero sur de Picota y Padilla, aunque ya para esta última época las mencionadas tierras denominadas San Antonio pertenecían a un dueño distinto (Seenbjen). No es difícil comprender que carecía en absoluto de objeto englobar en los terrenos de Picota y Padilla los de San Antonio para alinderar estos últimos con las tierras de Caimital.

De otro lado, ya ha podido verse que lo que más tarde formó la finca Padilla es una tercera parte de las tierras primeramente nombradas Picota y Padilla y que en 1864, fecha de la segregación, los actuales terrenos Padilla continuaron delimitándose por su parte Sur con la Serranía de Caimital.

A juicio de la Corte carece, pues, de arraigo en los elementos de prueba que se tienen a la vista la hipótesis presentada por el señor Procurador Delegado en lo Civil y habrá de declararla por ello inadmisible y, por tanto insuficiente para destruír el valor probatorio del dictamen pericial.

En la sentencia de 25 de octubre de 1944, recaída en el juicio sumario referente a la finca La Picota, hubo la Corte de hacer notar la ausencia de una inspección ocular que permitiera la identificación de aquel inmueble. Se dijo entonces:

"En el presente juicio, en el cual el objeto del aviso es la denominada hacienda La Picota, no se ha efectuado sobre el terreno un reconocimiento ocular semejante al que se practicó para la finca "Padilla".

En el Mapa de la Oficina de Longitudes del Tolima, de 1927, aparece la quebrada de "Padilla" el sitio de "Padilla", desembocando aquélla, más menos, de Sur a Noreste, en el río Gualí; y a astante distancia de aquella quebrada, de sur a ste, más o menos también, y desembocando en l mismo río, la "Quebrada Calunga". En la escritura del año de 1763, casi ilegible por el deterioro (f. 14v. C. Nº 3) se habla de "... Cerros de Calunga" en la venta que "de las tierras que llaman de La Picota", hizo Francisca Teresa de Arroyabe a Juan de Dios Albarracín. Las firmas de ésta y del comprador están borradas en esta escritura. La quebrada de Padilla atraviesa, según el mismo mapa del Tolima, el ferrocarril de Honda a Ambalema.

No figuran allí el Cerro del Chivato ni la Sierra Picota.

Posiblemente puedan corresponder estas alturas, a algunas de la Cordillera entre los sitios de Honda, Padilla y Mariquita: pero no figuran en el mapa ni se les ha localizado en el presente juicio tanto para saber cuáles son, como para determinar los puntos precisos en que tales cerros y los demás puntos arcifinios constituyen hoy los linderos respectivos con la finca La Picota, y establecer la concordancia o relación con la determinación de esta finca de acuerdo con los documentos procedentes a esta escritura del año de 1772 y los demás relacionados con esta escritura".

Y agregó, además:

"d) Es en la escritura (f. 55 ib.) de trece de junio de 1835 de la Notaría de Honda, en la cual **Francisco Eufrasio Lucena** dijo que daba en venta a Julián Tribilcock "un globo de tierra denominado La Picota y **Padilla**" —(subraya la Corte)— situado en jurisdicción de Mariquita el cual se halla bajo los linderos siguientes: desde el paso de Calunga extendiéndose para abajo de la punta de la Mesa del Pastoreo hasta el paso de Padilla y yendo para Mariquita extendiéndose a la izquierda y lindan con las tierras denominadas de la Seyba de la propiedad del señor José María de la Guardia, por el cerro del Boquerón con las del Caymital del señor José María Samper y con el río de Gualy y lindante con las tierras de Jacinto Vivas y la de San Antonio que posee el señor Tribilcock, y por la vega de arriba hasta la punta del Cerró del Chivato con las de la quebrada llamada Dª Isabel hasta su desembocadura en la de Rabo de Gallo...".

Estos linderos no se han localizado en el terreno en el juicio, cuyo objeto es la finca La Picota.

Aunque en el citado Mapa del Departamento del Tolima aparecen el sitio y la Quebrada de Calunga, no figuran en él ni se han localizado en el terreno, en el presente juicio, la Mesa del Pastoreo, ni los cerros del Chivato y del Boquerón, ni la quebrada llamada Dª Isabel ni la de Rabo de Gallo; ni las tierras nominadas La Seyba que pertenecieron a José María de la Guardia, ni las de Caimital, que fueron de José María Samper ni las que pertenecieron a Jacinto Vivas, al señor Tribilcock y a los señores Navarros.

El reciente plano o croquis que en el presente juicio han presentado los avisantes, no es prueba suficiente ante la Corte para aceptar como demostrados estos hechos, después de las observaciones hechas por la Sección Técnica del Ministerio del ramo".

Empero, el reparo formulado entonces por el aludido fallo del 25 de octubre de 1944 queda ampliamente subsanado en el presente juicio por la prueba directa de la inspección ocular que la Corte practicó y por el contenido de la diligencia pericial, instrumentos de certeza que por igual concurren a despejar toda duda respecto a la identidad del inmueble denominado Padilla, si se les dá eficacia legal que la ley les asigna. Y ya se ha dicho que la Corte no encuentra razón alguna para restarle valor probatorio y así habrá de reconocerlo expresamente, sobre todo en cuanto al dictamen pericial como medio suficientemente idóneo para la determinación del predio tántas veces mencionado.

De ahí que por fuerza de las razones indicadas la Corte se incline a aceptar como ciertas las conclusiones de la experticia, conforme a la regla del artículo 722 del C. de Procedimiento Civil; y teniendo en cuenta, además, no sólo la fundamentación que la sustenta sino el hecho de que respecto a ella se encuentran reunidos todos los elementos señalados en el artículo 723 de la misma obra, como son los referentes a la buena fama personal y profesional de los señores peritos, su ilustración y la certidumbre con que están expresados sus conceptos.

Conclusiones

No pudiendo prosperar por lo dicho los reparos presentados contra el dictamen pericial, la

Corte deberá tener como realizadas las siguientes demostraciones:

1ª El predio del litigio, denominado "Padilla", salió legalmente del dominio del Estado con anterioridad al 28 de octubre de 1873.

2ª Dicho predio ha sido objeto de explotación económica desde la época colonial, y a la época actual igualmente lo está, según las comprobaciones procesales de las dos instancias del juicio.

3ª La finca "Padilla" ha sido identificada como parte de la merced otorgada en el año de 1581 al Capitán Juan Villanueva, y en la actualidad aparece debidamente determinada, conforme se ha dicho.

Por todas estas razones la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— REVOCA la sentencia de fecha 21 de marzo de 1944, proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en su lugar niega las peticiones de los demandados y en consecuencia absuelve a la parte demandada de todos los cargos contra ella formulados.

Cópiese, publíquese, notifíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Demanda de inexequibilidad del artículo 35 de la Ley 7ª de 1945 en su inciso final.—Se declara que no es exequible el artículo 35 de la ley acusada. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 302

Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia anterior 306

Demanda de inexequibilidad del artículo 5º del Decreto legislativo Nº 1361 de 1942.—Se abstiene la Corte de decidir sobre la demanda. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 307

Inexequibilidad del proyecto de ley "por la cual se da una autorización al Congreso nacional y se dictan otras disposiciones". (Proyecto de ley que declara de utilidad social la adquisición de un terreno denominado "Montecristo", ubicado en Barranquilla—Se declara inexequible el mencionado proyecto. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 308

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R., Ramón Miranda, Pedro Castillo Pineda, Ricardo Jordán Jiménez y Domingo Sarasty M. a la sentencia anterior 316

Salvamento de voto del doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola a la sentencia anterior..... 320

Acusación de inconstitucionalidad del parágrafo del artículo 33 de la Ley 1ª de 1945. Se abstiene la Corte de decidir sobre aquélla por carecer de materia para ello. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R... 322

Págs.

Acción de inexequibilidad de los artículos 1º y 2º del Decreto extraordinario Nº 1411 de 12 de junio de 1945.—Se declara exequible el decreto acusado. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 323

Demanda de inexequibilidad de la Ley 34 de 1945.—Interpretación del artículo 105 de la Constitución.—Se declara exequible la ley acusada. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 326

SALA DE CASACION CIVIL

Acción petitoria de cesación de un juicio ejecutivo.—Reconvención petitoria de pago de perjuicios.—Recurso de revisión. — No se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá, dictada en el juicio promovido por Luis Camacho Matiz contra Margarita Hoyos de Uribe sobre revisión de la sentencia de excepciones proferida en juicio ejecutivo. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca..... 331

Acción de nulidad de un remate y otras por parte del actor y reconvención petitoria de nulidad de una partición, etc.—Régimen patrimonial de la Ley 28 de 1932.—Bienes sociales y bienes de cada cónyuge.—Deudas sociales y deudas personales de cada cónyuge.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Cecilia Salgar de Pardo contra Adolfo y Leonidas Botero Uribe, sobre nulidad de un remate y otros puntos. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 340

Objeciones a una partición.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio de partición del fundo denominado "La Jagua", ubicado en juris-

Págs.

dicción del Municipio de Obando, del Departamento del Valle. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 350

Nulidad absoluta y relativa.—Medios nuevos en casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario seguido por Lino Vergara y su esposa Domitila Vergara de Vergara y otra contra Alfonso Salamanca, sobre nulidad de un contrato de compraventa de un inmueble. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas 356

Acción de resolución de un contrato y de reivindicación.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Pasto, proferida en el juicio ordinario seguido por Luis Felipe Medina contra Juan Bautista Hoyos sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 362

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio ordinario promovido por Pedro C. Cordero contra Gonzalo D. Otero sobre nulidad de un contrato y reivindicación. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 369

Perjuicios.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario promovido por Carlos Vélez Escobar contra la Cervecería Unión, S. A., sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas. 380

Acción reivindicatoria—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido por Pablo A. Franco, en nombre de la sucesión de Elvia Vicenta Franco González, contra Anatolio Morales y Otoniel González, sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo..... 384

Acción de cobro de una suma de pesos.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Neiva, proferida en el juicio ordinario promovido por Bonifacio Gaitán contra Salvador Vanegas, sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca 390

Acción de terminación de un contrato de arrendamiento y de perjuicios. — Primera causal.—Error de hecho.—Condición potestativa.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Alejandro Pinto contra Carlos Portocarrero sobre terminación de un contrato de arrendamiento y perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 396

Acción petitoria de pago de servicios. — Incongruencia.—Alegación del error de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Ramón Troncoso contra la sucesión ilíquida de Amelia Rodríguez v. de Vergel sobre pago de servicios. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo 405

Responsabilidad jurídica de las personas de derecho público por los daños y perjuicios que causen como consecuencia de su administración descuidada o imprudente—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Cosme López contra el Municipio de Bogotá, por perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Hernán Salamanca..... 408

Interpretación del artículo 12 de la Ley 45 de 1936, sobre filiación natural.—Se confirma un auto y se revoca otro en el juicio ordinario sobre filiación natural promovido por Teresa Grillo contra la sucesión de Jorge Villamizar. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 413

Acción de filiación natural.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cartagena, proferida en el juicio ordinario promovido por Paulina Ruiz contra Julián Bossio y Matea Ramos de Bossio. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 415

Págs.

Aguas.—No se casa la sentencia del Tribunal de Tunja, proferida en el juicio ordinario seguido por Manuel Vargas y Rosa Ana Cuervo contra Víctor Amador Castro y Wenceslao Suárez, sobre distribución de aguas. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 421

Acción de nulidad de unos contratos.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario seguido por Raquel y Amancia Sabogal Padilla contra la sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Urías Sabogal y Ana Maya y contra la sucesión del primero sobre nulidad de unos contratos. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda..... 425

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Jesús Nivia contra Joaquín o José Joaquín Nivia. Magistrado ponente, Dr. José Antonio Montalvo..... 430

Reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario sobre reivindicación promovido por Rafael Garcés contra Dorancé Molina. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 436

Acciones de simulación y de reivindicación. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pamplona, proferida en el juicio ordinario promovido por Máximo Vargas Ardila contra la sucesión de Aurelio A. Villalobos y otros. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 440

Reivindicación.— Acumulación de autos.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Jorge Enrique Rodríguez contra Anacleto López, Ana Felisa Marín, Faustino Castañeda y otros en acción de dominio. Magistrado ponente, Dr. Arturo Tapias Pilonieta 446

Reivindicación.—Incongruencia. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario de dominio seguido por Bárbara Márquez contra Eladio Rey. Magistrado ponente, Dr. Manuel José Vargas..... 455

Acción de nulidad de una escritura.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Eliécer Saavedra contra Rebeca Tenorio de Saavedra, sobre nulidad de una escritura. Magistrado ponente, Dr. Pedro Castillo Pineda 460

SALA DE CASACION PENAL

Se confirma el auto de sobreseimiento definitivo dictado por el Tribunal Superior de Bogotá a favor del doctor Nicolás Niño Torres por los cargos que le hizo Ana Ramírez. — Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 468

La opinión como causal de impedimento.—Se declara legal el impedimento manifestado por el Magistrado doctor Agustín Gómez Prada para intervenir en la decisión del respectivo recurso de casación. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno..... 471

La prescripción de la acción penal en los delitos continuos.—Se niega el recurso de reposición contra el auto que confirmó el de proceder contra el ex-Juez Penal del Circuito de Bogotá, doctor Bernardo Gómez, por demoras en el ejercicio de sus funciones judiciales. Magistrado ponente, Dr. Francisco Bruno 473

Prueba de la circunstancia de mayor peligrosidad a que alude el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal. — Apreciación de la reincidencia. — Complicidad previamente concertada.—Teoría clásica del antiguo Código Penal.—Teoría de la escuela positiva. Doctrina de Florián.—Doctrina del Código colombiano.—Se casa parcialmente la sentencia del Tribunal Superior de Santa Marta para reducir la pena impuesta al procesado Pedro Lesport Curiel por el delito de Robo. Magistrado ponente, Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola 476

Págs.

Detención arbitraria.—Prevaricato. — Sobreseimiento definitivo por injustas acusaciones.—Se sobresee definitivamente en favor del doctor Ricardo Camargo Sierra por no haberse demostrado ninguno de los delitos de que se le sindicó.—Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 489

Apoderamiento y sustracción de lo hurtado o robado.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en la causa contra Luis Eduardo Amaya Sarmiento por homicidio y robo. — Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez 496

Falsedad en documentos públicos. — Se confirma el auto, materia de la apelación, en el juicio criminal seguido contra el doctor Bernardo Pérez Mejía, sobre falsedad en documentos públicos. Magistrado ponente, Dr. Ricardo Jordán Jiménez..... 504

Delitos de responsabilidad de los miembros del órgano jurisdiccional y del ministerio público por intervención en la política.—Qué debe entenderse por intervención en la política.—Se llama a juicio a los doctores Miguel A. Roa Medina, Miguel de J. Niño Leal y otros por infracción de alguna de las disposiciones contenidas en el Capítulo VI, del Título III del Libro II del C. P. Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada 511

Salvamento de voto de los Magistrados doctores Domingo Sarasty M. y Jorge E. Gutiérrez Anzola 521

No se repone el auto anterior. — Magistrado ponente, Dr. Agustín Gómez Prada..... 522

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción petitoria de indemnización de perjuicios materiales y morales por un acto administrativo.—Se declara la nulidad de lo actuado por incompetencia de jurisdicción improrrogable.—Se declara nulo lo actuado en el juicio seguido contra la Nación por Alfonso Manrique Terán sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 528

No se repone el auto anterior. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 535

Pensión de Miguel A. Garavito. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 538

Incidente sobre fijación del monto de perjuicios materiales y morales. — Se revoca el auto recurrido por José Guerrero y otros en el juicio seguido por éstos contra la Nación sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda.. 541

Pensión de jubilación del doctor Julio C. Zúñiga. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 548

Acción petitoria de declaración de cumplimiento de un contrato y de devolución de una suma de dinero.—Exploración y explotación de petróleos.—Se falla el pleito promovido por Paul K. Home contra la Nación para que se hicieran ciertas declaraciones sobre exploración y explotación de petróleos. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 555

Acción petitoria de declaración de dominio de un terreno.—Comunidad. — Petición del comunero para la comunidad—Se confirma la sentencia recurrida en el juicio promovido por Pedro A. Visbal contra la Nación sobre dominio de unos terrenos petrolíferos. Magistrado ponente, Dr. Eleuterio Serna R. 566

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.—Responsabilidad por el hecho ajeno. Requisitos para que haya caso fortuito. — Perjuicios morales. — Su apreciación.—Perjuicios futuros y perjuicios eventuales. — Se confirman unos apartes y se revocan otros de la sentencia proferida en el juicio seguido por los cónyuges Julio o Julián Guerrero y Tránsito Cárdenas contra la Nación ante el Tribunal de Pereira, por perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 570

Págs.

Instrumentos pagaderos a la orden.—Se confirma la providencia recurrida en el juicio seguido ante el Tribunal Superior de Santa Marta por José Escorcia Montalvo contra el Departamento del Magdalena, sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán..... 580

Acción petitoria de declaración de dominio, a favor de la Nación, del subsuelo petrolífero de la finca denominada "Padilla", en jurisdicción del Municipio de Honda.—Diferencia entre la prescripción y la caducidad. — Interpretación del artículo 7º de la Ley 160 de 1936, incisos 1º y 7º—Se revoca la sentencia del Tribunal Superior de Ibagué, proferida en el juicio sobre exploración y explotación de petróleos iniciado por la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, S. A. Magistrado ponente, Dr. Ramón Miranda 584

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA"
B O G O T A

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 LXI - BOGOTA, COLOMBIA, ENERO - FEBRERO - MARZO DE 1947 - NUMEROS 2042 - 2043 - 2044

SALA PLENA

DECRETO Nº 1480 DE 22 DE JULIO DE 1942, SOBRE COMERCIO Y EXPORTACION DE CAUCHO, BALATA, ETC., ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

Habiendo sido derogado el Decreto acusado por el Decreto Nº 2813 del 17 de octubre de 1945, no sería el caso de decidir acerca de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de él, según jurisprudencia reiterada de la Corte en Sala Plena; pero como se trata de un Decreto meramente Ejecutivo el conocimiento de la demanda corresponde, por mandato del artículo 41 del Acto Legislativo Nº 1º de 1945, 216 de la actual Constitución, a la jurisdicción contencioso-administrativa.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Los ciudadanos Hernán Salamanca P. y Carlos O. Bravo presentaron a la Corte demanda de inconstitucionalidad de los artículos 1º y 2º del Decreto Nº 1480 de 22 de junio de 1942, disposiciones que dicen:

"Artículo 1º.—Suspéndese, mientras dure la actual emergencia internacional, el libre comercio y la exportación de caucho, balata, chicle y gomas naturales similares extraídos del territorio nacional;

"Artículo 2º.—Desígnase a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, como único organismo autorizado por el Gobierno para comprar, vender y exportar caucho, balata, chicle y gomas naturales similares.

"Parágrafo.—Para la adquisición y venta de los productos a que se refiere este artículo, la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, podrá celebrar los contratos que considere necesarios, los cuales requieren para su validez la aprobación del Ministerio de la Economía Nacional".

La demanda de inexequibilidad señaló como violado por las disposiciones que se acaban de transcribir, el artículo 27 de la Constitución (hoy artículo 31) pues considera que el Decreto establece un monopolio, cosa que no puede hacerse sino por medio de ley; y observan los demandantes que el mismo Decreto se encargó de caracteri-

zar el monopolio, en su artículo 11, por el aspecto de arbitrio rentístico.

Dicen ellos que el Decreto es también violatorio del artículo 28 (hoy 32) de la Constitución; pues si es verdad que el Estado puede intervenir en la explotación de las industrias públicas y privadas, esa facultad sólo puede ejercitarse "con el fin de racionalizar la producción, distribución y consumo de la riqueza... pero en ningún caso hasta llegar a eliminar completamente la libre y lícita actividad de los particulares".

El señor Procurador General de la Nación emitió concepto en sentido favorable a la inexequibilidad solicitada.

Para ello se funda el Agente del Ministerio Público en que cuando el Gobierno ejerce sus facultades administrativas ordinarias o la facultad reglamentaria, suele encabezar sus decretos con esta expresión: "El Presidente de la República en uso de sus facultades legales", etc.; y que esa fue la fórmula empleada en el presente caso, lo cual demuestra que el Decreto es simplemente ejecutivo pues si se tratara de un decreto-ley habría dicho el Presidente que obraba "en uso de las facultades extraordinarias que le confiere u otorga la ley tal o cual".

Para el señor Procurador el Decreto establece un verdadero monopolio, cosa que sólo podría hacerse por medio de ley, y así resulta inconstitucional por este aspecto.

E igualmente acoge el señor Procurador el otro cargo formulado por los demandantes contra el Decreto, a saber: que si se trata de una intervención del Estado en las industrias, el Decreto es violatorio de otra norma constitucional: el artículo 28 (hoy 32) de la Carta, porque no se han llenado los requisitos que para la intervención establecía aquel artículo de la Constitución.

Hace hincapié el señor Procurador General en que ninguna ley que establezca un monopolio podrá aplicarse antes de que hayan sido plenamente indemnizados los individuos que en virtud de ella deban quedar privados del ejercicio de una industria lícita; que el monopolio sólo puede establecerse como arbitrio rentístico; "y que no habiéndose llenado ninguno de estos dos requisitos", los artículos acusados del Decreto son inconstitucionales.

Para resolver, considera la Corte:

Con posterioridad al Decreto 1480 de 1942 del cual se ocupa ahora la Corte, se dictaron otros sobre materias análogas, como el 2532 del citado año; y sobre los mismos puntos de que trata el Decreto acusado, se expidió el señalado con el número 335 de 15 de febrero de 1943 (D. O. Nº 25184) que modificó apreciablemente el acusado.

En el Decreto 335, que dijo adicionar el acusado, en realidad se vino a subrogarlo, pues el artículo 1º de aquél dispuso lo siguiente:

"Artículo 1º—Mientras dura la actual emergencia internacional, cualquiera persona o entidad podrá comprar el caucho, balata, chicle, perillo y demás gomas naturales similares, a los individuos dedicados a los trabajos de explotación, siempre que la compra se haga a precios no menores de los mínimos previamente fijados por el Gobierno".

El artículo 2º, dijo:

"Además de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, desígnase como organismo autorizado para la explotación, compra, venta y exportación de caucho, balata, chicle y gomas naturales similares, a la Rubber Reserve Company, entidad oficial de los Estados Unidos de América, quien podrá ejercer tales actividades en las mismas condiciones y con las mismas obligaciones con que las ejerce la Caja de Crédito Agrario, y mediante el lleno de las siguientes condiciones: ...". Y detalla a continuación, en seis incisos, tales condiciones.

El Decreto acusado había suspendido el libre comercio y exportación de caucho, balata y gomas naturales, y designado a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, como único organismo encargado por el Gobierno para comprar, vender y exportar aquellos productos; y el Decreto 335 de 1943, dictado ocho meses más tarde, autorizó de nuevo a "cualquiera persona o entidad" para comprar tales productos, sometiéndose sí, a los precios mínimos fijados por el Gobierno; y designó como organismo autorizado para la explotación, compra, venta y exportación de aquellos géneros, a más de la Caja de Crédito Agrario, "a la Rubber Reserve Company, entidad oficial de los Estados Unidos de América", dice el Decreto.

Este Decreto 335 de febrero de 1943 restableció, pues, la libertad de compra, pero dejó la exportación a sólo dos entidades: la Caja de Crédito Agrario y la Rubber Reserve Company.

Tan sustanciales modificaciones al Decreto acusado, expedidas pocos días después de que el se-

por Procurador General de la Nación emitió concepto en el asunto de que se trata, mermó considerablemente la importancia de éste y, por consiguiente, la urgencia de decidir acerca de su inconstitucionalidad.

Y por último: el Decreto Nº 2813 de 17 de octubre de 1945 (D. O. Nº 25995) reguló de nuevo la materia, y dijo expresamente en su artículo 22:

"Deróganse los Decretos números 1480 de 1942 y 335 de 1943".

Como las disposiciones sobre que versa la presente actuación forman parte del Decreto Nº 1480 de 1942, quedaron derogadas en virtud del artículo transcrito.

La Corte ha dicho siempre que cuando ha dejado de regir, por uno u otro motivo, una disposición acusada como inexequible, no es el caso de decidir acerca de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de ella, pues desaparecido el acto que debía ser objeto del fallo no hay ya materia sobre la cual pronunciarse.

El Magistrado a quien corresponde ser ponente en esta ocasión ha sostenido en porfiados y solitarios salvamentos de votos la tesis contraria, o sea, que la Corte sí debe pronunciarse en materia de inexequibilidad aun cuando la disposición acusada haya sido abrogada.

Pero es lo cierto que la Corte ha continuado declarando la inhibitoria cuandoquiera que la norma acusada como inexequible ha dejado de regir.

No podría, sin embargo, la Corte declararse inhibida para fallar en el presente caso sin que previamente determine la índole del Decreto acusado. Porque si es meramente ejecutivo, la decisión sobre la exequibilidad del mismo correspondería hoy al Consejo de Estado, de acuerdo con la reforma constitucional de 1945 (artículo 216 de la Carta); pero si es un Decreto-Ley, corresponde a la Corte pronunciarse acerca de él, sea en el fondo, sea en providencia inhibitoria; y porque en caso de ser legislativo el Decreto acusado no habría podido ser derogado por otro meramente ejecutivo.

La razón dada por el Procurador de la Nación de que el Decreto, en su encabezamiento no alude al ejercicio de facultades extraordinarias y sólo invoca las "facultades legales", es una razón de pura forma, y la naturaleza o índole de un Decreto no puede fijarse por esa simple circunstancia sino por la intención o fondo mismo del Decreto.

Cabe pensar que el señor Presidente de la República y su Ministro de Economía Nacional no podían ignorar que la Constitución impide establecer un monopolio si no es por medio de ley; y que al establecerlo para el comercio y exportación de caucho y materias similares, entendieron obrar en vista de la situación de guerra mundial y con un propósito de defensa económica e industrial del país, es decir, por los motivos y con las miras que inspiraron la ley 128 de 1941 de que adelante se hablará.

Así lo hace ver también la condición de vigencia limitada que al Decreto le daba su primer artículo —cabalmente uno de los acusados— cuando ordenó suspender el libre comercio y la exportación de caucho, etc., "mientras dure la actual emergencia internacional". Con tal criterio podrá asignarse al Decreto acusado no la índole de simplemente ejecutivo, sino la de un Decreto dictado en ejercicio de las facultades extraordinarias que para el desarrollo de la producción nacional y la defensa económica del país otorgó al Gobierno la ley 128 de 1941.

Considerado, pues, como Decreto-Ley, correspondería a la Corte conocer de la demanda de inexequibilidad; y habría de pronunciarse sobre ella.

Sin embargo, tampoco es aceptable, para determinar la índole de legislativo o ejecutivo del Decreto, atenerse solamente a la calidad del asunto sobre el cual versa.

Es necesario examinar tanto la materia regulada por el Decreto como la norma en virtud de la cual éste se haya dictado, para poder atribuírle uno u otro carácter.

Con fecha 13 de diciembre de 1941 se expidió la ley 128 "por la cual se dictan algunas disposiciones económicas y fiscales, y se reviste al Presidente de la República de facultades extraordinarias" tanto para el mantenimiento leal y completo de la política de solidaridad continental, como para adoptar las medidas económicas y fiscales necesarias a fin de conjurar un eventual desequilibrio fiscal, allegar recursos "y proveer al desarrollo de la producción nacional", todo con miras a la defensa bélica y económica de Colombia.

El artículo 6º del Decreto Nº 1454, de 19 de junio de 1942 "sobre fomento forestal", decreto que dijo el Presidente dictar "en uso de sus atribuciones legales y especialmente de las que le confiere la ley 128 de 1941", dispuso lo siguiente:

"El Gobierno podrá suspender el libre comercio y la explotación de aquellos productos forestales que sean necesarios para atender al suministro de materias primas para las industrias del país".

Esta disposición, que no ha sido acusada, se dictó en uso de las facultades extraordinarias de que revistió al Presidente la ley 128 de 1941; tiene, pues, valor de ley. Y sin duda por virtud de ella, y dos días después de dictada, el Gobierno expidió el Decreto Nº 1480 de 1942, acusado en parte.

De manera que el origen inmediato de éste no fue la ley 128 de 1941 sobre facultades extraordinarias, sino el Decreto 1454 expedido en razón de ellas.

Ahora: si el Decreto acusado se dictó por virtud de un Decreto-Ley, aquél no podría tener también el carácter y fuerza de Decreto-Ley, porque no sería aceptable que el Gobierno se confiriera de nuevo a sí mismo facultades extraordinarias; de donde se concluye que el Decreto acusado es meramente ejecutivo, y así lo entendió el Gobierno puesto que lo derogó por otro Decreto Ejecutivo, el 2813 del año 1945.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 41 del Acto Legislativo Número 1º de 1945 (216 de la actual Constitución), corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo conocer de las acusaciones por inconstitucionalidad de esta clase de decretos, por lo cual la Corte Suprema de Justicia declara que carece de competencia constitucional para pronunciarse sobre este negocio.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL.

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

DECRETO EJECUTIVO Nº 554 DE 1942, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

El artículo 14 del Decreto acusado es inexequible porque claramente contraría lo dispuesto por los artículos 80, 102 y 214 de la Constitución Nacional.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

El doctor Cástor Jaramillo Arrubla, en ejercicio de la facultad conferida a todo ciudadano por el artículo 214 de la Constitución en su nomenclatura actual, a la sazón de la demanda artículo 149, pide se declaren inexequibles los artículos 5º, 6º, 14, 16, 18, 30, 31, 32, 51, 52 y 57 del Decreto Ejecutivo número 554 de 1942, "por el cual se dictan disposiciones sobre impuestos", "en uso de las facultades extraordinarias de que trata el artículo 16 de la Ley 128 de 1941".

Al señor Procurador General de la Nación se dio y él respondió el traslado de ley. Su concepto, opuesto al de la demanda respecto de algunas de esas disposiciones y favorable a la misma sobre otras, habrá de citarse aquí en su lugar.

Son de descartarse desde luego varios de esos artículos en atención a que no pueden ser materia de estudio, así:

El 5º, acusado en sus incisos 2º y 3º que respectivamente restringe al Tribunal de lo Contencioso del domicilio del interesado el conocimiento de las decisiones y recursos en asuntos de impuestos materia del decreto, al paso que esa jurisdicción corresponde a prevención no sólo al Tribunal de ese domicilio, sino al del territorio donde se hizo la liquidación o al del lugar donde se cobró el impuesto, y suprime (inciso 3º) el recurso de apelación en algunos casos y establece el de consulta en otros que no lo tenían.

El Decreto 554 es una deducción o por mejor decir una proyección de la citada Ley 128, con posterioridad a la cual se dictó y sancionó el Código de lo Contencioso Administrativo, Ley 167 del mismo año de aquélla (1941), y análogamente, si el decreto es de 28 de febrero de 1942, posterior a él es la vigencia del Código, para la cual se señaló el 1º de abril de este año (1942). Como el Código regula íntegramente la materia tratándose de tales juicios y recursos y como con sus disposiciones respectivas pugnan las de los incisos citados, éstos quedaron derogados tácitamente, al tenor del artículo 71 y del 72 del C. Civil.

Del artículo 6º del decreto cabe decir otro tanto. El, que versa sobre el incidente de excepciones en juicios ejecutivos por impuesto de renta y complementarios, establece que la justicia ordinaria "no podrá variar las bases de las cuales se dedujo la obligación por diferencias de apreciación y aplicación de las leyes impositivas pertinentes".

El 18 y el 51 quedaron expresamente derogados por el 17 de la Ley 45 de 1942, que entró a regir desde su sanción, pronunciada el 18 de diciembre de ese año. Esta derogación expresa deja sin sujeta materia para el presente fallo estos artículos, así como la mencionada derogación tácita produce igual efecto respecto de los incisos 2º y 3º del artículo 5º y del artículo 6º.

Se descarta asimismo el artículo 16 del decreto, no ya por esa causal, sino porque, como lo advirtió en su día el Procurador General, no es materia de ataque alguno, al punto que parece obra de mera distracción del demandante la presencia de ese artículo 16 en la referida lista de disposiciones acusadas.

Es consecuencia de lo antedicho que el estudio ha de concretarse a las restantes disposiciones mencionadas, cuales son los artículos 30 a 32, 52 y 57, de un lado y el artículo 14, de otro, que en fuerza de las consideraciones que pasan a hacerse, acordes con las opiniones del Procurador General, han de declararse, respectivamente, exequibles e inexequibles.

Los artículos 30 a 32 versan sobre sorteo y nombramiento de peritos avaluadores de bienes en causas mortuorias y en diligencias de insinuación de sucesiones y sobre impedimentos. El demandante los acusa afirmando que las autorizaciones de la Ley 128 no llegan a tanto y también por-

que discrepan aquellas reglas de lo establecido en el Código Judicial y en la Ley 63 de 1936.

Se observa desde luego que esta discrepancia, aunque la hubiera, no sería determinante de inconstitucionalidad, y se agrega que antes bien estos artículos del decreto concurren a la eficacia de esas leyes anteriores; y se observa igualmente que al proveer a dar base exacta por medio de honestos avalúos a la liquidación de los impuestos aludidos, es algo que encaja visiblemente dentro de las referidas autorizaciones y de su finalidad fiscal.

El artículo 52 ordena la presentación de los libros de comercio al respectivo funcionario cuando sea necesario para la liquidación de los impuestos de renta y complementarios y señala multas cuando se falta a ese deber por el contribuyente. Estas medidas reglamentarias se encaminan también a las finalidades antedichas y, de otro lado, están autorizadas expresamente por la Constitución, cuyo artículo 38 (39 de la nomenclatura anterior) dice en su inciso 2º: "Para la tasación de impuestos y para los casos de intervención del Estado, podrá exigirse la presentación de los libros de contabilidad y demás papeles anexos".

Estas breves reflexiones demuestran la exequibilidad de los artículos 30, 31, 32 y 52.

La del artículo 57 es, si posible, más clara, pues él se limita a señalar la fecha de vigencia del decreto. Es inaceptable el cargo de inconstitucionalidad que le hace la demanda, consistente en que por ser inconstitucionales, según ella, todas las disposiciones acusadas, lo es consecuencialmente el artículo que fija el día que han de empezar a regir. Observa además el señor Procurador que aunque la acusación prosperara para la larga lista de artículos demandados, ni aun así caería el 57, puesto que el decreto contiene muchos otros artículos que no son materia de ataque.

El artículo 14 dispone en su primer inciso que el Procurador General de la Nación o el Fiscal del Consejo de Estado en demandas de inconstitucionalidad de leyes o decretos en el ramo de impuestos nacionales o de ilegalidad de decretos y resoluciones en el mismo sentido, una vez notificados están en la obligación de pasarlas a conocimiento del Jefe de Rentas e Impuestos Nacionales por el término de ocho días, a fin de que este funcionario exprese su concepto escrito, y que el término del traslado de aquéllos será ampliado en tal forma.

El mismo artículo 14 establece en su inciso 2º que cuando tales Procurador o Fiscal lo crean conveniente ante la importancia del negocio, dicho Jefe o un comisionado suyo concurrirá a las audiencias públicas como asesor, y que, de su lado, aquellas corporaciones atenderán en sus reglamentos a esta contingencia.

Desde que la reforma constitucional de 1910 atribuyó a la Corte Suprema de Justicia la guarda de la integridad de la Constitución y confirió a cualquier ciudadano la facultad de demandar toda disposición de ley o de decreto ejecutivo que estime violatoria de la Carta, a través de las reformas que ésta ha recibido, se ha mantenido como tramitación única la intervención del Procurador General de la Nación mediante el traslado que ha de dársele de la demanda. Así reza hoy el citado artículo 214 de la Constitución. Por su parte su artículo 80 dispone que las leyes orgánicas del Ministerio Público "deben tener origen únicamente en la Cámara de Representantes", y al enumerar el artículo 102 las atribuciones especiales de ésta señala como 4ª "iniciar la formación de las leyes sobre contribuciones u orgánicas del Ministerio Público".

Al confrontar el artículo 14 del Decreto con los preceptos constitucionales citados en el párrafo precedente, claramente aparece que los contraría, lo que vale como decir que aquél es inexequible.

Como las sentencias que se dictan en estos procesos tienen que concretarse a la constitucionalidad de lo acusado, la Sala no puede detenerse en consideraciones de conveniencia, lo que no obsta para que aquí se ponga de presente que esta declaración de inexequibilidad en manera alguna se opone a que los prenombrados agentes del Ministerio Público, en su empeño de llenar su alta y delicada misión del modo más cabal, busquen, como siempre loablemente lo han hecho, la más completa ilustración para rendir sus vistas, acudiendo cuando sea necesario a los funcionarios y oficinas públicas para informarse adecuadamente.

Se completa el relato de las disposiciones acusadas anotando que el artículo 18 dispuso colacionar las entradas de cada accionista de compañías anónimas por sus dividendos para la liquidación de su renta y que el demandante vio en esto la creación de un impuesto nuevo, porque hasta entonces se cobraba sólo directa y globalmente a las compañías; y que el artículo 51 impuso a toda persona de capital mayor de $ 20.000 el deber de llevar libros, aun no siendo comer-

ciante. Como ya se dijo, estos artículos 18 y 51 no han de ser materia de este fallo por haberlos derogado la Ley 45 de 1942.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de la facultad que le confiere el artículo 214 de la Constitución y oído el señor Procurador General de la Nación, resuelve:

1º Es inexequible el artículo 14 del Decreto Ejecutivo número 554 de 28 de febrero de 1942;

2º Ese Decreto es exequible en sus artículos 30, 31, 32, 52 y 57; y

3º No hay lugar a considerar los artículos 5º, 6º, 16, 18 y 51 del mismo.

Publíquese, cópiese y notifíquese. Comuníquese al Ministerio 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, Secretario en ppdad.

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTICULOS 1º Y 3º DE LA LEY 44 DE 1928 Y 1º DE LA LEY 110 DE 1937, SOBRE EL COLEGIO DE SAN BARTOLOME.—TEORIA JURIDICA DE ESTABLECIMIENTO PUBLICO Y DE FUNDACION.—QUE DEBE ENTENDERSE POR UNO Y OTRA. — ABSTENCION DE LA CORTE DE DECLARAR SI EL COLEGIO DE SAN BARTOLOME ES ESTABLECIMIENTO PUBLICO O FUNDACION Y DEL CONOCIMIENTO DE UNA DEMANDA QUE TIENE POR FIN EL PEDIR LA DECLARACION DEL DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE BIENES QUE ESTAN EN CONTROVERSIA.—INEFICACIA JURIDICA DE LAS LEYES QUE, INVADIENDO LA ORBITA DE LA RAMA JURISDICCIONAL, TRATAN DE DEFINIR EN PROVECHO DEL ESTADO, CON FUERZA VINCULANTE Y OBLIGATORIA, LA PROPIEDAD DE UN BIEN, FRENTE A TERCEROS CON PRETENSIONES CONTRARIAS.— LEYES FORMALES Y LEYES MATERIALES

1.—Ha sido doctrina de la Corte la de que los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado; mientras que las instituciones de utilidad pública son creaciones de iniciativa privada, pero dedicadas al servicio de la comunidad social. En nuestro régimen de derecho público los establecimientos públicos son también dependencias administrativas del Estado (en su acepción genérica que comprende a la Nación, los Departamentos, o los Municipios), dotados de patrimonio especial y de personalidad jurídica. Estas entidades, aunque partes del engranaje general de la administración, tienen individualidad propia y en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creadas poseen las acciones que pudieran corresponderle a un particular.

2.—En lenguaje jurídico la palabra FUNDACION representa hoy "la constitución de cierto patrimonio con el objeto de dedicar el capital, renta, o ambas cosas conjuntamente, al cumplimiento de fines lícitos y permitidos por la ley, con carácter permanente". Las FUNDACIONES nacen de un acto de voluntad individual, aislado o asociado a otras voluntades, acto que traduce en obra un fin social, como la educación, el cultivo de las ciencias y de las artes, la caridad, etc. Toda FUNDACION por su naturaleza jurídica debe tener como impulso creador el de voluntades privadas. Puede un poder del Estado crear un hospital, un asilo, un instituto de artes, un colegio, etc. Un establecimiento así formado no podrá ofrecerse con los caracteres jurídicos de una FUNDACION, porque el establecimiento pertenecerá al Estado, quien puede gobernarlo a su arbitrio, transformarlo, extinguirlo, etc.; en tanto que la FUNDACION no pertenece sino a ella misma y el Estado, mientras la reconozca, no le puede cambiar sus fines lícitos. En el establecimiento falta la nota especial que ya advertía Savigny en la persona jurídica FUNDACION, o sea la de ser persona ideal, consistente en la constitución de un patrimonio privado con destino o fin especial. En la FUNDACION, según teoría unánime del derecho contemporáneo, la voluntad de aquélla no es el resultado de la deliberación o representación de individuos que convierten sus opiniones personales en actos colectivos, como en la corporación, sino la misma voluntad del fundador, en su inmanencia directiva de la personalidad moral que representa el fin fundacional, y que viene a formar la regla de administración y de destinación del patrimonio. El fundador prefija la norma de vida del ente, la cual aparece como límite de la voluntad de los que administran las instituciones.

3.—No puede definirse en la acción pública de inexequibilidad la de propiedad de un bien, pues las controversias referentes al

derecho de propiedad individual son completamente ajenas a los fallos de inexequibilidad de leyes y decretos de que trata el artículo 214 de la Carta, aun en los casos en que el reclamo se dirija contra la Nación. En tal caso no existe acción popular. Es el mismo interesado en hacer prevalecer su derecho quien privativamente tiene la potestad de demandarlo en juicio seguido con la plenitud de las formas legales creadas a fin de garantizar la respectiva defensa de cada una de las partes contendoras. Por consiguiente, la Corte carece de competencia para decidir quién es el titular del derecho de dominio sobre el edificio de San Bartolomé, y por ende, dada la naturaleza del negocio, acerca de la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes acusadas.

4.—El legislador no puede definir en provecho del Estado, con fuerza vinculante y decisoria, la propiedad de un bien, frente a terceros con pretensiones contrarias, pues invade la órbita de la rama jurisdiccional. El parlamento, por medio de leyes, carece del poder jurisdiccional de JUZGAR.

5.—La verdadera ley es aquella que crea u organiza el derecho positivo; que se dicta con carácter general, abstracto e impersonal, o mejor, la que gobierna una categoría determinada de intereses, consagrando reglas de conducta, ya en el orden de las relaciones privadas entre los súbditos, ya en el orden de las relaciones de los súbditos con el soberano. Al lado de estas ordenaciones con categoría de leyes, el poder legislativo toma participación en funciones puramente administrativas, por medio de actos que se revisten de las formas de la ley, pero que en la materialidad de su sustancia no contienen nada parecido a una regla de derecho.

No por carecer la ley de generalidad escapa al control jurisdiccional de la Corte previsto en el artículo 214 de la Carta, pues las leyes particulares y concretas también son susceptibles de contener mandatos inconstitucionales. Lo que ocurre es que esas leyes, cuando concretamente tienden a disponer de bienes nacionales, o que el Estado reputa del patrimonio público, ni remotamente engendran obligaciones a cargo de los particulares debido a su naturaleza. Mucho menos puede asignárseles alcances jurisdiccionales, ni pueden implicar declaraciones de dominio. No son órdenes para los particulares con fuerza coactiva y decisoria. Son órdenes e instrucciones al gobierno, que para cumplirlas debe tener en cuenta que no por emanar del Congreso le crean al Estado fueros o prerrogativas especiales en relación con terceros que ninguna participación han tenido en la expedición del acto.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, diciembre nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

El ciudadano colombiano doctor Carlos Bravo, en ejercicio de la acción popular que consagra el artículo 41 del acto legislativo número 3 de 1910, artículo 214 de la actual codificación, demanda la declaratoria de inexequibilidad de los artículos 1º, 2º parte, y 3º de la ley 44 de 1928 y primero de la ley 110 de 1937. Cita como violados por el legislador el artículo 26 de la constitución nacional, hoy bajo el número 30 de la respectiva codificación vigente, por el cual se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con justo título, con arreglo a las leyes civiles; el artículo 33 del mismo estatuto, correspondiente al 36 de la nueva codificación, que ordena respetar el destino de las donaciones **inter vivos** o testamentarias hechas conforme a las leyes para fines de interés social previniendo que no puede ser variado ni modificado por el legislador; y el artículo 115 del propio estatuto, reproducido bajo el número 119 de la misma codificación, cuyo ordinal 19 establece que incumbe al presidente de la república como suprema autoridad administrativa, ejercer el derecho de inspección y vigilancia sobre las instituciones de utilidad común para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas, y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores.

Del correspondiente libelo se corrió traslado al señor procurador general de la nación, en cumplimiento de la respectiva norma constitucional. Este funcionario combate los fundamentos de la demanda, en un extenso escrito, en que manifies-

ta su oposición a que se acceda a la pretensión del doctor Bravo.

CAPITULO I

SINTESIS DE LAS PARTES MAS IMPORTANTES DEL ESCRITO DE DEMANDA

En la imposibilidad de extractar todo el largo escrito de demanda, haráse más bien una breve síntesis de aquellas alegaciones fundamentales que den una idea exacta de las tésis que desarrolla.

El demandante tomando base en los hechos históricos que se cumplieron al rededor de la fundación del Colegio Seminario de San Bartolomé en el año de -1604; del funcionamiento de dicho Colegio en su primera época de la vida colonial, bajo la dirección de los Padres de la Compañía de Jesús hasta 1767, en que fue expulsada la Compañía de todos los dominios españoles por Real Cédula de Carlos III; de la actitud del gobierno español que no obstante la ocupación de todas las temporalidades que pertenecían a los expatriados, se abstuvo de alterar la autonomía del instituto, conservándole así la fisonomía que el fundador le había asignado; del acto constituído por el restablecimiento de la Orden religiosa a su anterior estado, y anulación total de los decretos de disolución, de que fue autor Fernando VII en el año de 1815, con la consiguiente orden para que se le restituyeran todos los bienes, orden que según el demandante se incorporó en la legislación colombiana en fuerza de la constitución política de 1821 y de la ley de 8 de abril de 1826, disposiciones en virtud de las cuales, según la demanda, la condición jurídica que San Bartolomé tenía al consumarse la expulsión de la Compañía por el gobierno español, no fue alterada por la emancipación de las provincias de la Nueva Granada; y por último de la circunstancia de que el gobierno de la república, a partir de la emancipación, ha respetado el edificio del Colegio y sus bienes y rentas, y el legislador reconocido su personería jurídica en toda época; concluye sosteniendo que la Nación nunca ha sido dueña del Colego de San Bartolomé, ni de sus bienes y rentas, el cual tiene así el carácter de persona de derecho privado, bajo el gobierno privativo de la Compañía de Jesús.

Respaldado en esta conclusión razona así el demandante en párrafos importantes que se toman de la demanda:

"Los problemas jurídicos generales que han de resolverse son estos: el Estado colombiano que ha reconocido y reconoce en actos legislativos y providencias oficiales, aun de orden económico y fiscal, la institución denominada Colegio de San Bartolomé, ¿está obligado a restablecerla a su estado originario y por consiguiente a devolver a ella uno de sus bienes, como es el edificio en que se fundó y acrecentó y transformó en más de ciento cincuenta años a poder de su esfuerzo perseverante con donativos particulares?

"Porque desde luego es un hecho que da en los ojos, que el Estado ni compró el terreno en que está levantado el edificio, ni construyó éste originariamente, no realizó la fundación ni ha podido adquirir por prescripción el edificio mismo ni por ningún otro título jurídico. Vale decir, el Estado no tiene ningún título en derecho que legitime ni justifique la afirmación de que se trata de un edificio de propiedad nacional.

"En el campo institucional surge otra cuestión: el Colegio de San Bartolomé es una institución social, de interés de la comunidad, de interés público, en una palabra. Esto ha sido a todo lo ancho y a todo lo largo de la vida del país, sin que haya voz que pueda alzarse para discutir este hecho, y dicho plantel está oficialmente reconocido, fuera de que es un hecho histórico el hecho histórico por excelencia en estos particulares. Ahora, en presencia de textos constitucionales como el del artículo 33 del estatuto y 115, ordinal 19 del mismo, que mandan a una proteger las instituciones de interés social, sin que el legislador pueda variar ni modificar el destino de las donaciones **inter vivos** o testamentarias, hechas al efecto y que ordenan la inspección y vigilancia de tales instituciones para que sus rentas se conserven y sean debidamente aplicadas y que en todo lo esencial se cumpla con la voluntad de los fundadores, en presencia de estas disposiciones, repito, ¿están o no obligados los poderes del Estado a respetar el Colegio de San Bartolomé, restableciendo su autonomía originaria, y a proteger sus bienes y rentas para que en lo esencial se cumpla la voluntad de los fundadores?

"Paso a analizar estos problemas con la separación debida, a fin de que la honorable Corte pueda apreciarlos en todos sus aspectos y formar concepto definitivo sobre ellos.

"Tocante al primer problema planteado, nadie podrá poner en tela de duda que la nación, llámese monarquía o república, no fue ni fundado-

ra ni dirigió y administró el Colegio de San Bartolomé, ni por lo tanto fue dueña de bien alguno de los que constituyen y han constituído el patrimonio del instituto; y asimismo tampoco podrá negarse que la Compañía de Jesús realizó la fundación, que desde su origen la dirigió y administró de acuerdo con sus reglas propias y dirigió y administró los bienes del Colegio, los aumentó en el decurso de ciento cincuenta años con independencia jurídica y económica del Estado, aunque protegida y amparada por éste.

"La cuestión que en determinada época pueda ofrecer dificultades de hecho, que no de derecho, se origina en la expulsión de la Compañía de Jesús en 1767, por el rey Carlos III. El extrañamiento de aquélla y la privación de sus temporalidades dejó subsistente el colegio con sus bienes y rentas privativos, por disposición especial del mismo monarca en la real cédula de 1770, sin que el Estado se hubiera apropiado del edificio del colegio, el cual siguió su destino originario ocupando siempre el mismo edificio; habría que anotar la ocupación de parte de éste por el Seminario Conciliar, de acuerdo con la disposición de la Junta de Temporalidades en 1771.

"En 1815 sobrevino el restablecimiento de la Compañía de Jesús en los dominios españoles con la orden de restitución de sus colegios y demás bienes existentes; esta orden de restitución se ejeejecutó en España y en otros países del continente americano a donde los Jesuítas pudieron regresar. La orden de restablecimiento y de restitución, que envolvía también una reparación moral, destruyó o aniquiló la situación creada anteriormente, y por tanto dejó sin efecto para lo futuro la despótica e injusta resolución que privó a sus dueños de lo que legítimamente poseían y dejó abierto el camino para restablecer a su estado primitivo una institución social que gracias al influjo benéfico que en todo tiempo había ejercido en la cultura del país, se había conservado como patrimonio de la juventud".

.....

"De ahí que al declarar la constitución de 1821 que quedaban en vigor las leyes españolas en todas las materias y puntos que no se opusieran a las nuevas instituciones, se incluían precisamente las leyes análogas que coincidían con las nuevas en el propósito de salvar las instituciones de carácter social y sus bienes en beneficio de la cultura general.

"En suma, la orden de restablecimiento de la Compañía de Jesús y de restitución de sus colegios corta toda duda en derecho acerca de la subsistencia de la orden antérior, y lo que es más, en el campo de la moral política, constituye un imperativo categórico que veda al Estado apropiarse **manu militari** los bienes de una institución que él mismo ha respetado y conservado por medio de numerosas leyes.

"En puridad, el Estado no tiene hoy otro título sobre el colegio de San Bartolomé que el de la usurpación, cohonestada en su origen por la expulsión de la Compañía de Jesús y por la privación de sus temporalidades, pero que hoy no puede prosperar por ningún motivo".

El demandante examina luego si el Estado ha adquirido por prescripción el edificio de San Bartolomé en virtud de una posesión inmemorial. En contra de esta tesis considera que "el Estado ha reconocido siempre y pagado y está pagando al Colegio de San Bartolomé, al colegio fundado por la Compañía de Jesús, por razón de censos redimidos en el tesoro, por arrendamientos de bienes propios de dicho colegio, intereses distintos y para el efecto siempre expidió documentos de crédito con sus respectivos cupones en ciertas épocas para facilitar el cobro de esos intereses"; así pues cada pago de la Nación al colegio, por razón de las rentas de que éste disfruta, "deshace como el humo" la prescripción, porque quien reconoce un instituto en los términos en que el Estado ha reconocido a San Bartolomé renuncia en forma inequívoca la prescripción.

Pero se dirá acaso, arguye el demandante, que la Nación adquirió el edificio del Colegio de San Bartolomé, si no por la prescripción, sí porque la Compañía ha renunciado al dominio del edificio en fuerza de haber aceptado repetidas veces de manos del gobierno el arrendamiento del mismo trocando así su carácter de dueño por el de mero tenedor, cosa que ha sucedido varias veces y sucede actualmente. Esta argumentación merece muchos reparos. Los contratos de arrendamiento obedecen a la situación de hecho en que se hallan los Jesuítas ante la Nación que les usurpó el edificio. Por otra parte, los derechos de orden social que interesan a la comunidad no se pueden renunciar. Esta teoría está consagrada en el artículo 15 del Código Civil. De tal suerte que un derecho de categoría social, que atañe al interés de los asociados, nadie lo puede renunciar, y si la renuncia se encamina a variar o modificar el des-

tino de la institución, tampoco sería válida, porque a ello se opone no solamente el precepto civil citado sino también el artículo 33 de la Constitución. (Artículo 36 de la actual codificación).

Los artículos 1º y 3º de la ley 44 de 1928 contienen disposiciones que implican que la nación es propietaria del edificio. Este concepto lo reafirma la segunda parte del artículo primero de la ley. La nación se confiere pues a sí misma el carácter de propietaria del edificio de San Bartolomé, arrebatando esta propiedad al instituto, que tiene un patrimonio independiente del de aquélla, reconocido por la legislación del país ayer y hoy.

La ley 110 de 1937 dispuso en el artículo 1º la suspensión de la destinación dada por la ley 44 de 1828 al edificio del Colegio de San Bartolomé y al propio tiempo ordenó la devolución del edificio a la Nación.

La ley 44 de 1928 así como la 110 de 1937 desconocen y vulneran el derecho de propiedad del Colegio de San Bartolomé sobre su propio edificio, que siempre ha ocupado, según lo reconocen ambas leyes, y privan así a una fundación eclesiástica de un bien que nunca ha dejado de pertenecerle y en que siempre ha ejercitado su misión social docente. Estas leyes, que lejos de garantizar la propiedad privada la desconocen y vulneran, son contrarias a la ley fundamental de la Nación y por tanto deben ser anuladas.

Tales disposiciones "encierran fundamentalmente la variación o modificación de fines esenciales del instituto y consecuencialmente del destino de las donaciones **inter vivos** o testamentarias que en el curso de la dilatada vida del instituto se han hecho para su conservación y fomento dentro de sus normas tradicionales. Violan por tanto tales leyes los preceptos constitucionales del artículo 115, citado antes, en el doble concepto de suprimir y supeditar a los naturales directores y administradores del instituto y de variar o modificar, por lo mismo, el destino de sus bienes adquiridos por donación o herencia".

No debe olvidarse que el Colegio de San Bartolomé fue fundado por una comunidad religiosa perteneciente a la Iglesia Católica y que el artículo 5º de la ley 35 de 1888 hace no menos inviolables que las propiedades de los ciudadanos las fundaciones de las entidades religiosas.

CAPITULO II

LA VISTA FISCAL DEL SR. PROCURADOR GENERAL DE LA NACION

La vista del señor procurador es otro escrito no menos extenso que la demanda del doctor Bravo, dividido en dos partes, siendo la segunda reproducción del estudio que formuló el señor secretario del ministerio de educación nacional, acerca de la condición jurídica del Colegio de San Bartolomé, en que como conclusión de un dilatado análisis del instituto a través de toda su historia se asienta el postulado de que el colegio nació de una fundación pública habiendo conservado ese carácter hasta nuestros días; pero que aun suponiendo que se hubiera iniciado en las condiciones de un instituto privado, con el extrañamiento de los Jesuítas de los dominios españoles y con la ocupación de sus temporalidades, se convirtió en instituto público y oficial, como que el Estado lo tomó bajo su dirección y administración; y que siendo esto así San Bartolomé reúne todos los distintivos de aquellas personas públicas que el Estado separa para transmitirles parte de sus actividades con el fin de que sean auxiliares en el desempeño de las funciones que les son inherentes, a las cuales les determina un patrimonio, les reconoce personería jurídica y les asigna rentas que llevan el respectivo derecho de hacerlas efectivas, aun contra ese mismo Estado; "lo que vale decir que no es necesario que una fundación sea de carácter privado o que sobre ella únicamente tengan dominio personas también privadas, para que el Estado tenga la obligación de cubrir las deudas que haya contraído en relación con tal persona jurídica".

En la primera parte de su vista el señor procurador trata los siguientes tópicos al rededor de los cuales hace largas consideraciones, de las que se tomarán resumidas las partes más esenciales:

1º Improcedencia de la acción pública de inexequibilidad

Si el fundamento de la acción instaurada por el doctor Bravo es el de que el Colegio de San Bartolomé es del dominio privado de la Compañía de Jesús, la acción que cabría en tal supuesto sería la encaminada a comprobar ese derecho de dominio, que conforme a la técnica jurídica se propone en juicio ordinario por quien se considera titular del derecho de propiedad. Por la forma,

por el contenido de los razonamientos y por la documentación acompañada, la demanda tiene todos los caracteres de una acción de dominio en favor de la Compañía de Jesús sobre el edificio del Colegio de San Bartolomé. Pero es inadmisible que una cuestión de esa monta y de tal naturaleza pueda avocarse y resolverse dentro de los trámites sumarios y especiales que corresponden al ejercicio del control constitucional.

2º Incompatibilidad entre el artículo 26 y el numeral 19 del artículo 115 de la Constitución, invocados como fundamentos de la acusación.

Dentro de los puntos de vista de la demanda, resulta la incompatibilidad anotada. Si conforme a la tesis de la demanda el Colegio de San Bartolomé es del dominio particular y privado de la Compañía de Jesús, y la garantía tutelar de ese derecho está basada en el artículo 26 de la actual Constitución, el ejercicio de este derecho particular y privado excluiría, por su propia naturaleza, la atribución que debe ejercer el presidente de la república sobre las instituciones de utilidad común.

3º Ilegitimidad de la personería del demandante

Si el Colegio de San Bartolomé es de propiedad privada de la Compañía de Jesús, ¿con qué título comparece el doctor Bravo a defender un pretendido derecho que atribuye a tan respetable corporación religiosa?

Dentro de los fundamentos de la demanda el demandante carece de personería para ejercitar la acción pública en defender un interés privado de otra persona. Los derechos privados que están garantizados por el artículo 30 de la Constitución, no pueden ni deben ser defendidos sino por los titulares de esos derechos.

La actitud del demandante en nada puede modificar la situación de derecho existente entre la Nación y la Compañía de Jesús, en lo referente al edificio de San Bartolomé, la cual es la de un régimen contractual.

4º Condición jurídica de la Compañía de Jesús respecto del Colegio de San Bartolomé.

A partir de la ley 38 de 1886, o sea de la **"nueva etapa"**, se han venido sucediendo la serie de contrato y actos legislativos y administrativos que han regulado las relaciones del Estado con la Compañía de Jesús, sobre la base muy clara y nítida de ser el primero dueño del Colegio de San Bartolomé, y la segunda, administradora o regentadora del mismo. En efecto: el 3 de enero de 1887 fue celebrado el primer contrato por el cual "el Gobierno entrega a los Padres de la Compañía de Jesús los edificios de San Bartolomé y del antiguo Seminario, y las rentas del primero, por el término de seis años, contados desde la aprobación de este contrato". El 19 de agosto del mismo año de 1887 fue celebrado nuevo contrato, por el cual se declaró rescindido el anterior y se convino en que "el Gobierno entrega a los Padres de la Compañía de Jesús los edificios de San Bartolomé y del antiguo Seminario, y las rentas del primero, por el término de diez y nueve años y seis meses, contados desde el primero de julio próximo pasado". El 7 de julio de 1906 hubo nuevo contrato en que expresamente se convino en que "el Gobierno deja, como hasta hoy, a los R.R. P.P. de la Compañía de Jesús los edificios de San Bartolomé y del antiguo Seminario y las rentas del primero, por el término de seis años, contados desde el primero de enero de mil novecientos siete", y también se estipuló que "las mejoras hechas ya en el edificio por los Padres de la Compañía y las que en adelante hicieran, quedarán a favor del Gobierno a la expiración de este contrato". Por la ley 32 de 1910 fue aprobado un nuevo contrato con estipulaciones idénticas al anterior y "por el término de 18 años, contados desde el primero de enero de 1910", o sea hasta el primero de enero de 1928, año en el cual fue expedida la ley 44, que también es materia de acusación en la demanda del doctor Bravo.

La situación instaurada por la ley 44 de 1928, continúa diciendo el señor Procurador, se mantuvo hasta la expedición de la ley 110 de 1937, que en el punto concreto atañadero al derecho de dominio sobre el edificio de San Bartolomé, no introduce innovación alguna con la situación jurídica anterior. La única innovación que en realidad entraña esta segunda ley, respecto de la primera, es la separación de la Compañía de Jesús como administradora del Colegio de San Bartolomé, lo que por los aspectos puramente constitucional y legal, no implica quebrantamiento de derechos positivos, sino que, antes bien, dentro de esos preceptos, es consecuencia de la situación legal de mera tenedora que siempre ha tenido la Compañía de Jesús en el mencionado instituto.

Por otra parte tan penetrada ha estado la Nación siempre de su derecho de dominio indiscutible sobre el Colegio de San Bartolomé, que en virtud de la ley 41 de 1920, "que ordena el gasto necesario para la conclusión del edificio de San Bartolomé" adquirió los locales contiguos a dicho establecimiento conforme a los contratos de compra-venta, cuyas escrituras públicas enumera el señor Procurador en esta parte de su estudio.

Resumidos en cuanto ha sido posible los puntos de vista del demandante y del señor Procurador, le corresponde ahora a la Corte abordar el estudio de los problemas de derecho propuestos a su consideración. Este estudio comprenderá varios aspectos porque la complejidad de la materia sobre que la Sala debe dar su fallo suscita diversos tópicos de discusión, los cuales serán tratados en el orden lógico que les corresponde.

CAPITULO III

ESTUDIO DE LAS CUESTIONES PROPUESTAS

1º.—Historia del Colegio de San Bartolomé.

Refiere don Juan Pablo Restrepo en su interesante y documentada obra intitulada "La Iglesia y el Estado", quien a su vez se basa en el testimonio de otros historiadores como Zamora, Groot, Borda, etc., que el arzobispo Luis Zapata de Cárdenas, religioso franciscano, después de gastar cuanto tenía y empeñar su vajilla de plata para socorrer a sus fieles en una grave epidemia de viruela, resolvió la fundación de un seminario, de conformidad con las disposiciones del Concilio de Trento, denominándolo de San Luis y dedicado a la instrucción de la juventud. El Seminario abrióse en las casas del acreditado don Salvador López Garrido. Se establecieron allí enseñanzas de música, canto, latín, retórica y lengua muisca. Todos los gastos se hacían con rentas propias del establecimiento, tanto para el sostenimiento de los colegiales como de los superiores, salvo el sueldo del catedrático de lengua muisca, que se pagaba de las cajas reales por orden del Rey.

Este establecimiento docente fue el primero que se fundó en el Virreinato de la Nueva Granada.

Muerto el ilustrísimo señor Zapata el cabildo suprimió el Seminario; lo que dio motivo a que la Corte expidiera dos reales cédulas: una de fecha 23 de enero de 1588 encaminada a reprender severamente al cabildo por esta medida, sobre la cual pedía informes; y otra, de fecha 8 de junio de 1592, en que mandó restablecer el Seminario.

En el año 1599 llegó a Santa Fé a encargarse de la silla metropolitana el nuevo arzobispo fray Bartolomé Lobo Guerrero. Queriendo fomentar la instrucción en el virreinato hizo venir con él a dos religiosos de la Compañía de Jesús, con el objeto de que regentaran un buen establecimiento de educación. Fueron éstos los padres Alonso Medrano y Francisco Figueroa, únicos que pudo proporcionar por entonces el respectivo superior en el virreinato de Méjico.

Como eran insuficientes estos dos religiosos para el fin que el arzobispo se proponía, convino en que marcharan a la Corte los padres Medrano y Figueroa con el propósito de conseguir autorización para quedarse en Bogotá definitivamente y traer más operarios. Acogidos los religiosos en la Corte, obtuvieron que el Rey expidiera la Real Cédula de 30 de diciembre de 1602, fechada en Valladolid, en que les dio autorización para fundar establecimientos no sólo en Santa Fé sino también en cualquier otro punto del Nuevo Reino. La Real Orden termina así:

"Y por la presente doy licencia a los religiosos de la Compañía de Jesús para que puedan fundar en el dicho Nuevo Reino de Granada, sin embargo, de cualquiera orden que haya en contrario. Y mandó al Presidente y Oidores de la dicha Audiencia y al Arzobispo de dicho Reino y otras justicias y jueces eclesiásticos y seglares, que no lo impidan, que así es mi voluntad".

Los historiadores refieren que en seguida el padre Medrano pasó a Roma. Allí obtuvo del general de su orden, que lo era el célebre padre Claudio Acquaviva, que accediese inmediatamente a la solicitud que desde Bogotá le hacían el cabildo, el arzobispo y el gobernador Sande para que la Compañía fundase aquí un colegio.

A consecuencia de todas estas gestiones vinieron al país los jesuítas padres Martín Funes, Bartolomé de Rojas, Juan Bautista Coluccini, José Dadey y Diego Torres, y con ellos quedó fundado en nuestro país el 18 de octubre de 1604 el colegio que, un año después, el 18 de octubre de 1605, viniera a servir de base a la erección del histórico y secular instituto de San Bartolomé. Al nuevo colegio el señor Arzobispo Lobo Guerrero, don Juan de Borja, el cabildo de la ciudad, los oidores y algunos particulares aportaron su apoyo material con donación de sumas de dinero o rentas destinadas al sostenimiento de los padres y gastos del establecimiento.

El buen éxito del colegio animó al señor arzobispo Lobo Guerrero a emprender inmediatamente el restablecimiento del Seminario, pues el colegio que los jesuítas habían establecido no tenía ese carácter. Compró al efecto las casas que fueron del arcediano Francisco Porras Mejía, y renovó en ellas la fundación del Seminario, el 18 de octubre de 1605, poniéndolo bajo la dirección de los jesuítas, pero reservándose el señor arzobispo, según el acta de erección, el gobierno y administración así en lo espiritual como en lo temporal. De la fecha citada en adelante los dos institutos que funcionaron siempre en edificios separados, el Seminario en el lugar que hoy ocupa el palacio de relaciones exteriores, y el colegio, principalmente en el antiguo Salón de Grados, o sector nordeste de la manzana del actual edificio de San Bartolomé, tomaron, por disposición del señor arzobispo, el nombre del Colegio Seminario de San Bartolomé, bajo la dirección de los padres jesuítas. En el acta de erección del Seminario se dieron también las constituciones o reglamentos respectivos, por cuya razón y por haber sido el señor Lobo Guerrero tanto en lo material como en lo espiritual factor decisivo en la fundación del primer colegio de los jesuítas y luego en su transformación a colegio seminario, tomó el título de fundador o patrono de la más antigua institución que posee el continente americano, después de las Universidades de Lima y Méjico. En los Estados Unidos el plantel más antiguo de aquella gran nación es la Harward University, que data del año de 1638.

Más de siglo y medio duró el Colegio Real y Seminario de San Bartolomé, también llamado Colegio Máximo, dirigido y administrado por los padres jesuítas, hasta el año de 1767 en que éstos fueron expulsados de todos los dominios españoles por Real Cédula de Carlos III, habiendo sido extinguida luego la orden por Bula Pontificia de Clemente XIV, en 1773.

Como consecuencia de las anteriores medidas el Rey dictó la Real Cédula de 14 de agosto de 1768, por medio de la cual "declara su Majestad devuelto a su disposición, como Rey y suprema cabeza del Estado, el dominio de los bienes ocupados a los Regulares de la Compañía, extrañados de estos Reinos, los de indias e Islas adyacentes, y pertenecer a su Majestad la protección inmediata de los píos Establecimientos a que se sirve destinarlos", conforme a las reglas directivas dadas en la misma Cédula.

En este documento el Rey acepta el concepto de los fiscales de la Corona, Pedro Rodríguez Campomanes y José Moñino, para quienes los bienes de los expatriados pertenecen al dominio del Estado y no al de la Curia Romana, la que según ellos no podía invocar a favor de su causa el caso de los Templarios, por tratarse de circunstancias distintas. Es interesante el concepto de los fiscales, porque ese documento constituyó lo esencial de la providencia regia. Se copian algunos de sus párrafos:

"Disuelto así este Cuerpo dentro del Estado, sólo subsisten aquellos objetos a que pueden conducir el ministerio de los regulares extrañados; pero como los bienes que los mantenían eran de los diferentes individuos de la Nación, que contribuyeron respectivamente a este fin, queda en la misma Nación el dominio y el interés para disponer de ellos; y el derecho de ejercitar esta regalía se reune en el Jefe, Administrador o Soberano de la sociedad; así porque ésta le transfirió sus veces, como porque de otro modo sería imposible que tuviese efecto la disposición".

Más adelante se lee:

"Otro medio de fundar la autoridad real para disponer ofrece la consideración de que, perdidos sus bienes y derechos, por los Regulares extrañados, pueden reputarse como vacantes y de incierto dueño en los cuales es indubitable la potestad del Príncipe por la disposición de ambos Derechos Civil y Real".

"....

"Todo lo referido persuade que habiendo quedado verdaderamente vacantes las casas, colegios y bienes de los Reguladores de la Compañía pertenece a Su Majestad la disposición y aplicación, para lo que ha declarado que oirá a los Reverendos Obispos y su autoridad en lo que sea necesario".

"....

"Si se dijese que los bienes de los Regulares de la Compañía no han sido confiscados, no por esto se adelantará cosa alguna contra la autoridad del Rey en ellos; la confiscación se llama así porque por ella quedan aplicados los bienes a la Cámara y Fisco Regio, ya sea **ipso facto** por disposición de la ley, o ya sea por otra declaración formal".

"Nuestro religioso y amable soberano, por un efecto de su generosidad y de su piadoso y paternal corazón, no ha querido aplicar efectivamente al Fisco Regio los bienes que poseían los Regu-

ladores de la Compañía, ni tampoco ha querido usar de otra potestad que de la económica y tuitiva, en un asunto en que pudiera haberse extendido a otras resoluciones".

"De aquí lo que se puede inferir es que no hay confiscación, tomada esta vez en el rigor de su etimología, para el efecto de que aquellos bienes se introduzcan o incorporen para siempre en el erario y queden a su beneficio; pero hay dominio dimanado del **extrañamiento, pérdida de** temporalidades y ocupación de ellas como vacantes y derechos indubitables para su disposición y aplicación a la voluntad del Rey, como queda fundado.

"Ahora se conocerá, que si el Rey ha de aplicar aquellos bienes en los justos y útiles destinos que tiene mandado, viene a ser con propiedad el Dotador y Fundador de los establecimientos públicos en que se convierten y por consecuencia las reglas comunes le atribuyen sin género de duda el patronato efectivo y verdadero, y la protección inmediata de las mismas fundaciones.

"....

"Los bienes de los regulares extrañados pueden reducirse a tres clases, a saber: los de fundación, los que fueron dejados con alguna carga y los que adquirieron libremente por otros títulos".

"En los de fundación se verá si se puede cumplir en forma específica la voluntad de los fundadores, o si hay necesidad urgente de conmutarla. La conmutación se puede autorizar por el Príncipe, a quien están sujetos todos los contratos y últimas voluntades en los casos de necesidad o utilidad pública; también los Reverendos Obispos, en lo que tenga respecto a su jurisdicción espiritual, tienen declaradas positivamente las facultades que sean necesarias en el Concilio de Trento, cuando concurre justa y necesaria causa, y no puede haber ninguna que lo sea más que la de haber faltado perpetuamente los Regulares, en cuya contemplación se hizo la fundación. Esto basta para no entrar en disputas y cuestiones que se deben excusar".

"Los bienes que tengan alguna carga pía habrán de responder a ella, si no fuere también justo y necesario conmutarla con intervención del Diocesano en lo que convenga y corresponda".

"Cumplidas así las cargas, tanto el sobrante de estos bienes como los demás que libremente adquirieron los regulares de la Compañía, podrán ser aplicados indiferentemente a cualquiera de los fines piadosos que desea el Rey, sin separarse de que en ellos sea atendido el objeto de las misiones, ni los demás que conduzcan a la felicidad espiritual y temporal de los vasallos de su Majetad".

De contenido de los párrafos transcritos, así como del resto de la Real Cédula de que hacen parte, se infiere que todos los bienes que los jesuítas ocupaban en la época de su extrañamiento, inclusive los provenientes de fundaciones pasaron al dominio directo del Estado, pero conservando algunos de ellos su antigua destinación. Los consejeros del Rey descartan la palabra **confiscación** tomada en su rigurosa etimología y por ende en su sentido estricto, sólo en atención a que de esos bienes no iba a disponer el Fisco Regio, sino que en su mayoría iban a ser destinados a los mismos fines a que estaban dedicados por los jesuítas expatriados. Sobre el particular es expreso el concepto de los dos fiscales en cuanto al alcance de la medida que se iba a tomar: "Si se dijese que los bienes de los Regulares de la Compañía no han sido confiscados, no por eso se adelantará cosa alguna contra la autoridad del Rey en ellos".

El Rey asumió el título de "Dotador y Fundador de los establecimientos públicos" en que quedaron convertidos los que a cualquier título poseían los jesuítas. El Colegio Real y Seminario de San Bartolomé, de fundación de origen eclesiástico, le convirtió así de hecho el Rey en institución oficial, que si sobrevivió a la extinción de la Compañía con su antigua fisonomía de institución docente, con rentas y bienes privativos, entre los cuales contábase como principal el edificio en que desde sus orígenes había venido funcionando, debióse a la misma Cédula Real y a la nueva Pragmática de 8 de abril de 1770, dictada en desarrollo de la anterior en la cual se dan instrucciones precisas a las juntas que se formarían en los dominios ultramarinos para determinar la aplicación y destino de las casas, colegios, residencias y misiones que fueron de los jesuítas.

La Junta de aplicaciones de Temporalidades de Bogotá, formada por el Arzobispo, el Virrey, el Cabildo y los Oidores procedió a dar aplicación a algunos de los bienes que estaban en poder de los jesuítas, y en tal virtud en las reuniones de los días 4 y 5 de diciembre del año de 1771, destinó para servicios públicos la casa donde funcionaba el Seminario, y éste fue trasladado al propio local del Colegio de San Bartolomé, para lo cual

el edificio dividióse en dos departamentos, uno para el colegio y otro para el seminario. Así continuaron funcionando simultáneamente los dos institutos por toda la época siguiente del período colonial, bajo una misma dirección. Esta convivencia generó a la larga una porfiada pugna entre el poder civil y el eclesiástico, porque ambas potestades pretendían, la una con exclusión de la otra, el derecho de dirección y patronato sobre el seminario propiamente tal. Esta pugna duró muchos años y de ella y su naturaleza dan testimonio las relaciones de mando de los virreyes Manuel Guirior, Antonio Caballero y Góngora y José de Ezpeleta. Leyéndolas se adquiere la certitumbre de que la disputa se refería únicamente al Seminario, pues el colegio dependía exclusivamente del poder civil.

En la relación de don Manuel Guirior, año de 1776, se dice:

"Como el examen de la vocación al estado eclesiástico, y el práctico ejercicio de sus funciones, es el medio más seguro de que consigna un clero ejemplar que edifique el pueblo, se ha destinado, en obedecimiento de lo mandado por su Majestad, un edificio con la cercanía y demás proporciones para que se establezca Seminario de ordenados; dondé con arreglo al capítulo del tomo Regio y a las particulares constituciones que se lo prescriban, sujetos a los directores que se le nombren, vivan por el tiempo señalado, instruyéndose en la moral, liturgia y demás conducente a un perfecto eclesiástico que se les facilita con la inmediación de la Biblioteca, y al lugar donde se leen las cátedras; a la Parroquia matriz y a la Catedral, a donde es regular acudan con alguna frecuencia a la celebración de los divinos ofic y a instruírse en todo lo concerniente a su estudio".

La memoria de don Antonio Caballero y Góngora, año de 1789, contiene este párrafo:

"Ambos colegios (del Rosario y de San Bartolomé) son reales y reconocen por patronos a los señores Virreyes; pero en el de San Bartolomé se halla incorporado el Seminario y en esta parte depende de los ilustrísimos Arzobispos. Esta concurrencia de jurisdicción no siempre ha conservado la mejor armonía y alguna vez ha llegado la discordia a términos demasiado escandalosos; y siendo muy distintas las rentas del seminario de las que el Colegio tiene como real no encuentro dificultad en que se haga la separación material de los edificios, pues fuera de las competencias que se cortarían de raíz, podría arreglarse mejor la educación de la juventud, porque deben ser muy distintas las ciencias y conocimientos que adquieran los que aspiran a la abogacía y cargos públicos de las que deben poseer los que se destinan al servicio de la Iglesia; y con motivo de hallarse juntas cátedras de Teología y Derecho, se ha introducido (a pesar de las providencias del gobierno) el gravísimo abuso de estudia los alumnos al mismo tiempo ambas facultades y sin saber ninguna, optan ambos grados en la Universidad".

Por su parte, don José de Ezpeleta escribió el año de 1796:

"El Colegio de San Bartolomé también reconoce al Rey como patrono; pero se halla incorporado en el Seminario Conciliar, cuya dirección corresponde al ordinario eclesiástico, y de aquí ha nacido una complicación de jurisdicciones que alguna vez ha llegado a turbar gravemente la buena armonía de ambas potestades".

"Para evitar semejantes acontecimientos en lo futuro; para que la educación literaria pueda recibir un sistema uniforme; y para que el colegio seminario siga la dirección y método que le conviene, se ha propuesto últimamente a S. M. que se agreguen al del Rosario las becas o colegiaturas del de San Bartolomé, que no sean seminarias con sus respectivas dotaciones, y que dejándose éste en calidad de puro seminario encargado el señor Arzobispo, siga el del Rosario en la de público y Real como ahora se halla, para todos los que no quieran precisamente ceñirse a la carrera de la Iglesia".

El doctor Francisco Moreno Escandón, Fiscal Protector de la Real Audiencia de Santa Fé, como fiscal nombrado para conocer de las incidencias relativas a la ocupación de las Temporalidades, presentó a la Junta respectiva el 9 de mayo de 1768 un proyecto acerca de la fundación en Bogotá de una gran "Universidad Pública, Real y con prerrogativas de Mayor, bajo las mismas reglas con que se crearon las Universidades de Lima y Méjico", destinando para ello el edificio del Colegio Máximo, como también se llamaba a San Bartolomé. "La fábrica material del Colegio Máximo que en esta ciudad tenían los regulares de la Compañía —decía en sus recomendaciones el Fiscal Moreno y Escandón— es de fortaleza, capacidad y demás requisitos necesarios para que en él se funde esta Universidad y sus estudios". La Junta de Temporalidades encontró esta iniciativa

"útil y necesária al bien de este Reino y causa pública" así como fáciles y acertados los medios que se proponían, en cuya virtud la proposición fue remitida al Rey "con particular informe de esta Junta para que se digne acceder a ella o resolver lo que sea de su real agrado".

El proyecto del fiscal Moreno que no se realizó, fue renovado en 1787 por el Arzobispo Virrey Caballero y Góngorá, en un completo "Plan de Estudios Generales", y la fundación para efectuarlo, de una Universidad que había de llevar el nombre de "Real Mayor de San Carlos", en obsequio del sabio y augusto monarca, su fundador", y que constaría de los tres Colegios del Seminario, San Bartolomé y Nuestra Señora del Rosario. El P. Daniel Restrepo en su monografía sobre el Colegio de San Bartolomé relata que este proyecto fracasó de una parte por "la oposición de los Padres Dominicanos, que veían mermarse por aquel proyecto los antiquísimos privilegios de su Universidad de Santo Tomás, y de otra, las dificultades económicas suscitadas no permitieron la realización de la idea de Universidad real pública".

Acatando la orden del Pontífice Pío VII sobre restablecimiento de la Compañía de Jesús para todo el orbe católico, por medio de la constitución de 21 de agosto de 1814, el monarca español Fernando VII, determinó a su vez la restauración de la Compañía en sus dominios, por Reales cédulas de 29 de mayo y primero de septiembre del año de 1815.

Por la de 29 de mayo dispuso:

"Derogo, revoco, anulo en cuanto sea necesario para pronto y cabal cumplimiento el restablecimiento de los Colegios, Hospicios, Casas profesas y de noviciado, Recidencias y Misiones establecidas en las referidas ciudades y pueblos".

Por la Real Cédula de septiembre el monarca creó una junta especial con jurisdicción privativa para atender a todo lo relacionado con el restablecimiento de los jesuítas y restitución de sus bienes, junta a la cual, según la circular del ministerio de gracia y justicia, de fecha 11 de junio de 1816, "los Virreyes, Presidentes, Gobernadores y Capitanes generales de mando superior, con acuerdo de los M. R. R. Arzobispos, RR. Obispos y voto consultivo de las Reales Audiencias, le propondrán los Colegios y Casas que más convenga restablecer en el distrito de su mando respectivo...Al efecto se instruirá expediente dirigido a acreditar el estado en que se halle el edificio material y el de su iglesia; si tienen destino, cual sea, y a virtud de qué orden. Si estuvieren aplicados a algún establecimiento público por disposiciones superiores, meditarán y propondrán a la Junta el modo y medios de la traslación de los últimos a otros acomodados, con cuanto entiendan más oportuno sobre el particular. Asimismo se acreditarán en este expediente las Temporalidades que se ocuparon de la pertenencia del Colegio o casa que se trata de restablecer, los bienes que se hayan enajenado por causa onerosa a favor de cuerpos particulares, y los donados o aplicados a objetos y establecimientos públicos, que no puedan separarse de ellos sin menoscabo de los mismos y ofensa de la común utilidad, conforme a lo ordenado por S. M., y los que subsistan sin enajenar y sus rendimientos; expresando también las obligaciones que se desempeñaban por los Padres de la Compañía al tiempo del extrañamiento las que ahora tengan las Temporalidades existentes, y por quien se cumplen, con lo demás que se estime necesario al esclarecimiento de este punto; y caso de que las Temporalidades remanentes del Colegio o Casa que convenga restablecer sean insuficientes para la subsistencia de los individuos jesuítas que han de destinarse a ocuparla, se instruirá el expediente con las noticias oportunas de las que pertenezcan a alguno o algunos de los Colegios y Casas más inmediatas en la misma diócesis, para que con todo conocimiento pueda la Junta disponer la aplicación de las que se consideran necesarias al intento. Instruídos los expedientes con estas noticias y demás que se estimen oportunas para darles toda la luz y claridad necesarias, se remitirá copia auténtica de ellos por duplicado a la Real Junta de Restablecimiento para que en su visita resuelva o consulte a S. M. lo que considere conforme al más pronto y efectivo cumplimiento de sus benéficas intenciones".

A renglón seguido del documento original contentivo de las órdenes de Madrid, llegado a Bogotá en mayo de 1817, encuéntrase un acta firmada por Lotero el 4 de noviembre siguiente en que se lee:

"Vistos en atención a que ya se ha obedecido la real cédula de 29 de mayo de 1815, en que su magestad deroga la pragmática de 1767 que había suprimido y extrañado de sus dominios á la religión de la Compañía de Jesús... Oficióse el E. S. virrey del reyno para que de acuerdo con este superior tribunal se proceda a los arreglos que

ordena S. M. para que así se cumpla con lo que su real ánimo manifiesta en su real cédula de 29 de mayo".

Como ni en 1817 y ni por muchos lustros después los jesuítas regresaron al suelo granadino, la orden de su restablecimiento no pudo ponerse en práctica, como tampoco hubo lugar a formar los expedientes requeridos por la Junta de Madrid para que esta entidad, pudiera decretar la restitución de San Bartolomé. A lo cual debe agregarse que por aquel año la dominación española en la Nueva Granada se acercaba a su fin, con el triunfo de Boyacá, culminación del esfuerzo de los patriotas para emanciparse de la monarquía peninsular; de manera que en adelante las órdenes y cédulas reales, aun cuando hubieran sido cumplidas por las autoridades españolas en los territorios que los republicanos no habían podido arrebatarles, seguirían teniendo eficacia no como disposiciones emanadas del poder de la Corona, cuya soberanía había sido desconocida, sino como leyes propias del nuevo estado independiente, en cuanto éste por libre y espontánea determinación resolviese incorporarlas en su propia y especial legislación.

Una de las primeras medidas promulgadas por Bolívar en orden a poner los cimientos generales de la naciente república, refiérese a los establecimientos de educación; es el decreto que expidió en el Rosario de Cúcuta, el 20 de junio de 1820, "sobre patronato y dirección de los colegios".

Este decreto tuvo el siguiente origen: el general Santander elevó al Libertador una representación, en la cual demandó que se declarara que el gobierno de la república "es patrono del Colegio de San Bartolomé, como lo es del Colegio del Rosario y de la Universidad Pontificia de Santo Tomás, sin perjuicio de que la autoridad eclesiástica conozca en la previsión de las becas seminarias y objeto de su instituto".

El memorial respectivo en que hizo esa solicitud tiene fecha 20 de mayo de 1820, y en él su autor expone lo siguiente:

"Excelentísimo señor:

"La provisión de la Cátedra de Derecho Público en el Colegio de San Bartolomé de esta capital, que se iba a hacer previas las oposiciones del caso, suscitó en el año pasado, bajo el gobierno español, la disputa de si el Patronato del Colegio pertenecía al previsor en Sede Vacante o al gobierno secular ejercido por el Virrey. El catedrático interino de derecho, doctor Ignacio Márquez, hoy Fiscal de Hacienda, fue el promovedor del artículo que pasó de la curia a la Audiencia y luego al Virrey sin que se hubiese terminado la cuestión, en cuyo estado el ejército libertador restableció el sistema independiente en esta capital. La provisión de la Cátedra fue suspendida por decreto de la Audiencia y hoy subsiste en el mismo estado, porque aunque el expediente continuó conociéndose en la Alta Corte de Justicia, ella ha decretado "que versándose punto de Patronato se pasase al Gobierno, como lo ha verificado".

'Manifestaré a V. E. el punto esencial de la cuestión. En esta capital se fundaron sucesivamente dos colegios: el de San Bartolomé y el del Rosario. En el primero se criaron 18 becas seminarias para otros tantos jóvenes que en ciertos días del año acudiesen a la Iglesia Catedral al servicio del altar y con cargo de ser pagados a costa de un tanto por ciento extraído de los diezmos de las cofradías y capellanías. El Patronato de ambos colegios lo ejercía el Virrey, Vicepatrono Regio, y como tal, confirmaba las elecciones de empleados, catedráticos, etc., hasta el año de 1800 en que el Arzobispo de Santa Fe solicitó del Rey se le declarase el Patronato del de San Bartolomé, por ser seminario cuya educación de los jóvenes seminaristas correspondía por el Concilio de Trento a los prelados eclesiásticos. El Rey en Real Orden de noviembre de 1800 así lo declaró y desde aquel tiempo ejerció el Patronato el ordinario eclesiástico, quedando el Virrey en posesión del Patronato del Colegio del Rosario. Tal es el punto principal de la disputa suscitada y creo manifestar a V. E. que es de necesidad hacer una variación.

"El Gobierno es el único y exclusivo protector de las casas de educación, es el Jefe principal de todas las instituciones consagradas a la prosperidad de la República. El Colegio de San Bartolomé tiene becas de fundación de particulares, tiene becas pensionistas pagadas por los mismos alumnos y tiene becas pagadas por el Tesoro Nacional. La mayor parte de los catedráticos reciben sus rentas del ramo de Temporalidades incorporado en el Tesoro Público. Parece muy regular que el Gobierno sea el patrono particular de esta casa, como lo es del Colegio del Rosario y como lo es de la Universidad Pontificia de Santo Tomás. No tiene nada de irregular que el provisor en Sede Vacante patrocine las becas seminarias, concediéndolas según la ley, vigilando en el

cumplimiento de sus deberes y en su educación eclesiástica; pero sí parece serlo que por solas diez y ocho becas seminarias patrocine todo el Colegio y sea exclusivo patrono de él".

"En consecuencia, y no versándose ningún punto de materia espiritual en el negocio, ruego y pido a V. E. se sirva declarar que el Gobierno de la República es Patrono del Colegio de San Bartolomé, como lo es del Colegio del Rosario y de la Universidad Pontificia de Santo Tomás, sin perjuicio de que la autoridad eclesiástica conozca de la previsión de las becas seminarias y objeto de su instituto.

"Este es el voto general y el que más conforme parece a la uniformidad y educación de la juventud.

'Entre tanto quedan suspensas las provisiones de la Cátedra de Derecho Público y las demás que es preciso proveer en este año.

"Bogotá, mayo 26 de 1820.

'Excelentísimo señor,

F. de P. Santander".

Al margen del memorial hay una constancia que dice:

"El Vicepresidente de Cundinamarca solicita se declare al gobierno de la República patrono del Colegio de San Bartolomé, según lo ejercían los Virreyes hasta el año de 1800. Concedido, extendiéndose a todos los colegios. (Rúbrica de Bolívar).—Briceño Méndez".

(Documento tomado de la Revista del Archivo Nacional, números 28 y 29).

En el decreto del Libertador se lee:

"Artículo 1º—El patronato, dirección y gobierno de los colegios de estudios y educación establecidos en la república, pertenecen al Gobierno, cualquiera que haya sido la forma del establecimiento.

"Artículo 2º—Se comprenden expresamente en el artículo antecedente los colegios seminarios que hay en toda la extensión de la república, cuyos jefes rectores, maestros y demás empleados dependerán del gobierno y serán nombrados por él".

Por el artículo siguiente se reservan únicamente a las autoridades eclesiásticas, "los derechos y privilegios que les corresponden para proveer y velar sobre las becas seminarias que haya, llenando y ejerciendo con respecto a ellas todas sus atribuciones".

Por el artículo 4º delegóse en los vicepresidentes de departamentos, como agentes inmediatos del gobierno, el patronato sobre los establecimientos de educación.

En cumplimiento del decreto de Bolívar el General Santander asumió en calidad de vicepresidente del departamento de Cundinamarca el patronato que se le delegaba, y en tal virtud promulgó el decreto de 8 de julio de 1820, que tuvo por objeto deslindar en los colegios la jurisdicción civil de la eclesiástica, determinando claramente, como derecho de la Iglesia, tanto la provisión de las becas llamadas "seminarias" como las cátedras de teología. Las demás cátedras de jurisprudencia, derecho civil, canónico, derecho público, filosofía y gramática, serían provistas por el gobierno del departamento. La designación de rectores, vicerrectores y pasantes quedó de la competencia del gobierno.

Pero no obstante la absorción de San Bartolomé por el Estado de la cual dan testimonio los decretos que se dejan citados, los distintos órganos del poder público respetaron sus rentas, sus bienes y su edificio, según lo comprueban las providencias o decretos ejecutivos del 12 de marzo de 1822, y 6 y 31 de octubre de 1825. En el primero se dispuso que la biblioteca pública, dirigida por el sabio Mutis, se trasladara al edificio del Colegio de San Bartolomé, destinándose para tal objeto los salones necesarios. "Ellos se compondrán al efecto a la mayor brevedad, y los **gastos se suplirán por ahora de las rentas del mismo Colegio de San Bartolomé con calidad de reintegro".**

El segundo decreto estableció una cátedra de economía política en el colegio, con la dotación de $ 250 anuales, pagaderos "de las rentas del mismo".

Por el tercer decreto se creó en el Colegio de San Bartolomé la cátedra de idiomas, con la asignación de $ 250 anuales, de los cuales $ 150 se debían pagar **"de los fondos del colegio",** y el resto del ofrecimiento hecho por un hijo del mismo colegio, mientras dichas rentas puedan proporcionar mayor gratificación al catedrático.

Los congresos de la Nueva Granada no pusieron menos cuidado en conservar la institución histórica de San Bartolomé.

Así la ley de 11 de mayo de 1835, sancionada por el General Santander, dispuso enajenar en pública subasta los edificios que habían sido de

la extinguida Compañía de Jesús —la que en esa época no había regresado todavía al país— excepción hecha de aquellos que estuvieran destinados a establecimientos de educación.

Como en el edificio de San Bartolomé funcionaba el Colegio con él no tuvo relación ninguna el mandato legislativo.

En el año de 1838 el congreso expidió el decreto o ley de 16 de abril, en el cual dispuso:

"Artículo 1º—Se aplican en propiedad a favor del colegio de niñas de La Merced de esta ciudad, el edificio, huertas y solares del extinguido convento de Capuchinos de Bogotá, que hoy sirve de colegio de ordenados, y éste queda por ahora refundido en el Colegio Seminario de San Bartolomé".

Por consiguiente, el Seminario Conciliar de Bogotá que venía funcionando independientemente en el edificio de los Capuchinos desde su restablecimiento por el gobierno, según disposición legislativa de 28 de junio de 1823, en fuerza del nuevo mandato quedó nuevamente refundido, como en los tiempos de la Colonia, en el Colegio de San Bartolomé.

Por aquel tiempo el señor Arzobispo Manuel José de Mosquera en su calidad de metropolitano recabó del Congreso la separación de los bienes y rentas del Seminario, de los bienes y rentas de San Bartolomé.

Las gestiones del señor Arzobispo Mosquera tuvieron pronta culminación en la Ley 28 de abril de 1840, mediante la cual el Congreso le puso fin a la fusión del Seminario con el Colegio de San Bartolomé. Los dos primeros artículos de esa ley dicen lo siguiente:

"Artículo 1º—Desde la sanción de este decreto queda separado el Colegio Seminario Conciliar de esta Arquidiócesis de Bogotá del Nacional de San Bartolomé.

"Artículo 2º—El Poder Ejecutivo resolverá la división material que haya de hacerse en el edificio del Colegio de San Bartolomé y la Universidad, para que se establezca el Colegio Seminario de la manera más cómoda para ambos Colegios; si esto no pudiere conseguirse, podrá designar para dicho Seminario otro edificio perteneciente a la República, y si esto tampoco fuere posible, dará cuenta al Congreso en su próxima reunión para resolver lo conveniente".

En el año de 1844 llegaron por primera vez a la Nueva Granada, después de la extinción y restauración de la Orden, algunos padres de la Compañía. Esta permanencia duró hasta el año de 1851, en que el gobierno del general José Hilario López los expulsó nuevamente del territorio nacional. Tuvieron a su cargo durante ese lapso el Seminario menor confiado a ellos por el Ilustrísimo señor Mosquera. Pero ningún poder ejercieron entonces en el Colegio de San Bartolomé, dirigido por elemento civil.

Sobre esta primera permanencia de los Jesuítas después de su restauración habla así el P. Restrepo (opúsculo citado, página 58):

"Fuera del Seminario Menor y convictorio adjunto, en los que hubo la consiguiente mudanza de régimen, San Bartolomé propiamente no sufrió modificación alguna. El antiguo Colegio que a la vez era Universidad Nacional, no había tenido qué ver con la Compañía, a no ser por la ingerencia de un sabio jesuíta (el P. Ignacio Comilla), a quien el gobierno nombró en 1846 Catedrático de Física y Matemáticas, y por las conferencias religiosas que otro padre (el venerable padre Pablo Blas), Capellán de la Universidad, hizo por algún tiempo a los alumnos y a muchos caballeros asistentes...".

En el año de 1851 el Congreso de la Nueva Granada acordó un proyecto de ley que ordenaba incorporar nuevamente el Seminario Conciliar al "Colegio Nacional de San Bartolomé". Esto motivó la representación del Ilustrísimo señor Mosquera al Congreso y la solicitud que le hizo al Poder Ejecutivo para que negase la sanción al proyecto, lo cual consiguió, de manera que el presidente de la república se negó a sancionar la ley.

Pero el Congreso del año siguiente, 1852, insistió en el primitivo propósito, y así expidió la ley 20 de aquel año, por medio de la cual ordenó la incorporación del Seminario al "Colegio Nacional de San Bartolomé", igual que todos los bienes, rentas y alhajas correspondientes a aquél; disponiendo, además, que el gobierno dictara los reglamentos convenientes para que la enseñanza volviera al estado en que se encontraba cuando dictó el decreto legislativo de 28 de abril de 1840.

La expedición de esta ley que en su artículo final le quitaba al prelado diocesano toda intervención en el Seminario, confiándole en cambio la dirección al gobierno, dio lugar a que el ilustrísimo señor Mosquera, ya próximo a partir para el destierro, enviara desde Cartagena al Presidente de la República, el 10 de septiembre de

1852, una enérgica protesta por el acto que acababa de consumar el Congreso.

En el año de 1858 regresó la Compañía de Jesús a la Nueva Granada. Gobernaba por entonces la República don Mariano Ospina Rodríguez, y era metropolitano de Bogotá el ilustrísimo señor Arzobispo Herrán. A solicitud de este prelado los Jesuítas se encargaron nuevamente de la dirección del Colegio de San Bartolomé, en calidad de contratistas de la administración. "Fue ingeniosa, al par que estrictamente legal (dice el P. Restrepo en su ya mencionada obra, página 59), el modo como esta entrega se realizó: el Gobierno de Cundinamarca, al que tocaba la gestión, recibió de la Asamblea autorizaciones para contratar la dirección y enseñanza de la Universidad; decrétase la licitación; preséntese don Pastor Ospina, hermano del Presidente, e hijo como él de este Colegio, y celebra, de acuerdo con el Presidente y con los Padres, el contrato".

Según ese contrato don Pastor Ospina se obligó a proveer de profesores las Facultades de Medicina y Jurisprudencia, las que podrían pasar a otros locales distintos del edificio de San Bartolomé, y encargar las cátedras de Ciencia, Filosofía y Literatura a los Padres de la Compañía, facultándosele para entregarles a éstos el edificio del Colegio. Fue así como los Padres recibieron de manos de don Pastor Ospina el edificio, en donde se pusieron nuevamente al frente del Colegio.

Mas esta determinación sólo duró breves años, porque triunfante la revolución de 1860 el general Mosquera, según decreto de 26 de julio de 1861 extrañó del territorio nacional a los Jesuítas.

La legislación nacional de la época federal relievó y acentuó la supervivencia del Colegio de San Bartolomé como instituto autónomo con independencia económica, respetando así la existencia de la antiquísima fundación colonial.

En primer lugar, el edificio del Colegio de San Bartolomé no se incluyó dentro de los bienes desamortizados, conforme a los decretos de 9 de septiembre de 1861 y 19 de mayo de 1863, que modificó el anterior, y a la Ley de 19 de mayo de 1864.

Después la Ley 5ª de 18 de marzo de 1865 derogó un decreto del General Mosquera del 24 de agosto de 1861, en que le cambió la destinación a los edificios de San Bartolomé y el Rosario, ordenando que allí se fundara un colegio militar. Esta disposición del gobierno quedó así anulada y restablecida la antigua destinación de los dos edificios. El de San Bartolomé pasó a manos del Estado de Cundinamarca, en virtud del artículo 2º de la misma ley que delegó al gobierno de dicho Estado la administración del Colegio.

Bajo la dirección nominal de Cundinamarca continuó San Bartolomé cumpliendo sus fines educativos. El doctor Antonio Vargas Vega en un largo período rectoral (1865 a 1883) presidió con singulares brillo y sabiduría las labores docentes del instituto, período durante el cual también fueron notorios el respeto y el celo que las rentas y bienes de éste le merecieron al Congreso. Y así la Ley 45 de 22 de mayo de 1865 reconoció y ordenó pagar todas las cantidades recaudadas por réditos y arrendamientos de sus bienes o de cualquiera otra procedencia, en el tiempo que el establecimiento y sus bienes estuvieron administrados por cuenta de la Nación. Y las leyes 57 de 25 de junio de 1866 y 11 de 2 de abril de 1867 autorizaron al Poder Ejecutivo, la primera, para disponer la conversión de los documentos de renta nominal expedidos a favor del Colegio de San Bartolomé por el gobierno de la extinguida Confederación Granadina y el modo de hacer tal conversión, y la segunda, para hacer la emisión de los bonos de renta nominal a favor del mismo Colegio, con los cupones correspondientes a los semestres transcurridos desde septiembre de 1861.

En el año de 1867 la legislatura del Estado Soberano de Cundinamarca dictó la Ley 29 de 27 de noviembre del mismo año en cuyo artículo único dispuso incorporar al edificio de San Bartolomé el local del Seminario Conciliar. Pero esta medida legislativa fue de corta duración, porque dos años más tarde, por la Ley 8ª de 1879, dicha incorporación fue derogada, y de esta manera el Seminario volvió a ocupar su antiguo local adyacente al Colegio.

Por último, la Ley 13 de 31 de marzo de 1880 autorizó al poder ejecutivo para efectuar arreglos con el Arzobispo de Bogotá "para que la parte del edificio del Colegio de San Bartolomé de Bogotá, que ha servido de local del seminario conciliar, y todas sus anexidades, queden siendo exclusivamente propiedad del Colegio de San Bartolomé".

No es oportuno hacer el examen de la manera como el poder ejecutivo le diera cumplimiento a la ley mediante la celebración del respectivo contrato, porque eso ya entra en el campo del derecho privado, a la luz del cual corresponde anali-

zar las estipulaciones de todo pacto y los límites que debieron circunscribirlo por razón del objeto, el consentimiento, la capacidad de los contratantes y los poderes para convenirlo. Ajena pues al debate de inconstitucionalidad de una ley es la cuestión relativa al alcance y validez de la operación administrativa que efectuó el gobierno en orden a darle cumplimiento al mandato legal, cuestión suscitada en la demanda de inexequibilidad.

A raíz de haberse iniciado la nueva organización política, establecida en 1886, el Congreso dictó la ley 38 del mismo año, cuyo artículo primero dispuso que la nación reasumía la dirección y administración del Colegio Nacional de San Bartolomé; el segundo autorizó al gobierno para señalar las asignaciones que debían abrirse en el colegio y para contratar su enseñanza, hasta por el término de veinte años, con institutores particulares o con asociaciones que, por su moralidad y doctrinas, presentaran seguridades de que la educación e instrucción se darían de acuerdo con las necesidades del Estado y con la religión nacional, y el tercer artículo derogó el 2º de la Ley 5ª de 1865.

Don Miguel Antonio Caro en informe parlamentario recomendó el respectivo proyecto al Consejo de Delegatarios para segundo debate, informe en que sintetiza la historia del Colegio.

En uso de la autorización concedida por la Ley 38 el gobierno dio la administración del Colegio de San Bartolomé a los padres de la Compañía de Jesús, a quienes entregó el edificio con sus rentas, según consta en el contrato respectivo, que fue prorrogado varias veces, habiéndose acordado como término de la última prórroga el de diez y ocho años contados a partir del día primero de enero de 1908.

En vigencia este contrato de administración el legislador dispuso por la ley 41 de 1920 el ensanche y reparación del edificio del colegio, ordenando incluír en los presupuestos nacionales las partidas que fueren necesarias.

Por último, el Congreso expidió las dos leyes demandadas, 44 del año de 1928 y 110 del año de 1937.

La primera parte de la ley 44, o sea en cuanto dispuso que "El histórico y benemérito Colegio de San Bartolomé será en adelante una institución autónoma, bajo la dirección de los Reverendos Padres de la Compañía de Jesús", no es materia de acusación, pues bien al contrario el demandante la sustrajo expresamente del debate de inexequibilidad.

La acusación se dirige expresamente a combatir la segunda parte, en cuanto contiene el concepto de que el edificio del Colegio de San Bartolomé, es de propiedad nacional, "sin que la destinación que se le dá a este edificio implique traspaso ni limitación de la propiedad".

Igualmente la ley 110 se considera inconstitucional en cuanto se asiente sobre la misma declaración de propiedad, y se le quita al edificio su inmemorial destinación a servir de albergue al Colegio de San Bartolomé.

2º

EL CARACTER JURIDICO DEL COLEGIO DE SAN BARTOLOME

Extensamente se discutió en la Corte el carácter jurídico de San Bartolomé. ¿Es un establecimiento público? ¿Es una fundación? ¿A quién corresponde en propiedad el edificio?

Como la cuestión fundamental planteada en la demanda és la tercera, su esclarecimiento lleva necesariamente a definir el carácter jurídico que haya conservado y que hoy tenga el Colegio de San Bartolomé.

Y como el edificio se ha identificado con el nombre de San Bartolomé, al punto que al pronunciar éste sugiere también aquél, caracterizada la institución docente con relieves jurídicos de FUNDACION, el edificio en que a través de los siglos ha cumplido su labor educativa, sería de la respectiva persona jurídica de derecho privado, distinta del Estado y de los RR. PP. Jesuítas. En cambio, caracterizado el instituto como ESTABLECIMIENTO PUBLICO, el inmueble sería en definitiva de propiedad nacional. Y si la propiedad ha de corresponder a la Compañía de Jesús, las pretensiones de propiedad del Estado y de la fundación quedarían excluídas.

Para comprender la distinta realidad de estas situaciones, conviene recordar brevemente las razones de derecho que hacen diferenciar el ESTABLECIMIENTO PUBLICO del fenómeno de la FUNDACION, no obstante ser ambos expresiones de personalidad jurídica, cada una en su respectiva esfera; el primero, dentro del ámbito del derecho público, y la segunda dentro del derecho

privado. Y los motivos que podrían invocarse para caracterizar a San Bartolomé, ora como establecimiento público, ya como fundación.

A — ESTABLECIMIENTO PUBLICO

Se ha dicho, y ésta es la tesis del señor procurador, que la tradición histórica y legal comprueba, que el Colegio de San Bartolomé es una institución autónoma de carácter nacional, con edificio y rentas propias; que este carácter lo adquirió desde la expulsión de los Jesuítas de los dominios españoles; que bajo la monarquía española directamente dependía el colegio de la Corona; que ésta lo incorporó a su patrimonio, arrebatándoselo a los Jesuítas, con la excusa de que se trataba de bienes vacantes o abandonados; después la República, al tomar posesión del instituto, lo declaró también del dominio y gobierno del Estado, y así lo siguió reputando hasta nuestros días, pero siempre manteniendo su autonomía y su personalidad.

El Colegio de San Bartolomé sería así, según esa tesis, lo que la moderna ciencia del derecho administrativo distingue bajo la clasificación de **establecimiento público.** Es decir, un organismo del servicio oficial del Estado, pero con patrimonio propio, especial y permanente, distinto de los ingresos generales de la Nación, que administra e invierte con autonomía.

Jurídicamente, ¿cómo es un establecimiento público? Gastón Jéze dice que el **establecimiento de utilidad pública** no debe ser confundido con el **establecimiento público.** Y que el punto capital que marca la diferencia entre uno y otro es el de que "aquél es una modalidad del procedimiento del **servicio público,** mientras que éste es una modalidad del **servicio privado**".

Para Hauriou (Précis Elementaire de Droit Administratif, páginas 197 y 198, edición de 1938), el **establecimiento público** es un servicio público incorporado al Estado, dotado de personalidad jurídica, en lo cual se diferencia de ciertos centros de servicios públicos con autonomía aparente. Por ello es por lo que el establecimiento público puede recibir liberalidades.

Para Roger Bonnard (Précis de Droit Administratif, página 535, edición de 1935), la característica especial del establecimiento público es la de un servicio público del Estado, que posee un patrimonio propio.

Para Marcel Waline (Manuel Elémentaire de Droit Administratif, página 564, edición de 1936), el establecimiento público es una persona administrativa encargada de dirigir un servicio público o un grupo de servicios públicos determinados. De lo cual resulta que el establecimiento público hace parte de la administración y es una persona de derecho administrativo.

Para esta misma Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, "los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o reacciones del Estado; en tanto que las instituciones de utilidad pública son creaciones de la iniciativa privada, pero dedicadas al servicio de la comunidad". (Fallo de 10 de agosto de 1937, GACETA JUDICIAL, tomo 45, página 213, columna 1ª).

Por lo demás, la noción jurídica de establecimiento público, que no es más que uno de los elementos de la teoría para metodizar el examen de la compleja estructura del Estado, empleado por la ciencia del derecho administrativo, no es extraña a nuestras leyes.

El Código Civil contempla expresamente la concepción de la persona jurídica de derecho público, distinta de la nación, de los departamentos y municipios. Son los establecimientos de beneficencia, instrucción pública y corporaciones creadas o reconocidas por la ley, los cuales al igual de aquellas tres entidades tienen personería jurídica, según el artículo 80 de la ley 153 de 1887. Y el artículo 635 del Código, excluye de la reglamentación general que el estatuto contiene a las "corporaciones o fundaciones de derecho público, como los establecimientos que se costean con fondos del tesoro nacional".

De manera que en nuestro régimen de derecho público, los establecimientos públicos son también dependencias administrativas del Estado (en su acepción genérica que comprende a la nación, el departamento o el municipio), dotados de patrimonio especial y de personalidad jurídica. Estas entidades, aunque partes del engranaje general de la administración, tienen individualidad propia y en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creadas, poseen las acciones que pudieran asistir a un particular.

B — FUNDACION

¿Jurídicamente, qué es una FUNDACION?

Prescindiendo de investigaciones históricas en el derecho romano y en el canónico acerca de lo

ue es una fundación, en el lenguaje jurídico representa hoy "la constitución de cierto patrimonio con el objeto de dedicar el capital, renta, o mbas cosas conjuntamente, al cumplimiento de fines lícitos y permitidos por la ley, con carácter permanente".

Para distinguir la **fundación** de la **corporación** se ocurrió en lo antiguo, especialmente en el derecho romano, a la teoría de que en la corporación existe un conjunto de personas que tienden a un fin, al paso que en la **fundación** se trata de un conjunto de bienes afectos o destinados a un fin. De donde resultaba la conclusión lógica de que el **sustractum** material de las corporaciones fueran las personas, y el **sustractum** de las fundaciones, los bienes.

En el derecho moderno, que proclama la unidad de las personas jurídicas con sus fines especiales, se ha reconocido, de un lado, la necesidad de dotar jurídicamente a las corporaciones de la posibilidad de que posean bienes, y a las fundaciones de una personificación moral base de la representación. En todo lo demás, el derecho moderno ha conservado fundamentalmente la doctrina antigua en el particular, aunque con las modalidades propias de los tiempos, lo que ha permitido crear muchas especies de fundaciones, vigiladas por el Estado, pero dentro de un concepto de individualidad propia personificada en el fin propuesto.

Las **fundaciones** nacen de un acto de voluntad individual, aislado o asociado a otras voluntades, acto que traduce en obra una finalidad social, como la educación, el cultivo de las ciencias y de las artes, la caridad, etc. Toda **fundación** por su naturaleza jurídica debe tener como impulso creador el de voluntades privadas. Puede un poder del Estado crear un hospital, un asilo, un instituto de artes, un colegio, etc. Un establecimiento así formado no podrá ofrecerse con los caracteres jurídicos de una **fundación,** porque el establecimiento pertenecerá al Estado, quien puede gobernarlo a su arbitrio, transformarlo, extinguirlo, etc.; en tanto que la **fundación** no pertenece sino a ella misma, y el Estado mientras la reconozca, no le puede cambiar sus fines lícitos. En el establecimiento falta la nota especial que ya Savigny advertía en la persona jurídica **fundación,** o sea la de ser persona ideal, consistente en la constitución de un patrimonio privado con destino o fin especial.

Ferrara en su obra **Teoría de las personas jurídicas** dice que "la voluntad del fundador no es sujeto, sino la voluntad incorporada a un ente colectivo institucional, creado por ella y dotado de patrimonio. La voluntad del fundador no se agota una vez sola en el acto de fundación, sino que quiere, para un futuro indeterminado, vincular otras voluntades y hacer de ellas sus órganos ejecutivos, quiere sobrevivir encarnada como núcleo de una nueva personalidad. Las fundaciones son una forma especial de instituciones, la forma perteneciente al derecho privado, y pueden designarse como las personalidades institucionales privadas".

Más adelante agrega: "El sustrato del instituto es provocado por la voluntad individual de una o de varias personas mediante el negocio de fundación. El instituyente o fundador declara que quiere que surja con carácter autónomo una cierta institución, precisa su objeto e individualidad, la forma de la administración, y por lo regular, asigna también el patrimonio necesario para su funcionamiento estable. El contenido esencial del acta de fundación es dado por la determinación del fin, que comunica un sello y una fisonomía propias del nuevo ente, y por la voluntad de que funcione de un modo autónomo, que, por consiguiente, sea destinado a ser sujeto de derecho".

Von Thur define, como lo hacen todos los autores, la fundación por contraste con la corporación: "Esencial es para la corporación, dice, una pluralidad de miembros, los cuales fundan la asociación para la persecución de un fin, y cuya voluntad es decisiva para la ulterior existencia y desenvolvimiento de la vida de la asociación; ellos son el elemento **soberano.** En cambio en las fundaciones, el fin a que el patrimonio es dedicado está determinado para siempre por la voluntad del fundador y no puede ser ya alterado. Los hombres llamados a administrar son órganos sirvientes".

Planiol y Ripert sostienen que la fundación se compone siempre "de una masa de bienes destinados por la voluntad de una persona, el fundador, a un servicio determinado; provista esa masa, y para este servicio, de personalidad jurídica".

Para Josserand la **fundación** "supone la afectación perpetua de un capital a una obra determinada de interés social, como un hospicio, un sanatorio, un colegio; de manera que la obra así creada goza de personalidad moral".

En la fundación de consiguiente, según la teoría unánime del derecho contemporáneo, acorde con la que ya había expuesto Savigny, la voluntad de aquélla no es el resultado de la deliberación o representación de individuos que convierten sus opiniones personales en actos colectivos, como en la corporación, sino la misma voluntad del fundador, en su imanencia directiva de la personalidad moral que representa al fin fundacional, y que viene a formar la regla de administración y de destinación del patrimonio. El fundador prefija la norma de vida del ente, la cual aparece como límite de la voluntad de los que administran las instituciones. Y por lo que hace al ejercicio de los derechos anexos a esta voluntad **sui generis** y propia, dice un autorizado expositor de estas materias: "Cuanto al ejercicio de derechos, después de examinar los caracteres distintivos de la fundación —o sea la facultad **agendi**, la situación de las fundaciones es análoga a la de menores o incapaces, que obran por **representación.** La representación legal de la fundación corresponde al **patrón** o **patronos,** designados por los fundadores, y en su defecto al Poder Público, a quienes corresponde administrar los bienes de la fundación y atender al cumplimiento de los fines para que fue creada, bajo la alta inspección del gobierno y con sujeción a responsabilidades estrechas. Pero el verdadero sujeto de derecho en las fundaciones no es el patrono, ni tampoco el beneficiario, sino un sujeto ideal asistido de los derechos y obligaciones adecuados a su situación jurídica, o, como dice Savigny, una abstracción personificada, una obra de humanidad que debe cumplirse en cierto lugar, de cierta manera y por determinados medios".

3º

SAN BARTOLOME, COMO FUNDACION

En las discusiones de la Corte, se sostuvo, que en armonía con los principios anteriores el Colegio de San Bartolomé es tipo jurídico de una fundación, no obstante que hoy esté dirigida por el gobierno. Este fue pensamiento para cuyo desarrollo se hicieron las siguientes consideraciones, en proyecto presentado por la ponencia:

"San Bartolomé nació de una fundación, según lo reconoce el señor procurador en la vista fiscal. Los fundadores constituyeron un patrimonio independiente —el que hoy todavía no obstante el tiempo transcurrido es, como el edificio, la base esencial de vida del instituto— y en el acta de fundación dispusieron el nombre que debía llevar, las reglas que lo debían regir y las personas que debían ser sus directores. Constituyóse así el ente jurídico, dueño de sus propios bienes, con exclusión de cualquier otra propiedad.

"Ahora bien, la tradición histórica y legal de San Bartolomé, comprueba que la individualidad propia de aquel patrimonio se ha salvado del naufragio en el devenir de los años. Salvo el breve interregno de 1861, prontamente anulado por el mismo Estado, el Colegio de San Bartolomé en ningún momento de su vida ha perdido ninguno de los atributos propios de la personalidad moral y jurídica: el nombre, el edificio, rentas, y el fin docente, que forman la sustancia de la voluntad de quien lo fundó, han permanecido casi invariablemente, personificando la institución. Han ocurrido incursiones oficiales en su dirección, pero ningún acto público había desintegrado hasta el presente siglo la personalidad moral y jurídica de San Bartolomé".

"De este hecho indiscutible y no controvertido, de que la personalidad jurídica de San Bartolomé no ha desaparecido, la primera consecuencia que debe resultar razonando exactamente, es la de que el instituto debe tener un patrono, el originario, o el que hoy existe por subrogación.

"Por voluntad del fundador, consignada en el acta de fundación, los directores del colegio deben ser los padres de la Compañía de Jesús. Y lo fueron efectivamente desde la iniciación del colegio hasta que el Rey Carlos III los expulsó de los dominios españoles. Entonces asumió el patronato y la dirección el gobierno, quien lo ejercía por medio de sus delegados en el virreinato.

"El Estado español se atribuyó la dirección, pero respetó la fundación como tal, puesto que como ya se dijo, las pragmáticas reales de expulsión ordenaron mantener vigente la voluntad de los fundadores. La expropiación de bienes de temporalidades no operó con respecto a San Bartolomé, cuyo patrimonio siguió siendo autónomo, es decir, fundacional.

"En esta situación, sobreviene la plena emancipación y con ella la instalación de la propia soberanía en el antiguo virreinato de la Nueva Granada. Con el decreto del Libertador de 20 de junio de 1820, atrás citado, comienza el nuevo régimen sus actividades en el ramo de la educación pública. En adelante "el **patronato, dirección y gobierno de los colegios** de estudios y educación

establecidos en la república" pertenecerá al gobierno cualquiera que haya sido la forma del establecimiento". No hay aquí un mandato de expropiación de bienes, según pudiera pensarse a primera vista, sino la orden general para que la dirección de todos los colegios dependa directamente del gobierno, quien asume así la suprema rectoría de la instrucción pública de la nación. Pero este patronato inmediato y directo sobre los establecimientos de educación, con respecto a San Bartolomé no se opone, según las posteriores y consecuenciales medidas de Santander lo comprueban, a que persevere la autonomía e independencia del patrimonio del instituto, al estilo de lo que ocurrió en la época colonial. Con la transformación política y la revolución, San Bartolomé tampoco perdió de consiguiente su origen fundacional.

"El decreto de Bolívar es la fuente de donde arranca para la república su autoridad a gobernar a San Bartolomé. Todas las demás leyes de las distintas épocas que en capítulo anterior apuntáronse, no son otra cosa en definitiva que el ejercicio del patronato oficial consagrado por el Libertador. Ocasiones ha habido sí en que ese patronato sobrepasó sus límites naturales, empero sin llegar al extremo de anular completamente el ente fundacional, el que fortalecido por las vicisitudes y los peligros ha llegado a nuestros días indemne en sus características esenciales formadas de un conjunto de bienes —el edificio y las rentas— destinado al fin educacional previsto por el fundador, y bajo la egida del nombre con que este quiso distinguirlo, "cuya vocación queremos y señalamos que sea de señor sanct Bartholomé apóstol", según prescribe el acta de erección, "fecha en las casa de nuestra morada de diez y ocho de octubre de este año de mil y seiscientos cinco".

'Verdad que muchas leyes hablan del "Colegio Nacional de San Bartolomé". Pero decir que San Bartolomé es un colegio nacional apenas define la extensión de la misión docente que este instituto ha venido llenando dentro de las fronteras patrias, bajo el patronato y dirección inmediata del gobierno, a falta de la de los jesuítas desplazados de esa dirección. Pero se repite, patronato y administración no quiere decir propiedad de la república sobre los bienes de la fundación, porque desde que el Estado por el órgano de expresión legítima ha reconocido la existencia de aquélla, necesariamente ha excluído el atributo de que los bienes mismos de la fundación, sean parte del patrimonio fiscal del Estado. En el pasado siglo sólo una ley, la de 28 de abril de 1840, de manera incidental y secundaria afirmó que el edificio del colegio pertenecía a la república; mas luego vinieron otras leyes que implícitamente hicieron desaparecer este concepto —con el que indudablemente el Estado patrono abusó de sus poderes— entre los cuales la principal es la del 17 de abril de 1855, de la administración Mallarino, que conforme está dicho acentuó la supervivencia de la fundación al imponer el respeto por la voluntad del fundador; además las últimas leyes expedidas en el mismo siglo a partir de 1865 van relievando cada día más el respeto por la vida del ente jurídico, actitud que culmina en las leyes 13 de 1880, en virtud de la cual el Congreso dio mandato para que el local adyacente al edificio del colegio en donde funcionaba el Seminario, se adquiriese para que quedara siendo **propiedad exclusiva del Colegio de San Bartolomé;** y 36 de 1886, mediante cuyos ordenamientos la nación **reasumió la administración y dirección,** facultando al gobierno para contratar la enseñanza que debía darse en él.

"Mucho se ha hablado de un informe que don Miguel Antonio Caro presentó ante el consejo de delegatarios reunido en 1886, para recomendar la aprobación por tal cuerpo del proyecto de lo que llegó a ser la ley 36 citada últimamente. Leyendo cuidadosamente ese informe en él no hay ningún concepto contrario a la existencia de la fundación de San Bartolomé o que afirme que ésta perdió en algún tiempo la propiedad de su edificio, en provecho de la nación. El informe está inspirado únicamente en la idea de que no hay inconveniente en que se apruebe el respectivo proyecto, cuya base fundamental fue adoptada en la ley, y consiste en que la nación reasume la **dirección y administración** del colegio. Véase que esa es la verdadera intención dominante del informe:

"El informe del señor Caro apenas es, como él mismo lo dice, una ligera síntesis histórica del Colegio de San Bartolomé. No dilucida por consiguiente el fenómeno jurídico de la fundación, de su persistencia a través de los tiempos, ni la resultante en derecho que ambas cosas comportan a la luz de una carta política que acaba de ser sancionada en la fecha de aquel informe. El señor Caro repite el concepto consignado en muchas leyes de que el colegio es un instituto nacional. Pero este concepto no contradice la existencia de la fundación, y en cambio le cuadra

exactamente a una entidad nacida para el servicio de la comunidad y en cuya conservación la República había puesto especial empeño, asumiendo ella misma su dirección y gobierno. El dirigente o patrono de la fundación había sido el gobierno, luego lo natural era que tanto por ello como por su misión eminentemente nacional, el colegio mereciese ese honroso apelativo con que lo distinguieron las leyes.

"Nótese que el señor Caro es explícito en cuanto reivindica para la nación la **administración** del colegio, y subraya el hecho de que la ley 5ª de **1865 atribuyó al Estado** de Cundinamarca "únicamente" esa administración. Igualmente adviértase que aquel eximio legislador, parangona la posición de San Bartolomé con la del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, hallando en ambos semejanza de condiciones. Testimonio elocuente de que el señor Caro no podía pensar que los bienes y rentas de San Bartolomé pertenecían en posesión y dominio a la república, porque si algo ha existido definido en este país es la condición fundacional, de consiguiente independiente y autónoma del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario. No obstante el señor Caro recomienda, en aquella época en que el Rosario carecía también de hecho de una dirección patronal autónoma como la que hoy ya posee, que los dos colegios debían estar bajo la inmediata dirección del gobierno; lo que comprueba que se interpreta equivocadamente el pensamiento del señor Caro pretendiendo deducir del informe argumentos en el sentido de que él reconoce en ese documento que el colegio es propiedad común de la nación, siendo así que el problema que venía a resolver el proyecto de ley a que el informe se refería no era el de propiedad del colegio de San Bartolomé, sino el de la entidad pública a la que debía corresponder su **administración".**

"Lo dicho confluye a patentizar lo inadmisible de la tesis sustentada en la vista fiscal del señor Procurador General de la Nación, de que el calificativo de **nacional** que algunas leyes y personajes autorizados hanle dado al Colegio de San Bartolomé revela en él una doble calidad comprensiva ora de la propiedad del edificio, como un bien cualquiera del patrimonio de la República, ora la dirección por el Gobierno".

"Olvídase así que las nociones de propiedad y administración en derecho encarnan ideas distintas e inconfundibles. Quien tiene a su cargo la administración y el gobierno de algún bien, necesariamente no es dueño de él. La nación ha administrado a San Bartolomé desplazando de allí a los jesuítas que son por la voluntad del fundador sus naturales rectores. Eso y no otra cosa es lo que el Estado ha hecho en la abundante legislación con que en las distintas épocas ha reglamentado la organización y marcha del colegio. Del problema de la administración fue también del que trató y quiso hablar el señor Caro. Empero, de que el Colegio de San Bartolomé sea nacional por haber sido administrado por el gobierno, no puede pasarse a sostener que el colegio, constituído esencialmente por el edificio, nombre y rentas, es propiedad del gobierno, en razón de que la calidad de administrador nunca tiene virtualidad suficiente para generar por sí misma la otra calidad fundamentalmente distinta de dueño y poseedor del patrimonio administrado".

"En el estudio elaborado en el ministerio de educación nacional para sostener la constitucionalidad de las leyes acusadas, y que conforme ya se dijo, fue adoptado en su integridad por el señor Procurador General de la Nación en su vista fiscal, sobre la base de que San Bartolomé nació de una fundación se combate también la tesis de que el edificio pertenece en propiedad a los Padres de la Compañía de Jesús, porque el carácter fundacional del instituto excluye tal propiedad. Empero, de que los jesuítas como directores de la fundación nunca hayan podido ser dueños del edificio en que ella actúa, es ilógico y equivocado deducir que el edificio del colegio es de la nación. Porque entre los jesuítas, directores natos de la fundación, y el Estado, que desalojando a los jesuítas asumió la dirección que éstos ejercían, existe un ente jurídico intermedio, con personalidad propia, compuesto del conjunto de bienes afectados por el fundador perpetuamente a cumplir una obra de interés social, dueño exclusivo de esos bienes, los que por subsistir hoy todavía cumpliendo los fines previstos originariamente, mantienen intacta la vida de aquel ente, pues conforme dice el tratadista chileno Alessandri Rodríguez, lo importante en las fundaciones son los bienes, "y mientras haya bienes la fundación subsiste", porque los administradores y los patronos son como cosa independiente y transitoria en la vida de la fundación".

"De consiguiente, la misma razón con que se combate que los jesuítas sean los dueños del edificio del colegio, debe servir igualmente para negar que esa propiedad corresponde al Estado".

La exposición que acaba de transcribirse y que constituía la parte más sustancial de otro proyecto de fallo del ponente discutido durante largos meses por la Corte, parte de la base, de que según los antecedentes la propiedad del edificio de San Bartolomé pertenece a una fundación.

Pero la Corte hubo de abandonar ese proyecto de fallo teniendo en cuenta que aun cuando la tesis fuese cierta, para sostenerla se decidiría implícitamente la cuestión relativa al valor jurídico de los títulos de propiedad, materia que como en capítulos siguientes de este fallo se explica, está fuera de los poderes constitucionales de la Corte en pleno; y porque al decidir la cuestión de propiedad en favor de la fundación, el fallo vendría a perjudicar a là nación y a los PP. Jesuítas que también alegan derechos particulares de dominio sin oírlos en un juicio surtido por los trámites y con la plenitud de garantías: sin oírlos ni vencerlos.

4º NO PUEDE DEFINIRSE EN LA ACCION PUBLICA DE INEXEQUIBILIDAD LA PROPIEDAD DE UN BIEN

Para la Corte esta proposición negativa se impone.

Por lo cual, y en atención a que la determinación que la Sala hiciera de la fisonomía jurídica de la institución, ora como **establecimiento público,** ya como **fundación,** bien como colegio particular de los R. P. Jesuítas, llevaría inevitablemente a decidir la cuestión de la propiedad del edificio en favor del Estado o de cualquiera de las dos expresadas personas de derecho privado, dada la anotada circunstancia de la identidad que ha prevalecido entre el colegio como **entidad** y el colegio como **edificio,** la Corte llegó por último al acuerdo unánime de abandonar el examen relativo a la clasificación legal que corresponda al colegio dentro de alguna de las categorías mencionadas que son las únicas posibles dentro de nuestras instituciones jurídicas.

Y cabe anotar que a ese acuerdo se llegó tras un dilatado y sereno cambio de ideas entre todos los magistrados que embargó numerosas sesiones de la Corte Plena, en que la discusión rodó dentro del elevado y científico plano de la tesis de derecho, con el empeño de descubrir la verdad proyectando luz en el complicado laberinto de problemas legales que presenta la consideración de este negocio.

Las controversias referentes al derecho de propiedad individual son completamente ajenas a los fallos de inexequibilidad de las leyes y decretos de que trata el artículo 214 de la Carta, aun en los casos en que el reclamo se dirija contra la Nación. En tal caso no existe acción popular. Es el mismo interesado en hacer prevalecer su derecho quien privativamente tiene la potestad de demandarlo en juicio seguido con la plenitud de las fórmulas legales creadas a fin de garantizar la respectiva defensa de cada una de las partes contendoras. El derecho de propiedad, cualquiera que sea su origen está catalogado por la ley en la categoría de los derechos privados, de manera que sólo en la correspondiente acción privada hay lugar a debatirlo y a considerar los fenómenos de posesión, prescripción, renuncia, etc., fenómenos también de derecho privado que por su naturaleza surgen de **hechos** particulares que hay que probar y analizar con audiencia rigurosa de los que se titulan dueños.

La elevada función que a esta Corporación le compete de ser guardián de la Constitución Nacional, según el artículo 214 del estatuto, lo coloca siempre en la obligación de examinar en cada caso el contenido de la ley o decreto acusados, en su carácter de acto unilateral y soberano del legislador, a la luz de los principios emanados de la Carta. Se confronta así el texto de la ley con las reglas constitucionales que se dicen violadas. Es una labor de comparación que por su índole excluye cualquier investigación alrededor de elementos o factores de **hecho,** particulares, no contenidos en el ordenamiento acusado, o en sus concordantes legislativos.

El trámite de las demandas de inexequibilidad de disposiciones legales es sumario con la simple audiencia por escrito del señor Procurador General de la Nación. Carece por consiguiente de los lineamientos de los **juicios,** organizados en el Código Judicial para que dentro de ellos se controviertan las pretensiones opuestas entre particulares, o de éstos con la Nación, sobre derechos de naturaleza privada, como el derecho de propiedad sobre determinado bien, lo cual exige un juicio que se decide por grados o instancias ante tribunales de distinta jerarquía, y según las reglas de competencia estatuídas, que son imperativas y pertenecen a la escala inviolable de las de orden público.

Se comprende así entonces que cuando en un proceso de inexequibilidad de leyes la materia

principal verse sobre el derecho de propiedad en relación con un bien, diputa ésta de carácter petitorio de dominio, la Corte debe abstenerse de efectuar pronunciamientos que impliquen, como en el presente caso, el reconocimiento de la propiedad en favor de alguien.

El caso actual ilustra y acredita hasta qué grado la Corte anularía el derecho de defensa, que también es canon constitucional, y de la más elevada alcurnia, como que de su subsistencia depende el que la justicia se imparta a quien la tiene, sin lo cual desaparecería la libertad persona sometida al influjo veleidoso del capricho, y la garantía del derecho de propiedad, dos conceptos primarios en que reposa el régimen de nuestra suprema ley:

Decidiendo que San Bartolomé es un establecimiento público, se define la propiedad del edificio en favor del Estado, y de una manera definitiva, sin haber controvertido el punto con las otras personas que también pueden invocar el mismo derecho, **como los R. P. Jesuítas** o la Fundación; con el agravante de que el litigio lo definiría la Corte Plena en un procedimiento sumarísimo, sin término de prueba, ni la ritualidad de los traslados a las partes contendoras después del allegamiento de las comprobaciones que ellas hayan estimado conveniente hacer conocer del sentenciador; y además, violando las reglas de competencia establecidas en el código judicial para dirimir semejante clase de litigios, que cuando se dirigen por la Nación o contra ella, teniendo por objeto de discusión la propiedad de un inmueble, asunto contencioso de derecho privado la competencia privativa radica, en primera instancia en el Tribunal de distrito judicial respectivo, y en segunda instancia, por grado de apelación o de consulta, en la Sala de Negocios Generales de la misma Corte, según disposiciones conocidas de organización judicial (artículos 76, ord. 1º y 36, ordinal 1º del C. de P. C.).

Definiéndose que San Bartolomé es una **fundación,** como el edificio sería el principal bien afecto a ella, implícita quedaría la resolución de propiedad en favor de la persona jurídica respectiva, con menoscabo de los derechos que tenga que alegar la Nación o los R. P. Jesuítas, y con usurpación de funciones, e idéntica prescindencia de trámites.

Por último, si se decide que el edificio es propiedad de los R. P. Jesuítas, por haber tenido ellos allí su colegio de San Bartolomé, en la hipótesis de que ese instituto no alcance a poseer el relieve jurídico de **fundación,** sino de colegio particular, se habrá condenado a la Nación a la pérdida del derecho de dominio que ella considera corresponderle, mediante el camino inapropiado de las demandas de inexequibilidad de leyes, compuesto apenas de dos trámites para llegar a la sentencia: la demanda y el concepto del Procurador. ¿Será ello posible? De ninguna manera.

Luego de todas las premisas anteriores surge necesaria la conclusión de que la Corte debe abstenerse de conocer de la demanda de inexequibilidad que tenga por fin determinar el derecho de propiedad sobre bienes que estén en controversia, y cuyo planteamiento y decisión no pueda desligarse de esa materia.

Tal sucede con la demanda de inexequibilidad de las leyes 44 de 1928 y 110 de 1937 propuesta por el doctor Carlos Bravo a la consideración de la Corte. En las transcripciones que al principio de este fallo se hicieron de esa demanda, bien se ve que por todos sus aspectos tiende a obtener la declaración de que el edificio de San Bartolomé pertenece a los R. P. Jesuítas o al colegio. Las consideraciones que su autor hace se desenvuelven alrededor del examen de títulos y documentos allegados con la demanda, de acontecimientos históricos y de ordenamientos legales con el ánimo de llevar el convencimiento de la Sala que, "la ley 44 de 1928, en la parte que haya quedado vigente, y la ley 110 de 1937, desconocen y vulneran el derecho de propiedad del Colegio de San Bartolomé sobre su propio edificio, que siempre ha ocupado, según lo reconocen ambas leyes, y privan así a una fundación eclesiástica de un bien que nunca ha dejado de pertenecerle y en que siempre ha ejercido su misión social docente en el espacio de 335 años. Estas leyes, que lejos de garantizar la propiedad privada la desconocen y vulneran son contrarias a la ley fundamental de la nación y por tanto, deben ser anuladas".

Se comprende así que la demanda plantea la cuestión de inconstitucionalidad de las dos leyes acusadas, pero todo su desarrollo está vinculado a otro problema: la de que en el bien raíz en que ha funcionado el colegio de San Bartolomé hay un derecho de propiedad de particulares, en oposición al derecho que el Estado pretende, según la alusión que a ese respecto hacen dichas leyes.

El Estado, por medio de las dos leyes acusadas afirma que el edificio es de propiedad nacional. El demandante impugna ese concepto susten-

tando que el edificio es de propiedad de los R. P. Jesuítas. El señor Procurador General de la Nación, en sus alegaciones escritas presentó tesis contrarias a las del demandante, como conclusión de las cuales deduce que las leyes son constitucionales porque el edificio es de propiedad nacional.

Si el Estado por una parte, el colegio mismo de San Bartolomé como fundación o persona jurídica privada, y la Compañía de Jesús, como cofundadora de dicha entidad, o como regente de ella por voluntad del fundador, quieren que se defina cuál de los tres tiene mejor derecho sobre el edificio ello no puede hacerlo la Corte como tribunal de inexequibilidad.

Las opuestas pretensiones tienen que suscitarse y discutirse ante los tribunales competentes, según las normas de la organización judicial. Y no siendo tribunal competente la Sala Plena de la Corte, resulta claro que ella carece del poder jurisdiccional correspondiente para declararse en favor o en contra de la constitucionalidad de las dos leyes acusadas en el concepto planteado en la demanda de que el edificio de San Bartolom. es de particulares y no del Estado.

CAPITULO IV

LAS LEYES ACUSADAS COMO DECLARATIVAS DE LA PROPIEDAD DEL EDIFICIO EN FAVOR DEL ESTADO

En el curso de los debates de la Corte, se planteó y controvirtió extensamente un nuevo aspecto de inconstitucionalidad, que ni el demandante ni el señor Procurador dilucidaron, pero que la Sala, merced a lo preceptuado en el inciso segundo del artículo 2º de la ley 96 de 1936 debe examinar. En efecto, esta disposición indica que "si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad".

Dejando de lado el punto referente a la indagación de quién sea el titular del derecho de propiedad del edificio, surge este otro interrogante, ese sí constituído por elementos de puro derecho, no subordinado por lo tanto al examen de pruebas referentes a hechos de donde pudiera dimanar un derecho subjetivo.

El artículo 78 de la Constitución Nacional, ordinal 2º, le prohibe al Congreso y a cada una de las Cámaras "inmiscuírse por medio de resoluciones o de leyes en asuntos que son de la privativa competencia de otros Poderes".

¿Siendo función propia y exclusiva de la Rama Jurisdiccional del Poder Público, la de formular con carácter obligatorio entre partes, y mediante trámites especiales, declaraciones concretas de dominio, las leyes acusadas en cuanto parten de la idea y la proclaman de que el edificio es de propiedad nacional, invaden campo vedado al legislador?

Si las dichas leyes significan una declaración obligatoria de dominio de un bien hecha en favor del Estado y con efectos **erga-omnes,** o siquiera relativos, ocurriría contradicción manifiesta de ellas por una parte, y claros principios de la Constitución, por otra.

Precisa exponer los principios fundamentales que le darían inequívoca certidumbre a la hipótesis enunciada.

EL LEGISLADOR NO PUEDE DEFINIR EN PROVECHO DEL ESTADO, CON FUERZA VINCULANTE Y DECISORIA, LA PROPIEDAD DE UN BIEN, FRENTE A TERCEROS CON PRETENSIONES CONTRARIAS

Siguiendo a Bonnecase, la ley es una fórmula abstracta que enfoca una categoría determinada de intereses con alcance esencialmente limitado y objetivo, más o menos imperativo, materializada en un texto, promulgado con el propósito de realizar en una dirección determinada la armonía social. Y según la entiende el artículo primero del Código Civil, es declaración de la voluntad soberana manifestada en la forma prevenida en la Constitución Nacional, cuyo carácter general es el de mandar, prohibir, permitir o castigar.

Siendo la función del Parlamento la de expedir leyes, es decir, reglas de derecho captadas de las necesidades sociales, tiene que moverse en órbita distinta de la atribuída al poder jurisdiccional, encargado de dirimir las contiendas provenientes de la colisión o el choque de los intereses privados de los particulares entre sí, o de los particulares con el Estado. Por eso una ley que defina semejantes situaciones conflictivas tiene que ser inconstitucional. Invadiendo la esfera propia de otros órganos, el judicial o el contencioso-administrativo, encargados de **juzgar,** rompe la

estructura de nuestro estado de derecho, en que las tres ramas del Poder Público, el legislativo, el ejecutivo y el judicial, tienen funciones separadas aunque colaboren armónicamente en la realización de los fines del Estado, según el artículo 55 de la Carta.

El Parlamento por medio de leyes carece del poder jurisdiccional de **juzgar**. La ley se dirige a conseguir otros fines más generales y abstractos, y en cuanto descienda a aplicar el derecho objetivo, inclinándose a definir la justicia de determinada situación concreta o subjetiva de derecho, en favor de una parte y en detrimento de otra, nace viciada. Su índole repugnaría a nuestra modalidad democrática, pues son los tribunales los encargados de aplicar el derecho a las relaciones humanas, de transformar sus decisiones abstractas en soluciones concretas para cada caso particular en que surja una competencia de derechos en relación con el patrimonio, tomando este vocablo en su sentido técnico y general; ellas deben según la expresión consagrada, "decir el derecho", en otras palabras, determinar a cuál de las partes en conflicto ampara la norma reguladora .

Este esfuerzo de adaptación de las prescripciones legales a las situaciones conflictivas de hecho, está vedado al legislador. Y en grado máximo cuando es el Estado una de las partes en pugna, ya que entonces la ley, bastardeando de su naturaleza, antes que constatación de una regla de derecho, se trueca en instrumento para aniquilarlo, comoquiera que el Estado, siendo parte interesada válese de su omnipotencia para destruír el derecho legítimo de su opositor.

De ahí el origen de los organismos institucionales de la rama jurisdiccional: el judicial y el contencioso-administrativo. Este colocado como el censor de los actos de la administración; aquél en zona más apartada del gobierno, actúa en campo propio, investigando y sancionando los delitos, o mediando las querellas entre particulares suscitadas con ocasión del ejercicio de los derechos privados.

Entre estos derechos el de propiedad está colocado a la cabeza. Las acciones civiles emanadas de la propiedad están constitucionalmente reservadas al órgano jurisdiccional. Si existe alguna materia de la atribución propia y exclusiva de este órgano es aquélla. En manera alguna varía este principio porque la propiedad se le dispute al Estado. El hecho de que éste sea la encarnación de la más alta persona pública no desequilibra la igualdad de tratamiento ante los jueces por lo que respecta a los litigios de índole civil sobre la propiedad, ni le da fuero especial para buscar otra jurisdicción, que no la buscaría sino con fines encaminados a obtener ventajas incompatibles con el régimen constitucional y democrático.

De acuerdo con estos principios si las leyes 44 de 1926 y 110 de 1937 se proponen formular una declaración de dominio **erga-omnes**, o siquiera limitada respecto de los Padres Jesuítas, esa declaración sería ineficaz, contraria al régimen jurídico, e inconstitucional. El legislador de esos años habría quebrantado el ordinal 2º artículo 78 de la Carta. Tal declaración en ese supuesto carecería de valor, y no podría invocarse ante los jueces para respaldar ningún derecho de propiedad, ni menos ejecutarse por las autoridades administrativas, quienes también están obligadas a examinar la prevalencia de la constitución ante la ley que la contraríe, según lo preceptuado en el artículo 215 de la Carta.

El Congreso no habría tenido facultad en orden a definir la propiedad de San Bartolomé, ni aun siquiera para mejorar las pretensiones del Estado frente a pretensiones contrarias de particulares, por el solo efecto de esas leyes. Y en tal grado ello es así, que a pesar de las declaraciones de dominio a favor del Estado contenidas en las dos leyes, la autoridad judicial conservaría intacta la libertad de decidir a quién corresponde ese dominio a base de los títulos que le respalden a favor de determinada persona, según las reglas del derecho común; no siendo obstáculo serio esas declaraciones, desprovistas de fuerza vinculante, en las decisiones del fallador, que en fuerza del principio de la inaplicabilidad de la ley inconstitucional, consagrado en el artículo 215 de la Carta, las debería desestimar.

LEYES FORMALES Y LEYES MATERIALES

La verdadera ley es aquella que crea u organiza el derecho positivo; que se dicta con carácter general, abstracto e impersonal, o mejor, la que gobierna una categoría determinada de intereses, consagrando reglas de conducta, ya en el orden de las relaciones privadas entre los súbditos, ya en el orden de las relaciones de los súbditos con el soberano.

Pero al lado de estas ordenaciones con categoría de leyes, el poder legislativo toma participación en funciones meramente administrativas, por medio de actos que se revisten de las formas de

la ley, pero que en la materialidad de su sustancia no contienen nada parecido a una regla de derecho. La ley fundamental de todos los Estados dispone que algunos de los actos administrativos o ejecutivos más importantes los realice el Congreso. La facultad de fijar el presupuesto de gastos del gobierno, crear los empleos que demande el servicio público y fijar sus respectivas dotaciones, autorizar al gobierno para celebrar contratos, negociar empréstitos, enajenar bienes nacionales, decretar honores públicos o desaprobar los tratados que el presidente celebre con particulares (ordinales 3º, 9º, 11, 16 y 21 del artículo 78 de nuestra Constitución), u otros actos semejantes que realiza el Congreso, aunque deban su fuerza a la circunstancia de tener en él su origen, y aunque tomen la forma de leyes, son en rigor de verdad, no obstante, actos administrativos, que se parecen más a los que realiza usualmente la administración que a las promulgaciones generales de derecho, propias del legislador.

Cuando el Congreso manda celebrar un contrato, o aprueba uno ya celebrado, ordena la enajenación de un bien nacional, dispone la ejecución de una obra pública, decreta la creación de una estatua, etc., está legislando con carácter particular, concreto y hasta personal, por lo cual estos actos serán leyes formalmente consideradas, pero en el fondo, iniciativas o gestiones de administración.

Empero, no por carecer la ley de generalidad, escapa al control jurisdiccional de la Corte previsto en el artículo 214 de la Carta, pues las leyes particulares y concretas también son susceptibles de contener mandatos inconstitucionales.

Lo que ocurre es que esas leyes, cuando concretamente tienden a disponer de bienes nacionales, o que el Estado reputa del patrimonio público, ni remotamente engendran obligaciones a cargo de los particulares debido a su naturaleza. Mucho menos puede asignárseles alcances jurisdiccionales, ni pueden implicar declaraciones de dominio. No son órdenes para los particulares con fuerza coactiva y decisoria. Son órdenes e instrucciones al gobierno, que para cumplirlas debe tener en cuenta que no por emanar del Congreso le crean al Estado fueros o prerrogativas especiales en relación con terceros que ninguna participación han tenido en la expedición del acto. Así, cuando el Congreso dispone la enajenación de un inmueble que reputa de propiedad nacional, no por ello el bien adquiere esa calidad si en realidad no la tiene, pues ejecutada la ley por el gobierno, la venta será inoponible contra el verdadero dueño; exactamente lo mismo ocurre entre particulares. La Corte, en función del artículo 214 de la Constitución que le atribuye su guarda, estaría incapacitada para decidir de la constitucionalidad de la ley por razón de la cuestión de hecho que se le planteara acerca del punto de la propiedad, o sea, si ésta en realidad es del Estado o corresponde a un tercero, sea éste o no el demandante; como también sería extravagante que al Estado se le desconociera el derecho que posee cualquier persona, de formular manifestaciones públicas y unilaterales de dominio, sobre bienes que estima pertenecientes a su patrimonio fiscal o público. Esas declaraciones por su naturaleza son actos unilaterales de contenido sin semejanza con un pronunciamiento coactivo o decisorio. Esta misma Corte, Sala de Negocios Generales, en sentencia de fecha 2 de julio de 1943, pronunciada en el juicio de restitución por despojo del Colegio de Jesús, María y José de Chiquinquirá contra la nación, expuso las siguientes ideas de perfecta oportunidad también ahora:

"El Estado, al igual de los particulares, es libre de estimar unilateralmente qué determinado bien le pertenece y concebir seriamente el propósito de recuperarle; estando en poder de terceros. En abstracto, esa idea, que el Estado tendrá que concretar por medio de un acto revelador de su voluntad, bien sea ley, decreto o resolución gubernamental, podrá ser aun inobjetable. La orden se cumplirá en caso de que el bien efectivamente pertenezca al Estado y siempre que en su ejecución el Gobierno no encuentre obstáculos legales de tanto imperio y entidad como la misma orden de ocupación. Pero si el Gobierno, legítimo ejecutor de las órdenes del legislador, se encuentra ante un hecho, como la posesión, que otras leyes y la Constitución Nacional ordenan respetar, mientras el poseedor no sea vencido en juicio contradictorio, el Gobierno está obligado entonces a perseguir la ocupación del bien por las vías reglamentarias erigidas en mira a garantizar el derecho de propiedad inclusive contra los poderes del Estado, que en materia semejante está sometido al derecho común y despojado de facultades exorbitantes".

De consiguiente, ni aún a pretexto de cumplir la ley que ordena la ocupación de un inmueble, la Administración está en capacidad de ordenar el lanzamiento contra el particular que esté ejerciendo sobre el inmueble la posesión por tiempo

necesario para obligar al Estado o controvertir el dominio antes de recurrir al lanzamiento del poseedor, en fuerza de que tal orden debe entonces traducirse y ponerse en práctica según las exigencias y requisitos del régimen jurídico preestablecido. Y esto es claro".

"En todo Estado constitucional impera el principio de la sujeción a la ley, y de ésta a la constitución. Este principio descansa en el hecho de que la ley deriva sus poderes de la Constitución; con lo cual se aleja la posibilidad de dejar impunes los procederes arbitrarios de las autoridades, cuyas facultades están limitadas al marco de la ley básica. De ahí que en los Estados democráticos la competencia que esté situada más allá de los lindes de aquella ley fundamental, nace viciada, debiendo entonces encauzarse por los procedimientos que sí estén autorizados". (**Gaceta Judicial**, tomo LV, pág. 482)".

Tomando base en las precedentes ideas, y mirando el contenido de las disposiciones acusadas puede concluírse en la certeza del postulado de que las leyes 44 de 1928 y 110 de 1937 no tienen ni pueden tener carácter jurídico coactivo y decisorio sobre la propiedad.

La ley 44, sobre la base de que el Colegio de San Bartolomé, de los Jesuítas, venía funcionando de tiempo atrás en el secular edificio donde se fundó, le reconoció autonomía, bajo la dirección de los mismos Padres, pero expresando la idea de que la nación tiene la propiedad del edificio.

La ley 110 de 1937, reproduciendo la misma idea o concepto sobre la propiedad, suspende o revoca la destinación que al edificio le había dado la ley 44, para que allí continúe funcionando el Colegio de San Bartolomé, y ordena que el gobierno, en consecuencia, proceda a obtener su entrega.

Según está demostrado, el hecho de que la ley 44 afirme la propiedad nacional del edificio, y la ley 110, reiterando unilateralmente el mismo concepto, determine que el gobierno lo recupere, carece de la fuerza de una declaración vinculante de dominio en relación con las personas que le disputen a la nación el derecho de propiedad que ella aspira a tener.

Ese derecho de propiedad en manera alguna ha podido ser juzgado, tomando este vocablo en su sentido técnico procesal, por las dos leyes, a las que hay que negarles de consiguiente el poder de transformar o siquiera debilitar la verdadera situación jurídica de propiedad, preexistente a su expedición, en lo tocante al edificio del Colegio de San Bartolomé, el que será de la Nación, de la Fundación o de los RR. PP. Jesuítas, no por efecto de esas leyes, sino en fuerza del título que logre prevalencia ya en una controversia civil, ya mediante un acuerdo de voluntades.

Aún más: si en nueva controversia que pudiera surgir respecto a la propiedad del bien, se pretendiese desconocer esta interpretación de la Corte en cuanto al alcance de la afirmación de dominio, y en tal virtud, a los pasajes conceptuales de las dos leyes, intente dársele influencia en la definición de la propiedad, debe la autoridad competente, en armonía con lo estatuído en el artículo 215 de la Carta, reconocer la inaplicabilidad de tales declaraciones por incompatibilidad de ellas con disposiciones constitucionales, como el memorado ordinal 2º del artículo 78, y el artículo 30, que consagra la garantía de la propiedad privada.

CAPITULO V

LA LEY 110 DE 1937, EN CUANTO ORDENA SUSPENDER LA DESTINACION DEL EDIFICIO AL FUNCIONAMIENTO DEL COLEGIO DE SAN BARTOLOME

Finalmente en la Corte se suscitó por los magistrados Serna y Cock un nuevo punto de estudio acerca de la ley 110, en cuya discusión la Sala empleó también numerosas sesiones. Consiste:

"La ley 44 de 1928 destinó el edificio para la institución autónoma, concediendo así un derecho que según la misma norma no es una trasmisión ni limitación de dominio, pero que constituye entonces un derecho personal de duración indefinida y necesaria para los fines esenciales y la estabilidad de la institución. Porque en la historia de la Ley 44 se ve cómo lo que buscaban sus autores era la estabilidad del Colegio.

"Fué la ley una cooperación pecuniaria, un fomento para el Colegio consistente en el derecho de usar el edificio, aunque fue condicionada con la obligación de suministrar unas becas.

"Este derecho concebido en la norma objetiva y unilateral, se incorporó al patrimonio del Colegio, pues de la misma ley se deduce que el hecho de la ocupación se verificó, lo que corrobora la Ley 110 de 1937, al ordenar la restitución.

"La naturaleza de este derecho, sus modalidades, su forma de extinción, son cuestiones que

competen a un proceso judicial, en que las partes deben ser oídas.

"Por consiguiente, el legislador de 1937 no podía suspender por sí mismo esa destinación, lo que equivalía a suspender, a extinguir un derecho. Y esto es función judicial, no legislativa, se violó así el artículo 78, ordinal 2º de la Constitución.

"Por otra parte, esa extinción no podía hacerse sin oír a la parte interesada, que fue así vencida. Ello implica una violación del artículo 26 de la Constitución, que exige el debido procedimiento de la ley, o sea las normas propias de cada juicio.

"Y no vale decir que la Ley 44 es una norma administrativa, porque esta clase de normas pueden ser fuente de derechos patrimoniales, como lo ha resuelto recientemente la Corte en relación con las pensiones de jubilación.

"El derecho de ocupación, si se le quiere buscar similares, podría parecerse a un comodato, que no puede entenderse precario, como se deduce del artículo 2220 del C. C.

"Si no se encuentra clasificación puede decirse que es un cuasi-uso, empleando tal partícula tan de agrado de los juristas desde Roma. Y también puede decirse que es un derecho sui-generis.

"La situación jurídica creada por la ley debía subsistir por tiempo indefinido, y al ser sustituída se quebrantó ese derecho, extinguiéndolo o suspendiéndolo".

Empero, la Corte, por unanimidad, se puso al fin de acuerdo en las siguientes observaciones:

Se trata de nuevo aspecto del problema, que aunque no contenido específicamente en la demanda, puede la Corte atender con arreglo a lo establecido en la Ley 96 de 1936.

Y bien se comprende que del proceso mismo debe resultar como materia cierta la demostración de la aceptación del derecho que puede haber conferido la Ley 44 de 1928, es decir, por parte del titular de tal derecho a su favor otorgado por la ley misma y la consiguiente incorporación dentro del patrimonio de aquél, así como las modalidades propias de tal incorporación.

Cae por tanto el tema bajo el dominio de las pruebas, de donde se sigue que para definirlo se necesita de un debate probatorio, de derecho civil, al cual es ajeno, como ya hubo de observarse, este género de juicios sobre inexequibilidad de leyes.

Y es de tanta más importancia dicho debate probatorio, cuanto que muy posiblemente las pruebas que se presentaren, independientemente de los textos mismos de las leyes acusadas, pueden conducir, no sólo al esclarecimiento de si llegó a perfeccionarse un derecho que debe ser respetado por el legislador, perfeccionamiento ocurrido merced a la aceptación de las personas o de la entidad a la cual le hubiera sido conferido, sino también el carácter preciso de ese derecho y las posibles consecuencias que de su debida clasificación jurídica puedan emanar.

Se sigue de lo que se deja expuesto que, a semejanza del tema de la propiedad del inmueble, no aparece base jurídico-procesal suficiente en la presente actuación para llegar a la declaratoria de constitucionalidad o inconstitucionalidad de la ley por el aspecto de que se viene hablando.

Por otra parte, no puede perderse de vista que aunque la Ley 110 de 1937 dispuso que el Gobierno procederá a obtener para el primero (1º) de enero de 1939 la entrega del edificio de San Bartolomé a la Nación, entiende la Corte que el mandato legal debía cumplirse, según está explicado, valiéndose sólo de los medios jurídicos adecuados a tal finalidad.

CAPITULO VI

RESOLUCION

En fuerza de todos los razonamientos expuestos la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia, después de haber oído al señor Procurador General de la Nación, según el artículo 214 de la Constitución Nacional, declara que ella no puede pronunciarse acerca de quién sea el titular del derecho de dominio sobre el edificio de San Bartolomé, ni, por ende, dada la naturaleza del negocio, acerca de la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes acusadas.

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

Sendas copias de la sentencia remítanse a los señores ministros de Gobierno, Obras Públicas y Educación Nacional.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado — Francisco Bruno — Víctor Cock — Agustín Gómez Prada — Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Hinestrosa Daza — Ricardo Jordán Jiménez — José Antonio Montalvo — Ramón Miranda — Domingo Sarasty — Eleuterio Serna R. — Hernán Salamanca. Arturo Tapias Pilonieta — Manuel José Vargas. El Conjuez, **Luis Eduardo Gacharná — Pedro León Rincón,** Secretario en propiedad.

ACUSACION DE INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 2º DE LA LEY 94 DE 1938

La Corte estima que la exención de responsabilidad de que habla el artículo 21 de la Constitución se refiere únicamente a los militares en servicio, esto es, a los miembros del ejército, encargados de la defensa exterior de la Nación, porque ese es el sentido natural y obvio del texto constitucional, que no puede extenderse por analogía a personas distintas de las contempladas.

Si los miembros de los cuerpos armados distintos del ejército quedan en iguales condiciones de responsabilidad a los demás funcionarios públicos, eso no significa que puedan discutir en todo caso las órdenes de sus superiores; por el contrario, tal cosa podrá acontecer de manera excepcional, dado que no hay quebrantamiento de garantías constitucionales cuando los ciudadanos contra quienes procede la coacción del Estado se han puesto fuera de los caminos marcados a la conducta social por la Constitución o las leyes. Solamente pueden aquéllos desobedecer el mandato superior para no incurrir en responsabilidad, en el único evento de que la obediencia de la orden traiga la "infracción MANIFIESTA de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona", esto es, el desconocimiento claro, patente, perceptible a primera vista, de los derechos civiles y garantías sociales, especificados en su mayoría en el título III de la ley fundamental.

Es inexequible, por tanto, el artículo 2º de la ley 94 de 1938, Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la frase "y los miembros de los cuerpos armados en servicio". En lo demás es exequible dicho artículo.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, doce de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada)

El doctor Eduardo Fernández Botero acusa ante la Corte como violatorios de la Constitución el artículo 2º de la ley 94 de 1938 —Código de Procedimiento Penal— en cuanto comprende a "los miembros de los cuerpos armados en servicio", distintos de los militares.

El artículo acusado dice:

"En la infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

"**Los militares y los miembros de los cuerpos armados en servicio** quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que da la orden". (Subraya la Sala).

Dice el demandante que este artículo viola el 21 de la Constitución, cuyo tenor es el siguiente:

"En caso de infracción manifiesta de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona, el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta.

"**Los militares en servicio** quedan exceptuados de esta disposición. Respecto de ellos, la reponsabilidad recaerá únicamente en el superior que dé la orden". (Subraya la Sala).

El precepto acusado —alega el actor— es el mismo de la Carta, pero en el inciso segundo se le agregó la frase "y los miembros de los cuerpos armados en servicio", agregación que va en contra del citado artículo 21, porque exime a estos últimos de responsabilidad cuando cumplan órdenes de sus superiores jerárquicos quebrantando garantías constitucionales, siendo así que la Ley fundamental exceptuó solamente a "los militares en servicio".

En apoyo de su tesis cita lo pertinente de las Actas de la comisión redactora del nuevo Código de Procedimiento Penal, que alegó una mera razón de conveniencia para agregar la frase acusada. En efecto, allí se lee:

"Se ha agregado la frase **"y los miembros de los cuerpos armados en servicio"**, con el fin de incluír dentro de las normas de que se habla, prin-

cipalmente, **a los agentes de policía,** pues mi opinión (dice el proponente del artículo, doctor Rafael Escallón), es la de que para efectos de la responsabilidad penal deben estar equiparados en un todo a los miembros del ejército. Adentrándose un poco en el análisis de esta cuestión, bien puede descubrirse que no sólo existe igual razón para unos y otros, sino aún mayor para la policía, ya que ella es la encargada del orden público.

"Fuera de la policía, quedan incluídos otros cuerpos para los cuales cabe establecer idéntico razonamiento; por ejemplo, los resguardos de aduanas". (Subraya la Corte).

El señor Procurador General de la Nación encuentra perfectamente fundado el argumento en que se basa la demanda y concluye que como la ley fue más lejos del mandato de la Carta, la frase añadida en el Código de Procedimiento Penal es inexequible. Agrega que fue él quien propuso la mentada frase, que ha sido objeto de la demanda, en la Comisión redactora del código; que sigue pensando que sería de suma conveniencia exceptuar de responsabilidad cuando cumplen mandatos de sus jefes, no sólo a los militares en servicio, sino también a los miembros de los cuerpos armados, en el mismo caso; porque el precepto constitucional exceptúa restrictivamente a los militares en servicio, y la policía y los resguardos de rentas o de aduanas, aunque son cuerpos armados, "no son ni deben ser militares".

Se considera:

La Carta fundamental asienta el principio de que cada cual debe responder personalmente de los actos que ejecute: si es un simple particular, por violar la Constitución o las leyes, y si es funcionario público, debe responder, además, por extralimitación u omisión en el ejercicio de sus funciones (artículo 20).

Pero según el artículo 21 de la misma Carta, el mandato superior exime de responsabilidad, a no ser que el agente del acto quebrante de manera manifiesta un precepto constitucional. No obstante, los militares en servicio deben obedecer siempre las órdenes de sus superiores, aunque al cumplirlas quebranten en forma evidente un precepto de la Constitución, pues la responsabilidad recaerá únicamente en el superior que las haya impartido.

El problema que debe resolver la Corte es, pues, el de saber si esa exención de responsabilidad, cuando hay mandato de superior y se viola una garantía constitucional con su cumplimiento, en forma manifiesta, comprende solamente a los militares en servicio o puede extenderse a los miembros de los demás cuerpos armados en servicio que no son militares en sentido estricto.

La Corte estima que aquella exención se refiere únicamente a los militares en servicio, esto es, a los miembros del ejército encargados de la defensa exterior de la Nación, porque ese es el sentido natural y obvio del texto constitucional, que no puede extenderse por analogía a personas distintas de las contempladas.

En efecto, la propia Carta establece con bastante claridad la diferencia que existe entre **el ejército** y **la policía** en general, al decir que el primero tiene por objeto **la defensa de la Nación** (artículo 166); que el Presidente de la República puede dirigir, cuando lo estime conveniente, **las operaciones de la guerra,** como jefe de los ejércitos (artículo 120, ordinal 8º), proveyendo así a **la seguridad exterior de la República** (ibídem, ordinal 9º); al establecer una jurisdicción militar para juzgar los delitos de los militares en servicio (artículo 170); y al otorgarles el privilegio de no ser privados de sus grados, honores y pensiones, sino en los casos y del modo que determine la ley (artículo 169). En cambio, a la policía le corresponde la guarda del orden interno, como, en cierto modo por exclusión, se deduce de los artículos 77, 120 (ordinales 6º y 7º), 165, 167 y 187 (ordinal 2º).

Por lo demás, los expositores sobre la materia coinciden en hacer la diferencia aludida al afirmar que si el ejército debe guardar la seguridad exterior de la Nación, a la policía le corresponde la del orden interno; que la misión de ésta es la de prevención, y la del ejército de ataque y defensa; en suma, que el ejército es entidad bélica o para la guerra, mientras que la policía es **institución civil** únicamente. De lo cual deducen que no pueden ser idénticas las armas de una y otro, ni el método o criterio que guíe su empleo, porque no es idéntica la naturaleza de las actividades o intervenciones de estas ramas de la fuerza pública.

Es claro que en un sentido lato, los agentes de la policía pueden llamarse militares, en cuanto que por medio de disciplina semejante a la de los soldados, con jerarquía adecuada y por medio de las armas, están encargados de guardar el orden, si bien no el internacional, sino el interno del país. Esa semejanza ha hecho que a la policía se la haya privado del ejercicio del sufragio

y de la facultad de ser deliberante, como al ejército. De la propia suerte, los militares tienen que colaborar en la guarda del orden público, puesto que tanto el Presidente de la República como los Gobernadores de los Departamentos pueden reclamar su apoyo (artículo 120, ordinales 6º y 7º, y 195). Y, en fin, los miembros de los cuerpos de policía pueden ser destinados también a la defensa exterior de la Nación, como que el deber de tomar las armas cuando las necesidades generales lo exijan para defender la independencia de la Patria, que es de todos los colombianos, atañe primordialmente a los consagrados al servicio oficial (artículo 165). Pero esas semejanzas no permiten confundir las dos instituciones, porque su misma naturaleza y los propósitos que persiguen, al menos en tiempo de paz, establecen una marcada diferencia entre ellas.

Propone el señor Procurador un serio reparo contra esta tesis diciendo que si es la ley la que debe fijar la responsabilidad de las personas o eximirlas de ella, el hecho de que la Carta haya señalado una excepción "no impide a la ley fijar nuevas excepciones, puesto que es al legislador al que corresponde fijar los delitos y determinar las penas y, por lo mismo, decir cuándo una persona puede quedar eximida de responsabilidad penal".

No se puede desconocer la fuerza de este raciocinio, porque de acuerdo con la misma Constitución, es la ley la que debe definir qué hechos constituyen delitos, y qué penas les corresponden y, por tanto, en qué casos existe responsabilidad y en cuáles no debe exigirse (artículo 28). Es más —añade la Corte— en forma concreta establece el artículo 51 que "las leyes determinarán la responsabilidad a que quedan sometidos **los funcionarios públicos de todas clases** que atenten contra los derechos garantizados" en el Estatuto. De otro lado, en éste se ordena aplicar de preferencia, en materia penal, la ley permisiva o favorable, en vez de la restrictiva o desfavorable (artículo 26), y es natural que todo lo que lleva a eximir de responsabilidad a las personas es favorable.

Esto no obstante, la ley no puede señalar otras excepciones en esta ocurrencia en que la Carta ha señalado un caso único de exención de responsabilidad. Dicho en otros términos, aquí viene a contemplarse, en definitiva, una limitación establecida por el constituyente para el legislador, porque no siendo propio del primero especificar las posibilidades en que no cabe exigir responsabilidad, al hacerlo en una solamente quiso indicar de modo indubitable que no autoriza para extender dicha excepción a ninguna otra, después de dar la norma general sobre la materia, esto es, la responsabilidad de todos y de cada uno de que habla el inciso primero del artículo 21, por conveniente que aparezca aplicarla por analogía a casos semejantes. Puede pensarse que el constituyente hizo esta reserva, ya porque las actividades militares, por los fines que consultan y por las circunstancias en que se desenvuelven, requieren la obediencia incondicional, ya por tratarse de asuntos de tanta gravedad y delicadeza como el de no pedirle cuentas a quien con un acto suyo, pero ejecutado por orden superior, atropella un derecho ajeno.

Si no estuviera la Corte frente a este caso de excepción del texto constitucional, no vacilaría en darle sentido amplio o analógico, extendiéndola a todos los cuerpos armados en servicio, pues la semejanza de funciones, de fines y de organización en todas las ramas de la fuerza pública es visible y lleva a pensar que sus prerrogativas han de ser iguales. Pero, se repite, se trata tan sólo de una semejanza, que conduciría a la conveniencia, pero no a la necesidad de equipararlas.

El señor Procurador, después de proponer la objeción que se viene estudiando, la contesta así:

"Este argumento, sin embargo, carece de fuerza. Dice la Constitución que "el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta", dando así una regla general que el legislador no puede quebrantar. Agrega la Carta que quedan exceptuados de tal responsabilidad los militares en servicio y no señala ninguna otra excepción. Por consiguiente, al decir la ley que, además de los militares en servicio, quedan exceptuados de responsabilidad los miembros de los cuerpos armados en servicio, viola la norma constitucional, de carácter general, según la cual el mandato superior no exime de responsabilidad al agente que lo ejecuta. Es cierto que la ley puede fijar los delitos y eximir de responsabilidad, pero sólo cuando la constitución no haya establecido, para casos especiales como este de la responsabilidad por actos ejecutados por mandato superior, lo contrario".

Otro argumento salta a la vista al leer el artículo 168 de la Constitución, que estatuye que "la fuerza no es deliberante". La Corte quiere des-

arrollarlo para llenar todo vacío en el estudio de tan trascendental problema.

Puede enunciarse diciendo que si a los militares en servicio no les exige responsabilidad la suprema ley cuando obedecen órdenes superiores aunque violen garantías constitucionales al cumplirlas, tampoco puede cobrarse a los demás miembros de los cuerpos armados en servicio, porque la condición de no ser **deliberantes**, esto es, de no poder discutir los mandatos de sus jefes, se extiende, en general, a todos los miembros de la fuerza pública, pues no se hacen distingos de ninguna clase en el precepto invocado. Es más, allí se establece que "los miembros del ejército, de la policía nacional y de los cuerpos armados de carácter permanente no podrán ejercer la función del sufragio mientras permanezcan en servicio activo, ni intervenir en debates políticos".

Así las cosas, si al subordinado se le exige que responda por haber cumplido órdenes de superior jerárquico, tendrá que discutir en los casos concretos si con ese cumplimiento acarreará sobre sí la respectiva sanción, contra lo prohibido por el estatuto de poner en tela de juicio aquellos mandatos. Y planteada así la tesis, surge la consecuencia de que al aceptarse tal doctrina, la disciplina de los cuerpos armados podrá sufrir considerable mengua.

El argumento tiene muy aparente valor, pero peca por exceso. En primer lugar, porque, como ya se dijo, no existe identidad entre el ejército y las demás fuerzas armadas. No es admisible que los militares en servicio discutan o deliberen siquiera sobre la conveniencia o justicia de las órdenes de sus superiores, porque el esfuerzo bélico, de suyo destructivo, necesita la obediencia absoluta de los subordinados. Con él se quiere dominar, repeler la fuerza con la fuerza, y para ello es necesario combatir, matar, derribar construcciones, arrasar campos y ciudades, hacer caso omiso de las garantías vigentes en la vida ordinaria.

La policía no actúa en condiciones semejantes sino de manera accidental: su objeto de prevención se llena en la mayoría de los casos con su presencia intimidativa y casi nunca se ve en situación de luchar con una fuerza armada a la que tenga que vencer con la suya, sino en presencia de grupos de ciudadanos que generalmente emplean instrumentos no letales, y a los cuales no va propiamente a derrotar, sino a disolver.

Si fueran idénticos todos los cuerpos de la fuerza pública, como instituciones de la misma naturaleza, la Constitución habría estatuído también que los agentes de la policía nacional, por ejemplo, no pueden ser privados de sus grados, honores y pensiones sino en los casos y del modo determinado por la ley (artículo 169); que corresponde al Senado aprobar o desaprobar los grados o títulos de su jerarquía conferidos por el Gobierno (artículo 98, ordinal 2º); que los delitos cometidos por ellos en ejercicio de sus funciones son de competencia de tribunales formados dentro de sus propias filas (artículo 169); y, en suma, que todos los miembros de los cuerpos armados deben disfrutar de aquellas prerrogativas o derechos, concedidos al ejército. Pero así no lo estableció y dicha omisión, aparte de las razones anteriormente expuestas, constituye argumento de mucho peso en favor de la tesis que la Corte viene propugnando.

En segundo lugar, conviene decir que nadie es deliberante ante las órdenes de su superior jerárquico, pues así se deduce, no sólo de los preceptos constitucionales que imponen a todos los habitantes de Colombia la obligación de vivir sometidos a la ley y de "respetar y obedecer a las autoridades", sino del texto del artículo 21, tantas veces citado, que en sentido positivo ordena acatar "el mandato superior", menos cuando ese mandato vaya en detrimento manifiesto de una garantía fundamental. Si en forma particular se estatuyó la obediencia en las fuerzas armadas, fue con el indudable propósito de señalar el acatamiento a la jerarquía y a la disciplina como elementos indispensables de eficacia en las labores que les están encomendadas, y que es más necesario en ellas que en cualesquiera otras organizaciones del poder del Estado.

De todo lo anterior debe concluírse que los miembros de los cuerpos armados distintos del ejército quedan en iguales condiciones de responsabilidad a los demás funcionarios públicos. Sin embargo, eso no significa que puedan discutir en todo caso las órdenes de sus superiores; por el contrario, tal cosa podrá acontecer de manera excepcional, dado que no hay quebrantamiento de garantías constitucionales cuando los ciudadanos contra quienes procede la coacción del Estado se han puesto fuera de los caminos marcados a la conducta social por la Constitución o las leyes. Solamente pueden aquéllos desobedecer el mandato superior para no incurrir en responsabilidad,

en el único evento de que la obediencia de la orden traiga la "infracción **manifiesta** de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona", esto es, el desconocimiento claro, patente, perceptible a primera vista, de los derechos civiles y garantías sociales, especificados en su mayoría en el Título III de la Ley fundamental.

Obvio es que esa violación se presentará en contadas ocasiones, no sólo porque los superiores se cuidarán muy bien de echar sobre sí la responsabilidad que en todo caso les corresponde, sino porque, como ya se ha indicado, las leyes señalan de manera clara y precisa la pauta o norma para la conducta de los asociados. Y en armonía con ello, si es verdad que las autoridades de la República están instituídas para proteger a todas las personas residentes en Colombia en sus vidas, honra y bienes (artículo 16), no es menos cierto que la vida, el honor o los derechos constitucionalmente protegidos son los que se poseen o ejercitan dentro de los cánones legales.

Para terminar, debe aclararse que tampoco se desconocen las garantías de la Carta en aquellas ocurrencias en que los ciudadanos acudan a medios violentos para turbar el orden o en que sea necesario apelar a procedimientos extremos para dominar un peligro ocasionado por las personas o por las cosas. Es que entonces, en estas circunstancias anormales y graves generalmente se encuentran los miembros de la fuerza pública en estado de legítima defensa propia o ajena o en estado de necesidad propia o ajena también, y en esas eventualidades nadie puede argüir que se violan las mentadas garantías.

Sin duda ocurrirá que en estos supuestos, contemplados en todas las legislaciones, se instruye el correspondiente proceso criminal, cuando las apariencias digan que los miembros de los cuerpos armados atropellan derechos ajenos tutelados en el Estatuto, lo que no ocurriría si la exención de responsabilidad pudiera extenderse a ellos. Pero eso no significa sino que están sometidos a las molestias consiguientes al ejercicio de su cargo, y esas mortificaciones se extienden a todos los empleados y funcionarios, que están expuestos a verse acusados —como acontece con frecuencia y en ocasiones con tan notoria injusticia— por exceso u omisión en el desempeño de sus obligaciones.

Por lo expuesto, la Corte Suprema, en Sala Plena, de acuerdo con el señor Procurador General de la Nación, declara que ES INEXEQUIBLE el artículo 2º de la ley 94 de 1938 —Código de Procedimiento Penal— en cuanto a la frase "y los miembros de los cuerpos armados en servicio". En lo demás es exequible dicho artículo.

Cópiese, notifíquese y dése cuenta al Gobierno Nacional.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado— Francisco Bruno — Alberto Benavides Guerrero, Conjuez. — **Víctor Cock — Agustín Gómez Prada. Jorge Enrique Gutiérrez A.—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,** Secretario.

EXEQUIBILIDAD DE LOS ARTICULOS 3º Y 4º DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ORDENA LA ADQUISICION DE UN EDIFICIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

Expedida la ley 71 de 1946 tiene fuerza obligatoria que la Corte no puede dejar de reconocer por imperio de los artículos 11 del Código Civil y 52 del Código Político y Municipal. Vale decir que expedida y sancionada esa ley, la creación de la colonia escolar de vacaciones de Andes y la de la escuela de artes y oficios de Valparaíso, caben dentro del plan ideado por esa ley. La lectura de los tres primeros artículos de ella hace pensar que el Legislador de 1946 quiso fijar con ellos un plan, lanzar un programa, a los cuales deben someterse las empresas por él mismo consideradas como útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo. Y que, entre esas empresas caben las culturales, encaminadas al sostenimiento de establecimientos como las colonias de vacaciones y los dedicados a la educación industrial y artística. Y no solamente las incluye la ley en el programa exigido por el precepto constitucional, sino que para un mejor acomodamiento con las exigencias del Constituyente, en la ley 71 se detallan las condiciones y requisitos que han de llenar tales empresas para hacerse acreedoras al apoyo pecuniario del Estado.

Corte Suprema de Justicia—Sala Plena—Bogotá, enero veintinueve de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

El excelentísimo señor Presidente de la República le ha enviado a la Corte el siguiente mensaje:

"Mi antecesor en la Presidencia de la República en ejercicio de la facultad que le otorga al Jefe del Ejecutivo el artículo 86 de la Constitución Nacional, formuló objeciones de inconstitucionalidad en Mensaje número 128 de 21 de diciembre de 1945 al proyecto de ley "por la cual se ordena la adquisición de un edificio y se dictan otras disposiciones", por estimar que el mencionado proyecto era violatorio del artículo 76 de la Carta en su ordinal 20.

"El Congreso en sus sesiones del corriente año consideró tales objeciones y declaró fundadas las que se refieren al artículo 5º, el cual fue negado, e infundadas las relativas a los artículos 3º y 4º del proyecto en estudio. Como los artículos 3º y 4º, hoy 3º y 4º del proyecto en estudio a que hago referencia fueron vetados por inconstitucionalidad y las Cámaras declararon infundadas las objeciones, me veo en el caso de pasar a esa H. Corte Suprema de Justicia el proyecto en estudio para que ésta decida sobre la exequibilidad de tales disposiciones, según lo preceptuado en el artículo 20 de la Constitución.

"En consecuencia, junto con sus antecedentes, atentamente envío a usted un original del proyecto de ley que remitió a la Presidencia de la República el Presidente de la Cámara de Representantes en Mensaje número 739 de 11 de diciembre de 1946".

Acogido por la Corte el Mensaje del Jefe del Estado, que tiene fecha 18 de diciembre de 1946, le dio al negocio de que allí se trata la tramitación correspondiente.

Cumplidos los requisitos legales, ha llegado el momento de que la Corte decida sobre las objeciones formuladas por el Ejecutivo, de acuerdo con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución.

Antecedentes

A la H. Cámara de Representantes le fue presentado un proyecto "por el cual se ordena la adquisición de un edificio". El proyecto original hace referencia al inmueble ubicado en la ciudad de Cartagena "antiguo convento de San Francisco y la iglesia en ruinas adyacente a él, ubicado en la ciudad de Cartagena y que fue cedido por el Departamento de Bolívar al asilo de mendigos de San Pedro Claver". El artículo 2º del proyec-

to primitivo dispone que "una vez que la Nación sea propietaria del inmueble a que se refiere el artículo anterior, lo cederá al Círculo de Obreros de San Pedro Claver de Cartagena, con la condición expresa de que sea destinado exclusivamente a escuelas, salones de conferencias, bibliotecas, cajas de ahorros y otros fines dirigidos al mejoramiento social de los obreros de Cartagena.

El artículo 3º del proyecto primitivo es del tenor siguiente:

"Destínase hasta la suma de setenta mil pesos ($ 70.000.00) para dar cumplimiento a esta ley, la cual será apropiada en el Presupuesto de Gastos de la próxima vigencia".

Considerado el proyecto en la Comisión Tercera Constitucional, en el curso de la discusión se le introdujeron dos artículos nuevos, que la Comisión acogió, con el asentimiento de los autores del proyecto, por considerar aquélla que tales artículos "tienden al progreso cultural de las ciudades de Valparaíso y Andes, en el Departamento de Antioquia". Incluídos en el proyecto, pasaron a segundo debate como artículos 3º y 4º, respectivamente. El tenor de ellos es como sigue:

"Artículo 3º Créase la colonia escolar de vacaciones de Andes, Departamento de Antioquia. En el presupuesto de rentas y gastos se harán las apropiaciones necesarias para dar realidad a la presente disposición.

"Artículo 4º Créase la escuela de artes y oficios 'Rafael Uribe Uribe' en la ciudad de Valparaíso, cuna del ilustre colombiano. En el presupuesto nacional se harán las apropiaciones del caso para la efectividad de esta disposición".

Adicionado así el proyecto, siguió su curso reglamentario en las dos Cámaras, y obtuvo la aprobación en ambas. Enviado luego a la Presidencia de la República para efectos de la sanción, el excelentísimo señor Presidente lo devolvió sin sancionarlo. En el mensaje respectivo, que tiene fecha 21 de diciembre de 1945, el señor Presidente se expresa así:

"Por las mismas razones que os he expuesto en mensajes anteriores sobre algunos proyectos de ley que decretaban obras públicas sin sujeción a planes y programas generales, considero que los artículos 3º, 4º y 5º del proyecto a que me refiero, son contrarios a los principios constitucionales comprendidos en los numerales 4º, 19 y 20 del artículo 76 de la Carta.

"Os ruego considerar en este pliego de objeciones que formulo al proyecto de ley en estudio por considerar contrarios a la Constitución los artículos indicados antes, los mismos argumentos que anteriormente me han servido para sostener la tesis de que es indispensable que el Congreso expida previamente los planes y programas generales para que sean procedentes las leyes sobre fomento de las obras públicas.

"Os devuelvo, por lo tanto, sin la sanción ejecutiva, el proyecto de ley 'por la cual se ordena la adquisición de un edificio y se dictan otras disposiciones' ".

Reabierto el proyecto en la Cámara de Representantes, esa alta Corporación declaró fundadas las objeciones que el Ejecutivo hizo al artículo 5º del proyecto, e infundadas las que se refieren a los artículos 3º y 4º. Lo propio sucedió en el Senado.

Resultado de las objeciones del señor Presidente fue el que se eliminara del proyecto la disposición por la cual se destinaba una suma de pesos para darle cumplimiento a la ley.

Conviene destacar los siguientes apartes del informe de la Comisión que en la Cámara estudió las objeciones formuladas por la Rama Ejecutiva a los artículos 3º, 4º y 5º del proyecto:

"En relación con el artículo 5º —dice el informe— la Comisión acogió la objeción que le formuló la Rama Ejecutiva en el sentido de ser contrario a la Constitución Nacional, por cuanto en él se decreta una erogación con destino a auxiliar una obra calificada de útil o benéfica, sin que todavía haya expedido la Ley General de Planificación, a tenor de la cual haya de ejercerse la iniciativa de gastos a este respecto. Pero, en relación con los artículos 3º y 4º, la Comisión se apartó de la tesis presidencial; y, a decir verdad, su decisión encuentra amparo en razones muy atendibles. En efecto, en esos artículos se provee a la apertura y funcionamiento de una Colonia Escolar de Vacaciones y de una Escuela de Artes y Oficios, sin disponer que para ello el Gobierno Nacional acometa o deba acometer construcciones de ninguna naturaleza. Siendo esto así, mal puede presumirse inequívocamente que se han decretado con tal motivo obras públicas con anterioridad a la expedición de la respectiva Ley de Planificación, para darle vida y fuerza, con fundamento en ese presupuesto intelectual, a la objeción presidencial.

"La comisión entendió que esos establecimien-s de educación pueden organizarse y darse al rvicio en edificaciones contratadas con tal ob-to por el Gobierno, lo cual evidentemente es osible y aun aconsejable, para no subordinar en-eramente la acción instruccionista a la lentitud ue en ocasiones sufren las construcciones esco-ares. En resumen, como en esos artículos no se ecretan obras públicas, ellos se escapan a la ob-eción de inconstitucionalidad, en concepto de la omisión Tercera Constitucional Permanente".

La Comisión Tercera del Senado dijo en su portunidad:

"Las ponencias han expuesto razones evidentes para disentir del concepto presidencial, por considerar que ellos en nada se oponen a las disposiciones constitucionales citadas por el Ejecutivo, ya que no se trata de la construcción de edificios destinados a escuelas de vacaciones, etc., sino a la simple apertura y dotación de ellas".

Debe recogerse, para la historia del establecimiento de la ley objetada por el Ejecutivo, esta afirmación acorde de las ponencias: no ha estado en el ánimo de quienes han intervenido en la elaboración de la ley el decretar construcciones de edificios para escuelas, sino el propender porque tengan existencia los establecimientos respectivos, y el que se les dote de recursos para su funcionamiento.

El concepto del señor Procurador

El señor Procurador —que en su vista se pronuncia por la exequibilidad— expone diferentes argumentos para concluír que son infundadas las objeciones que el excelentísimo señor Presidente le hace al proyecto. Oígase cómo se expresa el señor Procurador:

"En proyectos análogos al presente, la H. Corte había decidido, de acuerdo con el concepto del Procurador, que era inconstitucional decretar obras públicas o fomento de empresas útiles o benéficas mientras no se hubiera dictado la ley normativa o planificadora de tales obras y empresas. El Procurador no ha modificado su concepto, pero encuentra que actualmente rige la Ley 71 de 1946 'por la cual se desarrolla el ordinal 2º del artículo 76 de la Constitución Nacional', en la que se enumeran 'las empresa útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación' y se indican los requisitos a que dichas empresas han de someterse.

"Conceptúa el suscrito Procurador que desde la vigencia de la citada ley las disposiciones legislativas del Congreso en cuanto hace a las empresas útiles o benéficas, serán constitucionales si las empresas están en aquella ley incluídas, e inconstitucionales en caso contrario. En otros términos: que el legislador ha cumplido por medio de la Ley 71 con su función de fijar los planes o programas de que trata el numeral 4º del artículo 76 de la Constitución en relación con el numeral 20 del mismo artículo.

"En el ordinal b) del artículo 1º de la Ley 71 están señaladas entre otras 'empresas' la construcción, ensanche y sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria, profesional, industrial y artística, colonias de vacaciones...', de modo que es indiscutible que las empresas a que las objeciones en estudio se refieren están incluídas en la ley planificadora. Como consecuencia, estimo que hoy las objeciones resultan infundadas".

La actitud de la Corte

Es cierto —como lo apunta el señor Procurador— que después de expedida la enmienda de 1945, el señor Presidente de la República le ha formulado objeciones a varios proyectos de ley sobre obras públicas, o sobre fomento de empresas que, en el ánimo de quienes los han concebido, son de utilidad manifiesta. La Corte ha hallado fundadas las objeciones y declarado inexequibles los proyectos correspondientes. En 5 de octubre de 1946, por ejemplo, declaró la Corte inexequible el proyecto de ley por el cual se autorizaba al Gobierno Nacional para adquirir por parte del Estado un lote de terreno denominado "Montecristo", ubicado en la ciudad de Barranquilla. Y antes, en providencia de 14 de diciembre de 1945 había hecho lo mismo con el proyecto de ley por el cual se concedía un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de Mata de Caña.

En los debates que el estudio de tales proyectos provocó en la Corte Plena, fueron diversos los pareceres de los Magistrados, y las decisiones definitivas de la entidad no fueron tomadas por unanimidad de votos en ninguna de esas ocasiones. Los Magistrados sustentantes de la tesis de la constitucionalidad adujeron respetables argumentos, e hicieron hincapié en que "el control jurisdiccional en esta clase de asuntos debe ser

muy cauteloso para no invadir, sin razones muy justificadas, el radio de acción de los Legisladores".

Como historia resumida de tales debates, puede reproducirse ahora lo que la mayoría de los Magistrados sostuvo como doctrina acerca del alcance que se les debe dar a las disposiciones contenidas en los numerales 4º y 19 del que es hoy artículo 76 de la Constitución, y que constituye la parte motiva de la mencionada providencia de 5 de octubre de 1946.

Dice así la Corte:

"El artículo 76 de la Constitución Nacional, que enumera las atribuciones del Congreso, estableció en su numeral 4º el deber de fijar los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.

"No puede entenderse, si se consideran los demás numerales de ese artículo, conexos con éste, que en él se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas.

"Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, el Congreso tiene, no limitada, sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha elaborado con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad o siquiera su terminación.

"No hay duda que el pensamiento que inspiró la reforma que sometió el ejercicio de la facultad de disponer de los fondos públicos a planes y programas legislativos generales y previos y no, como antes ocurría, a planes e iniciativas particulares de cada obra, fue como lo dice el señor Presidente de la República, 'orientar las diversas iniciativas de progreso en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que consultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden'. En esta innovación institucional tuvo cabal realización el viejo anhelo nacional de ver impedido el desorden y el derroche de los fondos públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que se destinaban, como se dijo en la exposición presidencial sobre la reforma de la constitución, que culminó en el año que corre. (La Corte está hablando aquí en el año de 1945).

"Se ha dicho, para inutilizar la reforma y combatir la interpretación que se ha venido haciendo, que el numeral 4º precitado carece de la significación y fuerza que se le atribuye, porque su presencia en la Carta obedece al sistema propuesto por el Gobierno en el proyecto original y no adoptado por el Congreso, de las leyes normativas u orgánicas y de las comunes, entendiendo por aquéllas las que son como a manera de una prolongación de la constitución misma. Es cierto que no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, pero de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone o provee a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, incuestionable es que están sometidas ineludiblemente a un orden de precedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas.

"No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas en los numerales 4º y 19 de allí.

"Quiso el Congreso mismo, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas.

"Dice este numeral que el Congreso tiene la atribución de 'fomentar las empresas útiles y benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a los planes y programas correspondientes'. Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento que triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no puede ser respecto de los planes o programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar de los debates y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previo ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario, en que se determinen las condiciones y requisitos que justifiquen la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir asimismo para fundar desde el punto de vista de la utilidad y beneficio, su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos.

"Solamente así puede dársele dignificación y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Otro entendimiento resulta inaceptable a la luz del principio general de hermenéutica que descalifica la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aludidos dentro del principio que rigió la innovación institucional, cuya trascendencia e importancia apenas se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del constituyente fue hasta cubrir el peligro de que por la vía indirecta de los auxilios se burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la ley de las leyes. 'Sería imposible que se realizara tan excelente propósito —dice el señor Presidente, autorizado intérprete de la reforma que él propuso y propugnó— si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo'.

"Apenas hay para qué contradecir el concepto inaceptable de que la interpretación constitucional que adopta la Corte en coincidencia con la del Ejecutivo, limita o mengua la soberanía que corresponde al Congreso Nacional en su función esencial de legislador, porque de acuerdo con ella, el Congreso sigue teniendo soberanamente sus facultades de decretar obras públicas y fomentar empresas, dentro de las condiciones que impone la Constitución de la República".

Las objeciones de actualidad

¿Coincide, se identifica el caso **sub judice** con los que la Corte tuvo que resolver, y resolvió en los fallos de que se ha hecho remembranza?

Cuando se expidieron tales fallos no había adoptado el Congreso un plan general que calificara las empresas y estableciera las condiciones y requisitos que justificaran la destinación de fondos, como es imperativo que se justifique, para que tenga cumplimiento la exigencia constitucional contenida en los numerales 4º, 19 y 20 de la Carta que hoy nos rige.

Pero el 18 de diciembre de 1946 —fecha en la cual el excelentísimo señor Presidente de la República le envió a la Corte el Mensaje reproducido en el encabezamiento de esta providencia y con tal Mensaje los antecedentes del proyecto objetado— ya en las Cámaras había pasado por sus debates reglamentarios el proyecto de ley "por la cual se desarrolla el ordinal 20 del artículo 76 de la Constitución Nacional", y, para ser ley de la República, no le faltaba más que la sanción del Ejecutivo. El primer mandatario cumplió con la formalidad de la sanción el 23 de diciembre subsiguiente.

La Ley 71 —que rige desde su promulgación según lo dispone en su artículo 11— está publicada en el número 26317 del **Diario Oficial** correspondiente al día 30 de diciembre de 1946. De modo que en el momento actual —que es cuando la Corte tiene que decidir sobre la constitucionalidad del proyecto— aquella ley (la 71) tiene ya fuerza obligatoria; fuerza que la Corte no puede dejar de reconocer por imperio de los artículos 11 del C. Civil y 52 del C. P. y M.

Vale decir que, expedida y sancionada la Ley 71 de 1946, la creación de la colonia escolar de vacaciones de Andes y la de la escuela de artes y oficios de Valparaíso, caben dentro del plan ideado por esa ley. La Ponencia de la Comisión Pri-

mera que en la Cámara estudió el proyecto que luego se convirtió en ley 71 de 1946, anunció que esa ley "sería una base para que sobre ella pudiera legislarse sin incurrir en infracción alguna a nuestra Carta". (Véase el Nº 70 de los Anales del Congreso, correspondiente al viernes 11 de octubre de 1946).

Empieza la Ley 71 de 1946 por calificar las empresas que en concepto del Legislador han de considerarse como útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación. En ocho ordinales hace el Legislador la calificación.

Hecha la calificación, en otro artículo impone las condiciones y requisitos que deben llenar los proyectos para que erigidos en ley, merezcan el apoyo del erario nacional.

El ordinal b) del artículo 1º considera como útiles o benéficas, dignas de estímulo y apoyo por parte de la Nación, "la construcción, ensanche y sostenimiento de establecimientos de enseñanza secundaria, profesional, industrial y artística, colonias de vacaciones, teatros culturales, bibliotecas públicas, estadios, aeródromos, gimnasios, campos de deportes, casas de estudiantes, catedrales y templos parroquiales, sean departamentales, municipales, particulares o de entidades dedicadas a desarrollar los fines de esas obras o empresas y las obras o construcciones de casas o edificios de empleados o trabajadores".

Y el ordinal b) del artículo 3º reza: "Para los establecimientos de educación y demás obras a que se refiere el aparte b) del artículo 1º, los documentos a que se refiere el Decreto número 559 de 1940, emanado del Ministerio de Educación Nacional, presupuesto del año anterior, si lo hubo y del subsiguiente; copias de la última acta de visita practicada por los Inspectores Nacionales o Departamentales o por las autoridades correspondientes, certificados del Alcalde y del Gobernador sobre la necesidad o utilidad del sostenimiento y existencia de otros similares en el lugar o en la región. Testimonio del aporte departamental, municipal o particular para el sostenimiento, y explicación justificativa de la necesidad del auxilio".

La lectura de los tres primeros artículos de la Ley 71 hace pensar que el Legislador de 1946 quiso con ellos fijar un plan, lanzar un programa, a los cuales deben someterse las empresas por él mismo consideradas como útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo. Y que, entre esas empresas, caben las culturales, encaminadas al sostenimiento de establecimientos como las Colonias de Vacaciones, y los dedicados a la educación industrial y artística. Y no solamente las incluyó la ley en el programa exigido por el precepto constitucional, sino que para un mejor acomodamiento con las exigencias del Constituyente, en la Ley 71 se detallan las condiciones y requisitos que han de llenar tales empresas para hacerse acreedoras al apoyo pecuniario del Estado.

Desde su título la Ley 71 de 1946 revela el ánimo del Legislador de ponerse a tono con la exigencia que el constituyente de 1945 hizo en el numeral 20 del artículo 76. Por manera que el intérprete debe pensar que las determinaciones de esa ley no son otra cosa que un desarrollo del canon constitucional, y debe aplicarlas como tales mientras el Legislador mismo no las derogue o no sean declaradas inexequibles por la jurisdicción constitucional.

Ya con lo dicho se deja ver que la Sala Plena comparte la opinión del señor Procurador General de la Nación en el sentido de que las objeciones en estudio formuladas por el excelentísimo señor Presidente de la República, hoy resultan infundadas.

A esta conclusión llega la Corte, no sin reconocer que las objeciones fueron formuladas en tiempo, y haciéndole la venia que merece la intención laudable del Magistrado objetante.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala Plena, en ejercicio de sus facultades constitucionales y oído el parecer del señor Procurador declara EXEQUIBLES los artículos 3º y 4º del proyecto de ley "por la cual se ordena la adquisición de un edificio y se dictan otras disposiciones", proyecto que el excelentísimo señor Presidente de la República devolvió a las Cámaras con mensaje de objeciones fechado el 21 de diciembre de 1945, y que el actual Jefe del Estado remitió a la Corte el 18 de diciembre de 1946 para los efectos del artículo 90 de la Constitución.

Publíquese, notifíquese, devuélvase al excelentísimo señor Presidente de la República, dése cuenta al Congreso Nacional e insértese en la GACETA JUDICIAL.

Aníbal Cardoso Gaitán — Germán Alvarado. Francisco Bruno—Pedro Castillo Pineda—Víctor Cock—Agustín Gómez Prada—Jorge Enrique Gutiérrez Anzola—Ricardo Hinestrosa Daza—Ricardo Jordán Jiménez — Alvaro Leal Morales—Ramón Miranda—José Antonio Montalvo — Hernán Salamanca—Domingo Sarasty M.—Eleuterio Serna R.—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION CIVIL

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR ACCIDENTE AEREO.—SENTIDO JURIDICO DE LA CLAUSULA "DE ADHESION" EN LOS TIQUETES DE PASAJES AEREOS.—APRECIACION DE LOS INDICIOS

1.—La índole de la navegación aérea es de simple prudencia y diligencia. Esta limitación en las obligaciones del transportador aéreo está impuesta por el carácter de los vuelos sometidos en el aire a peligros desconocidos en que el factor riesgo debe jugar papel preponderante, por lo cual el pasajero que toma asiento en un avión asume las consecuencias de esos riesgos, de los cuales, sin disposición expresa de la ley, no es equitativo que responda el transportador. De acuerdo con la doctrina francesa se entienden por riesgo del aire aquellos que no se deben a deficiencias de la aeronave ni a faltas de la tripulación.

2.—Por consiguiente, dadas estas circunstancias, en un régimen general de derecho abstracto, al transportador aéreo sólo puede exigírsele que garantice 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.

3.—Las disposiciones del Código Civil (artículo 2072) y las del Código de Comercio (artículo 322), sobre responsabilidad de los empresarios públicos en el transporte de personas, sólo exigen, por parte de aquéllos, la prueba de la falta de la culpa, mas no la de la ocurrencia del caso fortuito y de la fuerza mayor, para librarse de esa responsabilidad. Si a tales disposiciones no se les pudiera dar esa interpretación habría que aplicar en la navegación aérea las reglas sobre el transporte marítimo, de acuerdo con las cuales el transportador queda libre mediante la simple prueba de la ausencia de culpa.

4.—La cláusula de no responsabilidad, admisible en el Derecho marítimo, lo es también en el Derecho aéreo, en relación con los llamados riesgos del aire; sólo que esa cláusula tiene únicamente el efecto de permitirle al transportador la prueba de la ausencia de culpa. Esa cláusula de no responsabilidad, inserta en los tiquetes de viajes aéreos, consistente en que el empresario no asume los riesgos del vuelo, no es válida sino para exonerar al transportador en cuanto se le pretenda exigir la prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor en caso de accidente, aplicándole el ordinal 4º del artículo 322 del Código de Comercio, o el 2072 del Código Civil, o las disposiciones del Derecho marítimo, con un alcance mayor del indicado por la Corte en los numerales D y E. Y esto, en razón de que siendo entre nosotros el Derecho aéreo un derecho nuevo, apenas en formación jurisprudencial, comoquiera que nada se ha logrado en el particular, no es natural que se le impida al transportador aéreo estipular cláusulas autorizadas de modo general por el derecho común. En efecto, el artículo 1604 del Código Civil determina la responsabilidad del deudor por la culpa en la inejecución del contrato, y lo hace responsable del caso fortuito durante la mora. No habiendo ley especial que haga de cargo del transportador aéreo el caso fortuito, sería arbitrario negarle el derecho a incluír en el pasaje la cláusula de adhesión de que en caso de accidente se liberta de responsabilidad probando meramente la ausencia de culpa, que es el sentido que la Corte le asigna a la mentada cláusula de no responsabilidad, o no asunción de riesgos, y sentido —un término medio que concilia los intereses del

empresario con los del pasajero— en el cual tienen plena validez.

5.—La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios la confía la ley (artículo 665, C. J.) al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor moral más que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación. En ésta sólo es permitido atacar la prueba del hecho en que el juez apoya la deducción, bien porque en realidad no dé cuenta la prueba de tal hecho, o porque éste sea tan indiferente con la cuestión debatida, que carezca de toda virtualidad indiciaria. Pero si el hecho existe, y de su reunión con otros igualmente acreditados surgen espontáneamente presunciones de mayor o menor grado, la medida del grado que necesitara el Tribunal para convencerse, escapa al control de la Corte. Tal ha sido su jurisprudencia constante.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapiás Pilonieta)

El día 10 de octubre del año de 1939, a las siete de la mañana, salió del aeropuerto de Veranillo, en Barranquilla, la aeronave C-53 **Boyacá**, de propiedad de la sociedad **Colombo-Alemana de Transportes Aéreos (Scadta)**, empresa pública de transportes aéreos, en viaje hasta Girardot y con escalas en Magangué, el Banco y otras poblaciones intermedias, ribereñas del río Magdalena, al mando del teniente Luis Angel López, en su carácter de piloto, y del copiloto y radio-operador señor Herbert Laasch, quienes actuaban por cuenta y órdenes de la empresa, como empleados y agentes de la misma. Entre los pasajeros de la nave, que eran tres, más los dos tripulantes, en total cinco personas, se encontraba el doctor Manuel Ignacio Martínez Pereira, quien en virtud de haber adquirido billete de transporte entre Barranquilla y Magangué, tomó asiento como pasajero, mediante el pago del precio estipulado. Según lo expresa la referida compañía en escritura pública de protesta que otorgó en la notaría segunda del circuito de Barranquilla, bajo el número 1414 de 17 del mismo mes de octubre, la aeronave **Boyacá** salió de Barranquilla en condiciones atmosféricas normales, manteniéndose luego en comunicación radiotelegráfica con el aeropuerto de Veranillo, hasta las siete y cuarenta y dos minutos, hora en que lanzó el último despacho, debido a que sufrió grave accidente, en la ribera derecha del río Magdalena, a tres kilómetros de Calamar, en el sitio denominado **Ciénaga de Norato,** jurisdicción del municipio de Cerro de San Antonio. El accidente consistió en la caída de la nave a tierra y fue ocasionado por el desprendimiento del ala o plano y flotador izquierdos, encontrándose el avión en el aire, según lo relataron testigos presenciales y lo confirmó después la comisión investigadora de las causas del accidente, designada por el gobierno.

En el accidente se destrozó la máquina y perecieron pasajeros y tripulantes.

Fundándose en los hechos expresados, sobre los cuales no hay desacuerdo entre las partes, y alegando además, entre otras causas del siniestro, vicio propio o mal estado de la nave, las señoras Isabel Pereira v. de Martínez Piñeres y Mercedes Pereira v. de Martínez Pereira, y las señoritas Beatriz y Angela Martínez Pereira, madre, esposa, hija y hermana del doctor Manuel Ignacio Martínez Pereira, respectivamente, promovieron demanda en juicio ordinario contra la **Scadta**, a fin de que se la declare contractualmente responsable del accidente ocurrido, y se le condene a indemnizar a las demandantes en la forma siguiente:

A) A la sucesión ilíquida del doctor Martínez Pereira, representada por su hija legítima y única heredera, la suma de $ 50.000, o la que se fije pericialmente;

B) A la cónyuge sobreviviente, con derecho a porción conyugal, la suma de $ 30.000, o la que se fije pericialmente;

C) A la señora madre del doctor Martínez Pereira, la suma de $ 10.000, o la que se fije pericialmente;

D) A la señorita hermana del doctor Martínez Pereira, la suma de $ 10.000, o la que se fije pericialmente; y

E) A la sucesión ilíquida del doctor Martínez Pereira, representada por su hija legítima y única heredera, la cantidad de $ 500, en que ella misma estima el valor del equipaje de su padre, destruído en el siniestro.

Al contestar la demanda la **Scadta** propuso las siguientes excepciones:

"a) Exoneración de la responsabilidad civil de la sociedad demandada estipulada de manera expresa por las partes;

"b) El accidente de la aeronave C-53 **Boyacá** fue ocasionado por fuerza mayor o caso fortuito; y

"c) El accidente de la aeronave C-53 **Boyacá** tuvo lugar no obstante haber tomado la sociedad todas las medidas razonables o necesarias para evitar el daño".

El señor juez primero del circuito de Barranquilla, a quien correspondió conocer del pleito, lo decidió en sentencia de 19 de agosto de 1941. Bajo el capítulo intitulado **"Al heredero le asiste la acción contractual, distinta por sus efectos a la acción personal o extracontractual, que es la única de que pueden valerse las personas lesionadas y que no tengan el carácter de herederos inmediatos"**, el juzgado examina el derecho que les asiste a los demandantes para proponer la acción indemnizatoria basada en el incumplimiento del contrato de transportes. Le reconoce ese derecho a la señora viuda del occiso Martínez Pereira y a su hija Beatriz Eugenia. Se lo niega a la madre y hermana del mismo, por cuanto la indemnización de perjuicios, en la forma intentada, tiene por fuente el incumplimiento del contrato de transportes, y la acción correspondiente no puede ser intentada sino por la parte que lo ha cumplido o sus herederos inmediatos. Despejado este punto, entra el juzgado a estudiar el relativo a la culpabilidad de la compañía en la inejecución del contrato, sosteniendo la tesis de que dada la obligación inherente al contrato, de conducir sano y salvo al pasajero al lugar de su destino, la única causa de exoneración admisible es la justificación del caso fortuito o de la fuerza mayor, que haya impedido el normal desarrollo de aquella obligación. Y como el juzgado no halló acreditado ninguno de esos motivos de exoneración de la responsabilidad, condenó a la compañía demandada, según las prestaciones en dinero que ordenó a favor de la viuda e hija del difunto doctor Martínez Pereira. El avalúo pericial de perjuicios de los doctores Nicomedes Flórez, Edgardo Manotas Wilches y Juan B. Barrios, no le sirvió al juez de plena prueba en orden a determinar las cantidades debidas en concepto de indemnización, a causa del desacuerdo de los tres peritos y por no ser posible aplicar el medio aritmético, de acuerdo con el artículo 721 del Código Judicial, por lo cual el juez hizo la estimación que estimó equitativa, teniendo en cuenta las piezas del expediente y los mismos dictámenes periciales en lo que hay aceptable en ellos.

En grado de apelación el anterior fallo, el Tribunal Superior de Barranquilla, lo reformó en el sentido de hacer en abstracto la condenación al pago de perjuicios materiales, debiéndose liquidar éstos en el incidente de ejecución del fallo, previsto en el artículo 553 del Código Judicial; y en lo demás, reprodujo las declaraciones del juez.

Contra la sentencia del Tribunal interpuso el recurso de casación la empresa demandada, hoy transformada en AEROVIAS NACIONALES DE COLOMBIA (AVIANCA). A virtud de ello subió el expediente a la Corte, donde se surtió toda la tramitación en regla. De manera que ahora le corresponde a la Sala proceder al examen del recurso, para lo cual se hace indispensable que previamente se den a conocer las ideas en que el Tribunal apoya sus conclusiones y son objeto de ataques en casación.

Síntesis de la motivación del Tribunal, atacada en el recurso.

Examinando el abundante material probatorio traído al debate, en él no existe un elemento directo sobre la responsabilidad de la empresa, sino que ella se deduce de inferencias y de presunciones. La carencia de prueba directa se suple en los juicios con indicios y presunciones, los cuales según la vehemencia que ofrezcan establecerán el nexo que servirá de apreciación al juez para demostrar la verdad.

Aparece en autos, traído al proceso durante el término probatorio, el informe de la comisión compuesta por el capitán Jorge A. Bernal y el teniente Carlos Cancino, nombrados por la Dirección General de Aviación con el encargo de efectuar una investigación detallada del siniestro del avión C-53 BOYACA. Al efecto, trasladados a dicho lugar, en asocio de los técnicos que nombró la Scadta, después de hacer las investigaciones del caso, buscar los elementos de ilustración y con vista de los restos del aparato terminaron presentando el informe, cuyas conclusiones definitivas transcribe el Tribunal, y son:

"1º Que el "Boyacá" salió del aeropuerto de Veranillo con su tripulación, pasajeros y carga de conformidad con las especificaciones admitidas

por la Casa Constructora para dicho avión, según se demuestra con planillas de a bordo y parte de combustible. 2º Que antes de la salida el piloto recibió los Reportes de Tiempo de diferentes regiones a lo largo de la ruta, en que se ve que el tiempo era nublado y el cielo cubierto y en algunas regiones tendencia a lluvia. 3º Que por los mensajes de a bordo, se puede observar que hasta las (siete) 7:42 a.m. hora en que fue recibido el último, el vuelo era normal en cuanto a tiempo y funcionamiento de la máquina, pues el piloto no dio aviso de ninguna anormalidad como es costumbre en caso de ir volando a ciegas o presentarse cualquier falla en el aparato. 4º Que el accidente se sucedió entre las 7:42 y las 8:01 a.m. por haber citado el Radio-operador de a bordo a la Estación de Control en Barranquilla para ser atendido veinte minutos más tarde de la última comunicación sin que dentro de este lapso de tiempo se hubiera recibido comunicación alguna o señal de peligro. Se hace observar que el reloj de a bordo marcaba las 8:01 a.m. y el de un pasajero las 8:55 a.m. 5º Que la última comunicación de a bordo da la posición de Calamar y el accidente se produjo a tres kilómetros de la ribera derecha del Río Magdalena y la altura de dicha población. 6º Que las declaraciones juramentadas de testigos presenciales demuestran que el tiempo era nublado, pero existiendo visibilidad horizontal bajo la capa de neblina y sin lluvia en el lugar donde se sucedió el accidente. 7º Que por las mismas declaraciones se establece claramente que el avión perdió un plano y un flotador estando aún en vuelo, y, además dan idea que la máquina llevaba su rumbo y vuelo en posición más o menos normal. 8º Que por estudio hecho del terreno y forma como quedó dispersada la máquina y lugares de impacto, la Comisión ha llegado a la conclusión que el plano y el flotador izquierdos se desprendieron en el aire sin que hubiera mediado agente del terreno o en el aire que por choque hubiera podido producir el desprendimiento del plano. Que la sumidura y desgarradura del borde del ataque del plano izquierdo fue producida al desprenderse el plano del fuselaje y chocar en el aire contra el plano estabilizador horizontal y timón, produciendo ruptura de parte de él; y las señiduras y demás abolladuras del plano fueron consecuencia del plano y flotador. 9º Que la cortada de la proa del flotador fue producida por la hélice en el momento de desprenderse el plano, el cual arrancó consigo el flotador produciendo la partidura de chapas y tornillos de los montantes. Se comprueba fácilmente por las partículas de pintura rojas y amarillas dejadas en los bordes de la cortadura o desgarradura, por encontrarse despuntadas y abolladas las palas de la hélice y corresponder la pintura a la de las extremidades de las palas. 10 Que como consecuencia inmediata de la caída del plano y flotador, el resto del avión vino a tierra, sin que fuera posible al piloto hacer maniobra alguna tendiente a evitar el accidente que se produjo por la proyección del cuerpo del avión impulsado por su fuerza de tracción, inercia y gravedad sin que hubiera control posible. 11 La Comisión deja constancia que para esclarecimiento de los factores que motivaron el desprendimiento del plano se solicitó autorización para trasladarlo a Barranquilla, con el fin de hacer un análisis del material teniendo en cuenta la posibilidad de cristalización, solicitud que fue pospuesta para después de rendir el presente informativo. También conceptúa que es indispensable el examen técnico y de laboratorio el que si no es posible en el país debe hacerse fuera de él, de las partes que parecen fallaron sin que la Comisión haya podido determinar la causa precisa. Igualmente averiguar las causas por las cuales fueron reforzados los tubos de las alas en el año de 1938, como se dejó constancia al hablar de la historia de la máquina. Es necesario el examen técnico de la hélice, pues existe la posibilidad que ésta haya producido una fuerte vibración capaz de producir el desprendimiento del plano. 12. Para complementar la presente investigación se adjuntan los siguientes documentos originales y copias auténticas del archivo de la compañía "Scadta".

La Comisión Investigadora deja constancia que no habiendo sido posible encontrar un indicio claro y preciso sobre el factor que concurrió y motivó el desprendimiento del plano y flotador izquierdos en el aire, se abstiene de emitir concepto sobre el particular dejándolo a consideración y estudio del señor Director. Aclara así: que si bien se desconoce la causa, en cambio la consecuencia está perfectamente clara y demostrada: **"Accidente ocasionado a consecuencia del desprendimiento del plano y flotador izquierdos encontrándose el avión en el aire".**

El informe que se deja inserto viene a concordar con los testimonios de los señores Gregorio Martínez, Aquilino Alandete, Antonio Piña y Antonio Cerpa, evacuados en primera instancia. Trancribe el Tribunal los apartes importantes de esas declaraciones, y luego dice:

"Los testigos citados concuerdan en el hecho y s circunstancias y aunque al ser preguntados, fieren en ciertas apreciaciones, éstas no desvir- an los hechos principales, por ser exactos y mpletos en cuanto al punto de fondo, es decir, caída del avión, estar cerca del lugar del si- estro, el desprendimiento del ala y del flota- r, todo lo cual viene a constituír un valios lemento probatorio, dada la circunstancia de que era de estos testigos presenciales de los hechos o hay otro elemento que pueda desvirtuarlo. Y lgo más, son los testigos gente del campo, sana, ue relata los hechos de manera sincera y sus entes conservan la bondad e ingenuidad de los campesinos irredentos (sic), sin estar saturados de la malicia de los hombres de la ciudad y por otra parte, y como bien lo dice el distinguido abo- gado de los demandantes, "la mayor parte de los campesinos, labriegos, cazadores y pescadores, es- tán acostumbrados a mirar a larga distancia, por vivir siempre a campo abierto".

"Además de las anteriores pruebas existen en autos, y dan lugar a relacionarlas por la íntima conexión que hay entre ellas, y por cuanto se re- fieren a la calidad del vehículo transportador, las declaraciones de los señores Dr. Adolfo Bermúdez, Ricardo de la Vega y doctor Andrés Obregón J., quienes afirman, los dos primeros, que viajando en el avión Boyacá en 1938, de Barranquilla a Cartagena, tuvo que regresarse dicha nave pocos momentos después de su salida, por mal funciona- miento, y luego que hubieron llegado fueron tras- ladados a otra aeronave donde continuaron via- je hasta el final de la jornada. El doctor Obre- gón dice que a fines de septiembre del año de 1939 viajó como pasajero en el avión "Boyacá", como empleado del ministerio de economía na- cional, y al llegar a Puerto Berrío, no pudo con- tinuar la marcha por faltarle una pieza que fue pedida a Palanquero y traída por un avión mili- tar".

"Sumándose a los testimonios que acaban de sintetizarse, existe en el expediente la relación de reparaciones que se le hicieron al avión "Boyacá", en número de siete, desde el mes de julio hasta el 25 de agosto de 1939, según los "records" traídos como prueba, donde se lee que en esas reparacio- nes se incluyen flotadores, alas, hélices, etc.".

"De tal manera que es lógico concluír que reu- nidos estos elementos probatorios radica en la em- presa demandada una responsabilidad proveniente de culpa in vigilando, consistente en la mala calidad del vehículo, en relación con el acciden- te".

"Todo lo cual se infiere de la narración que se transcribió de la comisión investigadora que nom- bró el gobierno; de los testimonios ya analizados de los señores Alandete, Piña y Martínez, que confluyen a dejar acreditado plenamente que an- tes del accidente se desprendió un flotador y una ala al avión C-53 "Boyacá".

"La responsabilidad de la empresa viene seña- lada por el artículo 2.072 del código civil, en re- lación con el código de comercio, en el que el Em- presario de Transportes es responsable de los per- juicios que sobrevengan a la persona por la mala calidad del vehículo en que se verifique el trans- porte".

En cuanto a los perjuicios por el daño causado, el Tribunal dice que están probados, puesto que el accidente de la aeronave "Boyacá" privó a la mujer del apoyo y ayuda de su marido, y a la hija de todo cuanto el padre significaba para ella; perjuicios que son ciertos y actuales, que impli- can violación de derechos adquiridos y que no han sido reparados.

El valor o monto de esos perjuicios sí no está acreditado, "por cuanto los dictámenes periciales, especialmente los de los doctores Flórez y Barrios, aunque fundamentados en doctrinas de la Corte Suprema de Justicia y en ilustres expositores, co- mo puede verse, no están acordes en cuanto a la cifra o apreciación numérica exacta de la conde- na. Asimismo, el dictamen del perito doctor Ma- notas, con un estudio académico, deja en el vacío la fijación de los perjuicios materiales".

El Tribunal no compartió las apreciaciones de los peritos, para llegar a una condena en concre- to, alegando que carecen de base cierta que dé respaldo al avalúo exacto de los perjuicios.

"Es evidente que el finado doctor Manuel Ig- nacio Martínez Pereira, era un abogado de bri- llantes dotes; político destacado y de buena po- sición social; pero no se ha establecido el monto cierto de sus entradas mensuales; los gastos que por razón de su posición social y política tenía necesariamente que hacer y de lo que realmente disponía para la subsistencia de su esposa y de su hija. La fijación del monto de los perjuicios debe hacerse, por tanto, en la ejecución de la sen- tencia, mediante la tramitación estatuída en el artículo 553 del Código Judicial, toda vez que, por el momento, solamente cabe la condenación en abstracto".

El Tribunal confirmó la condenación al pago de perjuicios morales subjetivos hecha por el juez, en la cantidad de mil pesos ($ 1.000), en favor de la viuda e hija del doctor Martínez Pereira.

El recurso de casación

La demanda de casación se divide en **cuatro** partes. En la **primera** se hace un resumen de los hechos del pleito y del resultado de las instancias. La **segunda** contiene un interesante estudio acerca del régimen legal aplicable en el transporte de personas, en que se propugna por la tesis central de que en el contrato de transporte aéreo prima el régimen de la ausencia de culpa, en favor del transportador, en contraposición del más riguroso de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, como único medio de justificar la inejecución del contrato. En ese capítulo se sustenta la validez de la cláusula según la cual "el pasajero asume los riesgos", inserta en los tiquetes de transporte aéreo. La **tercera** parte, trata sobre el caso debatido en el pleito, y persigue la demostración de que la compañía demandada consiguió acreditar plenamente la ausencia de culpa por parte de ella en el siniestro del avión "Boyacá". Por último, la parte **cuarta**, es la demanda de casación propiamente dicha, contentiva de dos cargos, uno **principal**, y el segundo **subsidiario**, para el evento de que la Scadta sea responsable del accidente, se fije el importe de los perjuicios prescindiendo de la condenación en abstracto formulada por el Tribunal.

En la demanda de casación el recurrente acusa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla por el primero de los motivos indicados en el artículo 520 del Código Judicial, esto es, por ser violatoria de la ley sustantiva, según los dos cargos que a continuación y en orden, previamente se resumirán para luego examinarlos.

CARGO PRINCIPAL

Refiriéndose el recurrente a los pasajes de la sentencia del Tribunal condensados por la Corte, dice que aquél no hizo sino apreciar una parte del acervo probatorio a la luz del artículo 665 del Código Judicial, con lo cual erró fundamentalmente, lo que se comprueba con el examen de cada una de las pruebas que enumera el Tribunal:

a) ¿Qué demuestra el informe de la Comisión Investigadora? Tan sólo un hecho en definitiva: **la causa del siniestro se desconoce; resultó imposible descubrirla.** Si expertos en aeronáutica no pudieron concluír, después de examinar a conciencia la historia de la nave y el relato testimonial de la forma en que ocurrió el accidente, que éste se debiera a mala calidad de la aeronave, podía el Tribunal enmendarles la plana a los expertos afirmando que el accidente sí fue causado por el mal estado o calidad de la aeronave?

Lo expuesto significa que las conclusiones de la Comisión Investigadora no son indicio, ni grave ni leve, ni preciso ni impreciso de que el avión estuviera en malas condiciones.

b) Las declaraciones testimoniales de Martínez, Piña y Alandete, sólo prueban que el hidroavión en vuelo perdió un plano y un flotador. Esto no es indicio de la mala calidad del aparato, pues la Comisión Investigadora tuvo en cuenta esas declaraciones, y, sin embargo, no afirmó que la máquina se hallara en mal estado. Esto impide al juzgador hacer una inducción contraria.

c) Los testimonios de los doctores Adolfo Bermúdez y Ricardo de la Vega no arrojan ningún indicio, como lo vio el Tribunal. Tales testigos apenas relatan que en octubre de 1938 viajaron de Barranquilla a Cartagena en un avión de la Scadta, y que en el curso del viaje les pareció que al aparato le ocurría algo anormal; que fueron trasladados a otro avión y el viaje continuó normalmente. Ninguno de estos testigos pudo precisar cuál fue la aeronave en que iniciaron el viaje.

El Dr. Andrés Obregón sólo afirma que en Puerto Berrío, viajando en el hidroavión "Boyacá", éste se demoró mientras se trajo de Palanquero una pieza que le hacía falta a la máquina. Esto no prueba la mala calidad de la máquina, por dos razones: porque la pieza de que habla el testigo pudo ser un elemento cualquiera adicional del aparato, una herramienta v. gr., no un repuesto esencial; y porque, aun cuando así no fuera, una sola declaración testimonial nunca puede suministrar un indicio, según los artículos 666 y 696 del Código Judicial.

d) De que una aeronave se revise y se repare frecuentemente no puede inferirse que quede en mal estado ni sea de mala calidad. Que las reparaciones incluyan el desmontaje de las alas o flotadores o el cambio de las hélices no es un hecho que permita hacer inducciones a quien ignora la ciencia de la aeronáutica: sólo un experto

la materia puede juzgar qué clase de refacciones o reparaciones son las necesarias y usuales en los talleres de aviones.

"Lo expuesto puede resumirse de esta manera, continúa el recurrente: no hay en los autos ningún indicio de que la empresa demandada sea culpable del siniestro por haber efectuado el transporte en una aeronave de mala calidad o en mal estado; en consecuencia, mal podía el Tribunal aplicar al caso la disposición del artículo 665 del Código Judicial, que exige pluralidad de indicios graves, precisos y conexos entre sí, que concuran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho que se pretende establecer.

"El tribunal no debió por lo tanto, declarar probada la mala calidad o estado del vehículo en que se efectuó el transporte, ni aplicar con base en esta falsa premisa, la disposición del artículo 2072 del Código Civil, para condenar a la empresa demandada".

Como conclusión de todo lo expuesto en los siguientes apartes de la demanda de casación concreta el recurrente las disposiciones violadas y el concepto en que lo han sido:

"Por haber omitido tener en cuenta que la Comisión Investigadora nombrada por la Dirección General de Aeronáutica Civil llegó en definitiva a la conclusión de que se ignora la causa precisa determinante del siniestro, el Tribunal incurrió en un manifiesto y palmario **error de hecho** en la apreciación del informe que rindió esa Comisión.

"Por haber afirmado que las declaraciones testimoniales de los doctores Bermúdez y de la Vega prueban que el hidroavión C-53 "Boyacá" no pudo continuar cierto viaje debido a su mal funcionamiento, el Tribunal incurrió en otro manifiesto **error de hecho**, pues dichos testigos no declararon tal cosa.

"Por haber considerado que el informe de la Comisión Investigadora, los testimonios de los señores Martínez, Piña y Alandete, los de los doctores Bermúdez, de la Vega y Obregón, y los reportes o relaciones técnicas en que constan las reparaciones hechas al hidroavión C-53 "Boyacá" entre el 8 de julio y el 25 de agosto de 1939, son elementos de prueba que concurren todos a demostrar, por la vía indiciaria o presuntiva, la mala calidad o estado de dicho hidroavión, el Tribunal incurrió en el **error de hecho** consistente en dar a esos elementos de prueba un valor probatorio que el artículo 665 del Código Judicial, en armonía con el 662 y el 666 del mismo código, les niega en absoluto: pues ninguno de tales elementos de prueba es indicio de mala calidad o estado del vehículo en que se efectuó el transporte, y no siéndolo, reunidos no pueden formar un conjunto de indicios graves, precisos y conexos entre sí, capaces de demostrar, sin lugar a duda, esa mala calidad o estado.

"A consecuencia de haber incurrido en estos tres errores de apreciación de las pruebas, el Tribunal violó el artículo 2072 del Código Civil, por haberlo aplicado indebidamente al caso de autos, en cuanto dispone que el transportador es responsable de la mala calidad del vehículo en que efectuó el transporte.

"Por haber incurrido en los errores de hecho y de derecho indicados, el Tribunal consideró innecesario examinar y apreciar todos los demás elementos de prueba traídos a los autos. Incurrió así en un nuevo **error de hecho** que aparece manifiestamente, porque dichos elementos de prueba estuvieron a la vista del Tribunal y éste debió tenerlos en cuenta. Como consecuencia de este error de hecho, el Tribunal violó, por no haberlos aplicado debiendo haberlos aplicado, los artículos 632 y 601 del Código Judicial y el 90 —ordinal 3º— del Código de Comercio Marítimo, los cuales señalan el valor probatorio de todos los elementos de prueba que el Tribunal omitió considerar. Esta última disposición hubiera debido aplicarla al caso por analogía, con base en lo que dispone el artículo 8º de la Ley 153 de 1887".

"Por haber incurrido en todos los errores de hecho y de derecho y en las violaciones de la ley anteriormente indicadas, el Tribunal violó, por no haberlo aplicado debiendo haberlo aplicado, el artículo 63 de la Ley 89 de 1938, según el cual todo empresario del servicio aéreo, o a lo menos todo empresario de aeródromo o aeropuerto, se exonera de responsabilidad demostrando la ausencia de culpa. Violó, además, por la misma causa, los artículos 322 —ordinal 4º— del Código de Comercio Terrestre y 353 del Código de Comercio Marítimo, que establecen el régimen de la ausencia de culpa para el transportador (empresario público de transportes terrestres y capitán o piloto de navío, respectivamente). Violó también, por no haberlo aplicado en debida forma al caso debatido, el artículo 2072 del Código Civil, en cuanto dispone, en armonía con el 2071 del mismo Código, que el transportador no es responsable si demuestra su ausencia de culpa.

"Por no haber aplicado al caso las disposiciones de los artículos 322 —ordinal 4º— del Código de

Comercio Terrestre, 353 del de Comercio Marítimo, y 2071 y 2072 del Código Civil (éste último, en debida forma). El Tribunal violó, también por falta de aplicación, el artículo 1º del Código de Comercio Terrestre, según el cual los asuntos mercantiles se regulan preferentemente por las disposiciones pertinentes de ese código y, en subsidio, por las del Código Civil; y el artículo 8º de la Ley 153 de 1887, en donde se halla establecido que cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, deben aplicarse las que regulan casos o materias semejantes.

"Y como consecuencia de todos los errores en la apreciación de las pruebas y de todas las violaciones de la ley en que incurrió el Tribunal, éste violó, por no haberlos aplicado al caso debatido debiendo haberlos aplicado, los principios fundamentales contenidos en los artículos 595 y 234 del Código Judicial, los cuales disponen: el primero, que nadie está obligado a demostrar aquellas negaciones que se apoyen en la afirmación de hechos positivos cuya existencia no pueda comprobarse (en este caso, la causa determinante del siniestro); y el segundo, que toda duda en cuanto a la apreciación de los hechos o a la aplicación del derecho se resuelva á favor del demandado".

Examen del cargo

En sentencia de casación de 15 de mayo del corriente año, pronunciada en el juicio ordinario de Néstor C. Marshall contra la misma compañía aquí demandada, **Scadta** (hoy **Avianca**), la Corte examinó a espacio y por primera vez, los problemas referentes a las obligaciones que por su naturaleza engendra el contrato de transporte aéreo a cargo del transportador y en beneficio del pasajero, llegando entonces a las siguientes conclusiones:

A) Que dada la índole de la navegación aérea, sistema moderno de locomoción, que apenas ahora está consolidando sus últimos progresos, encaminados a prestar mayor seguridad en los viajes, y completamente desconocido en la legislación, pues no hay disposiciones civiles o comerciales que ni remotamente hayan previsto la obligación del transportador en el contrato de transporte aéreo de personas, es de simple prudencia y diligencia,

B) Que esta limitación en las obligaciones contractuales del transporte aéreo está dispuesta por el carácter de los vuelos sometidos en el aire a peligros desconocidos, en que el factor riesgo de jugar papel preponderante, por cuya razón el p sajero que toma asiento en un avión asume l consecuencias de esos riesgos, de los cuales s disposición expresa de la ley no es equitativo q responda el transportador. Observando en es ocasión la Sala que, de acuerdo con la doctrin francesa, se entiende por riesgo del aire aquell que no se deben a deficiencias de la aeronave r a faltas de la tripulación.

C) Que por consiguiente, dadas estas circuns tancias, en un régimen general de derecho abs tracto, al transportador aéreo sólo puede exigír sele que garantice al pasajero una seguridad rela tiva, en cuanto no esté perturbada por los llama dos riesgos del aire, que muchos autores asimilar a la ocurrencia del caso fortuito.

D) Que las disposiciones del Código Civil (ar tículo 2072) y las del de Comercio (artículo 322) sobre la responsabilidad de los empresarios públicos en el transporte de personas, sólo exigen, por parte de aquéllos, la prueba de la falta de culpa, mas no la prueba de la ocurrencia del caso fortuito y de la fuerza mayor, para librarse de esa responsabilidad.

E) Que si a tales disposiciones no se les pudiere dar esa interpretación, habría que aplicar en la navegación aérea las reglas sobre el transporte marítimo, de acuerdo con las cuales el transportador queda libre mediante la simple prueba de la ausencia de culpa.

F) Que la cláusula de no responsabilidad, admisible en el derecho marítimo, lo es también en el derecho aéreo, en relación con los llamados riesgos del aire; sólo que esa cláusula tiene únicamente el efecto de permitirle al transportador la prueba de la ausencia de culpa. Agrega ahora la Sala, por vía de declaración del concepto anterior, que la cláusula de no responsabilidad inserta en los tiquetes de viajes aéreos, consistente en que el empresario no asume los riesgos del vuelo, no es válida sino para exonerar al transportador en cuanto se le pretenda exigir la prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor en caso de accidente, aplicándole el ordinal 4º del artículo 322 del Código de Comercio, o el 2072 del Código Civil, o las disposiciones del Derecho Marítimo, con un alcance mayor del indicado por la Corte en los numerales D y E. Y esto, en razón de que siendo entre nosotros el derecho aéreo un derecho nuevo, apenas en formación jurisprudencial, comoquiera que nada se ha legislado en el particular,

no es natural que se le impida al transportador aéreo estipular cláusulas autorizadas de modo general por el derecho común. En efecto, el artículo 1604 del Código Civil que determina la responsabilidad del deudor por la culpa en la inejecución del contrato, y lo hace responsable del caso fortuito durante la mora, dispone al final: "Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes". No habiendo ley especial que haga de cargo del transportador aéreo el caso fortuito, sería arbitrario negarle el derecho a incluír en el pasaje la cláusula de adhesión de que en caso de accidente se liberta de responsabilidad probando meramente la ausencia de culpa, que es el sentido que la Corte le asigna a la mentada cláusula de no responsabilidad, o no asunción de riesgos, y sentido —un término medio que concilia los intereses del empresario con los del pasajero— en el cual tienen plena validez. La cláusula, dijo la Sala en la sentencia de 15 de mayo, "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 será responsable. Por consiguiente, aun sin cláusula exonerativa de los riesgos del aire, a la empresa le bastará demostrar que el accidente no fue generado por su culpa; y es suficiente así la prueba de la mera ausencia de culpa, que como esta Corte ha explicado varias veces, es diferente de la prueba de la ocurrencia del caso fortuito, de la fuerza mayor e intervención de agente extraño, como únicos medios hábiles en el camino de alcanzar la demostración de inculpabilidad".

Ya se dijo que el capítulo **segundo** de la demanda de casación, y a manera de estudio preliminar, se encamina principalmente a propugnar la tesis de que en el contrato de transporte aéreo priva el régimen de ausencia de culpa en favor del transportador, en contraposición del más riguroso de la prueba del caso fortuito o fuerza mayor, como único medio de justificar la inejecución del contrato; e igualmente se defiende la validez de la cláusula según la cual "el pasajero asume los riesgos", inserta en los tiquetes de transporte aéreo.

De acuerdo con la doctrina condensada en los seis numerales anteriores, la Sala defiende también con las limitaciones expresadas las mismas tesis con las razones que se dieron desde la sentencia de 15 de mayo, y que ahora se reiteran.

La sentencia del tribunal, en los apartes de su motivación citada en el capítulo correspondiente, en nada se opone a las anteriores ideas. El tribunal, después de encontrar acreditada en autos la mala calidad del avión, causa del siniestro, apenas hace breve alusión al artículo 2072 del Código Civil, con el objeto de inferir de ese precepto la responsabilidad de la empresa, cuando dice que dicha responsabilidad, "viene señalada por el artículo 2072 del Código Civil, en que el empresario de transportes es responsable de los perjuicios que sobrevengan a la persona por la mala calidad del vehículo en que se verifique el transporte".

De consiguiente, el problema de casación ha quedado reducido, por la fundamentación del tribunal, a una cuestión de hecho, y así lo ha tenido que plantear también el recurrente. El tribunal halló acreditado el mal estado de la máquina en que fue transportado el doctor Martínez Pereira, y que fue esa la causa del siniestro en que perdió la vida; de manera que mientras esa apreciación probatoria no sea desvirtuada en casación, la condena contra la empresa demandada tiene que subsistir; y precisamente a ese objeto se dirige el empeño de la demanda de casación en su primer cargo concreto: a hacer resaltar que las pruebas en donde el tribunal apoya su convicción no dan margen para formar las inferencias y deducciones preconizadas sobre el mal estado de la aeronave, y que el accidente debióse entonces a uno de los tantos riesgos desconocidos del aire.

El tribunal se apoyó en primer lugar en el informe rendido a la dirección general de aeronáutica civil, transcrito en el capítulo primero.

Entre los días 10 y 19 de octubre de 1939, la dirección general de aeronáutica civil practicó una detallada y completa investigación del accidente ocurrido al hidroavión C-53 Boyacá, en aquella primera fecha. La investigación se llevó a efecto por medio de una comisión técnica oficial, integrada por los aviadores capitán Jorge A. Bernal y el teniente Carlos Cancino.

Los comisionados practicaron varias inspecciones oculares en el propio lugar del siniestro y en los alrededores; examinaron el plano y el flotador izquierdos, el fuselaje, el motor, la hélice y los

demás restos de la aeronave; interrogaron a los testigos presenciales del accidente; e hicieron un detenido estudio de toda la documentación tomada de los archivos de la Scadta, acerca de la historia de la nave, capacidad, tiempo de servicio, etc.

El resultado a que llegaron los investigadores oficiales fue el siguiente y vuelve a repetirse aquí: "La comisión de investigación deja constancia que no habiendo sido posible encontrar un indicio claro y preciso sobre el factor que concurrió y motivó el desprendimiento del plano y flotador izquierdos en el aire, se abstiene de emitir concepto sobre el particular dejándolo a consideración y estudio del señor director. Aclara sí: que si bien se desconoce la causa, en cambio la consecuencia está perfectamente clara y demostrada: accidente ocasionado a consecuencia del desprendimiento del plano y del flotador izquierdos encontrándose el avión en el aire".

La parte demandante aportó al proceso la copia del informe de los investigadores. Y la contraparte, inclusive en la demanda de casación, defiende su fuerza legal.

El informe de los investigadores confirma la versión que dieron los testigos presenciales del accidente, citados por el tribunal. En síntesis dicen ellos que, encontrándose en labores de pesca en la ciénaga de Nórato, desde el amanecer, a eso de las ocho de la mañana vieron aparecer un avión que volaba de norte a sur, al que repentinamente se le desprendió primero un ala y luego uno de los botes o flotadores, objetos que cayeron cerca del lugar en donde los testigos estaban; acto seguido el aparato se precipitó en un descenso violento estrellándose contra el suelo y destrozándose completamente. Corrieron los testigos al sitio de la caída y pudieron apreciar que todos los tripulantes y pasajeros estaban muertos.

El hecho simple y escueto de que a una máquina en vuelo se le desprendan repentinamente piezas tan esenciales como una ala y un flotador, inclina poderosamente el ánimo a ver en tal acontecimiento algo irregular originado en el mal estado de la máquina, proveniente de variadas causas, como defectos de construcción, calidad deficiente de los materiales con que fue fabricada, falta de resistencia de la combinación de su estructura, o descuido de una revisión previa al vuelo que hubiera revelado el deterioro o desgaste de los remaches con que aquellas piezas se sujetaban. Salvo que antes de producirse la caída el avión haya sufrido un choque contra obstáculos de tierra, es difícil admitir una explicación que justifique satisfactoriamente el que a un avión en viaje normal se le desprendan las alas y flotadores, pues si ello obedece a cristalización de los materiales por los vuelos o vibraciones ocasionadas del motor o las hélices, estas causas se traducen en el mal estado de la aeronave.

Insuceso similar de desintegración en tierra, que acontezca a otra máquina u obra material cualquiera, produce espontáneamente la misma impresión de que obedece a vicios graves de ella: el vehículo automotor o de tracción animal que en marcha se deshace o desbarata; la edificación que de un momento a otro y de buenas a primeras se derrumba; la acequia o canal que construído para sobrellevar determinado volumen de aguas se agrieta con el peso de ese volumen, etc., son obras que hacen desconfiar inmediatamente de su buena construcción o del cuidado que se ha tenido en conservarlas.

De manera que cuando el tribunal deduce del informe de los investigadores y de las declaraciones de los pescadores que presenciaron la tragedia el mal estado de la aeronave, dada la forma extraña del accidente, formula apenas una inferencia natural que no peca contra el sentido común; además se basa en un hecho demostrado que ni es indiferente ni está desconectado como fuente de la deducción, sino que al contrario propicia en forma natural la presunción que con el carácter de vehemente establece el tribunal.

La circunstancia de que los investigadores, a la vista de los restos de la máquina y de los datos a ella referentes, constantes en los archivos de la compañía, no hubieran podido determinar la causa precisa del desprendimiento del ala y flotador izquierdos, no impide al juez, por mera presunción razonable, atribuír esa causa al mal estado de la máquina, única explicación accesible a la mente del profano, en ausencia de datos de la técnica. La investigación fue superficial; los investigadores no ahondaron en la causa científica, por falta de elementos, y ellos mismos lo advierten, cuando precisamente recomiendan exámenes ulteriores con el auxilio de factores más científicos, según la siguiente cláusula del informe, que se repite: "11. La Comisión deja constancia que para el esclarecimiento de los factores que motivaron el desprendimiento del plano se solicitó autorización para trasladarlo a Barranquilla, con el fin de

cer un análisis del material teniendo en cuenta posibilidad de cristalización, solicitud que fue spuesta para después de rendir el presente inrmativo. También conceptúa que es indispensae el examen técnico y de laboratorio el que si es posible en el país debe hacerse fuera de él las partes que parecen fallaron sin que la coisión haya podido determinar la causa precisa, ualmente averiguar las causas por las cuales ieron reforzados los tubos de las alas en el año 1938, como se dejó constancia al hablar de la istoria de la máquina. Es necesario el examen écnico de la hélice, pues existe la posibilidad de ue ésta haya producido una fuerte vibración caaz de producir el desprendimiento del plano".

Como se ve, la comisión se abstuvo de precisar a causa del desprendimiento del ala y del floador izquierdo por falta de elementos. Y en el umeral anteriormente transcrito, sugiere varios exámenes posteriores a base de estudios técnicos, a fin de despejar interrógantes que acendran aún más la fuerte y no desvanecida sospecha de que el avión se hallaba en mal estado de servicio.

Otros dos elementos probatorios le sirvieron al tribunal para deducir nuevos indicios, reforzando así su convicción: la declaración del doctor Andrés Obregón, quien da cuenta de que viajando a la Costa como empleado del ministerio de la economía nacional, en el avión C-53 Boyacá, en los últimos días del mes de septiembre de 1939 (recuérdese que el siniestro de ese avión ocurrió pocos días después), al llegar a Puerto Berrío el avión se dañó, imposibilitando continuar la marcha, mientras fue pedida a Palanquero una pieza de respuesto.

Claro que esta declaración tomada aisladamente poco significa, porque nada tiene de particular que una máquina tenga que ser reparada en el camino. Pero unida al detalle del singular accidente en que ella se cayó pocos días después del hecho declarado por el testigo, contra cuya veracidad ninguna objeción ha sido formulada, se convierte en elemento probatorio digno de consideración, por la luz que aporta, acerca de las malas condiciones en que días antes del accidente trágico viajó el avión.

Igual observación merece la prueba en que el tribunal apoya otro indicio: la relación de reparaciones que se le hicieron al avión Boyacá, en número de siete, desde el mes de julio hasta el 25 de agosto de 1939, según los "records" traídos como pruebas, donde se lee qué en esas reparaciones se incluyen flotadores, alas, hélices, etc.

Esta prueba consentida por ambas partes, pues la compañía la suministró y el demandante se apoya en ella, no admite de consiguiente discusión respecto de su autenticidad. El tribunal infiere de allí un indicio. Y a la Sala le parece que ciertamente supuesta la extraña forma del accidente, el hecho de que el avión fuera tan constantemente reparado en el curso de dos meses escasos, y poco más de un mes antes de estrellarse, sugiere que algo anormal le sucedía. De donde es lógico concluír que sí hay relación entre el hecho anotado y la inferencia del tribunal, o por mejor decir, el tribunal no se apoyó en un acontecimiento indiferente, de donde no se podía sacar ninguna deducción.

Por regla general, dice el artículo 665 del Código Judicial, los indicios no necesarios forman plena prueba cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, de modo que concurran todos a demostrar, sin lugar a duda, la verdad del hecho controvertido. La aprobación de estas cualidades de gravedad, precisión y conexión las confía la ley al juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor más moral que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación.

En casación sólo es permitido atacar la prueba del hecho en que el juez apoya la deducción, bien porque en realidad la prueba no dé cuenta de tal hecho, o porque éste sea tan indiferente con la cuestión debatida, que carezca de toda virtualidad indiciaria. Pero si el hecho existe, y de su reunión con otros igualmente acreditados, surgen espontáneamente presunciones de mayor o menor grado, la medida del grado que necesitara el tribunal para convencerse escapa al control de esta Sala.

Esta ha sido la jurisprudencia constante de la Corte; y así entre un abundante acopio de doctrina al respecto merece destacarse por lo explícita la contenida en casación de 1º de diciembre de 1938, publicado en la GACETA JUDICIAL, Tomo XLVII, número 1943: "El Juez es soberano en el justiprecio de la fuerza de convicción que corresponde a los indicios porque la ley ha dejado a su juicio calificar sus caracteres de gravedad y pre-

cisión 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 probabilidad 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 misma del hecho en que se genera el indicio, o su descalificación, por ejemplo, por falta de conexión lógica con el hecho que se quiere demostrar".

Bien es cierto que el ataque en casación está técnicamente dirigido, no propiamente a desconocer los hechos en que el tribunal se apoya, sino a restarles significación indiciaria. Mas tal empeño choca contra las sugerencias inevitables que emanan de los acontecimientos apuntados por el tribunal: súbita desintegración del avión volando, reparaciones constantes de la máquina en el curso de dos meses e interrupción de un viaje en el mismo avión, por daños pocos días antes del accidente. Sugerencias que inclinan a pensar que el avión se precipitó a tierra debido a su mal estado. A la Sala le basta la justificación de que los tres hechos existen y son susceptibles de generar sendas presunciones sobre el mal estado de la máquina, para no encontrar configurado ninguno de los errores de **hecho** y de **derecho** denunciados por el recurrente.

El tribunal hizo mérito de las declaraciones de Ricardo de la Vega y Adolfo Bermúdez, quienes manifiestan que viajando en un avión que suponen fue el Boyacá, en el año de 1938, de Barranquilla a Cartagena, tuvieron que devolverse de Puerto Colombia, al aeródromo de partida, por el mal estado de la máquina, y allí los cambiaron a otro avión.

Admite la Corte que ciertamente de las declaraciones no resulta comprobado que la máquina fuera el avión Boyacá, y que suponiendo que lo fuera, por haber ocurrido el hecho un año antes del siniestro, quizá no alcanza a generar ningún indicio.

Con todo, descartadas estas dos declaraciones, subsisten los demás hechos examinados por la Corte, que por sí solos sostendrían también la convicción del sentenciador.

Por último el recurrente habla de un posible error de hecho consistente en que el tribunal, satisfecho con las pruebas que lo decidieron a encontrar demostrado el mal estado de la máquina consideró innecesario examinar y apreciar todos los demás elementos de prueba traídos a los autos.

Mas alusión tan general a las demás pruebas del proceso es ineficaz en casación. Habría que puntualizar la determinada prueba o pruebas, de tan convincente poder opuesto a las valoradas por el tribunal, que sobre éstas prevalecen.

El tribunal no tenía obligación de analizar aquellos elementos probatorios que halló indiferentes. Tomó del acervo los que más directamente podían influír en el fallo, los juntó y dio por comprobada la culpa del demandado. Para desvirtuar esta selección de pruebas había que indicar qué elementos se le contraponen, de qué manera se le contraponen, y demostrarlo. No es suficiente una enumeración general de pruebas, por que eso convierte el recurso de casación en recurso de instancia.

De otro lado, la Sala tampoco ve en el conjunto de pruebas la que pudiera destacarse para hacer vacilar la justicia del fallo. Es evidente que todo resulta correcto en relación con la idoneidad y pericia de la tripulación, compuesta del teniente Luis Angel López y del radioperador Laasch; con las condiciones atmosféricas normales en que se emprendió el vuelo; el control radiotelegráfico del vuelo durante el viaje; el peso normal con que el avión se cargó; la cantidad de gasolina, etc. Más todo esto no demerita la importancia presuntiva de los hechos tenida en cuenta por el tribunal, cuya significación indiciaria es plenamente compatible con los demás factores probatorios del expediente.

Lo expuesto conduce a sostener la ineficacia del primer y principal cargo de casación.

Cargo subsidiario

Este cargo está formulado concretamente así: "Por haber hecho la condena en abstracto, en vez de haber fijado el importe de ella en cantidad líquida de dinero, el Tribunal violó, por infracción directa, el artículo 480 del Código Judicial, el cual sólo autoriza al juzgador para hacer condenas en abstracto **(in genere)** cuando no sea posible hacerlas en cantidad líquida, ni establecer las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. En el caso de autos, no sólo era posible, sino obligatorio para el Tribunal, hacer la condena global en cantidad líquida de di-

nero, porque el artículo 721 del Código Judicial establece que cuando la diferencia entre el avalúo más alto y el más bajo exceda de un cincuenta por ciento de este último, el juzgador debe hacer la regulación que él estime equitativa o nombrar nuevos peritos. Por lo tanto, el Tribunal violó también, por infracción directa, dicho artículo 721 del Código Judicial, pues no hizo la regulación según su propio criterio, ni nombró nuevos peritos".

Examen del cargo

Dentro del término probatorio de la primera instancia, el señor apoderado de la parte demandante pidió que por medio de peritos se determinara el valor de los perjuicios materiales y morales que el siniestro causó a sus representadas (véase cuaderno Nº 34, la instancia).

Decretada la prueba fueron designados peritos las siguientes personas: el doctor Nicomedes Flórez por la parte demandante; el doctor Edgardo Manotas Wilches, por la parte demandada; y el doctor Juan B. Barrios, como perito tercero.

El perito nombado por los demandantes avaluó en $ 145.300,00 el perjuicio moral y material, descomponiéndolo así: $ 20.000, por perjuicio moral, y $ 125.000, por perjuicio material; advirtiendo que no determinó lo que le correspondía a cada una de las cuatro personas demandantes. El perito nombrado por la Scadta avaluó la indemnización en la cantidad global de $ 15.000, también sin discriminación alguna. Y el perito tercero englobando perjuicios materiales y morales, los estimó así: los de la señora viuda de Martínez Pereira en $ 37.440; los de la menor Beatriz en $ 25.460; los de la señora Isabel Pereira de Martínez Pereira en $ 3.600; y los de la señorita Angela Martínez Pereira en $ 10.000.

El Tribunal declaró que no podía fijar el **quantum** de la condena porque si "es evidente que el finado doctor Martínez Pereira era abogado de brillantes dotes; político destacado y de buena posición social", no encontró en cambio que se hubiera 'establecido el monto cierto de sus entradas mensuales; los gastos que por razón de su posición social y política tenía necesariamente que hacer y de lo que realmente disponía para la subsistencia de su esposa y de su hija".

El artículo 480 del Código Judicial, invocado por el recurrente, dispone lo siguiente:

"Cuando haya de hacerse condena de frutos, intereses, daños o perjuicios, se fija su importe en cantidad líquida, o se establecen, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación".

"Sólo en caso de no ser posible lo uno ni lo otro, se hace la condena, a reserva de fijar su importe en la ejecución de la sentencia".

El Tribunal no violó esta disposición de manera directa, pues se limitó a aplicarla al caso del pleito, literalmente, sin darle interpretación ninguna. Como declarara que no era posible con los datos deficientes de los dictámenes fijar el monto de las condenas, remitió a las partes a que la indemnización se liquidara en incidente posterior.

Para cambiar la determinación del Tribunal, accediendo a fijar desde ahora el monto de la condena, había que demostrar que los dictámenes periciales si daban elementos de juicio completos en apoyo de la fijación del **quantum**, y haber formulado el respectivo cargo de violación indirecta de la ley por error de hecho o por error de derecho, según el caso. Cargo que seguramente tampoco habría prosperado, pues al examinar los dictámenes la Corte hubiera tenido oportunidad de corroborar más ampliamente el concepto del Tribunal, en el sentido de una completa ausencia de fundamentación aceptable en los conceptos de los tres peritos.

Tampoco violó el Tribunal directamente el artículo 721. Hallando que los dictámenes no están **debidamente fundados**, no podía apoyarse en ninguno de ellos para hacer una regulación equitativa.

Cuando el inciso 2º del artículo 721 determina, tratándose de avalúos o de cualquier regulación en cifra numérica que si hay desacuerdo en los dictámenes periciales, "se toma el medio aritmético, a menos que la diferencia entre los dos extremos exceda de un cincuenta por ciento de la cantidad menor, pues en este evento, el juez hace la regulación que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; y aún puede decretarse de oficio otro avalúo por medio de peritos que él designe", supone la exigencia de **fundamentación debida**, de que habla el inciso primero, de manera que la discordancia de los avaluadores sólo se refiera a las conclusiones numéricas. En otros términos, la disposición eleva al rango de plena prueba la uniforme regulación numérica que hagan dos de los peritos, siempre que la precedan de una adecuada fundamentación; y dejando de ser uniforme esa re-

gulación, el juez puede apelar, en sus respectivos casos, a los dos caminos que le señala el segundo aparte del precepto, siempre que las distintas cifras numéricas a que llegan los peritos estén razonablemente fundadas. Un ejemplo aclara el artículo: se trata del avalúo de una casa. Dos de los peritos, con deducciones razonables, aunque distintas, mas no opuestas, concuerdan en el mismo avalúo numérico. Esta regulación sería plena prueba al tenor del inciso primero del artículo 721. Pero resulta, que los mismos peritos, o los tres, también mediante consideraciones razonables o fundadas, discuerdan en el monto del avalúo; entonces se toma el medio aritmético; y si esto no es posible por la excesiva diferencia de los dos extremos, el juez tiene dos recursos; o hacer por sí mismo la regulación numérica que estime equitativa conforme a los mismos dictámenes y demás elementos del proceso; o decreta de oficio otro avalúo, por medio de peritos que él designe.

Cuando el juez encuentra que los avalúos carecen de fundamentación adecuada, es obvio, que ni hacen plena prueba, aun cuando coincidan en la cantidad numérica, ni es el caso de acudir a ninguno de los eventos del inciso segundo del artículo 721, sencillamente por falta de bases adecuadas .

Por lo expuesto, el cargo subsidiario es igualmente inadmisible.

Sentencia

A 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 pronunciada en este negocio por el Tribunal Superior de Barranquilla el 26 de enero de 1945, en la parte que ha sido materia del recurso.

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.

ACCION DE RESPONSABILIDAD

La expresión culpa, empleada en el art. 2346 del Código Civil, se entiende cuando la obligación demandada personalmente de un menor de diez años surge de un hecho de éste y del cual pudiera exigírsele responsabilidad. La ley ha determinado que los menores y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa. La responsabilidad recae sobre sus guardadores o personas a cuya custodia están, si a ellas pudiera imputárseles negligencia. Corresponde tal palabra en el mencionado artículo a actividad del menor que causa daño, y no de la que lo causa, como en el caso de autos.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

El día veinticinco de abril de mil novecientos cuarenta, el señor Alfonso Samper Ortega viajaba conduciendo su propio automóvil hacia Bogotá, por la carrera 13, y al llegar a la intersección de ésta con la calle 50, un niño llamado Guillermo Beltrán salió corriendo intempestivamente de una tienda e intentó cruzar la vía, siendo atropellado violentamente por el vehículo que conducía Samper. A consecuencia del golpe que sufrió al ser cogido por el carro falleció Beltrán a la edad de siete años, tres meses y ocho días. El occiso era hijo legítimo de los cónyuges Darío Beltrán y Rosalía Zambrano; de ellos sólo vivía el primero para el momento de la muerte del menor.

El mismo día del accidente se inició la investigación sumaria para establecer la responsabilidad que pudiera corresponder al señor Samper Ortega, investigación que terminó con auto de sobreseimiento definitivo. Esta providencia fue apelada y en tal virtud subió al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, que la confirmó declarando que "no existía culpa alguna del indiciado", al tenor del artículo 437 del Código de Procedimiento Penal.

Mediante contrato sobre prestación de servicios profesionales como abogado, de fecha 1º de junio de 1941, Darío Beltrán cedió al abogado doctor Marco Naranjo López, la mitad del valor de la indemnización a que hubiere lugar por concepto de los perjuicios morales y materiales que había sufrido como padre de la víctima.

Con estos antecedentes y por libelo de demanda de fecha 11 de agosto de 1945, repartida al Juez Séptimo del Circuito de Bogotá, Marco Naranjo López, en su propio nombre, como cesionario de una cuota de las resultas del pleito y en representación de Darío Beltrán, padre del menor fallecido, demandó a Alfonso Samper Ortega, para que con su audiencia y mediante los trámites señalados para el juicio ordinario, se decretara lo siguiente:

"a) Que el señor Alfonso Samper Ortega es civilmente responsable de los perjuicios causados con el atropello de que fue víctima el menor Guillermo Beltrán por parte del automóvil distinguido con la placa número mil seiscientos ochenta y siete (1687) manejado por el señor Alfonso Samper Ortega el día veinticinco de abril del año de mil novecientos cuarenta, en la esquina de la carrera trece con la calle cincuenta de esta ciudad.

"b) Que, en consecuencia, está obligado a pagar, dentro del término legal y por iguales partes, al señor Darío Beltrán y al suscrito Marco Naranjo López, o, subsidiariamente, sólo al señor Beltrán, el valor en dinero que se fije dentro del juicio, o que se fije en momento de la ejecución de la sentencia, a la indemnización de los perjuicios causados a Darío Beltrán con el atropello de que fue víctima el menor Guillermo Beltrán en las circunstancias mencionadas.

"c) Subsidiariamente a la petición b) inmediatamente anterior:

"Que dicho señor Samper Ortega está obligado a pagar, dentro del término legal, a la sucesión de Guillermo Beltrán el valor que se fije en dinero dentro del juicio, en el momento de la ejecución de la sentencia, la indemnización de los perjuicios sufridos por el menor Guillermo Bel-

trán por causa del atropello de que fue víctima el mismo en las circunstancias referidas.

"d) Que en caso de oposición se, condene en costas al demandado".

Sostuvo el demandante que el atropello del menor y los consiguientes perjuicios se produjeron por falta de diligencia y cuidado del demandado en la conducción de su automóvil, o sea por culpa civil extracontractual, imputable al señor Samper Ortega, o como consecuencia del riesgo creado por el mismo demandado por el uso o explotación del automóvil en su provecho personal.

Surtida la tramitación propia del juicio, el juez del conocimiento puso término a la primera instancia por providencia del trece de agosto de mil novecientos cuarenta y dos, por la cual absolvió al demandado de todos los cargos formulados en la demanda.

La sentencia recurrida

Apelada la anterior providencia, subieron los autos al estudio del Tribunal Superior de Bogotá, donde, a su vez, se puso término a la segunda instancia por fallo de fecha quince de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, que confirmó el proveído del inferior.

Después de hacer un interesante estudio sobre las circunstancias del hecho, el juzgador de segundo grado concluye así:

"La sentencia apelada absolvió al demandado Samper en vista de que la jurisdicción penal sobreseyó a favor de éste, en razón de que el accidente automoviliario ocurrió sin culpa alguna de su parte. La sumaria no logró destruír la presunción de inocencia del sindicado, ni allegar la prueba de la culpa de éste. Y aplicando la aludida jurisprudencia de la Corte, pronunció una absolución civil.

"Como la providencia penal no se funda en ninguna de las tres excepciones enumeradas en el artículo 28 del C. de P. P., sino en la calificación jurídica del hecho, no impide la acción civil.

"Se impone, pues, el estudio de ésta:

"La acción por culpa civil extracontractual exige la comprobación de sus tres elementos axiológicos: culpa, daño y vínculo de causalidad.

"La culpa se presume a cargo de Samper a virtud de la presunción de responsabilidad establecida a su cargo por los artículos 2341 y 2356 del C. C., toda vez que el accidente se produjo con un automóvil de su propiedad, manejado por él, vehículo y actividad que conllevan peligro para terceros.

"La jurisprudencia reconoce que la causa extraña es una de las causales de exoneración de esta responsabilidad presunta. Y acepta que la culpa de la víctima configura esa causal: cuando el accidente se produce exclusivamente por culpa de ésta.

"Ahora bien: la prueba trasladada del proceso penal acredita precisamente, y sin la menor duda, la aludida causal de exoneración. El dictamen de los peritos, la diligencia de reconstrucción del siniestro, y el testimonio de Elvira Rojas, demuestran que el vehículo iba bien conducido por Samper; y que el hecho ocurrió porque el niño trató imprudentemente de atravesar la vía arrojándose al paso del automóvil.

"Por esta razón la acción no puede prosperar, toda vez que falta uno de los elementos que la configuran".

El recurso interpuesto

No satisfechos con esta providencia, los demandantes interpusieron recurso de casación, el cual ha sido sustanciado en forma legal, y pasa a ser decidido por la Sala, previas las siguientes consideraciones:

Antes de entrar en materia, hace el recurrente la declaración expresa de que acepta las conclusiones a que llegó el Tribunal "respecto a las relaciones entre la responsabilidad penal y la responsabilidad civil en el presente caso, entendiéndose así, dice, que no es materia de casación lo relativo a este punto".

Se acusa la sentencia con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., por infracción directa de la ley, proveniente de errores de hecho y de derecho en la apreciación de algunas pruebas por falta de estimación de otras.

Considera, aceptando la tesis del Tribunal, que "la culpa se presume a cargo de Samper a virtud de la presunción de responsabilidad establecida a su cargo por los artículos 2341 y 2356 del C. C., toda vez que el accidente se produjo con un automóvil de su propiedad, manejado por él, vehículo y actividad que conllevan peligro para terceros". Afirma que en realidad es causa exonerativa de la responsabilidad del demandado, la circunstancia de producirse el daño por culpa exclusiva de la víctima si esto se demuestra.

Hace constar que de acuerdo con la jurisprudencia sentada por la Corte en diversos fallos sobre el vínculo de causalidad, para que la culpa de la víctima exonere de responsabilidad al demandado, debe tener el carácter de "causa exclusiva del daño". Que el artículo 2357 del C. C. dice categóricamente que "la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente", es decir, que el demandado no se exonere mediante la simple prueba de la culpa de la víctima, sino que es indispensable la prueba de que esa culpa es la causa exclusiva del daño. En el caso en estudio no puede afirmarse que el accidente se debió exclusivamente a culpa de la víctima.

Se considera:

Como se ve, la falta de apreciación de una prueba la hace consistir el recurrente en que el Tribunal no tuvo en cuenta que Beltrán era menor de diez años como aparece de la partida de nacimiento que obra en autos, y en consecuencia, a su juicio, no se le podía atribuír culpa. Al respecto cita como violados los artículos 2341 y 2346 del C. C. en la parte pertinente.

Confunde lamentablemente el recurrente una de las causales de exoneración de responsabilidad, como es la causa extraña o imputable al sindicado, con la calificación que le da la ley al acto voluntario de una persona que le acarrea responsabilidad y del cual el código exime a los menores de diez años y a los dementes por faltarles el conocimiento, elemento indispensable para los efectos de deducir responsabilidad.

La expresión culpa, empleada en el artículo 2346 citado, se entiende cuando la obligación demandada personalmente de un menor de diez años surge de un hecho de éste y del cual pudiera exigírsele responsabilidad. La ley ha determinado que los menores y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa. La responsabilidad recae sobre sus guardadores o personas a cuya custodia estén, si a ellos pudiera imputárseles negligencia.

Corresponde tal palabra en el mencionado artículo, a actividad del menor que causa daño, y no de la que lo causa, como acontece en el problema en estudio.

El artículo 2357 del mismo código aclara suficientemente el concepto, cuando dice que la apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.

Cuando una persona se expone imprudentemente a un riesgo y sufre daño, en el lenguaje común se dice: el daño fue por su culpa, es decir, por su causa. En el caso de autos, se ha tomado pues la palabra "culpa" por el acto exclusivo del menor que sin preocuparse del riesgo, se lanzó irreflexivamente a la vía en el momento en que pasaba el automóvil, viniendo a ser arrollado por éste, debiéndose el accidente a su culpa, es decir, a su acto. En el artículo 2346, la palabra culpa está tomada por contravención o dolo. En la sentencia acusada está tomada por causa del hecho.

En consecuencia se rechaza el cargo.

Cargo segundo

Dice el recurrente que aun suponiendo que el menor Guillermo Beltrán hubiera tenido capacidad legal para cometer culpa, la sentencia es violatoria de la ley por errores de hecho y de derecho cometidos en la apreciación de la declaración de Elvira Rojas, en la estimación del dictamen pericial rendido por los expertos de la oficina de circulación y tránsito y en la de la diligencia de reconstrucción del accidente, elementos de convicción tenidos en cuenta por el Tribunal como fundamentos del fallo recurrido.

Contra la aceptación de estas pruebas hace el recurrente los siguientes reparos:

I. — Tanto la declaración de la Rojas, como la experticia aceptada como prueba, no fueron practicadas dentró del juicio, en los respectivos términos probatorios, violándose, por consiguiente, los artículos 593, 597; 693, 705 y 731 del C. J.

II. — Aun aceptado, dice, que pudiera atribuírle a tales piezas algún mérito legal, que sería de indicios referentes a que el daño se debió exclusivamente a culpa de la víctima, se encuentra que el Tribunal cometió errores de hecho y de derecho en su apreciación. Elvira Rojas rindió dos veces declaración en el sumario seguido por el juez al sindicado, en las cuales se contradijo notoriamente. El dictamen pericial lo fundamentaron los peritos en lo expuesto por la misma Rojas, aceptando solamente la segunda versión dada por ésta del accidente, siendo así que tal testimonio carece de valor por las contradicciones que en él se advierten. El Tribunal al dar por demostrados los referidos indicios sin estarlo, violó el artículo 661 del C. J.

III. — El fallador de segunda instancia dejó de apreciar la copia de la diligencia de levantamiento del cadáver y la declaración indagatoria de Samper Ortega, que obran en el cuaderno primero del juicio, traídas en copia al expediente, de las cuales se desprende que en la sentencia no se tuvo en cuenta que la Inspección de Circulación y Tránsito de Bogotá, poco después del accidente observó la situación del vehículo del señor Samper Ortega, con relación al lugar donde ocurrió el accidente, advirtiendo que en un trayecto largo detrás del automóvil existía "un rastro dejado por cuerpo humano, cosa que se pudo constatar al verse contra el suelo, pegados algunos cabellos. "Ni tampoco tomó nota de que Samper Ortega dijo en su indagatoria: "Que al llegar a la calle 50, un niñito salió corriendo del andén del lado occidental, a unos cuatro metros de distancia de donde yo venía en el carro". Considera que en virtud de estas deficiencias, el Tribunal incurrió en error de derecho, al no darles el valor legal que tienen tales documentos y pruebas, violando así los artículos 632, 661, 593 y 597 del C. J.

IV. — Sostiene que dejó de apreciar el Tribunal el croquis relativo al accidente, levantado por las autoridades de policía y la declaración de la madre del demandado que lo acompañaba en el automóvil. Dice también que se cometió error de hecho en no haber tomado nota de que del estudio del croquis se deduce culpa de parte del conductor del carro y de que de la declaración de la mencionada señora madre de Samper Ortega se infiere que "la vía estaba completamente despejada en el momento del accidente". Señala por este aspecto como violados los artículos 632, 593, 597 y 661, disposiciones todas del C. J., por no haberles dado el valor legal que tienen.

V. —Concluye sosteniendo que como consecuencia de todos los "errores manifiestos de hecho y de derecho y de las violaciones de la ley que se dejan examinadas como cometidas por el Tribunal en la estimación de unas pruebas, y en la no estimación de otras", el juzgador violó el artículo 2356 del C. C., al deducir que la culpa de la víctima fue la causa exclusiva del daño, dando lugar a la absolución del demandado.

La Corte considera:

En este segundo motivo de acusación contra la sentencia del Tribunal, sostiene el recurrente, que por el juzgador de segunda instancia se cometieron errores de hecho y de derecho en apreciación de la deposición de la testigo Elvi Rojas, quien rindió ante el juez penal dos deci raciones contradictorias, según el recurrente, u de las cuales simplemente fue tenida en cuen por los peritos al dar su dictamen. También so tiene que se apreciaron mal otros elementos d proceso traídos al juicio civil.

Ante todo, debe dejarse establecido que al pr sente juicio civil por responsabilidad extracor tractual, seguido contra Alfonso Samper Orteg no se aportaron distintos elementos de juicio d los que fueron apreciados por la justicia penal que culminaron en la absolución del sindicado.

Se trajo al proceso copia del testimonio o testi monios de la Rojas, que ha debido declarar en e juicio civil para que su exposición hubiera podid tenerse como prueba y copias de los dictámene periciales, inspecciones oculares y reconstrucció del accidente, elementos todos venidos del proce so criminal. También se acompañaron copias d los autos de sobreseimiento proferidos a favor del demandado Samper Ortega. Es decir, ante la justicia civil no se produjeron elementos de convicción distintos en orden al fin propuesto por el demandante. Se pretende, pues, una nueva calificación de tales elementos, cual si el juicio de responsabilidad fuera una nueva instancia o continuación del proceso penal.

Tales elementos ya fueron calificados en su oportunidad por la justicia penal y dieron lugar a declarar en el auto de sobreseimiento que "toda la culpa del hecho fue del niño, quien imprudentemente trató de atravesar la vía, cuando ya el automóvil estaba sobre ella" y que "el sindicado hizo pitar su automóvil varias veces y seguramente no se hubiera presentado novedad alguna si el niño no acierta a pasar en esos cabales momentos". Se declaró igualmente que "el dictamen rendido por los peritos coincide con el dicho de la testigo, pues, pudo establecerse que el vehículo iba bien conducido, sin negligencia, descuido o ignorancia por parte del señor Samper, quien hace muchos años que maneja automóvil, lo que hace presumir que se trata de un hombre serio y responsable de todos sus actos"; lo anterior dio lugar al sobreseimiento definitivo dictado por el juez penal de primera instancia, que luego fue confirmado por el Tribunal.

Para el juzgador de segunda instancia, en el juicio civil sobre responsabilidad extracontractual la prueba trasladada del juicio criminal y las co-

pias de los autos de sobreseimiento, acreditaron precisamente, y sin la menor duda, que la culpa del hecho había sido en su totalidad de la víctima, al proponerse cruzar la vía sin las precauciones necesarias.

En estas condiciones, habiendo el juez penal agotado el estudio de las pruebas y no habiéndose producido en el juicio civil otros elementos de convicción, hay que aceptar, en consecuencia, que cuando menos el auto de sobreseimiento es una prueba de la irresponsabilidad del demandado que destruye la presunción de culpa establecida por el artículo 2356 del C. C.

Sin entrar a considerar el problema de la interferencia de la acción penal en la civil, no teniendo el Tribunal más prueba que las decisiones de la justicia penal, donde se abarcó en su totalidad el problema, las sentencias en mención son la demostración de la ausencia de responsabilidad como ya se dijo.

Habiendo considerado la decisión del juez del crimen todos los aspectos del problema y no dejando motivo alguno en qué fundar separadamente la existencia de una culpa civil, el Tribunal no cometió error de hecho ni de derecho en la apreciación de las pruebas.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Sentencia

En mérito de las anteriores consideraciones, 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 15 de junio de 1945 dictada por el Tribunal Superior de Bogotá, en el juicio ordinario seguido por Marco Naranjo López y otro contra Alfonso Samper Ortega.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

REIVINDICACION.—DESLINDE

El juicio de deslinde y amojonamiento no es declarativo, sino atributivo de la propiedad, como que emana del dominio; de consiguiente, no es un juicio de reivindicación que sirva de suyo para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido. Su objeto se dirige a fijar la línea divisoria de las heredades colindantes, es decir, a determinar hasta dónde se extiende cada uno de los dueños de esos predios.

En el juicio ordinario de oposición al deslinde bien pueden proponerse a controversia, claro que de manera expresa, hechos referentes al dominio como serían, la nulidad o ineficacia de un título, con el fin de descartarlo, o la simple posesión material, con el fin de obtener que prevalezca sobre los títulos. En estos casos, la discusión sobre estos extremos, distintos del contenido espacial de los títulos, versaría sobre el dominio y su definición en la sentencia haría tránsito a cosa juzgada en juicio de reivindicación.

El fallo dictado en el juicio de deslinde en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento en otro juicio, sobre la misma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simple repetición del planteamiento de la cuestión de linderos. E igualmente, la sentencia que defina el juicio ordinario de oposición al deslinde, a que haya precedido controversia sobre hechos referentes al dominio, planteados expresamente al contradecir la línea señalada en el juicio sumario, impide, para los efectos de la cosa juzgada, nuevo pronunciamiento en otro juicio acerca de las cuestiones de dominio debatidas en el juicio de oposición y falladas en razón de su influencia en el deslinde.

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

(Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta)

En el juicio especial de deslinde y amojonamiento promovido en el juzgado de circuito de Sevilla (Valle del Cauca) por Alberto, Carlos y Eduardo Vélez, contra Arcesio Jaramillo Isaza y su esposa Belén Ocampo de Jaramillo, en diligencia llevada a cabo en los días 6 a 11 de julio de 1936 fue fijada la línea divisoria de los predios denominados PIJAO, de los demandantes, y COLOMBINA, de los demandados.

Los demandados contradijeron el deslinde, lo cual dio ocasión a que, conforme lo dispone el artículo 870 del Código Judicial, el punto se debatiera en juicio ordinario. A este juicio de oposición le puso término el juez de primera instancia, en sentencia de 22 de septiembre de 1938, y el Tribunal de Buga, por recurso de apelación, en sentencia de 8 de julio de 1940, confirmatoria de la del juez, en que se abstuvo de modificar la línea señalada en el deslinde.

Con base en el anterior juicio de deslinde, que le fue adverso, Arcesio Jaramillo Isaza promovió en seguida, en el juzgado de circuito de Sevilla, acción en juicio ordinario tendiente a que se le declare dueño de la zona de tierra que por virtud del deslinde, fue cercenada, según el demandante, de su finca La Colombina. Dirigió la demanda contra los nuevos poseedores de la finca Pijao, entre quienes incluyó a los mismos Emilio y Eduardo Vélez, y a la señora Celmira Correa viuda de Vélez.

Son hechos importantes de esa demanda los señalados con los números **cuarto, quinto, sexto** y **séptimo,** así propuestos:

"Cuarto: Fue así como, por virtud de la sentencia definitiva que aprobó o confirmó como línea limítrofe la determinada en el punto anterior, de la finca llamada Colombina, la finca mía, vino a segregarse un lote que está determinado así: ....."

"Quinto: La línea divisoria de que trata el punto tercero, fijada como límite de los dos predios en la diligencia de deslinde, no corresponde, en manera alguna, a la realidad de los hechos ni a los títulos adquisitivos del dominio de uno y otro fundo. Con la arbitraria línea fijada como límite,

e han vulnerado mis derechos patrimoniales, como dueño de la finca llamada Colombina, en la extensión precisa de que hablan mis títulos de propietario. Exhibidos que sean éstos, y parangonados con los títulos correspondientes a la hacienda llamada Pijao, se establece de manera clara el cercenamiento de la finca llamada Colombina por los linderos determinantes del lote de que se habla en el hecho cuarto de esta demanda".

"Sexto: Estando como está, el premencionado lote comprendido dentro de los límites generales de la finca llamada Colombina, y estando como lo está, así mismo, bajo el imperio de los dueños de la hacienda llamada Pijao, quienes lo poseen materialmente, es claro y fácil entender que yo tengo en guarda de mis derechos, acción para reivindicar el lote determinado ya, injustamente poseído por otros, en virtud de una sentencia que ni es título de propiedad para ellos, ni funda presunción de **res judicata,** para discutir esta nueva acción, por razones obvias".

"Séptimo: El lote de terreno deslindado en el hecho cuarto, ha sido poseído por mí, materialmente, lo mismo que por mis causantes, en virtud de hechos positivos y continuos como el desmonte, la siembra, de pastos de india y yaraguá, etc., sin obstáculo ni interrupción natural o civil, en un período de más de 30 años".

Con base en estos hechos formuló el demandante las siguientes peticiones:

"a) Que soy dueño de un lote de terreno, el deslindado en el hecho cuarto de esta demanda, como comprendido dentro de los límites generales de la finca llamada "Colombina", de la cual también soy propietario en toda la extensión que señalan mis títulos".

"b) Que, como consecuencia de tal reconocimiento, los demandados están obligados **insólidum** a entregarme en el término que usted señale, el lote de terreno materia de esta reivindicación, con todos sus frutos naturales y civiles, y no sólo los percibidos sino todos aquellos que yo hubiere podido percibir con mediana diligencia y actividad estando ese lote en mi poder".

"Subsidiariamente. — Solicito estas declaratorias":

"a) Que el lote de terreno determinado en el hecho cuarto de esta demanda es de mi exclusiva propiedad, por haberlo adquirido por prescripción adquisitiva del dominio, sobre una posesión continua, quieta y pacífica, uniendo la mía a la de mis antecesores, por el término que las leyes consagran, y mayor, pues que el presente caso abarca a más de treinta años, lo que quiere decir que se ha consumado en forma ordinaria y extraordinaria".

"b) Que, declarada la prescripción adquisitiva, ordinaria o extraordinaria, en mi favor los demandados están obligados a entregarme en mi calidad de dueño, el terreno deslindado en el hecho cuarto de la demanda, con todos los frutos naturales y civiles percibidos durante el tiempo en que ha estado en poder de los demandados, y, también, con los frutos que hubieren podido percibirse de este lote con mediana inteligencia y cuidado no habiendo salido de mi patrimonio".

Los demandados se opusieron a la acción, y entre otras excepciones propusieron la de COSA JUZGADA, basada en que la cuestión propuesta en la demanda, ya había sido juzgada en el juicio de deslinde, fallado contra el señor Jaramillo Isaza.

El juez desató el pleito en sentencia del 16 de mayo de 1944, declarando no probadas las excepciones propuestas por los demandados; que el lote alinderado en el hecho **cuarto** de la demanda, es de propiedad del demandante Jaramillo Isaza; y que en consecuencia los demandados Vélez y la señora Celmira Correa viuda de Vélez deben restituírle ese lote al demandante, teniéndoseles como poseedores de buena fe, para los efectos de la restitución de frutos.

El Tribunal de Buga en recurso de apelación CONFIRMO este proveído, "con la REFORMA de que la buena fe de los demandados llega hasta la fecha de contestación de la demanda".

El apoderado de los demandados Vélez y de la señora Correa viuda de Vélez, interpuso el recurso de casación contra la sentencia del Tribunal. Concedido vinieron los autos a la Corte. Aquí dióse al recurso la tramitación correspondiente. Agotada viene ahora el examen de la demanda de casación.

La demanda de casación

Entre los cargos que se hacen a la sentencia del Tribunal, todos dentro de la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, figura el de violación del artículo 900 del Código Civil, por errónea interpretación, y del artículo 473 del Código Judicial, por violación directa, teniendo en

cuenta que la entidad falladora razona sobre la base de ser ciertos y estar establecidos en el expediente los extremos de hecho que constituyen la COSA JUZGADA, que se apoya en la sentencia dictada en juicio controvertido anteriormente entre las mismas partes que militan en este.

Dice el recurrente que al enunciar el Tribunal el contenido de la controversia admite que ella trata sobre reivindicación del mismo lote de terreno que se dice segregado de la finca Colombina, de propiedad del demandante, en aquel juicio de deslinde; y después de afirmar la identidad entre aquel lote de terreno disputado en el juicio sumario de deslinde y ordinario de oposición, con el que hoy se reivindica, estudia la excepción de cosa juzgada sostenida en las instancias por los apoderados de la parte demandada, y la resuelve en el fallo con los siguientes términos:

"Para la Sala no admiten réplica las razones que tuvo el juzgado para desechar la excepción estudiada. Efectivamente, como lo apunta el señor juez, una es la acción de deslinde en la cual se discute la extensión geográfica de un título, sin estudiar a fondo la realidad del derecho de dominio, y otra es la acción de dominio, cuyo fin es precisamente alegar el derecho de propiedad que se tiene sobre determinada cosa. Vale decir, que tanto en el juicio de deslinde como en el ordinario de oposición a él se parte de la base de que los colindantes son dueños de los respectivos fundos, cuya línea o líneas de separación entre ellos es preciso aclarar y determinar. Por otra parte, la cuestión ya no es ni siquiera discutible por cuanto no es fácil hallar argumentos capaces de eclipsar los que han venido formulando la H. Corte Suprema de Justicia al establecer que aunque el juicio de deslinde se convierta en ordinario por oposición, no se ventila en él el dominio de la zona discutida. De consiguiente la Sala adhiere, por considerarlas enteramente jurídicas, a las razones expuestas por la Corte, muchas de las cuales consigna el señor juez en su sentencia, lo que significa que ha de declararse no probada la excepción estudiada".

Se examina el cargo

En sentencia de 25 de mayo de 1937, dictada por esta Sala de Casación Civil, publicada en la GACETA JUDICIAL, número 1.924 Tomo XLV, pág. 124, y que conviene transcribir íntegramente en sus párrafos esenciales, se estudió ampliamente la naturaleza del juicio especial de deslinde y del ordinario de oposición, sustentándose nuevas ideas de gran juridicidad:

"Es innegable que la acción de deslinde es distinta de la acción reivindicatoria o de dominio y la jurisprudencia siempre ha distinguido la una de la otra. Coinciden en ser ambas reales e inmuebles. Pero en tanto que la reivindicación persigue como finalidad económica la restitución de la cosa que debe hallarse en poder del demandado, con lo cual el título llama a la posesión, en cambio la acción de deslinde suele limitarse a discutir el contenido espacial del título, sin que a la vez se discuta el dominio mismo: según el artículo 869 del C. J., el contenido espacial de los títulos da lugar al señalamiento de linderos y al amojonamiento de la línea divisoria; consecuencialmente el juez deja a las partes en posesión de los respectivos terrenos, con arreglo a la línea fijada, "si ninguna de ellas se opone". Hasta aquí la acción sumaria de deslinde implica una aceptación de titularidad no discutida y el amojonamiento es el resultado o la expresión del contenido espacial de tales títulos, es decir, que la acción de deslinde conserva los caracteres propios que la doctrina y la jurisprudencia reconocen".

"La jurisprudencia ha sido severa en el sentido de conservar la fisonomía propia de las dos acciones y de impedir que dentro del juicio ordinario de deslinde se ventilen cuestiones de dominio. Pero no se ve una razón práctica para que dentro del juicio ordinario que sigue al sumario, tradicionalmente llamado éste de apeo, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de alguno de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. En el juicio ordinario, cuya ventilación prevé el artículo 870 del C. J., bien pueden debatirse tales cuestiones, que dicen ya orden al dominio, como motivos de la oposición a la línea, oposición prevista inmediatamente por el artículo 869 ibidem".

"En algunas legislaciones la alegación de hechos de dominio dentro de simples acciones de deslinde ha dado lugar a dificultades por simples razones de jurisdicción; tal sucede en la francesa, en que hay jueces de paz para el deslinde, en tanto que el dominio es propio de la jurisdicción común. Pero aún allí es permitida la concurrencia de acciones ante los jueces civiles cuando hay

discusión sobre el dominio, y al contrario, los jueces de paz siguen conociendo del deslinde mientras que la discusión no se salga de la simple titulación o titularidad. Como se ve, el inconveniente no existe entre nosotros".

"Si la acción de deslinde conserva su peculiar fisonomía porque no se discuta propiamente sino el contenido espacial de los títulos, es evidente que la línea divisoria que en virtud de ella se trace por el juez puede ir más allá o más acá de la posesión de hechos ejercida por las partes; y esto es lo ordinario, que alguna de las partes pretenda que sus títulos marcan un contenido territorial que no coincide con el que de hecho ocupa la otra parte; así puede ser, porque en la acción de deslinde la simple posesión es apenas un elemento ilustrativo del contenido espacial a que se crea tener derecho, por cuanto la posesión suele ir unida al dominio; pero como no siempre es así, ella juega como un elemento meramente indicador de dicho contenido, lo mismo que la posesión del terreno, su configuración, los signos o señales y demás hechos que deciden el ánimo del juez a acoger o rechazar la línea señalada por las partes, o a separarse de ella. Pero cuando la posesión se alega ya como dominio, por haber sido suficiente para consumar una prescripción ordinaria o extraordinaria, nada impide que así se haga valer dentro del juicio ordinario de oposición, porque entonces la posesión es base del dominio, y no indicial del contenido espacial de los títulos, y entonces implican un hecho que va contra los títulos del adversario y que modifica el contenido marcado por los de éste; pero es necesario que se alegue con tal efecto e intención jurídica como motivo de oposición al deslinde".

Conviene destacar las siguientes ideas sustentadas en la anterior sentencia, que aclaran la jurisprudencia sobre el juicio de deslinde:

1º Se sigue sosteniendo que el juicio de deslinde y amojonamiento no es un juicio declarativo, sino atributivo de la propiedad, como que emana del dominio; de consiguiente, no es un juicio de reivindicación que sirva de suyo para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido. Su objeto se dirige a fijar la línea divisoria de las heredades; es decir, a determinar hasta dónde se extiende cada uno de los dueños de esos predios.

2º La sentencia agrega que estos principios son estrictos especialmente dentro de la primera etapa del juicio, es decir, la parte sumaria de la diligencia de **apeo**; pero que tampoco hay inconveniente que en el juicio ordinario subsiguiente de contradicción al deslinde, pueda discutirse la titulación exhibida por las partes y que tienda a descartar la pertinencia y eficacia de los títulos o de algunos de ellos, o bien, hechos en que haya consistido la posesión material que consume una prescripción ordinaria o extraordinaria. De consiguiente, según esta doctrina, que la Corte reitera ahora, en el juicio ordinario de oposición bien pueden proponerse a controversia, claro que de manera expresa, hechos referentes al dominio, como serían, la nulidad o ineficacia de un título, con el fin de descartarlo, o la simple posesión material, con el fin de obtener que prevalezca sobre los títulos. En estos casos la discusión sobre estos extremos, distintos del contenido espacial de los títulos, versaría sobre el dominio, y su definición en la sentencia haría tránsito a cosa juzgada en juicio de reivindicación.

En nueva sentencia de esta misma Sala, de fecha 16 de octubre de 1943, publicada en la GACETA JUDICIAL, números 2.001 a 2.003, Tomo LVI, págs. 214 y 215, sentó estas conclusiones que se refieren a la fuerza de la sentencia en el juicio sumario o en el subsiguiente de oposición al deslinde, que ha fijado la línea divisoria de dos predios:

1º El fin principal del juicio de deslinde es fijar la materialidad del lindero. Pero esta operación tiene por causa la discusión entre propietarios vecinos, en lo tocante a la cabida o extensión de sus respectivos fundos, y como se dirige a poner término a ese estado irregular de las relaciones de vecindad, es obvio que no puede ser inoperante.

2º Si bien las controversias de deslinde no pueden tener la finalidad de las de reivindicación, que sirven para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido, que es lo que la Corte ha consagrado como su doctrina constante, sin embargo no son ni pueden ser absolutamente ajenas a puntos o extremos en que la propiedad tenga juego. No son declarativas, pero sí atributivas del dominio, y ello basta para evidenciar lo que se viene diciendo y para establecer cómo lo que en ella se decida acerca de la extensión de los fundos no puede ser enteramente baldío.

De los cuatro postulados de las sentencias anteriores se desprende, que el fallo dictado en el juicio de deslinde, en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento en otro juicio, sobre la mis-

ma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simple repetición del planteamiento de la cuestión de linderos.

Igualmente, la sentencia que defina el juicio ordinario de oposición al deslinde, a que haya precedido controversia sobre hechos referentes al dominio, planteados expresamente al contradecir la línea señalada en el juicio sumario, de acuerdo con las ideas expuestas en la sentencia de 25 de mayo de 1937, transcrita, impide, por los efectos de la cosa juzgada, nuevo pronunciamiento en otro juicio acerca de las cuestiones de dominio debatidas en el juicio de oposición, y falladas en razón de su influencia en el deslinde.

Las ideas expuestas permiten analizar con certidumbre hasta donde es posible sostener la excepción de cosa juzgada, por cuya existencia en el presente juicio propugna la parte demandada y recurrente, y combate el Tribunal en la sentencia. Advirtiendo que la discusión se suscita alrededor del alcance objetivo de los fallos que determinaron la línea divisoria entre las fincas PIJAO y COLOMBINA, pues en cuanto a la identidad de las partes en el primer juicio y en el presente, y el objeto discutido, que es el mismo lote de tierra, no existe desacuerdo alguno.

En el juicio de oposición al deslinde entre las mencionadas fincas, el dueño de COLOMBINA, formuló contra los dueños de PIJAO, señores Vélez, las siguientes peticiones expresas:

"a) Que la línea adoptada en el juicio de deslinde de que he hecho mérito, no es la que divide los predios del demandante o demandantes con mis predios de "Colombina" porque esa línea no se ha tomado de una base fija; no se ha medido en su extensión teniendo una base donde empiezan treinta y siete cuadras con treinta y siete varas; no se ha localizado el cuadrado de que hablan los títulos del demandante, y al no hacerse esto, la citada línea es improbable. b) Que los demandantes no tienen la acción que invocan, porque las fincas que se tratan de deslindar son terrenos baldíos. c) Que la parte demandante carece de derecho para pedir esta acción porque ella se transó según el documento que mi apoderado llevó a la diligencia y ese es un contrato o ley para los contratantes que estipularon la forma en que se debía deslindar. d) Que como consecuencia de la declaratoria del punto anterior, la línea que divide los predios es la que trazó el ingeniero doctor Manuel Buriticá, según lo acordado en el citado documento de contrato y según la descripción hecha por él en la diligencia dicha de deslinde. e) En subsidio a las anteriores, que se declare que es nulo lo actuado en el juicio de deslinde desde el primer auto que admitió esa demanda en adelante porque se trata de baldíos y no se ha dado aplicación al artículo 80 del C. Fiscal y otras disposiciones que reglamentan el modo de hacer estas peticiones cuando no se ha expedido título a los colonos. f) Que los demandantes en el juicio sobre deslinde no tienen derecho a demandar en la forma que lo hicieron porque no tienen el título de adjudicación expedido por la Nación que es la llamada a expedirlo, no pudiendo suplirse este título por los que ellos han presentado para fundar su acción ya que no son dueños de los terrenos sino únicamente de las mejoras. g) En subsidio a las peticiones anteriores y para el caso improbable de que no se acceda a las primeras o a las segundas, que se declare que tengo derecho a retener el lote de terreno que se trata de arrebatarme hasta que se me paguen las mejoras que tengo plantadas, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 739 del C. C. y otras disposiciones que citaré en el curso de este juicio. Esta demanda la dirijo también contra la demanda misma de deslinde que dio lugar a la diligencia donde se trazó la línea objetada y de que trata mi oposición".

Los hechos en que se apoyan estas peticiones son concordantes con ellas.

Por lo tanto, nada distinto de controvertir la línea señalada en la diligencia de apeo fue propuesto. Como tampoco ninguna cuestión de dominio se planteó, referente por ejemplo, a la eficacia de los títulos o a la posesión material, como medio de que se declarase la prescripción ordinaria o extraordinaria.

Así las cosas, las sentencias de primera y de segunda instancia, que denegaron la modificación de la línea trazada en el deslinde, hacen tránsito a cosa juzgada respecto a la extensión territorial y consiguiente colindancia entre los dos predios de la disputa, basada en los títulos, aducidos o no, durante el juicio sumario o la oposición. Ninguna discusión al respecto puede ser planteada de nuevo. En cambio, quedó abierta la acción reivindicatoria sobre la zona que por el deslinde pasó a ser parte integrante de uno de los predios, siempre que esa acción se deduzca de hechos referentes al dominio, como la posesión, y no de

uevo planteamiento de la cuestión de linderos, a juzgada.

La demanda inicial del presente juicio hay que dividirla en dos partes: constituye la primera, la acción principal; y la segunda, la acción subsidiaria.

Es evidente que la acción principal revive la discusión acerca del ámbito espacial de los títulos. Lejos de ser una acción de dominio, implica el planteamiento de la cuestión de linderos, ya fallada definitivamente en el juicio anterior.

Aquí entonces cabe repetir lo expresado en la sentencia de 1943, o sea que a pretexto de reivindicar, se intenta ventilar nuevamente lo que fue materia del juicio especial y del ordinario a que dio lugar la acción específica de determinación de linderos. Aun cuando la acción se denomina en la demanda, de reivindicación, este concepto jurídico no concuerda con la realidad, pues basta leer los hechos pertinentes y las peticiones, transcritos al principio de este fallo, para concluír que la índole de lo que se propone es meramente el replanteamiento de la cuestión de linderos.

En cambio, la acción subsidiaria, dirigida a que se declare la propiedad del lote en favor de los dueños de la finca Colombina, por razón de haberla éstos adquirido por prescripción, es típicamente de dominio, la cual quedó sin juzgar en el juicio de oposición al deslinde, pues no fue allí deducida expresamente, como había podido serlo, según la sentencia citada de mayo de 1937.

Esta acción tiene por base, fuente o razón, el hecho **séptimo** del libelo, en que se afirma que el pedazo de tierra, materia de la pretensión del demandante, "ha sido poseído por mí, materialmente, lo mismo que por mi causante, en virtud de hechos positivos y continuos como el desmonte, la siembra de pastos de india y yaraguá, etc., sin obstáculo ni interrupción natural o civil, en un período de más de 30 años".

Corolario de lo expuesto es la conclusión de que en el presente juicio hay cosa juzgada respecto de las dos súplicas principales, y verdadera acción reivindicatoria en las dos súplicas subsidiarias.

Siendo así resulta claro que el Tribunal quebrantó el artículo 473 del Código Judicial, de manera directa, debido a que tomó la acción principal con alcance distinto del que realmente le corresponde llevándolo a sentenciar un litigio de un lindero ya fallado en forma inmodificable. La sentencia ha de romperse para dar cabida a que la Corte, ya en instancia, examine la acción subsidiaria de prescripción, que es de la que ha debido ocuparse el sentenciador, toda vez que está acreditada la excepción de cosa juzgada, de acuerdo con lo expuesto.

Sentencia de instancia

Con ánimo de acreditar el hecho **séptimo** del libelo, sobre posesión material del lote, declararon en primera instancia los testigos Adolfo Arias, Julio Vargas Ramírez, Antonio Betancourt, Manuel Betancourt y Emilio Vargas; y en la segunda instancia, Marco Urrea, Nazario Maya, Luis Piedrahita y Pablo Emilio Mora.

Además, el demandante aduce la diligencia de entrega del 14 de diciembre de 1940, practicada como remate del juicio de deslinde, con el ánimo de comprobar que la posesión material del lote reivindicado la han tenido los dueños de Colombina, pues en esa fecha les fue entregado a los dueños de Pijao, como consecuencia de la línea divisoria señalada.

Lo único que se deduce del grupo de testigos de la primera instancia es que el señor Jaramillo Isaza, hizo algunas mejoras en el lote que reclama, pero ignorándose en qué época empezó a plantarlas. Concretamente los testigos afirman que en vida de Marciano Ocampo, probable antecesor de los actuales dueños de Colombina, el lote estaba cubierto de montaña y sin explotar. Se ignora en qué época Ocampo fue dueño del globo Colombina.

El segundo grupo de testimonios también merece el mismo reparo. Aun cuando ellos dicen que hasta el año de 1936, en que se inició el juicio de deslinde, ellos vieron que los dueños de Colombina explotaron económicamente el lote, no indican la época en que empezaron a presenciar el hecho, ni sus declaraciones son satisfactorias en cuanto al detalle que dan de la explotación, con una referencia general, sin detenerse a pormenorizar la clase de siembras, la extensión aproximada de ellas, con el objeto de deducir del contexto de las declaraciones hasta donde los testimonios acreditan auténtica explotación económica sobre el lote en disputa.

Por otra parte, la única prescripción admisible, para ganar el dominio, tendría que ser la extraordinaria, de treinta años, por haber comenzado la posesión antes de la vigencia del artículo 2º de la ley 50 de 1936, que redujo la prescripción

treintenaria a veinte años; pues dada la incertidumbre del lindero contenido en los títulos, antes de que se hiciera el deslinde, ninguno serviría de apoyo para fundar una prescripción ordinaria, que requiere además de la buena fe, justo título concreto y determinado sobre el inmueble que se está poseyendo materialmente.

Y es indudable, vuelve a repetirse, que con las declaraciones testimoniales traídas al proceso no es posible comprobar de manera plena que los dueños de la finca Colombina hacía treinta años que poseían el lote cuando les fue entregado a los dueños de la finca Pijao, a consecuencia de lo decidido en el juicio de deslinde.

Por lo tanto, la acción subsidiaria es inadmisible.

Sentencia

A mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre da la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia del Tribunal de Buga, materia del presente recurso, y en su lugar REVOCA la del juez de primer grado y decide el pleito así:

1º DECLARASE probada la excepción perentoria de COSA JUZGADA, en lo tocante a las dos súplicas principales de la demanda de Arcesio Jaramillo Isaza, promovida contra Emilio Vélez, Eduardo Vélez, Celmira C. de Vélez y otros, en el mes de junio del año de 1941, base del presente juicio; y

2º NIEGASE las dos súplicas subsidiarias de la misma demanda, relativas a adquisición del dominio por prescripción, y en consecuencia, se absuelve a los demandados en lo correspondiente a la mencionada acción.

3º Sin costas 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.

REIVINDICACION

Ha repetido muchas veces la Corte que "dentro del régimen jurídico patrimonial del matrimonio, anterior a la reforma del año de 1932, en que el marido era considerado ante terceros como único dueño de los bienes sociales, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios con derecho 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 garantía omnímoda, ya no puede enajenar por sí solo ni disponer de ellos libremente como bajo el imperio de la anterior legislación. La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que fue promulgada, ha producido, a no dudarlo, como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes, la existencia de un patrimonio independiente 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 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 titular único 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 acomoda al nuevo régimen con la liquidación provisional que autoriza el citado artículo 7º de la ley 28. La venta de la cosa ajena, válida en nuestro derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los casos típicos e inconfundibles en que ocurre el fenómeno de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal ilíquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

En el juicio sucesoral de Gregorio Bustos, protocolizado en la Notaría de Villeta bajo la escritura Nº 290 de 14 de diciembre de 1886, se adjudicaron los inmuebles Motual y Ayal, como fincas separadas, así:

A Rudesindo Bustos, como hijo, un derecho de $ 1.138,65 en la finca Motual, avaluada en $ 3.000.

Y un derecho por $ 1.179,35 en la finca Ayal, avaluada en $ 1.500.

A Cleofe Cárdenas, viuda del causante, $ 318 en Ayal. El derecho representado en $ 1.861,35 en Motual, destinado para pago de deudas, pasó a la cónyuge supérstite quien se lo reservó por haber pagado las deudas hereditarias.

La viuda de Bustos se casó en segundas nupcias con Francisco Rodríguez, y en su sucesorio, protocolizado en la Notaría de Villeta por escritura número 164 de 30 de octubre de 1923, fueron reconocidos como herederos sus hijos María Rita, María Luis, Luis Francisco, Jorge Enrique, María Matilde y Efraín Rodríguez Cárdenas; Se-

cundino Rudesindo Bustos Cárdenas y Francisco Rodríguez como cónyuges sobrevivientes.

Como fundamento en una larga serie de cesiones de derechos hereditarios, entre éstos los vinculados a la sucesión de Jorge Enrique Rodríguez Cárdenas, que en el expediente no hay constancia de que haya sido liquidada, en el sucesorio de Cleofe Cárdenas, adelantado en el Juzgado del Circuito de Facatativá, se reconoció a Luis Francisco Rodríguez Cárdenas como cesionario de los derechos hereditarios de los sucesores de la causante y a este título y como heredero, se le adjudicó "por su haber hereditario y como cesionario de los derechos del cónyuge sobreviviente señor Francisco Rodríguez y de los herederos señores María Rita Rodríguez, María Luisa Rodríguez, Jorge Enrique Rodríguez, María Matilde Rodríguez, Efraín Rodríguez y Secundino Bustos (para cubrirle el valor de su hijuela, $ 1.225), los derechos y acciones que en la sucesión del señor Gregorio Bustos le fueron adjudicados a la causante señora Cleofe Cárdenas de Rodríguez en el terreno denominado hoy Santa Isabel, antes el Motual y Ayal..."

En el mes de abril de 1920 Luis Francisco Rodríguez Cárdenas contrajo matrimonio con Julia Barrera Zalamea.

Por medio de la escritura número 685, otorgada el 4 de marzo de 1930 ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá, Luis F. Rodríguez Cárdenas vendió a Custodia Colorado un lote denominado Ayal, parte de la hacienda llamada Santa Isabel, antes Ayal y Motual, alinderado como allí se expresa.

Por escritura número 3599 del 16 de noviembre de 1936, de la Notaría 2ª de Bogotá, el mismo Rodríguez Cárdenas vendió al mismo Custodio Colorado otro lote especialmente alinderado que forma parte de la finca denominada Santibáñez, ubicada en jurisdicción del Municipio de Villeta, que dijo haber adquirido, como el anterior, parte por adjudicación que se le hizo en el sucesorio de Cleofe Cárdenas de Rodríguez y parte por compra a María Rita Rodríguez.

El 6 de septiembre de 1939 vendió Rodríguez al mismo Custodio Colorado otro lote, parte de la hacienda llamada Santibáñez, antigua Santa Isabel y antes Ayal y Motual, alinderado como se dice en la escritura 2129, de la Notaría 2ª de Bogotá, en que se perfeccionó el contrato.

El 20 de agosto de 1940, por medio de la escritura número 2001, otorgada en la misma Notaría 2ª de Bogotá, Luis Francisco Rodríguez Cárdenas y señora Julia Barrera de Rodríguez vendieron a Fabio González Tavera y señora Amira Zuleta de González una finca denominada Santibáñez, que hacía parte de una mayor denominada Santa Isabel que constaba de los lotes de Ayal y Motual, adquirida lo mismo que las anteriores, parte por adjudicación en el sucesorio de Cleofe Cárdenas y parte por compra a María Rita Rodríguez. Al describir una parte de los linderos de la finca, hacen referencia los cónyuges vendedores a colindancia con terrenos de Custodio Colorado según "ventas que constan en las escrituras 685 de 4 de marzo de 1930, 3599 de 16 de noviembre de 1936 y 2129 de 6 de septiembre de 1939, de la Notaría 2ª de Bogotá".

Con apoyo en estos antecedentes e invocando la conocida jurisprudencia de esta Sala respecto a las enajenaciones hechas por el marido de bienes de sociedades conyugales anteriores al 1º de enero de 1933 antes de su liquidación provisional, Julia Barrera de Rodríguez, en nombre e interés de la sociedad conyugal formada con Luis Francisco Rodríguez, en sendos libelos ante los Jueces 1º y 2º del Circuito de Facatativá, que originaron dos juicios que fueron acumulados en el Juzgado 1º, demandó en septiembre de 1943 a Custodio Colorado en acción reivindicatoria para que se declare que pertenecen a la mencionada sociedad conyugal y deben restituírsele con sus frutos correspondientes, cada uno de los lotes que Rodríguez Cárdenas vendió a Colorado por medio de las citadas escrituras 3599 de 16 de noviembre de 1936 y 2129 de 6 de septiembre de 1939.

En subsidio pide que se declare que la referida sociedad conyugal es dueña:

a) De una cuota equivalente a la cantidad de $ 2.818.18, con relación a un avalúo de $ 3.000.00 dado como precio de venta al lote individualizado en la escritura 3590; o, en subsidio, de las siete octavas partes del terreno, y que se le restituya la cuota con sus frutos correspondientes.

b) De una cuota equivalente a la cantidad de $ 5.168.68 con relación a un valor de $ 5.000.00 dado como precio de venta en la escritura 2129 al lote allí alinderado; o, en subsidio, de las siete octavas partes del terreno, y que se le restituya esta cuota con sus frutos proporcionales.

Consecuencialmente se pide la orden de cancelación de los referidos instrumentos y la condena en costas si se opone el demandado.

Notificadas las demandas en legal forma, el demandado las contestó aceptando los hechos en cuanto aparezcan demostrados con los instrumentos aducidos y oponiéndose rotundamente a las pretensiones de la demandante.

Sustanciada debidamente la controversia el Juzgado 1º del Circuito de Facatativá la desató en sentencia del 17 de julio de 1944 denegando los pedimentos de las demandas acumuladas y absolviendo, en consecuencia, al demandado Colorado. Sin costas.

El Juzgado acepta en principio la procedencia de la acción de dominio en la forma consagrada por la doctrina de casación para casos como el de autos, pero absuelve al demandado por considerar que la reivindicante no acreditó su dominio sobre los lotes singularizados en su demanda, pertenecientes en copropiedad indivisa a la sociedad conyugal por compras de derechos herenciales durante el matrimonio, y al marido por adjudicación como heredero de su madre, sin 'que pueda establecerse o fijarse qué corresponda a su herencia, qué a sus compras de derechos, y, sobre todo, sin que pueda decirse si lo vendido a Colorado por las escrituras 3599 y 2129 correspondiera a lo uno o a lo otro ni menos en qué proporción".

Sentencia acusada

La apelación del demandante dio lugar a la segunda instancia del juicio ante el Tribunal Superior de Bogotá que la decidió en sentencia de 17 de julio de 1945, así: "Revoca la sentencia apelada, y en su lugar reconoce la excepción de petición antes de tiempo. Sin costas en ninguna de las instancias".

El Tribunal enfoca la cuestión litigiosa, a diferencia del Juez de primer grado, por el aspecto de la procedencia de la acción reivindicatoria que conforme a doctrina de casación de esta Sala en interpretación de la ley 28 de 1932, sostenida y explicada en más de veinte fallos, compete a la mujer con interés de socia de la sociedad conyugal y en representación de ésta, respecto de los bienes enajenados por el marido sin consentimiento de su consorte con posterioridad a la vigencia de la citada ley 28 y que en esa época formaba parte del patrimonio social, considerando que esas enajenaciones verificadas por el marido ya sin potestad legal ni calidad de dueño de esos bienes ante terceros, deben tratarse como ventas de cosa ajena, válida sin perjuicio del derecho del verdadero dueño.

Considera el Tribunal que la aplicación de esta doctrina conduce a soluciones injustas y que la jurisprudencia debe buscar otra que no lesione los derechos de la mujer ni desconozca tampoco los del comprador, reconociendo a cada cual lo que le corresponda, y cree haber hallado esta fórmula de justicia en la tesis conforme a la cual decide el caso de autos y que puede sintetizarse así: de acuerdo con el artículo 1832 del C. C. la división de los bienes de la sociedad conyugal se sujeta a las reglas de la partición herencial, una de las cuales, la del artículo 1401 de la misma obra, enseña que "cada asignatario se reputará haber sucedido inmediata y exclusivamente al difunto, en todos los efectos que le hubieren cabido, y no haber tenido jamás parte alguna en los otros efectos de la sucesión. Por consiguiente, si alguno de los consignatarios ha enajenado una cosa que en la partición se adjudica a otro de ellos, se podrá proceder como en el caso de la venta de cosa ajena". "Por consiguiente —dice la sentencia— no habrá venta de cosa ajena, si al cónyuge se le adjudica la especie social que había enajenado antes de la liquidación y partición de la sociedad conyugal. Ahora bien: el marido Rodríguez vendió a Colorado un lote de terreno antes de la vigencia de la ley 28. Después le vendió, por medio de las referidas escrituras números 3599 y 2129, sendos lotes, los que son objeto del presente litigio. Y posteriormente él y su mujer enajenaron a Fabio González Tavera y señora otro lote, segregado, como los demás, de un globo de terreno de mayor extensión cuya propiedad en todo o en parte reclama la sociedad conyugal Rodríguez-Barrera. Ignorándose si el cónyuge Rodríguez va a ser el adjudicatario de los dos lotes que le vendió a Colorado después de la vigencia de la ley 28, no es posible aceptar, antes de la liquidación y partición de los bienes de la sociedad conyugal Rodríguez-Barrera, que vendió cosa ajena para fundar una sentencia de restitución en contra de Colorado. Se impone reconocer la excepción de petición antes de tiempo".

El recurso

El recurso de casación que hoy se decide al cabo de su actuación legal fue interpuesto por la parte demandante, y en él, con apoyo en la primera de las causales de casación, acusa el recurrente la sentencia del Tribunal de haber violado

directamente, por interpretación equivocada y aplicación indebida, las siguientes disposiciones del Código Civil, al dar por inhibida la acción de dominio declarando probada la excepción de petición antes de tiempo: el artículo 1781 que enseña cómo se constituye el patrimonio de la sociedad conyugal y cómo es éste diferente del particular de cada uno de los cónyuges; el 1401, indebidamente aplicado, pues se supone que por efecto de dicho precepto, un bien social puede enajenarse por quien no es representante de la sociedad y carece de facultad legal para ello, prevalido únicamente de la expectativa de su posible adjudicación al disolverse la sociedad y partir su patrimonio, como si la tradición hecha por quien no es dueño transfiriera el dominio y, negando de ese modo la acción tutelar del derecho del verdadero dueño de la cosa vendida; el 1871 que consagra el principio de la validez de la venta de la cosa ajena, pero sin perjuicio de los derechos del dueño mientras no se extingan por el lapso de tiempo, pues según el fallo acusado basta la posibilidad de que el vendedor adquiera después el dominio de la cosa vendida para negar su reivindicación al dueño, como quebranto también del artículo 946 del código citado.

Considera la Sala:

"Dentro del régimen jurídico patrimonial del matrimonio, anterior a la reforma del año de 1932 —lo ha repetido muchas veces esta Sala— en que el marido era considerado ante terceros como único dueño de los bienes sociales, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales, era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios con derecho 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 dispone de ellos libremente como bajo el imperio de la anterior legislación. La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que fue promulgada, ha producido, a no dudarlo como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes, la existencia de un patrimonio independiente 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 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 miéntras no se acomoda al nuevo régimen con la liquidación provisional que autoriza el citado artículo 7º de la ley 28. La venta de la cosa ajena, válida en nuestro derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los casos típicos e inconfundibles en que ocurre el fenómeno de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal ilíquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus acciones correspondientes". (Sentencia del 17 de julio de 1945. Sala de Casación Civil).

Dentro de esta tesis y con este planteamiento jurídico de la cuestión, respecto de los cuales no expresa el Tribunal ningún disentimiento, es visible la ilegalidad de la fórmula decisoria que trae su sentencia. La disposición del artículo 1401 del C. C. en que se asienta la decisión recurrida, contempla y gobierna una situación jurídica esencialmente distinta de la que está a la consideración de la Corte. Se consagra allí el principio del efecto retroactivo de las particiones para determinar con posterioridad al acto partitivo las consecuencias que generan ciertos actos jurídicos ejecutados en el estado de indivisión, y el Tribunal usa el citado precepto como si en él se reglamentaran los efectos futuros de la partición. Para decidir una acción de dominio, como de su propia naturaleza se desprende, es preciso considerar en plano de realidad y actualidad los derechos que se enfrentan sobre la propiedad de la cosa singular

que se pretende reivindicar. A la propiedad, que debe probar plenamente el demandante, no puede oponer el demandado, para no ser desposeído, sino un derecho mejor o anterior de aquél, pero no un derecho que puede llegar a tener, o sea, una mera expectativa, como habría que aceptarlo dentro de la tesis de la sentencia acusada. La solución ideada por el Tribunal conduciría en todos los casos de venta de cosa ajena a la abolición de la acción de dominio y al consiguiente sacrificio de los derechos del verdadero dueño, puestos a salvo por la ley mientras no se extingan por el lapso de tiempo, porque con base en el artículo 1875 del C. C., se podría siempre paralizar la acción reivindicatoria con la excepción de petición antes de tiempo, con fundamento en la posibilidad de que el vendedor de la cosa ajena adquiera después el dominio de ella.

Mas a pesar de la prosperidad del cargo por quebranto de ley sustantiva, puesto a la vista en las consideraciones que anteceden, no puede librarse el pleito en favor del demandante, porque al entrar la Corte, ya en instancia, a examinar probatoriamente el proceso, halla que no está suficientemente configurado uno de los elementos constitucionales de la reivindicación. De este modo la decisión absolutoria prevalece, pero desplazando su motivación hacia la de primer grado y modificando la sentencia recurrida simplemente en cuanto fundó su absolución en la excepción perentoria temporal de petición antes de tiempo.

El derecho real de propiedad en su forma de condominio indiviso puede ser objeto de la acción reivindicatoria al tenor del artículo 949 del C. C.; pero en tal caso la obligación de singularizar la cosa, que corre a cargo del actor, comprende dos aspectos: la singularización de la cosa común a que está vinculado el condominio y la de la cuota o parte del derecho, en el sentido de que debe ser determinada y precisa.

No se cumple esta última exigencia legal en el caso de estudio, porque del examen de los numerosos instrumentos públicos aducidos al proceso no es posible deducir cuál es la cuota determinada que a la sociedad conyugal Rodríguez-Barrera corresponde en el condominio del inmueble denominado Santibáñez, antigua Santa Isabel, formado por los lotes de Ayal y Motual, de que se segregaron los terrenos vendidos por Francisco Rodríguez Cárdenas a Custodio Colorado en 1936 y 1939 por los linderos especiales que expresan las demandas acumuladas. Se sabe por lo que se vio al referir los antecedentes de este pleito, que a través de una larga serie de cesiones de derechos herenciales, entre éstos los vinculados a la sucesión ilíquida de Jorge Enrique Rodríguez Cárdenas, le fueron adjudicados a Luis Francisco Rodríguez Cárdenas en la sucesión de su madre Cleofe Cárdenas de Rodríguez, como heredero y cesionario de los demás sucesores, los derechos y acciones que le fueron adjudicados a la causante en el sucesorio de su primer marido Gregorio Bustos en los terrenos de Motual y Ayal. Se formó de esta suerte una comunidad entre el marido, en razón de su haber hereditario, y la sociedad conyugal por las adquisiciones durante el matrimonio, a título oneroso, de derechos de los demás herederos, en la finca formada por los lotes Motual y Ayal avaluados y partidos como bienes independientes en la mortuoria de Bustos. En estas condiciones no hay base para hacer la determinación de la cuota de la sociedad conyugal como partícipe en la comunidad de Santibáñez o Santa Isabel, porque no está representada por una fracción que divida exactamente la cosa, sino por cantidades distintas en relación con avalúos diferentes de dos fincas que posteriormente se unieron, de tal manera que si Cleofe Cárdenas tenía derechos cuantitativamente distintos en las dos comunidades que se formaron en Motual y Ayal, no se ve la cuota determinada proindiviso en relación con la finca total, y con el avalúo de ésta Igual observación cabe respecto del derecho de Rudesindo Bustos, representado en adjudicaciones diferentes en los dos lotes referidos, adquiridos por Francisco Rodríguez Cárdenas durante su matrimonio con la demandante, y a través de ventas a María Rita Cárdenas.

Contribuye a aumentar la incertidumbre e indeterminación de la cuota de la sociedad conyugal a que se ha hecho referencia, la circunstancia de que de esa misma finca, como rezan los instrumentos correspondientes, había vendido Rodríguez Cárdenas al mismo Colorado (escritura 685 de 4 de marzo de 1930) un lote, que seguramente por ser anterior a la ley 28 de 1932 no comprendió en sus pretensiones reivindicadoras, pero que sin duda, lo mismo que acontece con la venta que marido y mujer hicieron de otro lote a Fabio González Tavera (escritura 2.001 de 20 de agosto de 1940) acrecientan la dificultad para determinar la cuota del dominio social no habiéndose hecho declaración ninguna sobre la proporcionalidad que en tales enajenaciones concurría el derecho de cada uno de los comuneros.

En suma, como concluyó el sentenciador de la primera instancia después de analizar probatoriamente el proceso, falta la determinación de la cuota del dominio que se quiere reivindicar y por consiguiente, uno de los elementos esenciales e indispensables para la prosperidad de la acción reivindicatoria.

Por lo 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, CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el 17 de julio de 1945 y en su lugar confirma la del Juzgadó Civil del Circuito de Facatativá, de fecha 17 de julio de 1944.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

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

ACCION DE NULIDAD DE UN CONTRATO Y DE REIVINDICACION.—ENAJENACIONES DE BIENES SOCIALES HECHAS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932.

Hasta el 1º de enero de 1933, fecha de vigencia de la ley 28 de 1932, la mujer casada era ALIENI JURIS y el marido su representante legal y jefe de la sociedad conyugal, cuyo patrimonio era de él ante terceros. Todo esto cesó con esa ley que dio a la mujer plena capacidad, que autorizó la liquidación provisional de la sociedad y que facultó a cada cónyuge para administrar y enajenar libremente los bienes que adquiriera bajo esa ley, inclusive los que tal liquidación, en su caso, le adjudicara. Por vía de doctrina hubo de indagarse y establecerse lo atañedero a la sociedad conyugal para ese 1º de enero de 1933, y así se halló que su administración y enajenación requieren el concurso de ambos cónyuges y que, por ende, adolece del correspondiente defecto una venta de bienes de esa clase hecha ya bajo la ley 28 por el marido solamente, cual si subsistiera la situación anterior. Hallóse primero en esas ventas nulidad, al punto de que se tuvo esta acción por necesaria para que, en prosperando, la sociedad conyugal pudiera consecuencialmente recuperar sus bienes, y como era lógico dentro de ese concepto, se exigía la intervención del marido en esos pleitos como parte contratante que era en el contrato cuya nulidad se demandaba. Posteriormente vino a reconocerse que esos contratos no son nulos puesto que el artículo 1871 del C. C. declara la validez de la venta de cosa ajena y cabalmente esto son tales enajenaciones hechas por el marido de bienes que no son suyos sino de una sociedad cuya representación y jefatura ya no tiene; y se reconoció que, si conforme a ese artículo los derechos del verdadero dueño quedan a salvo, a la sociedad conyugal no le son oponibles tales ventas y ella puede ejercitar directamente la acción reivindicatoria contra el poseedor que se defenderá con su compra, título que no puede oponerle válidamente por lo que acaba de decirse, a más de ser posterior al de la sociedad, no destruído ni cancelado por esa venta. Y entonces, así las cosas, ya no fue de requerirse la presencia e intervención del marido en el pleito, exigida antes por tratarse de nulidad, ni hubo por qué demandar ésta para obtenerla como puerta de entrada para la reivindicación, la que prosperó en llenándose los elementos aludidos, o sea, los que configuran esta acción, a saber: dominio de la sociedad demandante y posesión del comprador o sus sucesores sobre la misma cosa singular cuya posesión pretende respaldar el demandado con su compra al solo marido, repítese que inoponible al demandante.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Por medio de apoderado la señora Raquel Gómez, viuda del señor Alfonso de Caro, demandó a la sociedad Inversiones Muvdi, S. A., domiciliada en Barranquilla y representada por su gerente señor Elías M. Muvdi, formulando sus pedimentos así: 1º Decreto de nulidad del contrato contenido en la escritura Nº 1164, otorgada ante el Notario 3º de esta ciudad el 4 de diciembre de 1934 por medio de la cual Caro dio a Muvdi y éste aceptó, en pago del dinero que a la sazón le debía, los inmuebles de esa ubicación que le había hipotecado en garantía de esa deuda y que determinan tales instrumentos y libelo; 2º Condenación a la sociedad demandada, poseedora actual de esos inmuebles, como consecuencia de esa declaración de nulidad, a restituír a la sociedad conyugal ilíquida que existió entre la actora y Caro y se disolvió con la muerte de éste, la mitad del derecho de dominio de esos bienes que conservan la actora, cónyuge sobreviviente, y los sucesores de Caro; pide tam-

bién condenación; 3º Al pago de los frutos desde el contrato nulo hasta la restitución; 4º De los intereses de las sumas recibidas por frutos civiles en el mismo lapso; y 5º Las costas del juicio. Todo ello porque esos bienes eran de la sociedad conyugal al entrar a regir la Ley 28 de 1932, por haberlos adquirido el marido a título oneroso durante aquélla, y porque él procedió a disponer de ellos por medio del contrato demandado, por sí solo, prescindiendo del concurso y consentimiento de su mujer hoy demandante. Repartido el asunto al Juzgado Primero Civil del Circuito de Barranquilla y admitida la demanda, ésta se notificó el 2 de noviembre de 1943 a Muvdi, quien la contestó en nombre propio y como gerente de la prenombrada sociedad comercial, oponiéndose y excepcionando de prescripción, falta de acción, petición de modo indebido y cosa juzgada, con fecha 16 del subsiguiente diciembre; y el mismo día formuló, obrando también en nombre propio y como gerente de esa sociedad comercial, demanda de reconvención contra la señora Gómez de Caro para que le indemnice los perjuicios causados con este juicio, con otro anterior sobre el mismo contrato y fincas y con haber puesto ella y mantenido, con la inscripción de sus demandas en el registro, fuera del comercio los bienes en referencia.

Tramitada la instancia, el Juzgado la decidió el 15 de marzo de 1945 declarando probada la excepción de inepta demanda, respecto de la principal, e improcedente la de reconvención, de cuyos cargos absolvió a dicha señora.

Ambas partes apelaron, y surtida la segunda instancia en el Tribunal Superior de Barranquilla, éste en sentencia de 13 de noviembre de 1945, confirmando la absolución de la contrademanda, revocó el resto y decidió la demanda principal declarando la nulidad pedida como primera súplica y negando las restantes, no sin ordenar la cancelación de la citada escritura de 1934 y su registro.

Hoy se decide el recurso de casación interpuesto y oportunamente fundado y respondido por ambas partes litigantes.

Antes de exponer los fundamentos de la sentencia recurrida y de analizar en lo que fuere de ley las acusaciones de ambas partes, es preciso traer a cuento las siguientes reflexiones de orden general:

Hasta el 1º de enero de 1933, fecha de vigencia de la Ley 28 de 1932, la mujer casada era **alieni juris** y el marido su representante legal y jefe de la sociedad conyugal, cuyo patrimonio era de él ante terceros. Todo esto cesó con esa ley que dio a la mujer plena capacidad, que autorizó la liquidación provisional de la sociedad y que facultó a cada cónyuge para administrar y enajenar libremente los bienes que adquiriera bajo esa ley, inclusive los que tal liquidación, en su caso, le adjudicara.

Por vía de doctrina hubo de indagarse y establecerse lo atañedero en el nuevo estatuto a los bienes pertenecientes a la sociedad conyugal para dicho 1º de enero de 1933, y así se halló que su administración y enajenación requieren el concurso de ambos consortes y que, por ende, adolece del correspondiente defecto una venta de bienes de esa clase hecha ya bajo la Ley 28 por el marido solamente, cual si subsistiera la situación anterior. Hallóse primeramente en esas ventas nulidad, al punto de que se tuvo esta acción por necesaria para que, en prosperando, la sociedad conyugal pudiese consecuencialmente recuperar sus bienes, y como era lógico dentro de ese concepto, se exigía la intervención del marido en esos pleitos como parte contratante que era en el contrato cuya nulidad se demandaba.

Posteriormente vino a reconocerse que esos contratos no son nulos puesto que el artículo 1871 del C. C. declara la validez de la venta de cosa ajena y cabalmente esto son tales enajenaciones hechas por el marido de bienes que no son suyos sino de una sociedad cuya representación y jefatura ya no tiene; y se reconoció que, si conforme a ese artículo los derechos del verdadero dueño quedan a salvo, a la sociedad conyugal tales ventas no le son oponibles y ella puede ejercitar directamente la acción reivindicatoria contra el poseedor que se defenderá con su compra, título que no puede oponerle válidamente por lo que acaba de decirse, a más de ser posterior al de la sociedad, no destruído ni cancelado por esa venta. Y entonces, así las cosas, ya no fue de requerirse la presencia e intervención del marido en el pleito, exigida antes por tratarse de nulidad; ni hubo por qué demandar ésta para obtenerla como puerta de entrada para la reivindicación, la que prosperó en llenándose los elementos aludidos, o sea, los que configuran esta acción, a saber: dominio de la sociedad demandante y posesión del comprador o sus sucesores sobre la misma cosa singular cuya posesión pretende respal-

dar el demandado con su compra al solo marido, repítese que inoponible al demandante.

Expuestas estas consideraciones generales previas, se entra en el estudio de los cargos en casación en la forma prevenida por el artículo 537 del C. J. que habla, ante todo, de que "la Corte examina en orden lógico las causales aducidas".

Para negar el Tribunal las súplicas segunda y siguientes de la demanda adujo argumentos que, reforzados y complementados por el abogado del demandado ante la Corte, son en suma: ejercitan una acción reivindicatoria, pero no se ajustan al artículo 946 del C. C., según el cual ella se encamina a que el poseedor sea condenado a restituír la cosa misma y no el derecho de dominio como dice la demanda; y porque ésta formula esta solicitud para la mitad de los bienes, al paso que el artículo 950 **ibídem** exige que el demandante demuestre ser dueño de una cuota determinada proindiviso de una cosa singular, dominio que en esta forma no ha demostrado la demandante, entre otras razones, porque no se ha liquidado la comunidad universal que se produce al disolverse la sociedad y por tanto no puede decirse qué cuenta de tal o cual de los bienes sociales pertenece al socio difunto y cuál y en cuáles al sobreviviente; esa acción se ejercita como consecuencial de la nulidad y ésta no debió declararse, tanto porque no la hay, cuanto porque, si la hubiera habido, estaría prescrita, pues sería relativa a la luz del artículo 1741 de aquel Código, ya que entre diciembre de 1934 en que se celebró el contrato y noviembre de 1943 en que se instauró y notificó la demanda, mediaron más de cuatro años.

El abogado de la demandante acusa de violación de dichos artículos 946 y 950 por no haberse aplicado, en virtud de error de hecho en la interpretación de la demanda, la que efectivamente en la frase que el Tribunal aduce pide la restitución del derecho de dominio: pero en diversos puntos de sus pasajes restantes hace ver con toda claridad que la restitución demandada es la de los bienes mismos, lo que se lee principalmente en los hechos fundamentales, y éstos hacen parte integrante de ella en forma tal que de ellos no puede prescindirse, so pena de faltar al deber de captarla y comprenderla recta y cabalmente. Y, de otro lado, de haberse podido exigir la totalidad, no se deduce obstáculo para que prospere la solicitud de la mitad proindivisa, cuyo dominio asiste a quien es dueño del todo, a más de que decir mitad proindiviso es fijar cuota determinada y de que hasta sobra decir que los bienes cuya mitad se pide son cosa singular. Si demandar la nulidad fue inconducente e innecesario, como lo útil no se vicia por lo inútil, ese detalle no cierra a la reivindicación el camino que de suyo y directamente tenía abierto. Y el Tribunal que, así y todo, declaró la nulidad, lógicamente debió recordar cuáles son sus consecuencias por ministerio del artículo 1746 del C. C.

El cargo es justificado. Efectivamente, leyendo con atención la demanda y apreciándola, como es de rigor, en su conjunto, se halla inexplicable que el Tribunal le aislara la frase atrás aludida para, limitándose a ella, desconocer que se suplica la restitución de los bienes mismos en su mencionada mitad proindiviso, y que el propósito de la actora es esa recuperación, y su fundamento la consideración de no afectar a la sociedad conyugal un acto dispositivo del marido sin el concurso de aquélla, esto es, que tal acto no le es oponible, por más que este vocablo no figure en el libelo.

Al reconocerse que la demanda plantea debidamente la acción reivindicatoria, se ve que aparece de modo manifiesto en los autos, como exige el artículo 520 del C. J. en su numeral 1º **in fine**, el error de hecho en la apreciación de aquélla de que acusa el recurrente demandante, así como que de ese error se derivó el quebranto de los dichos artículos 946 y 950, consistente en no haber estudiado esa acción en sí, para acogerla o rechazarla y en haberla denegado en el falso concepto de no estar ejercitada debidamente.

La justificación del cargo produce el efecto de romper la sentencia y de que se la reemplace como manda el artículo 538 del C. J.

Para cumplir este deber, la Sala considera:

Si indiscriminadamente a todo acto dispositivo del marido solo respecto de bienes sociales bajo la vigencia de la Ley 28 hubieran de aplicarse las conclusiones de que se habló en el capítulo primero de este fallo, o mejor dicho, si a la luz de ellas hubieran de juzgarse aquellos actos, sin lugar a distinguir entre ellos, la decisión quedaría ya sencillamente pronunciada.

Pero acontece que si todo acto del marido solo sobre transferencia de tales bienes, ya vigente la Ley 28, se tuviese, ante sólo eso, incluído en la tesis aquí memorada, con sus indicadas consecuencias, prescindiendo de su fuente, de sus mo-

dalidades y de su finalidad, se caería en grave error, porque nada es más ocasionado a errar que la prescindencia de las características y peculiaridades de un asunto o tema dado y la formación de concepto por las solas apariencias.

Así, por ejemplo, con fundamento en la tesis ya expresada, se ha atacado el juicio ejecutivo en que se han rematado bienes sociales y señaladamente se ha atacado su remate, porque éste y esa tramitación se han seguido contra el marido únicamente. Otro tanto en casos de juicio especial de venta de cosa hipotecada en que no fue citada la mujer.

Tal el pleito en que esta Sala dictó sentencia el 10 de julio de 1941 (G. J. Tomo II, págs. 798 a 804). Allí se hace presente que en el régimen legal anterior el marido era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción entre las sociales, las personales suyas, las personales de la mujer o contraídas por ella con autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por ambos; y que el marido era el deudor único respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social.

En seguida se lee en ese fallo: "Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de la ley 28 de 1932 que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera, y en que marido y mujer serán responsables de las deudas que personalmente contraigan salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Este principio general consignado en el artículo 2º de la citada ley 28, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene qué ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectos por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluír que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la ley 28 contentivos de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la nueva ley que los establece, pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

"Es cierto que a partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros; pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. Es una visible equivocación tratar el problema de este pleito a la luz de la doctrina acogida por esta Sala en su sentencia de 20 de octubre de 1937, aducida por el Tribunal como fundamento de su sentencia, y conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer, sin concurrencia del otro, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada, por adquisiciones verificadas con anterioridad al 1º de enero de 1933. Esta interpretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y dispositivas de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos, ni hace referencia a las cargas de la sociedad existente hasta entonces. Otra cosa sería si se tratara, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada".

Esta doctrina se sostuvo en la sentencia de 29

de marzo de 1944 (G. J. Tomo LVII, págs. 133 a 136); y se ha sostenido en las de 15 de octubre y 21 de noviembre del año en curso, no publicadas aún en la Gaceta.

De esta última se transcriben por lo pertinentes los siguientes párrafos:

"No se trata de un acto jurídico personal del marido, destinado, ya bajo el imperio de esta ley, a crear derechos que pudieran afectar el patrimonio preexistente de la sociedad conyugal no liquidada al inaugurarse el nuevo sistema legal, sino de los efectos de un contrato celebrado por el marido bajo leyes que lo capacitaban para hacerlo y que se prolongan sobre el límite temporal de los dos regímenes matrimoniales. No se está en presencia de ninguna situación jurídica creada por el ejercicio ilegal de abolidos poderes maritales que pudiera comprometer los derechos de la mujer como interesada en el patrimonio de una sociedad conyugal ilíquida, sustraída a la disposición arbitraria del marido, sino del cumplimiento de una obligación social por la vía legalmente adecuada de la acción real hipotecaria a que dio lugar el ejercicio del derecho del acreedor de demandar su ejecución forzada, en lo cual no puede verse sin error jurídico e inadecuación de términos, un acto dispositivo del marido".

La misma sentencia adelante dice: "Los créditos mencionados nacieron a la vida jurídica por virtud de la anterior legislación matrimonial. Constituyen, por tanto, derechos adquiridos en favor de terceros acreedores, y ninguna disposición legal los puede afectar o lesionar, en fuerza de la garantía que consagra el artículo 30 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. Es cierto, además, que los derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la ley nueva, conforme lo ordenan los artículos 20 y 23 de la Ley 153 de 1887; pero no es menos evidente que, siguiendo el mandato de esos mismos textos legales, la aplicación de la ley nueva debe hacerse sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto".

Cita los artículos 1769 del C. C., cuyo numeral 2º dispone que la sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido o la mu con su autorización o de la justicia, no personales de aquélla, y el artículo 2488 de esa obra, según el cual el acreedor puede perseguir la ejecución de toda obligación personal sobre los bienes todos, raíces o muebles, presentes o futuros del deudor, salvo sólo los no embargables, y agrega: "Y si, de acuerdo con lo estatuído en el artículo 38 de la Ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, forzoso es concluír que a los contratos de.... se incorporaron, desde el momento en que se celebraron, los derechos que conferían las dos disposiciones legales primeramente citadas, o sea, en concreto, que la sociedad conyugal les pagara el monto de las deudas con ellos contraídas y que los mismos acreedores pudieran hacerlas efectivas sobre los bienes presentes y futuros de la misma sociedad conyugal. Y esto no podía ser de otro modo, porque si los particulares contratan en consideración a las leyes vigentes, no sería justo alterar los efectos que tuvieron a la vista al celebrar el contrato, sometiéndolos a las leyes posteriores que no les era dable conocer ni prever".

En el presente pleito no se trata de remate de las aludidas condiciones; pero sí de dación en pago con iguales antecedentes. Recordando que en la venta forzada el juez representa al dueño como tradente, según el artículo 741 del C. C., se ve entre aquellos remates y un arreglo o convenio directo del acreedor con el deudor la más marcada analogía, que en el fondo es igualdad por diferenciarse tan sólo en el procedimiento. Y recordando, de otro lado, el derecho que al acreedor concede el C. J. en su artículo 1195, de obtener la adjudicación de los bienes, en llenándose los requisitos allí exigidos, resalta más esa igualdad.

Y si se advierte que esta última disposición ampara al dueño con lo que establece sobre avalúo y subasta, es de considerarse que en el caso de tal arreglo directo en cuanto el precio efectivo de los bienes que se dan en pago sea en su fecha superior al monto total del crédito el mismo día, hay un derecho del dueño —aquí la sociedad conyugal— en razón del exceso; pero en manera alguna nada que invalide el traspaso, salvo tan sólo que la cuantía o gravedad de aquél determine lesión enorme.

Los aludidos antecedentes y circunstancias en el caso en estudio son: Alfonso de Caro y Raquel Gómez se casaron el 12 de julio de 1892, lo que vale como decir que ese día contrajeron sociedad

de bienes (C. C. 180); en escritura número 379 de 20 de febrero de 1923, ante el Notario 2º de Barranquilla, y en escritura número 1198 de 1º de julio de 1927, ante el Notario 1º de ese Circuito, compró el señor de Caro los bienes inmuebles que cada uno de esos instrumentos determina, lo que, a su turno, vale como decir que estos bienes los adquirió la sociedad conyugal (C. C., artículo 1781); según escritura número 1966, otorgada el 2 de octubre de 1930 ante el Notario 3º de ese Circuito, Caro se obligó a favor de Elías M. Muvdi por la suma de $ 15.000 con intereses y plazo de un año y en seguridad le hipotecó los mismos bienes antedichos, citando los expresados instrumentos de compra; y por escritura otorgada ante ese Notario Tercero en el número 1164, el 4 de diciembre de 1934, manifestando no haber podido cancelar a pesar de haberle condonado los intereses vencidos y no pagados el acreedor, Caro dice que ha convenido con éste "en darle en pago las mismas fincas hipotecadas" y que en virtud de tal convenio transfiere a Muvdi, a ese título de dación en pago, el dominio y posesión de tales dos fincas, que en seguida determina indicando ubicación, linderos y títulos de adquisición. Expone que las fincas han sido avaluadas en $ 19.750 y que, como la deuda que se extingue es de $ 15.000, ha recibido de manos de Muvdi en ese acto la diferencia. Este señor comparece y acepta y declara extinguida la deuda y cancelada la hipoteca constituída en su favor por la citada escritura de obligación de 2 de octubre de 1930.

Caro murió el 2 de agosto de 1935 y su causa mortuoria se protocolizó el 15 de octubre de 1937 por instrumento número 1254 en la Notaría 2ª de Barranquilla.

Por escritura número 1127, otorgada en esta Notaría el 24 de septiembre de 1938, se constituyó la sociedad comercial Inversiones Muvdi, S. A. a la que allí mismo transfirió en aporte el señor Elías M. Mudvi, socio, entre otros bienes, los que había adquirido por la mencionada dación en pago.

La fecha del matrimonio antedicho y las de las compras de Caro, así como la de su obligación para con Muvdi y de hipotecación de los referidos bienes, están indicando con suma claridad que esa deuda es de la sociedad conyugal cuyo patrimonio formaba uno solo con el del marido ante terceros, a la sazón, según los artículos 1769 y 1806 del C. C.

En tal virtud, la transferencia hecha por Caro a Muvdi, atacada en este juicio, constituye la culminación del pacto anterior entre ellos, pues es el pago de una obligación de la sociedad conyugal con bienes de ella hipotecados para caucionarla cuando regían leyes a cuyo amparo nació el concomitante derecho del acreedor que no puede entenderse destruído o caducado porque esas leyes ulteriormente se derogasen. El 1º de enero de 1933 encontró a esos bienes en calidad de pertenecientes a la sociedad conyugal y, al propio tiempo, afectos hipotecariamente al pago de una deuda de la misma. Darlos después en pago de esa deuda no es, por tanto, acto jurídico que pueda considerarse en las mismas condiciones y como generador de los mismos efectos que las enajenaciones carentes de las circunstancias a que acaba de aludirse y, por ende, inoperantes contra la sociedad conyugal en cuanto no respaldadas por el concurso de la mujer, es decir, hechas por el marido solamente.

Como atrás se vio, el derecho del acreedor surgido de contratos que las leyes vigentes en su fecha señalaban como deudor perseguible al marido, para hacerse efectivo no requería la intervención de la mujer, puesto que entonces no regía ni se había dictado siquiera la Ley 28 tantas veces aquí citada.

Encaminando y concretando los razonamientos expuestos en los capítulos precedentes a las súplicas de la demanda inicial de este juicio, se tiene en suma: aunque no mediaran las peculiaridades de la dación en pago materia principal de aquélla que le dan pleno alcance legalmente para con la sociedad conyugal, no cabría, no sería procedente la acción de nulidad, pues esa transferencia, si no tuviera tales peculiaridades, no sería, sin embargo, nula, sino meramente inoponible a la sociedad; y si ésta, en tal evento, puede ejercitar directamente la acción reivindicatoria, no puede hacerlo cuando no ocurre inoponibilidad, esto es, cuando la enajenación por sus aludidas características tiene contra la sociedad plena eficacia legal, como queda visto que ocurre con la que forma la materia del presente juicio.

Esto significa que no es el caso de hacer ninguna de las declaraciones y condenaciones pedidas en la demanda inicial del pleito.

Cuanto a la demanda de reconvención, basta observar que no ha sido materia del presente recurso, esto es, que se halla en firme la absolución

de la contrademandante pronunciada por el Juez y confirmada por el Tribunal. Y si se entendiese que por haberse roto la sentencia recurrida y haberse de dictar su reemplazo, debe abarcarse y atenderse por la Sala la totalidad de la controversia y decidirse, por ende, sobre la reconvención, se llegaría a igual resultado, porque esa absolución ha obedecido a que Muvdi pide allí indemnización de perjuicios a cargo de la señora Gómez de Caro por haberle seguido este pleito y otro anterior sobre los mismos bienes mencionados y mantenídolos entre tanto fuera del comercio por la inscripción en el registro de ambas demandas, al tenor del artículo 1521 del C. C., y a que el contrademandante no comprobó haber sufrido perjuicios distintos de los gastos que el sostenimiento de los pleitos le ha ocasionado, a lo que atiende lo que sobre costas se decida en cada proceso.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla, y reformando la de primera instancia, falla este pleito así:

1º No hay lugar a hacer las declaraciones ni las condenaciones pedidas en la demanda principal, de cuyos cargos se absuelve a la parte demandada;

2º Absuélvese a la parte demandante de los cargos de la demanda de reconvención, por no haber lugar tampoco a hacer las declaraciones ni las condenaciones suplicadas en ésta, y

3º No se hace condenación en 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., Ofl. Myr. en ppdad.

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES FALLECIDOS

El reconocimiento de un hijo natural ya fallecido sólo puede tener lugar cuando tal hijo ha dejado posteridad legítima, y esto con el fin de que sus descendientes puedan aprovecharse de la situación que les proporcionaría el nuevo estado, colocándolos en la condición de representar a su padre legítimo en la sucesión del abuelo. El simple hecho del reconocimiento no es suficiente para que un individuo se tenga como hijo natural de quien lo reconoce; se requiere, si vive, la notificación para que exprese si acepta o no; y si se trata de un hijo que ha fallecido, el reconocimiento no podrá hacerse si no deja descendientes legítimos.

En nuestro derecho sustantivo se admite, en beneficio de los descendientes legítimos, el reconocimiento del hijo natural muerto, pero bajo la condición de que tal reconocimiento se notifique a las personas que se intente beneficiar, o sea, a los descendientes legítimos. Si éstos no aceptan o no existen, el reconocimiento carece de objeto, no se revoca, es simplemente inoperante. El reconocimiento del hijo fallecido sólo puede efectuarse en beneficio de sus herederos y no se concibe que un padre pueda reconocer después de muerto a un hijo, con el único fin de heredarlo.

El artículo 57 de la Ley 153 de 1887 no está derogado.

El reconocimiento del hijo natural en el acta de nacimiento requiere para su validez la firma del padre, siendo, por lo tanto, acto solemne. Si falta el requisito de la firma, el acto no se ha producido y carece, por consiguiente, de efecto legal. Y no puede tener tal efecto la sola referencia hecha en el acta de origen eclesiástico por quien la inscribió en el registro, en relación con la indicación del padre natural del bautizado.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Son antecedentes del recurso de casación que pasa a decidirse, interpuesto por Pedro León Moreno, en el juicio ordinario seguido por éste ante el Juez Primero del Circuito de Bucaramanga y luego ante el Tribunal Superior de allí mismo, contra Lucrecia Vargas v. de Mantilla, sobre declaración de paternidad natural y petición de herencia, los siguientes:

1.—Según la partida de origen eclesiástico aparece que el día 7 de julio de 1909, fue bautizado un niño que nació el 25 de junio anterior, a quien se puso por nombre Aníbal, hijo natural de la señora Lucrecia Vargas, para entonces ya viuda de Crisóstomo Mantilla. En la respectiva acta del estado civil se dice que el bautizado es hijo natural de Lucrecia Vargas y Pedro León Moreno.

2.—El mencionado Aníbal que en el curso de su vida firmó Aníbal Moreno Vargas, falleció, según consta de la respectiva partida, en la misma ciudad el 15 de marzo de 1940, en estado de soltería, dejando como única heredera a su madre natural.

3.—La mencionada señora en su carácter expresado, inició y siguió hasta su terminación el correspondiente juicio mortuorio de los bienes dejados por su hijo, obteniendo la adjudicación de ellos como única heredera, según consta de la escritura número 1234 de 18 de septiembre de 1940 en la Notaría Primera de la ciudad mencionada.

4.—Dos años después de la liquidación de tal mortuoria, el nombrado Pedro León Moreno se presentó ante el Notario Segundo de Bucaramanga y por medio de escritura pública número 1104 de 29 de julio de 1942, dijo lo siguiente: "a) Que habiendo tenido vida íntima con Lucrecia Vargas en el año de 1906 y después de este año, tuvo en

ella un hijo que nació en esta ciudad de Bucaramanga el 25 de junio de 1907 y fue bautizado el 7 de julio de 1909. b) Que fueron padrinos y testigos de este bautismo Hilario Pimiento y Josefa Vargas. c) Que por no haber tenido en aquel entonces quien le advirtiera la necesidad de firmar el acta de registro correspondiente al bautismo y al reconocimiento que desde esa época hizo de dicho hijo, no firmó tal acta, pero sí autorizó la mención de su nombre como padre natural o legítimo de aquél. d) Que dicho hijo así reconocido fue apoyado a lo largo de toda su vida y presentado como tal a sus amigos y relacionados por el otorgante. e) Que la paternidad de éste consta en diferentes actos solemnes y privados de la vida social, comercial y familiar, así del hijo mencionado como de la madre y del compareciente Moreno. f) Que dicho hijo fue bautizado con el nombre de Aníbal Vargas, según la expresión del texto de la partida de origen eclesiástico, la cual reposa en la Parroquia de la Sagrada Familia de esta ciudad, y según lo que se convino familiarmente al respecto; y g) Que para estar a tono con algunos requisitos de la ley, el exponente reitera su reconocimiento del señor Aníbal Vargas, nacido en las condiciones arriba expresadas, como su hijo natural y para todos los efectos jurídicos".

5.—Con fundamento en las declaraciones hechas en tal instrumento, cuyos detalles se acaban de consignar, el propio Pedro León Moreno ocurrió en libelo de demanda de fecha 5 de agosto de 1942 ante el Juez Primero del Circuito de Buramanga contra la señora Lucrecia Vargas de Mantilla, como heredera y representante de la sucesión de Aníbal Moreno Vargas, en juicio ordinario sobre declaración de paternidad natural y consiguiente petición de herencia, impetrando las siguientes súplicas: "para que mediante los trámites de rigor procesal y la declaración de que he probado el derecho a la herencia de mi citado hijo, sea condenada a que me restituya las cosas hereditarias, tanto corporales como incorporales, sus aumentos y frutos, en la proporción que me corresponde, ya que dicha herencia se halla ocupada y ha sido recibida por la demandada en su calidad de única heredera". Al final agrega: "Repito que pido la restitución de los bienes herenciales aquí, mediante la declaración de paternidad respecto de mi hijo causante, señor Aníbal Vargas o Aníbal Moreno Vargas".

Sentencia de primera instancia

Seguido el juicio por sus trámites legales, se puso fin a la primera instancia por providencia de fecha 26 de mayo de 1945, en la cual se declaró, "que el reconocimiento que de ser su hijo natural hizo el demandante Pedro León Moreno respecto del finado Aníbal Vargas o Aníbal Moreno Vargas, de que da cuenta la escritura número 1104, que ha sido traída como base de este juicio de petición de herencia, constituye un hecho aislado que no prueba en este pleito la paternidad natural del otorgante, ya que tal reconocimiento obra en beneficio exclusivo del padre y no en el del hijo, quien era muerto cuando fue reconocido y no dejó descendientes legítimos ni naturales".

La sentencia recurrida

Apelada la providencia anterior y agotados los trámites de segundo grado, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga pronunció fallo con fecha 13 de septiembre de 1945, que es objeto del recurso de casación y cuya parte resolutiva dice: "Absuélvese a la demandada señora Lucrecia Vargas de Mantilla de los cargos contenidos en las peticiones principal y subsidiaria de la demanda".

Contra esta sentencia interpuso el demandante recurso de casación, el cual fue admitido en su oportunidad y tramitado en forma legal, de modo que ha llegado el momento de fallar.

Causales alegadas.—Acusa la sentencia el recurrente con base en las causales 1ª y 2ª del artículo 520 del C. J.

Causal primera.—Sostiene que la sentencia del Tribunal es violatoria de la ley sustantiva, por infracción directa, aplicación indebida o interpretación errónea. Esta violación de la ley proviene —dice— de la mala apreciación de determinadas pruebas, o sea de la escritura pública del reconocimiento del hijo natural, que sirve de base al litigio de que se trata. Señala como infringidas las siguientes disposiciones:

Los artículos 1º y 2º de la ley 45 de 1936, por cuanto allí se establece como norma de derecho civil, que es hijo natural el nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, cuando ha sido reconocido con arreglo a la citada ley. Que el reconocimiento es irrevocable y que entre las formas posibles de efectuarlo está la declaración del padre aceptando a su hijo por escritura pública.

Para el recurrente basta para que el reconocimiento se opere, la declaración del padre por es-

critura pública o la decisión judicial, sin que sea indispensable la concurrencia de factores extraños al momento solemne o jurisdiccional consagrados en la ley.

Es hijo natural —agrega— el reconocido por instrumento público o por declaración judicial para todos los efectos civiles, policivos o penales, hacia atrás o hacia adelante, pues repugnaría a la razón que la paternidad y por lo mismo la filiación, sufrieran un interregno jurídico, computado desde el acto supremo de la concepción hasta el instante móvil del reconocimiento o la declaración.

Que en la interpretación de las disposiciones de la ley 45 de 1936, que el Tribunal juzga dudosas, se han violado los artículos 9, 30, 31 del C. C. y el artículo 48 de la ley 155 de 1887.

Sostiene que el artículo 30 de la ley 45 comentada, derogó expresamente algunas disposiciones anticuadas de nuestro derecho positivo y las que fueran contrarias a dicha ley y entre ellas señala como tácitamente derogada la comprendida en el artículo 57 de la ley 153 de 1887, a virtud del significado que la nueva ley le dá a la expresión "hijo natural", según los artículos 1º y 2º de la ley 45.

Considera que el artículo 57 en cuestión, es contrario a los preceptos de la nueva ley, porque ésta determina claramente "quién es hijo y quién es padre natural", sin otro requisito que el reconocimiento por escritura pública o la declaración judicial, cuando tal reconocimiento no se ha hecho al nacer el hijo, por testamento o por manifestación expresa y directa ante un juez.

Critica igualmente los conceptos del Tribunal según los cuales el reconocimiento del hijo natural debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación y tiene que notificarse al hijo que se va a legitimar, si está vivo, o a sus descendientes legítimos si ha muerto (artículos 340 a 345 del C. C.), los cuales podrán aceptarla o repudiarla, se seguiría, —dice—, que entre nosotros no surte efecto alguno el reconocimiento mientras no haya sido aceptado por el hijo mismo o por sus descendientes legítimos.

Resumiendo su pensamiento declara que es, pues, el artículo 57 de la ley 153 de 1887, en opinión del Tribunal de Bucaramanga, lo que se opone a que Pedro León Moreno sea padre natural de Aníbal Vargas o Moreno Vargas y a que, en consecuencia, tenga éste el derecho de recibir su asignación o legítima. Que la teoría del Tribunal al respecto, lleva a considerar que el reconocimiento de un hijo natural hecho por escritura pública es un acto "revocable" y no de cualquier modo, sino a voluntad de la justicia ordinaria y por la sola razón de haber muerto el hijo sin descendencia legítima que acepte o repudie el reconocimiento y olvidando que este no es un contrato sino un acto de una sola persona.

Creo que la tesis planteada en la sentencia acusada conduciría a la teoría del "legítimo contradictor" ya recogida por la jurisprudencia en relación con la acción intentada por el hijo natural para obtener su reconocimiento, en que se sostenía que la acción debía proponerse en vida del padre y que fallecido éste la acción era imposible. A su entender la falta de notificación del reconocimiento de un hijo natural, cuando sea el caso de hacerla, crea un derecho, el de impugnación, para el hijo reconocido o sus descendientes legítimos en caso de falta del primero, pero no es una condición suspensiva del estado civil establecido por tal acto.

Enumera como violados igualmente los artículos 1º, 26, 244, 249, 346, 350, 392 y 1.758 del C. C., por cuanto el Tribunal cree que la aceptación del reconocimiento del hijo natural es una acción y no una excepción. Sostiene que el reconocimiento es un acto jurídico unilateral por su esencia por ser una confesión, al paso que la legitimación que supone el vínculo de consanguinidad entre el padre y el hijo, es una situación bilateral en que el hijo tiene una libertad de elegir la naturaleza jurídica de su relación con el padre ya conocido.

Denuncia el recurrente error de derecho en la apreciación de la partida de bautizo de origen eclesiástico de Aníbal Vargas o Moreno, donde aparece que el bautizado es hijo de Pedro León Moreno.. La errada interpretación de este documento auténtico llevó al Tribunal a violar el artículo 22 de la ley 153 de 1887 y el 368 del C. C., por cuanto allí se hizo la declaración de que Aníbal era hijo del citado Pedro León Moreno. El Tribunal no le dio valor a tal instrumento por lo cual violó la disposición citada y quiso invadir el terreno de la jurisdicción eclesiástica al tratar de imponerle la obligación de llenar los requisitos que sólo el legislador ha podido exigir para la inscripción de las partidas extendidas ante el funcionario civil. Que el hecho de que el respectivo párroco hubiera incluído en la partida de bautis-

no el nombre de Pedro León Moreno como padre natural, hace presumir que lo hizo porque se llenaron los requisitos canónicos.

La Corte considera:

El estado civil es la calidad de una persona en cuanto le habilita para ejercer ciertos derechos o contraer ciertas obligaciones civiles. Se entiende por tal, las diversas calidades de donde resulta el goce de los derechos, o la calificación particular o las condiciones que de allí se desprenden. Las calidades de colombiano o extranjero, de padre, madre, hijo legítimo, natural o adoptivo, son otros tantos estados diferentes. A cada una de estas calificaciones o calidades corresponden ciertos derechos u obligaciones que de él dimanan: cada una de ellas constituye un estado jurídico.

La personalidad humana principia con el nacimiento. Por una ficción legal se supone que la criatura que está en el vientre materno tiene una personalidad anticipada. La existencia de la persona termina con la muerte. El fallecimiento fija definitivamente el estado civil. Entre estos dos acontecimientos extremos, nacimiento y defunción, el estado civil puede ser modificado por diferentes causas que hacen adquirir o perder diversas calidades: el matrimonio, la adopción, la interdicción, el divorcio, la naturalización.

Las cuestiones contenciosas que surgen a propósito del estado de las personas dan lugar a acciones de reclamación de estado, cuando alguien pretende establecer en su provecho un estado que no tiene en el hecho, o cuando se afirma o discute un estado que un tercero disputa.

Las controversias sobre el estado de las personas tienen en la vida del derecho un interés particular. Si el estado es la calidad que habilita a una persona para ejercer ciertos derechos y contraer determinadas obligaciones civiles, y si la existencia de las personas termina con la muerte (artículo 9º, ley 57 de 1887), es evidente que jurídicamente no puede variarse el estado de quien ha fallecido, de quien ha dejado de ser persona, ya que de nada puede servirle esa calidad póstuma, ni la puede utilizar. Sobre el particular ha dicho la Corte: "Los muertos pierden su personalidad jurídica en materia de estado civil, que es condición indispensable de la persona". (Sentencia de fecha 24 de mayo de 1939, G. J. Tomo 48, página 256).

Con todo —como excepción al principio general de que el estado perece con la persona—, en interés de los descendientes legítimos, la ley permite tratándose de legitimación o reconocimiento de hijos naturales, que después de la muerte de éstos se les pueda legitimar o reconocer, con el exclusivo fin de que sus descendientes legítimos, si los hay, aprovechen la nueva situación que de tales actos pudiera derivarse. Pero se exige como requisito para que tal reconocimiento surta sus efectos legales, la notificación a dichos descendientes. No habiéndolos, no cabe la legitimación o reconocimiento **post mortem.**

Así el artículo 244 del C. C., dice: "la legitimación aprovecha a la posteridad legítima de los hijos legitimados".

"Si es muerto el hijo que se legitima, se hará la notificación a sus descendientes legítimos, los cuales podrán aceptarla o repudiarla con arreglo a los artículos precedentes". Este requisito de la notificación se requiere también tratándose de hijos naturales al tenor del artículo 57 de la ley 153 de 1887, que expresamente dispone que el reconocimiento debe ser notificado y aceptado o repudiado de la misma manera que lo sería la legitimación.

De lo dicho se puede concluír, que el reconocimiento de un hijo natural ya fallecido, sólo puede tener lugar cuando tal hijo ha dejado posteridad legítima, y esto con el fin de que sus descendientes puedan aprovecharse de la situación que les proporcionaría el nuevo estado, colocándolos en la condición de representar a su padre legítimo en la sucesión del abuelo.

El simple hecho del reconocimiento no es suficiente para que un individuo se tenga como hijo natural de quien lo reconoce; se requiere si vive, la notificación para que exprese si acepta o no; y si se trata de un hijo que ha fallecido, el reconocimiento no podrá hacerse si no deja descendientes legítimos.

El doctor Rodríguez Piñeres, citado por el opositor en casación, ha expresado al respecto: "No dice la ley de una manera expresa que el hijo natural ya muerto pueda ser reconocido, pero a pesar de este silencio somos de parecer que sí puede serlo en el caso concreto de que haya dejado posteridad legítima".

"Sostenemos esto con el apoyo del texto en cuyo mérito se dice que el reconocimiento debe ser notificado y aceptado, o repudiado de la misma manera que la legitimación, y como ésta puede verificarse en la hipótesis de que el legitimado haya dejado descendencia legítima, es lógico que el principio se aplique al reconocimiento del hijo

natural, que haya dejado posteridad de esa clase". (Curso de Derecho Civil, página 316).

Considera el recurrente que la teoría sentada por el Tribunal sobre la necesidad de la existencia de descendientes legítimos del hijo natural a quienes notificarles el reconocimiento que su padre haga como tal, viene a establecer una causal de revocabilidad del reconocimiento, incompatible con los principios que regulan la materia, por lo cual considera violados los artículos 1º y 2º de la ley 45 de 1936.

Sobre este punto es de notar que el reconocimiento voluntario del hijo natural, según la definición de Colín y Capitant, es una declaración hecha por un hombre o una mujer, con sujeción a ciertas formas prescritas para asegurar su seriedad y conservación y en la cual se hace constar el lazo de filiación que une al autor de la declaración con su hijo natural.

Según el artículo 1º de la ley 45 de 1936, sobre reformas civiles (filiación natural), el hijo nacido de padres que al tiempo de la concepción no estaban casados entre sí, es hijo natural, cuando ha sido reconocido o declarado tal, con arreglo a lo dispuesto en la mencionada ley. También se tiene esta calidad con respecto a la madre soltera o viuda por el sólo hecho del nacimiento. El reconocimiento es irrevocable, es acto unilateral y si se quiere una confesión de filiación.

Algunas legislaciones, entre ellas la de Francia, no exigen el consentimiento del hijo para que el reconocimiento produzca sus efectos. Basta la declaración solemne del padre para que se tenga el reconocido como su hijo natural, pudiendo, en consecuencia, reconocerse al hijo fallecido. Le queda a los herederos el derecho de impugnar el reconocimiento o demandar la nulidad. De igual manera no se requiere aceptación por parte del hijo en las legislaciones del Perú, Argentina, Bélgica, Alemania, Suiza y Venezuela.

Por el contrario, en Chile existe el mismo principio consagrado en el artículo 57 de nuestra ley 153, artículo que vino a reemplazar el 334 del Código. Allí se exige expresamente, cuando el reconocimiento del hijo natural se verifica después de su muerte, que el reconocido haya dejado descendientes legítimos, precepto que está consignado en el artículo 273 del C. C. chileno. La misma doctrina rige en el Brasil, donde según el artículo 357 del C. C. se dispone que "el reconocimiento puede preceder al nacimiento del hijo o suceder a su fallecimiento si dejare descendientes legítimos", o sea que tampoco se puede reconocer al hijo fallecido si no ha dejado tales descendientes. En el mismo sentido se ha pronunciado el código civil italiano, uno de los más avanzados de la legislación mundial, en el artículo 253, que dice: "Puede aún haber lugar al reconocimiento del hijo muerto en favor de sus descendientes legítimos y de sus hijos naturales reconocidos". Como se ve, se concreta y cristaliza aún más el pensamiento que informa la legislación moderna de protección a los descendientes y sólo en favor de éstos se acepta el reconocimiento del hijo fallecido.

En nuestro derecho sustantivo, como ya lo vimos, siguiendo el principio de que el estado civil termina con la muerte de la persona y que no es posible cambiar tal estado después del fallecimiento, se admite en beneficio de los descendientes legítimos el reconocimiento del hijo natural muerto, pero bajo la condición de que tal reconocimiento se notifique a las personas que se intenta beneficiar o sea a los descendientes legítimos. Si éstos no aceptan o si no existen, el reconocimiento carece de objeto, no se revoca, es simplemente inoperante.

Como puede observarse de las múltiples disposiciones civiles transcritas, provenientes de países de amplia cultura jurídica, el reconocimiento del hijo fallecido sólo puede efectuarse en beneficio de sus herederos y no se concibe que un padre pueda reconocer después de muerto a un hijo, con el único fin de heredarlo. Repugnaría a los principios de equidad que la sola confesión del carácter de padre, pudiera servirle a quien la hace en su propio beneficio. Si durante la vida de su hijo no quiso hacerlo para bien de éste y descuidó justos deberes que su acto posterior a la muerte no puede remediar, no le es posible, fallecido el hijo sin descendientes, confesar tal estado en exclusivo provecho personal.

El juzgador tendría que ver allí el móvil del acto jurídico, que sólo se traduce en beneficio de quien lo ejecuta, viniéndose a cambiar un estado civil que en vida del mismo hijo no habría podido serle impuesto por el padre. Esta es una calidad que puede rechazar el reconocido siendo mayor; y si se trata de un menor, a su curador no le es dable aceptar o repudiar, sin previo decreto judicial, con conocimiento de causa.

Se sostiene por el recurrente que el artículo 57 de la ley 153 de 1887 está derogado. Tal afirmación carece de apoyo legal: por una parte, ya vi-

os que su doctrina está acorde con los más elentales principios de la equidad y en armonía n las más adelantadas legislaciones sobre la maria; por otra, tampoco es posible desde el punto vista de nuestra legislación sostener su abrolción como consecuencia del nuevo estatuto del jo natural que contiene la ley 45 de 1936. En ecto, entre las disposiciones que menciona como erogadas el art. 30 de esta ley, no figura el arículo 57. En la enumeración que en dicha disposición se hace de disposiciones derogadas, pasa el gislador del artículo 56 al 58. Tampoco podría nerse tal mandato en pugna con los preceptos e la nueva ley, porque al contrario los complehenta. Sobre el punto se han pronunciado distinuidos tratadistas colombianos quienes han sosenido la vigencia del artículo en mención. (Ver Rodríguez Piñeres, décima edición del C. C., donde incluye como vigente el precepto; Gustavo Valbuena, Derechos de los Hijos Naturales; Crisián Botero, Comentarios a la ley 45 de 1936).

Pero por sobre toda consideración, existe la razón jurídica del principio. No es posible que la sola manifestación de un individuo en el sentido de declarar que determinada persona es su hijo natural, sea suficiente para que tal acto se tenga como prueba irrefutable de un estado civil, cuando el reconocido ha fallecido sin éste conocimiento. Al respecto, en defensa de un proyecto de ley de reforma del artículo 357 del C. C. Francés, la legislación que ha ido reaccionando contra los reconocimientos realizados sólo en provecho del padre, se dijo en la exposición de motivos: "La legitimación o el reconocimiento no serán nulos, pero cuando ellos ofrecen un carácter equívoco en razón de la falta de la posesión de estado, o cuando ellas dan motivo para sospechar en su autor cálculos interesados en razón de ser tardío, aprovecharán al hijo sin aprovechar a su pretendido padre o madre".

Respecto de la última objeción que el recurrente presenta como complemento de este cargo, relativa a la errónea apreciación del acta de estado civil hecha por el sentenciador de segunda instancia, se observa:

Las actas de estado civil son los documentos auténticos en que se hacen constar los hechos constitutivos de ese estado y que sirven para probar directamente la calidad que se reclama. (Artículo 347).

En nuestro Código Civil existe un sistema mixto sobre registro del estado civil, según el cual, éste se lleva, de una parte por los notarios, y de otra por los curas párrocos. Al primero se le denomina registro civil y al segundo, eclesiástico.

Por el artículo 22 de la ley 57 de 1887, se dispuso tener y admitir como pruebas del estado civil, respecto de nacimiento, matrimonios o defunciones de personas bautizadas, casadas o muertas en el seno de la Iglesia Católica, las certificaciones que con las formalidades legales expidan los respectivos párrocos, insertando las actas o partidas existentes en los libros parroquiales. Posteriormente por mandato del artículo 19 de la ley 92 de 1938, las certificaciones de origen eclesiástico sobre el estado civil, sólo tienen el carácter de pruebas supletorias. (Artículo 19, ley 92 de 1938).

Esto sentado, se tiene que la partida de origen eclesiástico presentada al juicio hace fe en cuanto al nacimiento del señor Aníbal Vargas o Aníbal Moreno Vargas, por cuanto la ley le da todo valor a tales actos, pero no en cuanto a la declaración hecha por el párroco de que el bautizado era hijo natural de Pedro León Moreno.

El reconocimiento del hijo natural en el acta de nacimiento requiere para su validez la firma del padre, siendo por lo tanto acto solemne. Si falta el requisito de la firma el acto no se ha producido y carece, por consiguiente, de efecto legal. Y no puede tener tal efecto la sola referencia hecha en el acta de origen eclesiástico por quien la inscribió en el registro, en relación a la indicación del padre natural del bautizado.

Lo anterior es suficiente para declarar que no hubo errónea apreciación del acta de estado civil y que debe rechazarse el cargo propuesto.

Segunda causal

Se acusa la sentencia por la causal segunda del artículo 520 del C. J. y sostiene el recurrente que se han violado por tal aspecto, los artículos 1769 del C. C., y 607 y 6957 del C. J. También reputa infringido el artículo 75 de la ley 153 de 1887.

Textualmente sintetiza su pensamiento en la siguiente forma: "Especialmente se refiere esta causal a la acción subsidiaria por cuanto el actor sí dedujo oportunamente la nulidad de la adjudicación o posesión efectiva a favor de la demandada, toda vez que en el trabajo de partición y en la sentencia que lo aprobó consta que le son entregados todos los bienes de Aníbal Moreno a Lucrecia Vargas v. de Mantilla en su carácter de

madre natural. Y muy claro dejan ver estas piezas que tal carácter lo acreditó con la partida de bautismo o nacimiento que obra también en estos autos, partida o documento que para la madre no es apta como prueba de su maternidad, si se atiende a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 75 de la ley 153 de 1887".

La Corte considera:

La Sala en innumerables fallos ha sostenido que existe incongruencia entre las peticiones de la demanda y la sentencia, cuando se falla en más o en menos, o fuera de lo pedido, pero no cuando no prosperan, por cualquier motivo, las pretensiones del acto, que fue lo que ocurrió en el presente asunto. El Tribunal confirmó la sentencia de primera instancia en que se declaró no probado el derecho alegado y en consecuencia se rechazaron las peticiones hechas.

El cargo en estudio se encamina a considerar una cuestión de fondo que dice relación con la causal primera, de la cual se ocupó a espacio la Sala en la primera parte de esta sentencia. S rechaza por consiguiente el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, l Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casació Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia de fecha trece de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco, proferida por el Tribunal de Bucaramanga en el juicio ordinario sobre paternidad natural y petición de herencia, promovido por Pedro León Moreno contra Lucrecia Vargas v. de Mantilla.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, 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.

ACCION DE NULIDAD DE UN JUICIO DE VENTA DE BIENES HIPOTECADOS Y DE RESTITUCION DE BIENES

Como ya lo dijo la Corte, interpretando la ley 28 de 1932, "una deuda social, nacida bajo la vigencia del Código Civil, no pierde su calidad de tal en virtud de la reforma operada por la ley 28 de 1932; esa deuda puede hacerse efectiva no sólo sobre los bienes propios del marido, sino también sobre los bienes que integraban el patrimonio de las sociedades conyugales existentes al momento de entrar en vigencia dicha ley, o sobre los que deben reputarse sociales al disolverse el matrimonio o cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal".

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Durante su matrimonio con Isabel Gómez celebrado en 1916, Luis R. Escobar, por medio de las escrituras públicas 1793 de 25 de julio de 1927, de la Notaría 3ª de Medellín; 180 de 21 de enero de 1928, y 2.811 de 21 de agosto del mismo año, otorgadas estas últimas en la Notaría 4ª de Medellín, se constituyó deudor del Banco Hipotecario de Bogotá, por la cantidad de $ 6.000 recibidos en mutuo con interés, y para garantizar sus obligaciones de mutuario hipotecó una casa y su solar, ubicada en la ciudad de Medellín, adquirida por el marido, a título oneroso, en el año de 1925.

Habiéndose hecho exigibles estas obligaciones e incumplidas por su deudor, el Banco acreedor inició juicio especial de venta del inmueble hipotecado en noviembre de 1931, ante el Juzgado del Circuito de Medellín, juicio en el cual se profirió sentencia en que se ordenó la venta en pública subasta de la casa para el pago del crédito hipotecario en febrero de 1932, y en el que, después de los trámites correspondientes, se verificó el remate en marzo de 1933, adjudicándose el inmueble al Banco ejecutante, a falta de otros postores. Este, en 1938, vendió la casa rematada a Julio González López.

Así las cosas, Isabel Gómez de Escobar, como coadministradora de la sociedad conyugal, a partir del 1º de enero de 1933, consideró que sin su intervención y anuencia en el juicio especial de venta no pudo producirse legalmente la enajenación forzosa del inmueble social hipotecado, y con el propósito de reponer las cosas al estado que tenían antes de la fecha indicada, en libelo de 16 de septiembre de 1943, ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Medellín, en su propio nombre y como co-gerente de la sociedad conyugal, demandó al Banco Hipotecario de Bogotá, a Luis Rosendo Escobar R. y a Julio González López, para que con su audiencia se declare que es nula la actuación del juicio especial de venta del bien hipotecado seguido por el Banco contra Luis R. Escobar, a partir del auto de 30 de enero de 1933 que señaló día para el remate, hasta el de 6 de mayo de 1933, que lo aprobó.

Subsidiariamente, que se declare que el juicio especial y la enajenación por remate en él del bien hipotecado, carecen lo mismo que la venta del Banco a González López de efectos legales contra la sociedad conyugal Escobar - Gómez, y les son inoponibles, y que, consecuencialmente, el inmueble rematado es del dominio social y debe ser restituído a la sociedad, con sus frutos y accesiones. Se pide también la cancelación de las inscripciones correspondientes en el Registro público y la condena en las costas del juicio.

Surtido el traslado legal de la demanda, los tres demandados se opusieron a las pretensiones de la actora, manifestando, en resumen, que la acción no se justifica legal ni moralmente porque se trata de contratos celebrados con anterioridad a la ley 28 de 1932 cuando el marido, y únicamente él, tenía la administración y disposición de los bienes de la sociedad conyugal, de modo que la acción de cobro ejercitada por el Banco se ajustó rigurosamente a la ley y en ella no tenía por qué intervenir ni ser emplazada la mujer, no ligada personalmente por ninguna de las relacio-

nes jurídicas nacidas de los contratos de mutuo ni del accesorio de hipoteca.

Agotada la tramitación de la instancia, el Juzgado del Circuito, en sentencia de 14 de marzo de 1945, en que se acoge la tesis de las partes demandadas, denegó los pedimentos de la demanda, absolviendo a los tres demandados y condenando a la actora en las costas del grado.

Sentencia acusada

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín confirmó la sentencia del Juzgado en la suya del 5 de octubre de 1945 con que puso término a la segunda instancia a que dio lugar la apelación de la parte demandante.

El Tribunal, lo mismo que el Juzgado, concluyó que la ausencia de la cónyuge Isabel Gómez de Escobar en la secuela del juicio seguido por el Banco Hipotecario de Bogotá contra su marido para el pago de obligaciones mutuarias contraídas por él antes de la vigencia de la ley 28 de 1932, no afecta en manera alguna la validez de la actuación judicial, porque ella no estaba ligada personalmente en razón de aquellos contratos de mutuo hipotecario celebrados por su marido, de cuyas obligaciones sólo él sigue siendo deudor y para cuyo pago siguen afectos los bienes de la sociedad conyugal, especialmente el gravado con hipoteca. La nueva legislación patrimonial del matrimonio no reza con obligaciones contraídas válidamente con arreglo a las leyes que le permitían al marido obligar ilimitadamente la sociedad conyugal.

El recurso

El recurso de casación que hoy se decide fue interpuesto por el apoderado de la parte demandante y se apoya en la primera de las causales del artículo 520 del C. J.

Se citan como violados, por indebida aplicación, los artículos 741, 744, 752, 1.781, 1.805 y 1.806 del C. C., y por no haber sido aplicados debiendo serlo, los artículos 1º, 2º y 7º de la ley 28 de 1932.

Abandona la parte recurrente la tesis de la nulidad del juicio especial de venta de la cosa hipotecada, a que se refiere la petición principal de la demanda, porque acepta que no habiendo sido Isabel Gómez de Escobar parte en él carece de personería para impetrar la declaración de las nulidades que puedan afectar su actuación. Reduce su acusación al aspecto de la inoponibilid planteada en las súplicas subsidiarias del libe y afirma que el remate verificado en el juicio e pecial del Banco Hipotecario de Bogotá cont Luis R. Escobar, recaído en un bien pertenecien a su sociedad conyugal ilíquida, carece de efe tos legales contra esta sociedad y para ella pued reivindicarse, puesto que su enajenación, a par tir de la ley 28 de 1932 que privó al marido d la gerencia social y de la representación de s mujer, no puede considerarse válida sin el con sentimiento de ambos cónyuges, mientras no s lleve a cabo la liquidación provisional que auto riza el artículo 7º de la ley 28. La doctrina de la Corte, que ha establecido que los actos uniconyugales de disposición de bienes pertenecientes a sociedades conyugales ilíquidas, en 1º de enero de 1933 constituyen venta de cosa ajena, inoponibles, por consiguiente, a la sociedad, es aplicable a las enajenaciones que se realizan, como en el caso de autos, en remate dentro del juicio especial de venta de bienes sociales hipotecados. Las tesis del Tribunal conducen a seguir considerando al marido como exclusivo administrador de la sociedad conyugal, y dueño, ante terceros, del patrimonio social, lo que constituye una ilegal supervivencia del régimen patrimonial abolido por la ley 28 de 1932.

Considera la Sala:

La realidad jurídica del caso que plantea este recurso tiene completa identidad con la examinada y decidida por esta Sala de Casación en sentencia de 22 de noviembre de 1946, no publicada aún, proferida en negocio proveniente del mismo Tribunal de Medellín. No proponiéndose hoy nuevas ni mejores razones contra la solución adoptada por la Corte, basta, para decidir este recurso, reproducir los motivos de entonces en los que se ve la sinrazón con que se pretende desnaturalizar con ocasión de un tránsito de regímenes, las consecuencias normales de contratos de mutuo hipotecario, inobjetables a la luz de la legislación que presidió y amparó su perfeccionamiento. En explicación fundamento de esta doctrina dijo la Sala:

"Hay una falla esencial en el planteamiento jurídico de la cuestión litigiosa, consistente en considerar el remate judicial del 16 de marzo con que culminó la ejecución con acción real y personal de Eleázar J. Gaviria contra Ramón Villa para el pago de una obligación mutuaria adquirida en 1928, como un acto de disposición del marido, rea-

lizado con posterioridad al 1º de enero de 1933 en ejercicio de la gerencia exclusiva de la sociedad conyugal de que para entonces había sido privado por la ley 28 de 1932. No se trata de un acto jurídico personal del marido, destinado, ya bajo el imperio de esta ley, a crear derechos que pudiera afectar el patrimonio preexistente de la sociedad conyugal no liquidada al inaugurarse el nuevo sistema legal, sino de los efectos de un contrato celebrado por el cónyuge bajo leyes que lo capacitaban para hacerlo y que se prolongaron sobre el límite temporal de los dos regímenes matrimoniales. No se está en presencia de ninguna situación jurídica creada por el ejercicio ilegal de abolidos poderes maritales que pudiera comprometer los derechos de la mujer como interesada en el patrimonio de una sociedad ilíquida sustraído a la disposición arbitraria del marido, sino del cumplimiento de una obligación social por la vía legalmente adecuada de la acción real hipotecaria que dio lugar al ejercicio del derecho del acreedor de demandar su ejecución forzada, en lo cual no puede verse ni error jurídico e inadecuación de términos, un acto dispositivo del marido.

Determinada así la verdadera naturaleza jurídica de la ocurrencia de autos, se desquicia en realidad el proceso y el recurso que se han edificado exclusivamente sobre la doctrina, consagrada jurisprudencialmente, de la pérdida de los poderes dispositivos del marido como consecuencia de la ley 28 de 1932, de que se ha hecho recuerdo. En varias ocasiones ha estudiado esta Sala el caso a que se refiere la demanda de este pleito, sobre el cual, improcedentemente y con olvido de sus razones y sus fines, se ha pretendido extender la aludida doctrina de casación elaborada sobre situaciones jurídicamente inconfundibles con ésta. En 1941, en sentencia visible en página 802 y siguientes del Tomo LI de la **Gaceta Judicial,** dijo:

"El marido, dentro del régimen jurídico de la sociedad conyugal imperante en la época en que se celebró el contrato de mutuo que recoge la escritura pública..., era el único responsable respecto de terceros, durante la sociedad, de todas las deudas, sin distinción de las sociales, de las personales suyas, personales de la mujer o contraídas por ella con mandato o autorización expresa o tácita del marido, o nacidas de contrato celebrado de consuno por los dos cónyuges... (1796, numerales 2 y 3, 1807, 1834 C. C.). El marido era el único deudor respecto de los terceros, como consecuencia natural y lógica de un régimen administrativo en que él disponía como señor y dueño de todos los bienes que integraban el patrimonio social. De la obligación mutuaria adquirida por la sociedad... a favor de..., cobrada por las herederas de la acreedora con la acción real que les daba el contrato accesorio de hipoteca, era (el marido) el exclusivo deudor, la única persona de quien podía legalmente demandarse el pago de la obligación. Entre las relaciones jurídicas que por virtud de ese contrato de préstamo se generaron no existe ninguna que vinculara personalmente a la cónyuge como deudora de... por razón del dinero prestado... Esta situación jurídica, esta relación de acreedor y deudor determinada por la celebración de un contrato, no tenía por qué alterarse ni se alteró por efecto de la ley 28 de 1932 que estatuyó, a partir del 1º de enero del año siguiente, un nuevo régimen patrimonial en el matrimonio, en el que cada uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición tanto de los bienes que le pertenezcan al momento de contraerse el matrimonio o que hubiere aportado a él, como de los demás que por cualquier causa hubiere adquirido o adquiera, y en que marido y mujer serán responsables de las deudas que personalmente contraigan salvo las concernientes a satisfacer las ordinarias necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Este principio general consignado en el artículo 2º de la citada ley 28, sobre responsabilidad personal y exclusiva de cada cónyuge por las deudas que contraiga, nada tiene qué ver, como es obvio, con obligaciones contraídas bajo el imperio de la anterior legislación matrimonial, de las cuales sigue siendo deudor el marido y para cuyo pago siguen afectados los bienes del patrimonio social existente entonces, fuera de los bienes especialmente afectos por hipoteca. Ninguna disposición legal ni norma de derecho puede aducirse para concluír que el nuevo régimen legal puede afectar, perturbándolos o lesionándolos, derechos adquiridos por terceros acreedores de obligaciones nacidas perfectamente bajo el sistema legislativo anterior. Por el contrario, de acuerdo con los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887, en cuyos principios se informa el artículo 7º de la ley 28 contentivo de reglas sobre tránsito de regímenes sociales, todo cambio en materia de derechos y obligaciones anexos a un estado civil debe regirse por la nueva ley que los establece pero sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto. Es cierto que a

partir del 1º de enero de 1933 el marido dejó de ser el exclusivo dueño y gerente de los bienes de la sociedad conyugal ante terceros, pero no es cierto que haya dejado de ser el deudor de las obligaciones contraídas con terceros por virtud de contratos celebrados durante la vigencia del antiguo régimen, esto es, antes de iniciarse el imperio de la ley 28 de 1932. Es una visible equivocación tratar el problema de este pleito a la luz de la doctrina acogida por esta Sala en su sentencia del 20 de octubre de 1937, aducida por el Tribunal como fundamento de su sentencia, y conforme a la cual ninguno de los cónyuges está en posibilidad jurídica de disponer sin concurrencia del otro, de bienes pertenecientes a la sociedad conyugal no liquidada, por adquisiciones verificadas con anterioridad al 1º de enero de 1933. Esta interpretación jurisprudencial que la Corte ha hecho del artículo 1º de la ley 28, como consecuencia de haber perdido el marido sus antiguas facultades administrativas y dispositivas de los bienes sociales y con criterio de protección para las mujeres casadas antes de 1933, puesto que sus maridos no han podido disponer arbitrariamente de los bienes que habían comprado hasta esa fecha, se refiere exclusivamente, como allí está dicho con toda claridad, a disposición de bienes por adquisiciones que formaron el haber de la sociedad conyugal, pero en ninguna forma es comprensiva de otros actos jurídicos ni hace referencia a las cargas de la sociedad existente hasta entonces. Otra cosa sería si se tratara, por ejemplo, de hipotecar ahora uno de los inmuebles pertenecientes a esa sociedad no liquidada".

Se reprodujo esta doctrina, adicionada con nuevas razones, en sentencia visible a páginas 133 a 136 del Tomo LVII de la GACETA JUDICIAL, y la misma solución se adoptó en sentencia, inédita aún, del 15 del postrero octubre (1), en que se dijo:

"La ley 28 de 1932 introdujo sustanciales reformas al Código Civil, entre otros puntos, en cuanto al régimen imperante en materia de deudas. Hoy, conforme al artículo 2º de dicha ley, puede decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido o la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, lo que ocurre con la concerniente a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Y la responsabilidad por esas obligaciones también gravita de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable el cónyuge que las hubiere contraído, y se hacen efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertenecían cuando contrajo el matrimonio o sobre los que hubiere adquirido a cualquier título durante el mismo. Con respecto a las deudas sociales o comunes ya mencionadas, los cónyuges responden solidariamente ante terceros, con todos sus bienes presentes y futuros, y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil (artículos 2º y 4º de la ley 28 de 1932). Sentado lo anterior, cabe preguntar: ¿por virtud de la reforma que la ley 28 implicó perdieron los aludidos créditos en favor de... la calidad de deudas sociales o comunes y los derechos inherentes a esa calidad que tenían con respecto a la sociedad conyugal.... al momento en que fueron contraídos? Para la Corte se impone una solución negativa a esa cuestión.

"En efecto, los créditos mencionados nacieron a la vida jurídica por virtud de la anterior legislación matrimonial. Ellos constituyen, por tanto, derechos adquiridos en favor de terceros acreedores, y ninguna disposición legal los puede afectar o lesionar, en fuerza de la garantía que consagra el artículo 30 de la C. N., según la 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. Es cierto, además, que los derechos y obligaciones anexos a un estado civil deben regirse por la ley nueva, conforme lo ordenan los artículos 20 y 23 de la ley 153 de 1887; pero no es menos evidente, que siguiendo el mandato de esos mismos textos legales, la aplicación de la ley nueva debe hacerse sin perjuicio de que los actos y contratos válidamente celebrados bajo el imperio de la ley anterior tengan cumplido efecto.

"Por otra parte, al momento en que se celebraron los contratos de..... regían, entre otras, las siguientes disposiciones del Código Civil: el artículo 1796, en su numeral 2º dispone que la sociedad conyugal es obligada al pago de las deudas y obligaciones contraídas durante el matrimonio por el marido, o la mujer con autorización del marido, o de la justicia en subsidio, y que no fueren personales de aquél o ésta, como lo serían

(1) Ya fue publicada esa sentencia, según puede verse en el número 2042 de la GACETA JUDICIAL.—El Relator de la Corte.

las que se contrajesen para el establecimiento de los hijos de un matrimonio anterior, y el artículo 2488, conforme al cual toda obligación personal da al acreedor el derecho de perseguir su ejecución sobre todos los bienes raíces o muebles del deudor, sean presentes o futuros, exceptuándose solamente los no embargables.

"Y si de acuerdo con lo estatuído en el artículo 38 de la ley 153 de 1887, en todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración, forzoso es concluír que a los contratos de..... se incorporaron, desde el momento en que se celebraron, los derechos que les conferían las dos disposiciones legales primeramente citadas, o sea, en concreto, que la sociedad conyugal..... les pagaran el monto de las deudas con ellos contraídas y que los mismos acreedores pudieran hacerlas efectivas sobre los bienes presentes y futuros de la misma sociedad conyugal. Y esto no podía ser de otro modo, porque si los particulares contratan en consideración a las leyes vigentes, no sería justo alterar los efectos que tuvieron a la vista al celebrar el contrato, sometiéndolos a las leyes posteriores que no les era dable conocer ni prever.

"Como consecuencia de lo expuesto se pueden destacar las siguientes conclusiones: una deuda social, nacida bajo la vigencia del Código Civil, no pierde su calidad de tal por virtud de la reforma que operó la ley 28 de 1932; esa deuda puede hacerse efectiva no sólo sobre los bienes propios del marido sino también sobre los bienes que integraban el patrimonio de las sociedades conyugales existentes al momento de entrar en vigencia dicha ley, o sobre los que deben reputarse sociales al disolverse el matrimonio o cualquier otro evento en que conforme al Código Civil debe liquidarse la sociedad conyugal..."

Esta misma doctrina fue expuesta y sostenida en sentencia de esta Sala de fecha 10 de diciembre de 1946, tampoco publicada aún, proferida en el juicio de Raquel Gómez de Caro contra Inversiones Muvdi, procedente del Tribunal de Barranquilla.

Por lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 5 de octubre de 1945, materia de este recurso de casación.

Costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo— Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE DINERO.—CAUSAL 6ª DE CASACION—LEGITIMACION PARA OBRAR. ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA.—ACUSACION POR ERROR DE HECHO.

1.—La causal 6ª, reconocida por el artículo 520 del C. J., como lo ha dicho la Corte en numerosas oportunidades, en cuanto se refiere a ilegitimidad de personería, no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción, o sea, los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales, precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (MERITAE CAUSAE) se llaman así en frente a los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado es la tradicionalmente llamada adjetiva, presupuesto procesal denominado comúnmente LEGITIMATIO AD PROCESSUM; la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción, condición de aquélla, llamada LEGIMATIO AD CAUSAM, y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, y cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez o regularidad del procedimiento.

2.—En el caso de acusación por error de hecho, la discrepancia del entendimiento con la realidad objetiva sólo es de recibo en casación, como lo tiene advertido la Corte, "cuando se aplica la norma sustantiva", sobre el supuesto de que ocurrió un hecho que en realidad no ocurrió, o de que no aconteció uno que manifiestamente sí aconteció".

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En fallo proferido el tres de julio de mil novecientos cuarenta y cinco el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá desató la segunda instancia del juicio ordinario promovido ante el Juzgado 5º Civil del Circuito de Bogotá por Conchita Candia de Barbosa contra Leonardo Lourido para que se declarara la existencia de un crédito a favor de aquélla, y a cargo del segundo, y se pronunciara la correspondiente condena al pago.

El juez, en sentencia fechada el 26 de septiembre de 1944, despachó favorablemente las súplicas de la demanda, y declaró no probadas las excepciones propuestas por Lourido, solución que fue confirmada por el Tribunal; contra el fallo de ésta se interpuso oportunamente el recurso de casación en cuya virtud el negocio está a conocimiento de la Corte.

Antecedentes

Los hechos relatados por el actor y por Lourido como fundamento de sus respectivas peticiones pueden sintetizarse así:

Lourido recibió de Conchita Candia de Barbosa en varios contados, y a título de mutuo, la cantidad de dos mil pesos m/cte.; el deudor hizo varios abonos a su crédito, los cuales cesaron desde el 11 de noviembre de 1933, dejando insoluto el saldo. Por su parte el demandado, observó que la cuantía líquida fijada en la demanda es arbitraria, añadiendo que el crédito o los créditos a su cargo y a favor de Conchita de Barbosa fueron cedidos por ella a Vicente García Córdoba, y que en manos de éste fueron extinguidos por Leonardo Lourido mediante la dación en pago que en asocio de otros deudores hizo a García Córdoba y a otros acreedores según la escritura pública número 864 otorgada ante el Notario segundo del Circuito de Cali el día 30 de diciembre de 1931.

El fallo recurrido

En esta providencia el Tribunal, para fundar la confirmación del fallo proferido por el inferior, se funda, entre otras razones, en las siguientes: En las posiciones absueltas extrajuicio por el demandado, y cuya copia se acompañó al libelo, Lourido confiesa "que había recibido en préstamo las cantidades de $ 1.000, $ 600 y $ 400 de la demandante", y que "no ha hecho pagos a la demandante por cuenta del crédito, distintos a los que ella anunció en la demanda". La cesión del crédito a Vicente García Córdoba en cuyas manos dice el demandado haberlo extinguido mediante una dación en pago, no la halló establecida el Tribunal, sino por el contrario impugnada en la carta dirigida a la demandante por Lourido con fecha 19 de marzo de 1932.

El recurso

Tres son los cargos que el recurrente formula: el primero fundado en la causal sexta, y los otros dos en la primera de las detalladas en el artículo 520 del Código Judicial, las cuales se estudiarán en el mismo orden en que fueron propuestos.

Primer cargo

La nulidad en que, según el recurrente se ha incurrido en el presente juicio, es la ilegitimidad de personería prevista por el numeral segundo del artículo 448 del Código Judicial, o sea la que puede afectar a cualquiera de las partes o a quien figure como su apoderado o representante; la demanda de casación aclara que el vicio de invalidez invocado en ella "se refiere a la falta de personería sustantiva de la parte demandante, esto es al hecho de no estar revestida de la acción que ha querido deducir en el juicio".

La causal sexta reconocida por el artículo 520 del Código Judicial, como lo ha dicho en numerosas oportunidades la Corte, en cuanto se refiera a ilegitimidad de personería no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción o sean los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los presupuestos procesales precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo **(meritae causae)** se llaman así en frente a los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado es la tradicionalmente llamada adjetiva, presupuesto procesal denominado comúnmente **legitimatio ad procesum**; la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción, condición de aquélla, llamada **legitimatio ad causam,** y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, y cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez o regularidad del procedimiento.

Como la causal invocada ha sido instituída por la ley en orden a subsanar el posible quebrantamiento de normas procesales básicas, como las reguladoras de la organización judicial o del derecho de defensa, la sola enunciación del cargo acarrea su fracaso, como quiera que con el aspecto de una nulidad procesal se pretende cubrir otro fenómeno que no reza con la validez del proceso.

Segundo cargo

Se funda en la causal primera del artículo 520 del Código Judicial, y consiste en haber violado el sentenciador de segunda instancia varios preceptos sustantivos como consecuencia de la errónea estimación de algunas pruebas. No sobra advertir que este cargo y el tercero se presentan como un desordenado alegato de instancia, de cuya laboriosa lectura puede llegarse a sintetizar su contenido así:

El Tribunal violó los artículos 33 de la Ley 57 de 1887, 1960, 1961, 1962 y 1963 del Código Civil por haber errado en la apreciación de las siguientes pruebas: solicitud de la demandante, para que García Córdoba absolviera posiciones extrajuicio, y respuestas dadas por la misma a las que absolviera durante la primera instancia del juicio. El concepto de la violación lo expresa el recurrente diciendo que el Tribunal incurrió en error de hecho "por haber dejado de ver lo que estaba de bulto ante sus ojos, o sea el hecho material de la cesión de los créditos"; añade, que el sentenciador de segundo grado incurrió en error de derecho por cuanto omitió darle a las probanzas ya mencionadas el valor que la ley les asigna y cita,

al efecto, los artículos 1758, 1759 y 1760 del Código Civil, y 603, 604, 609 y 632 del Código Judicial.

El error de hecho de que se queja el recurrente Lourido debe desecharse; esta discrepancia del entendimiento con la realidad objetiva sólo es de recibo en casación, como lo tiene advertido la Corte, cuando se aplica la norma sustantiva "sobre el supuesto de que ocurrió un hecho que en realidad no ocurrió, o de que no aconteció uno que manifiestamente sí aconteció". En el caso de autos la existencia de la cesión por parte de Conchita Candia de Barbosa a García Córdoba, no se destaca en tal forma que al negarla el Tribunal haya incurrido en error evidente; los dos elementos probatorios de que se hace mérito en el recurso, como el mismo recurrente los aprecia, apenas sí dan lugar a una serie de inferencias más o menos aceptables que se apartan por su misma índole conjetural del concepto de lo evidente, de lo irrefragable cuya ocurrencia no es posible negar porque su demostración hiere los sentidos.

El error de derecho de que también se acusa el fallo, respecto de los mismos elementos probatorios, no implica estudio mucho más dilatado. Bien sabido es que esta categoría del yerro se sucede al contravenir la norma legal que establece el valor probatorio del respectivo elemento de convicción, en este caso, la solicitud de absolución de posiciones por parte de Conchita de Barbosa a Vicente García Córdoba, y las respuestas dadas por aquélla a los interrogantes que en posiciones se sometieron a su absolución durante el primer grado del procedimiento.

Ni la solicitud para que García Córdoba absolviera posiciones, ni las respuestas dadas por la demandante a las que absolvió en dicha instancia se refieren a un hecho concreto, específico, claramente individualizable, y, por tanto, susceptible de tenerse por confesado. Al pedir las posiciones a que se viene aludiendo, Conchita de Barbosa expresó su deseo de preconstituir una prueba sobre un crédito a su favor, es decir, apenas aludió a una situación jurídica posible e incierta; al responder las preguntas 4ª y 5ª del interrogatorio a ella sometido, y a que se refiere el recurrente, afirma haber remitido a Cali los documentos relativos a un crédito "con fórmulas que el mismo Lourido me envió, poniéndole yo al pie la constancia de que salvaba mi responsabilidad". De estas palabras no puede concluírse ciertamente la confesión de un hecho que implicara la indudable cesión de un crédito determinado, a determinada persona, aunque permita inferencias más o menos atendibles pero que se sustraen a los preceptos reguladores de la prueba de confesión.

Mattirolo, refiriéndose a ciertas expresiones de los litigantes que puedan aparejarles consecuencias desfavorables, se expresa así:

"Las afirmaciones que fugazmente puedan escaparse a una de las partes en el curso del juicio o en cualquiera otra circunstancia —como la inducción que se quiere obtener de la conducta de una de las partes, de sus dudas, del silencio o de sus contradicciones— no merecen propiamente el nombre de verdadera confesión. Tales circunstancias pueden ser indicios, y lo son de hecho, es decir, argumentos indirectos, más o menos estimables, según las especiales circunstancias del caso, mas por sí mismas no tienen jamás la condición de prueba legal y completa, que es exclusiva de la confesión voluntaria".

No erró, pues, el Tribunal al abstenerse de dar aplicación a los artículos 1769 del Código Civil, y 603, 604, 608, y 609 del Código Judicial, relativos a la confesión, porque no podía tener como tal un elemento probatorio que carece de ese carácter. Consecuencialmente, tampoco violó los preceptos sobre cesión de créditos, citados por Lourido como transgredidos indirectamente por efecto del error, cuya alegación la Sala halla infundada.

Tampoco tiene asidero el cargo de quebrantamiento de las mismas normas por no haber aplicado a los mismos elementos de prueba las disposiciones sobre valoración legal del mérito de los instrumentos públicos, como quiera que el poder de convicción que de ellos se derivara tenía su origen en las afirmaciones de la demandante, no en la calidad del escrito en donde aparecieran. La autenticidad, y el mérito probatorio consecuencial a ella, en cuanto a la fecha y a la circunstancia de haberse expresado la actora en determinados términos, no inciden en forma alguna en el planteamiento del cargo.

No sobra subrayar la circunstancia de que en la escritura pública contentiva de la dación en pago hecha por el demandado y otros deudores a Vicente García Córdoba y a otros acreedores no se hace mención alguna del origen del crédito a favor de aquél que se extinguió mediante el pacto recogido en tal instrumento, lo cual impide identificar esa deuda con la que tenía contraída el demandado a favor de la demandante.

Tercer cargo

Se presenta en el capítulo de la demanda de casación que el recurrente denomina "Inexistencia de las antiguas obligaciones", y que consiste en el quebrantamiento, por parte del Tribunal de los artículos 2221 a 2226 del Código Civil, relativos al contrato de mutuo, como consecuencia de error en la apreciación de las posiciones absueltas por Leonardo Lourido durante el juicio, y de la carta fechada el 19 de marzo de 1932, visible al folio 3 del cuaderno número 1.

Estima el recurrente que sus respuestas a las posiciones no podían ser tenidas como confesión judicial por no reunir los requisitos necesarios para que dicha prueba se configure, lo cual afirma con base en no haber reconocido al absolver las posiciones la existencia actual de los créditos a su cargo; añade que el Tribunal incurrió en error de hecho "dando por existente lo que no existe".

La sola enunciación del cargo lo destruye, como quiera que la confesión según las voces del artículo 604 del Código Judicial, versa sobre hechos y no sobre situaciones jurídicas; es indiferente la opinión de quien absuelve un interrogatorio sobre su situación jurídica generada por los hechos que admite, como quiera que son éstos la materia de la confesión y no los fenómenos que producen en presencia de las normas legales. Lourido confiesa haber recibido las cantidades de dinero a que este pleito se refiere a título de mutuo con interés; basta la confesión de ese hecho para tenerlo como probado, cualquiera que sean las apreciaciones jurídicas del confesante sobre la actual vigencia de sus obligaciones consiguientes, mientras no constituyan una excepción demostrada.

La carta del 19 de marzo de 1932, no puede ser más expresa: "Igualmente puedes estar segura de que tus $ 2.000 te los pagaré completos", se lee en ella, y dicha manifestación no podía ser tomada por el Tribunal sino como lo hizo, porque nadie ofrece garantía de pago sino a su acreedor; la Sala estima de interés llamar la atención sobre la existencia, destacada ya por el Tribunal, de que esta carta lleva fecha posterior a la del instrumento en que se hizo constar la dación en pago mediante la cual el demandante dice haber extinguido el crédito a que la misma carta se refiere.

La sentencia recurrida, por tanto, no dio por cierto un hecho inexistente sino, por el contrario un hecho confesado por Lourido, y, en consecuencia, no incurrió en el error que se le imputa.

Sentencia

Por lo expuesto la Corte Suprema, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO CASA la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha tres de julio de mil novecientos cuarenta y cinco, que ha sido materia de este recurso.

Las costas a cargo del recurrente. Tásense.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Secretario en propiedad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE PERJUICIOS.—CAUSAL 2ª DE CASACION. CONTRATOS DE ADHESION

1.—La causal de casación consistente en falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado —ha dicho la Corte —no tiene cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o cuando ha fallado en más de lo pedido, o cuando no ha desatado uno de los puntos sobre que versa la controversia. Unicamente en estas circunstancias puede prosperar el cargo por falta de consonancia, pero no cuando la sentencia es absolutoria, "pues el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado". Es la parte resolutiva del fallo la que obliga, le fija las relaciones emanadas de la sentencia. La simple amplitud en el examen del negocio y la consideración de aspectos singulares de éste no puede representar por sí sola el desconocimiento de lo pretendido por las partes. Es necesario que en la parte resolutiva se haya resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, o no se haya decidido sobre alguno 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. Dos extremos sirven, por consiguiente, de manera exclusiva, para estudiar esta causal: los pedimentos de la demanda y su contestación, y la parte resolutiva de la sentencia. Cuando se presenta una sentencia absolutoria no hay lugar a decretar la infirmación del fallo por la causal segunda invocada.

2.—El suscriptor de un teléfono queda sometido al rigor de cláusulas que no le es posible desconocer, ni siquiera discutir. Es ésta una de las más serias objeciones que se hacen a los llamados contratos de adhesión, que permiten el que empresas que disfrutan de un monopolio o de un gran poder económico impongan al contratante que se ve precisado a usar de sus servicios, una serie de estipulaciones cuyo texto no está sometido a discusión y que, por lo tanto, colocan en una situación de innegable superioridad a quienes las dictan. Dificultad que los tratadistas han pretendido solucionar en muchas ocasiones, especialmente en el sentido de interpretar favorablemente al adherente las cláusulas ambiguas o aquellas que por ser accesorias no pudieron ser consideradas, ni siquiera ligeramente en el instante de celebrarse el contrato. Sin embargo, lo anterior apenas ha logrado suavizar un tanto la situación del adherente, pero nunca librarlo de la sujeción que el solo hecho de realizar el contrato presupone respecto de las cláusulas unilateralmente dictadas por las empresas.

3.—La apreciación de si un dictamen pericial está o no fundado, condición que es la esencial de la prueba pericial, queda en manos del juez.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Antecedentes

Ante el Juez Séptimo Civil del Circuito de Bogotá, presentó el 23 de enero de 1941 el señor Ricardo Castañeda Moreno demanda contra The Bogotá Telephone Company Ltd., para que mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se condenara a la citada empresa a indemnizarle de todos los perjuicios morales y materiales que le ocasionó por el incumplimiento del contrato de arrendamiento del servicio telefónico correspondiente al aparato número 1196 del centro, vigente desde el año de 1920. Solicitó que se obligara a la citada sociedad a pagarle dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria

de la sentencia, la cantidad de $ 1.000.00, o la que se fije durante el litigio o en la ejecución del fallo y las costas del juicio en caso de oposición.

Como hechos determinantes de la acción instaurada adujo el demandante los siguientes:

Desde el año de 1920 y en virtud del contrato de arrendamiento del aparato telefónico número 1196 del centro, el señor Ricardo Castañeda Moreno había venido gozando de tal servicio, en diferentes sitios, por traslados sucesivos, el último de los cuales se hizo a la carrera 4ª-A, número 1-18 de la ciudad de Bogotá. El 6 de junio de 1939, el actor cambió de casa y se pasó a la calle 1ª, diagonal sur, número 13-25, por lo cual solicitó nuevo traslado del aparato, traslado que hasta la fecha de la acción propuesta no había sido hecho, no obstante que el suscriptor siguió cubriendo el precio del servicio no prestado hasta noviembre de 1939, o sean seis meses después de presentada la correspondiente solicitud.

Transcurrido el anterior lapso de espera, viendo el señor Castañeda que la Telefónica no le resolvía su petición en sentido alguno, suspendió el pago del arrendamiento, lo que motivó que la empresa le retirara el teléfono para instalarlo a otro suscriptor, advirtiendo que se había expedido orden de retiro por falta de pago del referido número 1196, cuyo traslado, solicitado desde hacía algún tiempo, no se pudo verificar por dificultades de índole técnica.

Tal decisión de la Compañía Telefónica le ha ocasionado gravísimos perjuicios, especialmente por haberle dificultado la actividad de un periódico llamado "Defensa Social", antes "El Combate", del cual es Director.

Sobre estos fundamentos se trabó la litis. El representante de la Telefónica, al contestar el traslado, pidió que se probaran los hechos, rechazó varias afirmaciones y aclaró las demás, sosteniendo como razón exculpativa, que la empresa cumplió en la forma más amplia el contrato respectivo, aun después de hallarse desligada de todo compromiso por falta de pago. Solicitó, por lo tanto, la absolución del demandado y la condenación en costas para el actor.

El juez de primera instancia falló con fecha 21 de abril de 1942, en el sentido de no acceder a ninguna de las condenaciones solicitadas en la demanda, por considerar que el actor no trajo al proceso elemento alguno que estableciera la existencia legal de la entidad demandada, es decir, por ilegitimidad sustantiva de la personería de la parte opositora.

De la anterior decisión apeló el demandante y los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, donde se puso término a la segunda instancia por medio de la sentencia de fecha 22 de octubre de 1945, en que se revocó la de primera instancia y en la cual, estudiado a fondo el negocio, se absolvió a la sociedad demandada de los cargos propuestos.

El recurso de casación

Contra la sentencia del Tribunal interpuso en tiempo el actor recurso de casación. El negocio ha sufrido la tramitación de rigor y pasa, por consiguiente, a ser decidido.

Causales propuestas

El recurrente aduce en primer término la causal segunda del artículo 520 del C. J., por no estar la sentencia en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Desarrolla el cargo en la siguiente forma:

Ni en la demanda, ni en la contestación respectiva, se adujo a la consideración del Tribunal el hecho de que el suscriptor se hubiera negado a sufragar los gastos que pudieran resultar del traslado pedido. Otras fueron las razones por las cuales la compañía se negó a realizarlo y resulta impertinente la consideración del fallo, en su parte motiva, que dice que "no hay dato alguno en el proceso indicativo de que el señor Castañeda Moreno hubiera estado dispuesto o se hubiera allanado a sufragar ese gasto en la forma y tiempo debidos". Como la anterior consideración incidió claramente en la parte resolutiva de la sentencia, ésta debe ser infirmada, por no estar en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes.

La Corte considera:

La causal propuesta debe ser rechazada por no caber dentro de lo que por falta de consonancia ha entendido la jurisprudencia constante de la Corte. En efecto, los conceptos adelantados en la parte motiva del fallo, sobre hechos que el actor o el demandado no invocaron en la demanda o contestación respectiva, no son suficientes para dar lugar a la infirmación de la sentencia recu-

rrida, cuando quiera que ella no representa una condenación en más de lo pedido. "La causal alegada— ha dicho la Corte— no tiene cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o cuando ha fallado en más de lo pedido, o cuando no ha desatado uno de los puntos sobre que versa la controversia". Unicamente en estas circunstancias puede prosperar el cargo por falta de consonancia, pero no cuando, como en el caso en estudio, la sentencia es absolutoria, "pues el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado". (Casaciones de 30 de noviembre de 1935, G. J. 1905 y de 29 de julio de 1907, tomo XXVII, página 222).

Es la parte resolutiva del fallo la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de la sentencia. La simple amplitud en el examen del negocio y la consideración de aspectos singulares de éste, no puede representar por sí sola el desconocimiento de lo pretendido por las partes. Es necesario que en la parte resolutiva se haya resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, o no se haya decidido sobre alguno 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. Dos extremos sirven, por consiguiente, y de manera exclusiva, para estudiar esta causal: los pedimentos de la demanda y su contestación, y la parte resolutiva de la sentencia. Cuando, como en el caso que se estudia, se presenta una sentencia absolutoria, no hay lugar a decretar la infirmación del fallo por la causal segunda invocada.

Por otra parte, la mala apreciación de tales hechos de que se querella el recurrente incide sobre la causal primera que es materia del estudio que en seguida se hace.

Causal primera

Con base en la causal primera del artículo 520 del C. J., el recurrente presenta tres cargos contra la sentencia:

Primero. Violación de los artículos 1609 y 1610 del C. C., pues el Tribunal desconoció el hecho de que los testigos Francisco José Roa y Epimenio Guevara B., afirman que el señor Castañeda estuvo siempre dispuesto a pagar el justo valor del traslado, y otro que consta en la declaración del Gerente de la Compañía sobre el pago hecho por el arrendatario de seis meses consecutivos de servicio sin valerse de él. Comprobado que el suscriptor estuvo dispuesto a satisfacer el justo precio del traslado, la Telefónica quedó en mora de verificarlo y en estas condiciones ha debido ser por falta de apreciación de la prueba aludida.

Segundo. El juzgador de segunda instancia no condenada, al tenor de los artículos citados, al pago de los perjuicios. El Tribunal no sólo no lo hizo, sino que absolvió a la compañía. Acusa, pues, estimó la prueba de peritos de manera correcta, pues aunque de la simple lectura del concepto emitido por éstos se desprende que sí expresaron con precisión, exactitud y claridad el fundamento de su dictamen, no le reconoció el valor de plena prueba que la ley le ha asignado. Se incurrió así en error de derecho al estimar tal prueba, porque al dictamen no le es aplicable el artículo 723 del C. J., ni menos el 721, siendo el 722 del Código en mención, por las siguientes razones:

Porque es uniforme el dictamen de los dos peritos señores López y González; versa sobre hechos sujetos a la percepción de los sentidos; expusieron su concepto según su arte, profesión y oficio; lo fundamentaron al decir que el traslado era muy fácil, porque no consistía sino en la prolongación de la misma línea. Además deben ser tenidos como expertos en telefonía y electricidad, pues dichos técnicos fueron nombrados, **motu proprio,** por el señor juez de la causa, sin designación previa de las partes, lo cual entraña una presunción de capacidad para conceptuar con autoridad en el problema.

Si el Tribunal no hubiera incurrido en el error de derecho señalado y le hubiera dado al dictamen pericial el valor de plena prueba que le asigna el artículo 722 del C. J., habría concluído que la compañía arrendadora, al no hacer el traslado del teléfono y ordenar en cambio el retiro del mismo, se colocó dentro de las previsiones del artículo 1987 del C. C., lo que habría dado lugar a condenar a la empresa al pago de los perjuicios demandados, pues que el arrendatario tiene derecho a esa indemnización, conforme al texto civil citado. Por lo expuesto, el error de derecho señalado en la apreciación del dictamen, comportó la violación de dicho precepto sustantivo y la sentencia, por este otro aspecto, debe infirmarse.

Tercero. La consideración del Tribunal referente a los reglamentos de la compañía y para el caso de que "un suscriptor devuelva a la empresa

el aparato telefónico por no haberse podido verificar un traslado", es del todo impertinente y peca por error de hecho manifiesto, porque tal evento no se cumplió en el presente caso, sino que lo demostrado en autos, es que el suscriptor pidió el traslado, conservó el aparato, cubrió seis meses de servicio sin utilizarlo, a fin de que la compañía se considerase más obligada a ordenar prontamente el traslado. Lo anterior sólo sirvió, sin embargo, para que la Telefónica desposeyera del teléfono al suscriptor, e incurriera así en las sanciones indicadas en el artículo 1987 del C. C., por el cual, no habiendo sido aplicado por el Tribunal al caso del pleito, quedó indudablemente violado.

La Corte considera:

Acusa la sentencia el recurrente por violación de la ley sustantiva por error de hecho y de derecho en la estimación de las pruebas con las cuales se quiso establecer que Castañeda Moreno se allanó a cubrir los gastos del traslado del servicio telefónico contratado a la nueva residencia.

Sobre este aspecto del problema se encuentran enfrentadas en el expediente dos pruebas contradictorias que es necesario estudiar para determinar la verdad sobre el siguiente punto: el demandante se prestó a cubrir los gastos del traslado del teléfono y su correspondiente línea o no se prestó.

En primer término, aparecen en el expediente las declaraciones rendidas por los testigos Epimenio Guevara y Francisco José Roa, según las cuales Castañeda ofreció cubrir equitativamente el presupuesto que ese traslado demandara, de acuerdo con el límite de su obligación de arrendatario". La segunda, es la copia de una carta dirigida por el propio señor Castañeda al Gerente de la Compañía de Teléfonos, traída a los autos por el actor, en la cual éste mismo dice a la empresa, entre otras cosas, lo siguiente: "...el jefe de traslados e instalaciones, al ser luego por nosotros preguntado telefónicamente y en vista de la demora excesiva, nos contestó que el traslado implicaba un presupuesto de $ 300.00 a $ 350.00, cosa que nosotros no podíamos tomar en serio, porque de tomarlo tendríamos que haber creído que la compañía retardaba y dificultaba deliberadamente el traslado pedido con el objeto de hacernos una indebida e inmoral explotación".

El reglamento de suscriptores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá, traído a los autos en debida forma, dice en su artículo 9º: "Cuando el suscriptor desee el traslado del teléfono a otro lugar, deberá solicitarlo con cinco días hábiles de anticipación y por escrito, indicando claramente la nueva dirección. En caso de que la Empresa acepte el traslado solicitado, el suscriptor deberá consignar con anticipación el valor correspondiente...".

Tenemos, pues, debidamente comprobado en juicio que el señor Castañeda ofreció cubrir un precio equitativo como valor del traslado, pero que al comunicársele por el empleado respectivo el monto del presupuesto, no lo tomó en serio, ni lo aceptó, sino que por el contrario lo rechazó como expresión de una indebida e inmoral explotación de la empresa, según manifestación hecha a la Telefónica en carta de fecha enero 20 de 1941.

La actitud anterior, no era precisamente la que le correspondía asumir al suscriptor en frente de su obligación de consignar por anticipado el valor correspondiente. El suscriptor de un teléfono queda sometido al rigor de cláusulas que no le es posible desconocer, ni siquiera discutir. Es ésta una de las más serias objeciones que se hacen a los llamados contratos por adhesión, que permiten el que empresas que disfrutan de un monopolio o de un gran poder económico impongan al contratante que se ve precisado a usar de sus servicios, una serie de estipulaciones cuyo texto no está sometido a discusión y que, por lo tanto, colocan en una situación de innegable superioridad a quienes las dictan. Dificultad que los tratadistas en muchas ocasiones han buscado solucionar, especialmente en el sentido de interpretar favorablemente al adherente las cláusulas ambiguas o aquellas que por ser accesorias no pudieron ser consideradas, ni siquiera ligeramente en el instante de celebrarse el contrato. Sin embargo, lo anterior apenas ha logrado suavizar un tanto la situación del adherente, pero nunca liberarlo de la sujeción que el solo hecho de realizar el contrato presupone respecto de las cláusulas unilateralmente dictadas por las empresas.

El contratante adherente está sometido a estipulaciones fijas y comunes que no le es posible desconocer. En el caso en estudio, al suspender el pago del teléfono y no allanarse a consignar anticipadamente el valor correspondiente al traslado, el señor Castañeda se colocó en la situación del artículo 22 del reglamento que dice: "Cuando un suscriptor devuelva a la empresa el aparato

telefónico por no haberse podido verificar un traslado, queda eximido del pago del servicio por el término de un mes. Vencido este plazo, el suscriptor deberá solicitar el traslado del aparato a un lugar en donde sea posible su instalación, o deberá continuar pagando el servicio mensual. Si estos requisitos no se cumplen, la empresa se reserva el derecho de disponer del aparato, del número y de la línea correspondiente".

El carácter de suscriptor obligaba al señor Castañeda a cláusulas como la anterior. La equidad de éstas no puede ser materia de discusión en el presente estudio y al sentenciador de instancia sólo correspondía apreciar si a la luz de los hechos aducidos al juicio, la parte demandada había obrado con desconocimiento de los derechos del suscriptor. En el caso presente, la misma manifestación del señor Castañeda revela cómo éste no se sometió al reglamento de la empresa, actitud que movió al Tribunal a fallar en la forma en que lo hizo. Estando establecido por la confesión del actor que éste no se allanó al pago de los gastos del traslado, no se ve el error de hecho en que hubiera podido incurrir el Tribunal al declarar que Castañeda faltó a los reglamentos impuestos por la Telefónica a los suscriptores.

Las anteriores consideraciones son suficientes para rechazar el cargo en estudio.

Segundo. Se acusa la sentencia por error de derecho en la apreciación de la prueba pericial, por cuanto a pesar de sus condiciones que la acreditan como prueba plena, el sentenciador no le reconoció tales efectos.

Dentro de los principios generales que informan el moderno derecho probatorio está el de dar la mayor amplitud posible al convencimiento o persuasión racional del juez en el proceso de avaluar las pruebas, en las controversias judiciales, liberándolo cada vez más de normas invariables que encadenen su criterio.

No se opone a este pensamiento lo establecido en los artículos 721 y 722 del C. J., que dan al dictamen pericial en determinados casos el valor de plena prueba, porque allí se determinaron precisamente las condiciones y requisitos que han de reunirse para que exista tal plenitud probatoria.

La apreciación de si un dictamen pericial está o no fundado, condición ésta que es la esencial de la prueba pericial, queda lógicamente en manos del juez y es "donde tiene oportunidad y manera de justificarse la facultad judicial de apreciación del dictamen de los expertos, aunque sea uniforme y aparezca fundado, para decidirse si está fundado debidamente. Apenas vale advertir que el juicio sobre estas calidades o requisitos del dictamen corresponde exclusivamente al juez, quien las reconoce o niega, para aceptar o negar fuerza probatoria al dictamen de los peritos". (G. J. número..., página ...).

Lo anterior es a todas luces y bajo todos conceptos lógico y comprensible. La crítica que el juez hace de la prueba pericial, que por su naturaleza se encamina a completar la capacidad del juzgador, se dirige siempre a buscar los fundamentos de convicción, que resultarán no sólo de las razones en que se apoya el dictamen, sino también en la calidad de los peritos, cuestiones todas que deja la ley al criterio del juez.

Así, pues, considera la Sala que el Tribunal al rechazar el dictamen pericial practicado en el juicio sobre la posibilidad de la prolongación de la línea telefónica e instalación del servicio en la nueva residencia del señor Castañeda, obró dentro de las atribuciones que para tales casos le otorga nuestro sistema probatorio, "que le concede libertad y arbitrio para aceptar o desestimar esta clase de pruebas, dentro de las reglas de la sana crítica y de la tarifa legal consagrada en nuestra legislación positiva, atribución de que está investido el fallador de instancia cuando a su juicio el dictamen no está debidamente fundado o se establece sobre bases inaceptables o adolece de notorio error". (G. J. 2001, sentencia de 20 de agosto de 1943).

Por lo expuesto, se rechaza el cargo.

Tercero. El tercer cargo del recurrente, respecto a que el Tribunal trae en su sentencia citas pertinentes del reglamento de la empresa relativas a la devolución del aparato telefónico cuando un traslado no ha podido verificarse, la Sala observa que es un cargo sin fundamento, que no puede considerarse, como lo hace el recurrente, como error de hecho. Se encamina tal cita a indicar el trámite que se debe seguir para los traslados en casos de que éstos no puedan realizarse, pero en ningún momento puede seriamente aseverarse que hay error de hecho en la mención de tales reglamentos. El ataque a una sentencia debe hacerse desde puntos delimitados y concretos, con señalamiento de las disposiciones violadas, no pudiendo sostenerse error de hecho por el solo motivo de que un juez de instancia considere algunos

aspectos reglamentarios de un asunto sometido a su decisión.

Por lo expuesto se rechaza el cargo propuesto.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 22 de octubre de 1945, dictada en el juicio ordinario seguido por Ricardo Castañeda Moreno contra "The Bogotá Telephone Company".

Sin costas por no haberse causado.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ESTIMACION DE LA CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

Efectivamente la orden de estimar pericialmente la cuantía no es de darse sino cuando "haya verdadero motivo de duda acerca de este punto" (la cuantía), según el texto del artículo 524 del C. J. De aquí se deduce que, en no habiendo tal motivo, no hay razón para esa orden; pero no puede deducirse que por habérsela dado haya ineludiblemente de concederse el recurso, en indicando el experticio aquella cifra, a pesar de señalar inequívocamente otra el libelo. El error de haber decretado el avalúo sin motivo no puede prevalecer sobre la situación real del proceso, que es a la que debe ajustarse la providencia sobre concesión del recurso.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza).

En el Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín cursó la primera instancia del juicio ordinario incoado por medio de apoderado por el señor Joaquín Ochoa contra el señor Bernardo Mora y otros sobre indemnización de perjuicios, y en la segunda ante el Tribunal Superior de ese Distrito Judicial, donde se cerró con sentencia de 21 de mayo último, contra la cual el apoderado de Mora interpuso casación, recurso que el Tribunal se denegó a conceder por deficiencia de la cuantía en auto de 19 de septiembre, cuya reposición negó en el de 29 de octubre que, por otra parte, ordenó la expedición de las copias oportunamente solicitadas de conformidad con el artículo 513 del C. J., esto es, en la mira de recurrir de hecho el reclamante Mora.

También en oportunidad ocurre efectivamente de hecho ante esta Sala por medio del abogado doctor José J. Gómez R., a quien ha conferido poder especial para ello.

El Tribunal funda su negativa en que el demandante fijó en el libelo inicial del juicio en $ 1.800 la cuantía de éste y el límite de sus pretensiones, por lo cual no es procedente el recurso de casación a la luz del artículo 519 del C. J. Y el recurrente funda su reclamo en que el señalamiento de la cuantía de la acción en el libelo de demanda determina la competencia del juez y la tramitación misma, según aquélla sea mayor o menor; pero deja libre el campo para que a la hora de la casación se establezca el valor de lo contendido y la procedencia o improcedencia del recurso ante dicho artículo 519, comparación hecha con la cifra de $ 3.000 que éste señala; y agrega, como razón adicional para el presente caso, que al interponerse el recurso el Tribunal ordenó avaluar la acción, aplicando el artículo 524 de esa obra, lo que significa duda sobre la cuantía, incompatible con la declaración ulterior de ser ésta precisa desde la iniciación de la causa; de suerte que el decreto de avalúo es hasta una concesión antelada, al menos condicionalmente, en cuanto implica que sólo faltaba para ésta que el avalúo no bajase de la aludida cifra, requisito que se llenó porque los peritos conceptuaron que pasa de los referidos tres mil pesos.

Considerando en primer lugar este último argumento, relativo a circunstancias especiales del caso, es de observarse, que efectivamente la orden de estimar pericialmente la cuantía no es de darse sino cuando "haya verdadero motivo de duda acerca de este punto" (la cuantía), según el texto del citado artículo 524. De aquí se deduce que, en no habiendo tal motivo, no hay razón para esa orden; pero no puede deducirse que por habérsela dado haya ineludiblemente de concederse el recurso, en indicando el experticio aquella cifra, a pesar de señalar inequívocamente otra el libelo. El error de haber decretado el avalúo sin motivo no puede prevalecer sobre la situación real del proceso, que es a la que debe ajustarse la providencia sobre concesión del recurso.

Por tanto, el solo decreto de avalúo, no obstante los términos clarísimos del artículo 524, no justificaría la concesión si, de otro lado, el Tribunal al decidir sobre ella cae en la cuenta de que es algo muy diferente la situación procesal.

Esto quiere decir que el problema se halla en si efectivamente el libelo de demanda fijó la cuantía en forma tal que, limitándola a la cantidad en él señalada, no dejó lugar a duda al respecto ni, consecuencialmente, al recurso.

La demanda solicita que la sentencia haga estas declaraciones: 1ª Que los demandados son responsables de los perjuicios de que el demandante se queja; 2ª Que en consecuencia están obligados solidariamente a pagarle **"la cantidad de mil ochocientos pesos moneda corriente ($ 1.800), suma ésta en que estimo bajo juramento los perjuicios imputables a los demandados"**; 3ª Subsidiariamente que son responsables.... y deben pagar al demandante **la cantidad de mil ochocientos pesos moneda legal, suma en que estimo los perjuicios a que se refiere esta acción;** 4ª Mas subsidiariamente, para el caso de que no se haga ninguna de las anteriores, que se declare que los propietarios de las minas del Zancudo, la Compañía Unida del Zancudo y la Sociedad del Zancudo son responsables solidariamente de los perjuicios a que se refieren las declaraciones anteriores, quedando por lo tanto en la obligación de pagar a mi instituyente (habla el apoderado), dentro del plazo que se les fije, **la expresada cantidad de mil ochocientos pesos, monto a que ascienden dichos perjuicios"**. (Ha subrayado la Corte).

En la sentencia de cuya casación se trata el Tribunal reconoció la acción de perjuicios en favor del actor y a cargo de los demandados que señala en el numeral 1º de su parte resolutiva, cuyos numerales restantes son de este tenor: "2º En consecuencia, los expresados 'Jesús A. Escobar & Cía.' y don Bernardo Mora M. están en la obligación de pagar al señor Joaquín Ochoa, solidariamente, en Medellín, una vez ejecutoriado el presente fallo, la suma de mil quinientos pesos ($ 1.500.00), valor de los perjuicios ciertos a cargo de los demandados. 3º En cuanto al lucro cesante que sufriera el señor Ochoa, se hace la condenación en abstracto, y su cuantía se regulará mediante el artículo 553 del C. J., advirtiéndose que no podrá exceder de trescientos pesos ($ 300.00), suma ésta que, agregada a la condenación de $ 1.500.00 da el monto total de $ 1.800.00 (mil ochocientos pesos) en que fueron apreciados los perjuicios por el demandante. 4º Se niegan las demás peticiones. 5º Sin costas".

Como se ve, el Tribunal conceptuó que la fijación de la cuantía hecha por el demandante en su libelo en la forma que, en busca de precisión, se transcribió aquí textualmente, la que, a mayor abundamiento, se expresa por el actor repetida y uniformemente, contiene una limitación, de manera que al sentenciador no le era dado traspasarla, cualesquiera que fuesen los comprobantes del proceso o, mejor dicho, aunque éstos llegaran a señalar suma más grande, porque una condenación no puede hacerse por más de lo que señale el actor como colmo o máximo de sus aspiraciones, so pena de transgredir principios universales de derecho que nuestra ley de procedimiento no podía menos de consignar (artículo 471 **in fine**) y que nuestra jurisprudencia siempre ha acatado.

Tal justificación de ese concepto pone en evidencia el contraste entre el presente caso y los que se aducen como precedente para la prosperidad del recurso aquí, pues en ellos se contendía sobre ciertos bienes y la demanda había estimado la acción en forma de entenderse que esto se encaminaba tan sólo a determinar a la vez la competencia del juez a quien se dirigía y la tramitación que había de darse al pleito, precisando desde luego que se trataba de un juicio de mayor cuantía y no limitando el precio de las cosas discutidas; de aquí dedujo entonces la Sala que esa estimación no era limitativa de la acción misma y que, por ende, habiendo en el proceso datos que obligaban a suponer la posibilidad y aun probabilidad de alteración o diferencia en el precio de los bienes, con el consecuencial motivo de duda ocurría la aplicación del citado artículo 524. De ahí que, separándose la Sala, no sin voto disidente, de jurisprudencia hasta entonces sostenida, diese cabida al decreto de avalúo y con él, en el evento de avalúo por la cantidad legalmente necesaria al efecto, a la concesión del recurso. Tal se lee en la providencia de 14 de diciembre de 1945 publicada en el Tomo LIX de la GACETA JUDICIAL, páginas 852 y 854.

Contrasta, repítese, una estimación de la cuantía en esa forma y en pleito de esa clase, con la que aquí se ha hecho, tanto por la manera como reiteradamente se redactó en la demanda, cuanto por versar ésta sobre una prestación personal concretada inequívocamente en una suma de dinero cuya cifra indica el demandante en términos tales que, como advirtió el Tribunal en su fallo y aquí queda visto, constituyen una valla intraspasable.

Así pues, no es tan sólo que por pronunciar la demanda una cifra cierta como cuantía ocurra

pensar si cabe o no dudar sobre ésta a la hora de la casación, sino que, dado lo antedicho, el actor trazó un límite a sus pretensiones a cargo del reo, el que, por lo mismo, no podría ser condenado a más aunque las probanzas acreditasen suma más alta en favor de aquél.

Por lo expuesto, se declara bien denegado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia pronunciada en este juicio en segunda instancia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en cuyo conocimiento se pondrá la presente providencia, de acuerdo con el artículo 514 del C. J.

Notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Emilio Prieto H., Off. Myr.

ACCION DE DOMINIO—INSPECCION OCULAR.—CERTIFICADO DEL REGISTRADOR A QUE ALUDE EL ARTICULO 635 DEL CODIGO JUDICIAL

1.—La prueba de inspección ocular o reconocimiento judicial, reglamentada en el Capítulo IX, Título XVII, Libro II del Código Judicial, se realiza, a solicitud oportuna de las partes o de oficio para mejor proveer, con el objeto de examinar las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate a fin de juzgar con más acierto, y se hace por el Juez, acompañado de peritos cuando la naturaleza más o menos técnica de las cosas exija la intervención de expertos, o simplemente asociado de dos testigos si el reconocimiento no exigiere especiales conocimientos o prácticas profesionales. La inspección ocular es un medio probatorio que permite al Juez ponerse en relación directa con las cuestiones que se pretende demostrar pericial o testificalmente, dándole ocasión y manera de realizar observaciones personales respecto de los hechos y circunstancias litigiosos que le sirván de orientación y base para sentenciar acertadamente, las cuales, consignadas en el acta, hacen plena prueba. No autoriza la ley la inspección solitaria del Juez. La presencia de los testigos, cuando no es necesaria la intervención pericial, en la práctica de esta prueba, aunque su mérito se vincule especialmente a las observaciones personales del Juez, no es una formalidad de que pueda prescindirse, sino un requisito esencial, porque es indudable que la ley ha querido de este modo controlar las actividades y juicios probatorios del Juez para excluír su arbitrariedad con la observación y apreciación que junto con él hagan los testigos que también deben autorizar con su firma el acta de la diligencia.

2.—En numerosas decisiones y de modo uniforme ha sostenido la Corte que para el ejercicio de la acción de dominio no se requiere la exhibición del certificado a que se refiere el artículo 635 del Código Judicial, porque esta especie de controversias no está destinada a demostrar la validez de sucesivas transferencias de la propiedad de la finca reivindicada en lapso mayor de treinta años, sino a confrontar el título del actor con el del demandado, o con la posesión que éste alega, para decidir en cada caso y sólo con efecto entre las partes litigantes, cuál de esas situaciones debe respetarse por ser jurídicamente prevaleciente.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 3º Civil del Circuito de Barranquilla, en libelo que lleva fecha 20 de octubre de 1944, Rafael Castro Salcedo, en su propio nombre, demandó a Julio R. Páez en acción ordinaria de reivindicación para que se le condene a restituírle con sus frutos el inmueble de su propiedad "ubicado en la banda norte de la carrera del Rosario, hoy Olaya Herrera, entre las calles Ayacucho y D del barrio Colombia, y comprendido dentro de los siguientes linderos y dimensiones: diez metros treinta centímetros de frente, o sea de oriente a occidente; por cuarenta y siete metros con diez centímetros de fondo, o sea de norte a sur, y linda: por el norte, con predio que es o fue de Nicolás del Vecchio P.; por el sur, linda con la carrera del Rosario o Avenida Olaya Herrera; por el este, con predio que es o fue de Nicolás del Vecchio P., y por el oeste, con predio que es o fue del mismo Nicolás del Vecchio P."

En los hechos fundamentales de su acción explica el demandante que es dueño del lote que singulariza en su demanda por haberlo comprado a José Márquez Arias según escritura pública número 1673 del 3 de octubre de 1942, otorgada en la Notaría 3ª de Barranquilla, quien, a su turno lo había comprado, junto con otros lotes de la urbanización Colombia, a Nicolás del Vecchio P. según escritura número 583 del 10 de junio de 1936 de la Notaría 2ª del mismo Circuito de Ba-

rranquilla. Afirma asimismo el actor que hasta la fecha no ha podido ejercitar el dominio sobre el referido lote porque el demandado Pérez lo ocupa sin título alguno, "pues el derecho de propiedad que pueda tener sobre otros lotes adyacentes, no lo faculta para ejecutar tales actos lesivos del derecho de propiedad ajeno".

Julio Roberto Páez, al contestar la demanda, acepta que posee el lote número 11 del bloque D, singularizado en la demanda, como dueño que es por haberlo comprado a José Catalino Márquez según escritura pública número 809 del 11 de junio de 1940, en la Notaría 1ª de Barranquilla, confirmada por escritura número 954 del 31 de julio de 1941 de la misma Notaría.

Desarrollado sobre estas bases el litigio, el Juzgado del Circuito lo decidió en primera instancia en sentencia de 16 de abril de 1945, denegando los pedimentos de la demanda, con el fundamento en que el actor no justificó plenamente su derecho de dominio por no haber aducido el certificado de que habla el artículo 653 del C. J. y por no haber demostrado que el lote que quiere reivindicar es el mismo que posee el demandado.

Sentencia acusada

La sentencia que se acusa ante la Corte, de fecha 3 de diciembre de 1945, se produjo por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla al final de la segunda instancia a que dio lugar la apelación interpuesta por el demandante contra la sentencia del Juzgado, la que fue revocada para condenar en su lugar, al demandado, a restituír al actor el inmueble determinado en su demanda de reivindicación.

Los fundamentos del fallo consisten, en resumen, en que el demandante Castro ha demostrado, aduciendo al efecto el título correspondiente (escritura número 1673 del 3 de octubre de 1942, Notaría 3ª de Barranquilla), su derecho de propiedad sobre el inmueble que singulariza en su demanda por dimensiones y linderos como el lote número 11 del bloque D de la Urbanización Colombia, comprado a José Catalino Márquez Arias, el cual, como se acreditó con la inspección ocular practicada con intervención de las partes en la segunda instancia, es el mismo poseído por el demandado Julio Páez. Y como éste ha sostenido que es dueño por haberlo comprado al mismo Márquez Arias, estudia el Tribunal los títulos escriturarios en que funda su derecho (escrituras 809 de 11 de junio de 1940 y 954 de 31 de julio de 1941), y llega a la conclusión, después de confrontarlos con el del actor, que el solar vendido por Márquez a Páez en la escritura 809, por las sustanciales diferencias de medidas y linderos que advierte, no es el mismo lote 11 del bloque D, comprado por Rafael Castro al mismo Márquez por escritura número 1673 del 3 de octubre de 1942, objeto de la acción revindicatoria.

El recurso

El recurso de casación, oportunamente interpuesto por el demandado Páez contra la sentencia definitiva de segunda instancia, se apoya en la primera de las causales legales del artículo 520 del C. J. y en él se formulan los siguientes cargos:

a) Violación de los artículos 946 y 952 del C. C. y 593, 724, 727, 730 del C. J. como consecuencia de los errores de hecho y de derecho en que incurrió el Tribunal en la apreciación de la diligencia practicada por el Magistrado sustanciador en la segunda instancia, para concluír que con ella se demostraba plenamente la identidad del bien que es materia de la reivindicación con el que posee el demandado, requisito esencial para la prosperidad de una acción de dominio. El error de derecho consistió, al decir del recurrente, en considerar y valorar como prueba de inspección ocular esa diligencia, que el mismo Tribunal acepta que "no se practicó como lo manda la ley", porque esa especie de reconocimiento hecho por el solo Magistrado sin intervención de peritos ni testigos no está autorizada por la ley como medio probatorio y carece, por consiguiente, de todo mérito demostrativo; y el error de hecho, en aceptar que en esa diligencia se llevó a cabo la identificación del solar reivindicado con el poseído por el demandado cuando en el acta no aparece que se hubiera hecho el proceso de confrontación de linderos y medidas que era necesario para deducir la identidad de los inmuebles.

Considera la Sala:

La prueba de inspección ocular o reconocimiento judicial, reglamentada en el capítulo LX, título XVII, libro II del C. J., se realiza, a solicitud oportuna de las partes o de oficio para mejor proveer, con el objeto de examinar las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate a fin de juzgar con más acierto, y se hace por el Juez, acompañado de peritos cuando la na-

turaleza más o menos técnica de las cosas exija la intervención de expertos, o simplemente asociado de dos testigos si el reconocimiento no exigiere especiales conocimientos o prácticas profesionales. La inspección ocular es un medio probatorio que permite al Juez ponerse en relación directa con las cuestiones que se pretende demostrar pericial o testificalmente, dándole ocasión y manera de realizar observaciones personales respecto de los hechos y circunstancias litigiosos que le sirvan de orientación y base para sentenciar acertadamente, las cuales, consignadas en el acta, hacen plena prueba. No autoriza la ley la inspección solitaria del Juez. La presencia de los testigos, cuando no es necesaria la intervención pericial, en la práctica de esta prueba, aunque su mérito se vincule especialmente a las observaciones personales del Juez, no es una formalidad de que pueda prescindirse, sino un requisito esencial, porque es indudable que la ley ha querido de este modo controlar las actividades y juicios probatorios del Juez para excluír su arbitrariedad con la observación y apreciación que junto con él hagan los testigos que también deben autorizar con su firma el acta de la diligencia.

No se ajustó ciertamente a estas exigencias legales la práctica de la inspección ocular pedida por el apoderado del actor en la segunda instancia, en el lote número 11 del bloque D de la urbanización Colombia, materia de la reivindicación, con el objeto de establecer su identidad con el poseído por el demandado, porque se decretó y se realizó, aunque con intervención de las partes litigantes, por el Magistrado sustanciador solamente, sin acompañamiento de peritos ni de testigos, como lo exige la ley. Sin embargo, esta inobservancia de un requisito legal que le resta a la diligencia la calidad y mérito de inspección ocular dando así margen al error de derecho a que alude el recurrente, no incide realmente en la decisión del litigio porque prescindiendo de esta prueba la solución no puede variar, pues el hecho de la identidad del solar que singulariza la demanda con el que posee el demandado, es cuestión o punto que por no haber sido controvertido en el proceso, como que fue aceptado por Páez al contestar la demanda, debe ser aceptado como una verdad establecida para la decisión del negocio. El pedimento de la prueba obedeció seguramente a la circunstancia de que el Juez del Circuito, olvidando que según el sistema dispositivo o de contradicción que rige nuestro procedimiento los hechos aceptados por los litigantes se reputan como verdades fundamentales, basó su decisión absolutoria, como se vio, en que el actor no demostró la identidad a que se alude, cuando sobre este particular no hubo divergencia al trabarse la litis. En efecto; afirma el demandante en el hecho segundo de su demanda que el día 3 de octubre de 1942, fecha de la escritura en que José Catalino Márquez Arias le vendió el lote 11 del bloque D, descrito en la demanda de reivindicación, el solar era de propiedad de su vendedor y por tanto lo adquirió legítimamente por compra, y contesta el demandado: "Lo niego. Para esa fecha era yo, como lo soy hoy, dueño del lote número 11, el cual poseo desde junio de 1940. Si alguien lo vendió al demandante, le vendió cosa ajena". En la respuesta al hecho 4º reitera Páez, en la misma forma categórica, que es poseedor legal y material del lote que se quiere reivindicar por habérselo comprado a Márquez Arias. Como se ve, el punto controvertido y sujeto a decisión judicial es a cuál de los dos vendió Márquez el solar contestado, pues ambos vinculan a él sus encontradas pretensiones de dominio, coincidiendo completamente en el objeto.

No tiene, por lo visto, ninguna trascendencia el cargo que se vincula a mala apreciación de la diligencia de inspección ocular porque la equivocada práctica de esa prueba no fue vía conducente a la violación de ley sustantiva, fuera de que en el acta correspondiente puede hallarse, como prueba independiente de la inspección, declaraciones categóricas del demandado Páez, expresamente autorizadas por él, acerca del hecho de que está en posesión del lote número 11 del bloque D de la urbanización Colombia, que es el mismo singularizado en la demanda.

La situación procesal probatoria que acaba de describirse en torno del aludido tema de la identidad de los inmuebles, excluye asimismo la posibilidad del error de hecho a que se refiere el recurrente en la estimación de la diligencia de la llamada inspección ocular, a más de que el cargo, en la forma que se hace de análisis crítico de la prueba para deducir su insuficiencia, no es propiamente una imputación de esta especie de error, que en técnica de la casación no podría ser sino la afirmación del hecho cuya inexactitud resulta manifiesta a la luz de la misma probanza, esto es, que del acta de la propia diligencia aparece de modo manifiesto que el solar singularizado en la demanda de reivindicación es diferente del po-

seído por Julio Roberto Páez. No es lo mismo, en el lenguaje de casación, insuficiencia de prueba y error de hecho.

Por lo expuesto se rechaza el primer cargo.

b) "Al condenar el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla a mi poderdante —dice la demanda— a restituír al demandante el inmueble de la demanda, con fundamento en que 'las medidas y los linderos no corresponden al lote reclamado por el señor Castro S.', según frase textual de la sentencia, y omitir el estudio de la titulación del actor y la consideración de esa titulación para fundamentar el fallo, incurrió en error de derecho y de hecho, y como consecuencia de ese error violó los artículos 1757, 762, inc. 2º, 946 y 950 del C. C. y 593 del C. J." "Lo que el Tribunal debería haber estudiado —añade el recurrente— no era, si los linderos de los títulos presentados por Páez corresponden o no al lote que reclama Castro S., sino si los títulos que presenta Castro S. se refieren al lote de terreno que posee Páez, porque corresponde al demandante probar su derecho de dominio sobre el bien que es objeto de la acción reivindicatoria". Afirma el recurrente, al final de este cargo, que por no haber demostrado el reivindicante la suficiencia de su título al tenor del artículo 635 del C. J., no probó su dominio sobre el lote contestado, pues ha podido vender ese inmueble y en tal caso no tendría la calidad de dueño al iniciar la acción reivindicatoria".

Considera la Sala:

En primer término se advierte que la afirmación en que fundamentalmente se hace reposar el cargo, de que el fallo del Tribunal es omiso en lo referente al estudio y consideración del título aducido por el demandante, no corresponde a la realidad, porque la sentencia, como se vio al hacer la síntesis de su motivación, tuvo en cuenta, primeramente, la prueba que de su dominio adujo el actor sobre el lote descrito en su demanda, y después de establecer la identidad de este inmueble con el poseído por el demandado Páez, pasó a analizar los títulos por éste aducidos en su defensa, llegando a la conclusión de que el solar comprado por Julio Roberto Páez a Márquez Arias en la escritura número 809 del 11 de junio de 1940, de la Notaría 1ª de Barranquilla, es distinto del lote número 11 del bloque D de la urbanización Colombia, determinado en la demanda, vendido por Márquez al demandante en escritura número 1673 del 3 de octubre de 1942.

Este planteamiento de la cuestión litigiosa y la manera como la considera la sentencia recurrida corresponde exactamente a las bases y desarrollos del pleito. Si el demandado hubiera comparecido al juicio reivindicatorio alegando propiedad o mera posesión del bien reivindicado con procedencia distinta de la de su demandante, tendría razón el recurrente cuando afirma que el Tribunal debió averiguar solamente si los títulos del actor correspondían al inmueble poseído por el demandado, amparado por la presunción de su posesión anterior, y no si los de éste singularizan una propiedad diferente. Pero habiendo limitado su defensa, como se vio, a la afirmación de que el solar que Castro S. reivindica por haberlo comprado a José Celerino Márquez es de su propiedad porque él se lo había comprado antes, no hay base para afirmar que el sentenciador se equivocara al confrontar los títulos para deducir si realmente el demandante había comprado un lote que ya pertenecía al demandado por virtud de una enajenación anterior. Por lo demás, siendo evidente la divergencia de medidas y linderos que el Tribunal anotó en relación con los aludidos títulos escriturarios, no se ve el error de hecho que al respecto le imputa el recurrente, ni tampoco se advierte ninguna equivocación en el justiprecio del mérito que legalmente corresponde a tales pruebas instrumentales.

Finalmente, por lo que respecta al reparo que se hace consistir en no haber probado el demandante la suficiencia de su título en los términos del artículo 635 del C. J., basta recordar que esta Sala en numerosas decisiones y de modo uniforme ha sostenido que para el ejercicio de la acción de dominio no se requiere la exhibición del certificado a que se refiere esta disposición, porque esta especie de controversias no está destinada a demostrar la validez de sucesivas transferencias de la propiedad del bien reivindicado en lapso mayor de treinta años, sino a confrontar el título del actor con el del demandado, o con la posesión que éste alega, para decidir en cada caso y sólo con efecto entre las partes litigantes, cuál de esas situaciones debe respetarse por ser jurídicamente prevalente.

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 Barranquilla el 3 de diciembre de 1945, 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. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INFLUENCIA DE LA DECISION DADA EN JUICIO PENAL SOBRE LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS PROMOVIDA EN JUICIO CIVIL

La acción civil sobre resarcimiento de perjuicios por un hecho que es materia de proceso criminal queda sujeta a éste. El legislador, buscando entre otros fines el de evitar sentencias contradictorias y obedeciendo a poderosas razones que miran a la unidad de investigación y procedimiento sobre aspectos y consecuencias de un mismo hecho que, no por diferentes entre sí desde varios puntos de vista, dejan de tener unidad de fuente, procura y aun ordena la conjunción de las dos acciones, la pública y la privada, y facilita el ejercicio de ésta dentro de la causa en que aquélla se ventila, bien que se haya objetado como intromisión estorbosa a la justicia penal esa intervención de los particulares. Esa sujeción del proceso civil al penal está ordenada por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, cuya violación induce a casación del fallo en contrario.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La señora Araceli Martínez, en su calidad de cónyuge sobreviviente del señor Domingo Neira, demandó al Municipio de Bogotá para que, como civilmente responsable de la muerte de este señor, se le condene a indemnizar los perjuicios morales y materiales que a ella causó esa muerte, acaecida porque el 10 de marzo de 1942, en la calle 12 de esta ciudad, entre las carreras 9ª y 8ª, el motorista Alberto Forero, empleado del Municipio, con la motocicleta de éste que en ese momento conducía, atropelló a Neira con violencia tal que ese mismo día falleció a consecuencia de ese golpe. Subsidiariamente formula esa súplica en favor de la sucesión de Neira, representada por la demandante, su viuda.

Correspondió el conocimiento al Juzgado 3º Civil de este Circuito, donde, tramitada la instancia, se dictó sentencia absolutoria, sin costas, el 8 de septiembre de 1944, fundada principalmente en la falta de ciertas pruebas. Apelada por el abogado actor, el Tribunal, sustanciada la segunda instancia, la desató revocando aquel fallo y declarando al Municipio responsable de los perjuicios aludidos, a cuyo pago lo condenó en favor de la demandante, así: $ 2.000 como valor de los morales subjetivados únicamente, porque no halló objetivados de esta clase, y los materiales, tal como se fijen de acuerdo con el artículo 553 del C. J.

El Personero Municipal interpuso casación. Concedido y admitido el recurso, lo fundó en su término el Procurador Delegado en lo Civil, cuya demanda contestó el abogado opositor. En la oportunidad de sentenciar, a ello se procede.

El Tribunal se funda en estar probado el accidente y la calidad de empleado del Municipio en el motorista Forero, así como el matrimonio de la actora con el occiso y la situación de desamparo en que ha quedado con su muerte, tanto en su propia persona como por lo que respecta a sus hijos, que fueron diez, cinco de ellos aún menores.

La demanda de casación formula varios cargos, de los cuales prospera uno, bastante a invalidar el fallo recurrido, por lo cual se prescinde de los restantes, de acuerdo con el artículo 538 del C. J.

Ese cargo es el de violación, por no haberse aplicado u obedecido, del artículo 11 del C. de P. P. en su inciso 2º, que dice: "Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en la misma pudiere influír en la solución de la controversia civil o administrativa, ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable". La acusación se complementa con la de error en la apreciación, por haberla pasado por alto, de la prueba que acredita que la Inspección 4ª de Circulación y Tránsito inició sumario contra Forero como autor de la muerte de Neira y que las diligencias sumarias respectivas las remitió el Juez 3º del Cir-

cuito en lo penal a quien correspondieron en repartimiento, y que, según certificación de aquel funcionario, se ignora qué decisión definitiva haya recaído y hasta si se ha pronunciado.

El recurrente sostiene que, en vista de esta prueba y de la influencia incuestionable de aquella decisión sobre la controversia civil, con no suspenderse ésta sino antes bien haberla adelantado y aun dictado sentencia definitiva en ella, se violó la disposición legal transcrita.

Se considera:

La reforma penal introducida por las leyes hoy vigentes tanto en lo sustantivo cuanto en lo adjetivo (la 95 de 1936 y la 94 de 1938, respectivamente, Código Penal y Código de Procedimiento Penal), testifica marcado empeño en que cese la separación entre las acciones pública y privada, a fin de que en un mismo proceso se ventile y en una misma sentencia se decida lo atañedero al delito o infracción en sí y lo referente a la reparación a que haya lugar. De ahí las prevenciones sobre que los damnificados se constituyan parte civil en el proceso penal y la orden al Agente del Ministerio Público de que allí atienda a la reparación coadyuvando la gestión de los damnificados y aun procediendo de suyo cuando ellos no intervienen. La sentencia condenatoria debe proveer a la reparación en forma completa, inclusive, por tanto, señalando su cuantía. Cuando los damnificados no se han hecho parte civil, pueden ulteriormente discutir el monto ante el juez civil, sin lugar ya a discusión, dentro del supuesto de sentencia penal condenatoria, ni sobre la existencia del hecho mismo, ni sobre la responsabilidad del sindicado.

Si los interesados no se han hecho parte civil y los funcionarios no han cumplido su mencionado deber y la sentencia condenatoria no ha atendido, por lo mismo, a la reparación, no siendo jurídico derivar de esas omisiones la pérdida de este derecho, queda abierto a los damnificados el campo para hacerlo efectivo ante el juez civil. De esto es ejemplo el juicio de Felipe Negrete contra Andrés Lenes, seguido en primera instancia en el Juzgado Civil del Circuito de Lorica y en la segunda en el Tribunal de Cartagena y fallado en casación por esta Sala en sentencia de 21 de octubre de 1946, no publicada aún en la GACETA JUDICIAL.

Los precedentes conceptos se deducen de las siguientes disposiciones, de que puede decirse son resumen o extracto, a saber:

a) Del C. de P. P., el artículo 24, que ordena al damnificado ejercer la acción civil en el proceso penal y al Agente del Ministerio Público cooperar con aquél en lo tocante a la indemnización o intervenir a este fin por sí solo cuando aquél no se hace parte; el artículo 25, que permite al damnificado, en este último evento, ejercer su acción civil ulteriormente sobre la base de sentencia penal condenatoria, en las circunstancias allí previstas; el artículo 112, que autoriza a las personas perjudicadas por el delito para constituírse parte civil en ejercicio de la acción civil dentro del proceso penal, tal como queda ya expresado, y el artículo 113, que señala término y oportunidad al efecto, y el artículo 559, que, en su caso, confiere a la parte civil el derecho de recurrir en casación;

b) De la Ley 4ª de 1943, los artículos 24 y 25, que proveen al avalúo pericial de los daños y perjuicios, si fuere solicitado por alguna de las partes, y

c) Del Código Penal: el artículo 92, según el cual toda sentencia condenatoria por infracción de que resulten perjuicios ha de imponer al responsable la obligación de indemnizarlos y fijar su cuantía, y el 93, que ordena al Fiscal coadyuvar con la parte civil a tal fin o, cuando no la hubiere, proveer a ello de suyo. Es de recordarse que el citado artículo 24 dispone en su inciso 2º: "En todo caso en que de la infracción resultaren perjuicios civiles, el Agente del Ministerio Público dará cumplimiento al artículo 93 del Código Penal".

Como se ve, la situación de la acción civil sobre resarcimiento de perjuicios por un hecho que es materia de proceso criminal, es de dependencia que llega a sujeción. El legislador, buscando entre otros fines el de evitar sentencias contradictorias y obedeciendo poderosas razones que miran a la unidad de investigación y procedimiento sobre aspectos y consecuencias de un mismo hecho que, no por diferentes entre sí desde varios puntos de vista, dejan de tener unidad de fuente, procura y aun ordena la conjunción de las dos acciones, la pública y la privada, y facilita el ejercicio de ésta dentro de la causa en que aquélla se ventila, bien que se haya objetado como intromisión estorbosa a la justicia penal esa intervención de los particulares.

Por aquella dependencia o sometimiento puede ocurrir que a las veces prácticamente quede indefinidamente procastinada y aun eludida la reparación, y hasta que constituya aliciente al descuido en el ejercicio de actividades peligrosas que nunca o casi nunca por los daños que causen determinan condena penal, al paso que en el temor de sanción pecuniaria por condena civil es de hallarse freno eficaz y prenda de moderación y propia vigilancia en quien tales actividades ejercita.

Sea de todo ello lo que fuere, el hecho decisivo para el juzgador es que el nuevo régimen aquí resumido es el que consigna la ley, de la que no puede sustraerse ni apartarse. Si desgraciadamente, por las circunstancias peculiares de nuestro medio y de nuestras dificultades en la administración de justicia, particularmente en lo penal, ese nuevo régimen condujere a frustrar el derecho a indemnización, acerca de lo cual en el Código de Procedimiento de ese ramo resaltan los artículos 11 y 28, el legislador aplicará el remedio con tanta mayor prontitud cuanto más claramente el mal se evidencia, sin que la mera contingencia de que tal ocurra autorice al sentenciador a algo distinto de cumplir cada día las leyes a la sazón vigentes.

La finalidad y fundamentos de este juicio obligan a reconocer como indudable la influencia sobre su decisión de la que cierre la causa criminal mencionada, sea condenatoria o absolutoria. Esto impone la invalidación de la sentencia recurrida, por no haber aplicado el artículo 11 transcrito, y su reemplazo por la que surge de su acatamiento, esto es, que declare la excepción consecuencial; pero, como ésta no es exhaustiva y el Juzgado entró en el fondo y absolvió, el fallo de primera instancia no es de confirmarse.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, casa la sentencia pronunciada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá el cinco de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y reformando la del Juzgado 3º Civil de este Circuito de ocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, falla este pleito así: declárase probada la excepción de petición antes de tiempo o de un modo indebido.

Sin costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

INFLUENCIA DE LA DECISION DEL PROCESO PENAL SOBRE EL PROCESO CIVIL EN EL JUICIO REFERENTE A REPARACION DE PERJUICIOS

De conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, el juicio civil sobre reparación de perjuicios por culpa en caso de responsabilidad ha de suspenderse hasta que sea decidido el proceso penal, como lo tiene resuelto ya la jurisprudencia de la Corte en varios fallos. La condena al sindicado como responsable de la infracción hace que no pueda ponerse en duda en el juicio civil ni su responsabilidad ni la existencia del hecho (C. de P. P., artículo 29), al paso que la sentencia favorable o el consentimiento del imputado no dejan proponer la acción civil cuando se fundan en que la infracción no se ha realizado o aquél no la ha cometido u obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

La Sra. Benigna Rubio de Charry, en nombre propio como viuda del Sr. Abel Joaquín Charry Galindo y en representación de la menor Rosabel Charry Rubio, hija del aludido matrimonio, demandó por medio de apoderado a la sociedad Naviera Colombiana para que les indemnice los perjuicios morales y materiales que les causó la muerte del señor Charry acaecida por haber sido atropellado el automóvil en que éste viajaba por el de aquella compañía que manejaba su empleado Alfredo Torres, de Honda a Caracolí el 22 de octubre de 1939.

El Juzgado 1º Civil del Circuito de Medellín, por ante el cual se surtió la primera instancia, la decidió el 30 de septiembre de 1943 decretando la indemnización demandada y remitiendo a las partes al artículo 553 del C. J. para la fijación del monto.

Por apelación de ambas se surtió segunda instancia en el Tribunal Superior de Medellín, quien en sentencia de 14 de noviembre de 1945 revocó la del Juez y en su lugar declaró probada la excepción de petición antes de tiempo.

El abogado demandante interpuso casación, recurso que, concedido por el Tribunal y admitido por la Corte, se decide hoy después de recibir su restante tramitación legal.

El Juzgado encontró probada la muerte de Charry por culpa de Torres, así como que éste era empleado de la compañía demandada en su servicio en el momento del accidente, y de otro lado, la mencionada vinculación de la señora y su hija con el occiso y los perjuicios causados a ambas con dicha muerte. El Tribunal no entró en el fondo, porque en su sentir se lo impedía la circunstancia de estarse siguiendo causa criminal contra Torres por el homicidio referido y de ignorarse el resultado de esa causa y disponer el C. de P. Penal en su artículo 11 que en tal evento, habiendo de influír ese fallo en la solución de la controversia civil, como es el caso, "ésta se suspenderá, salvo disposición legal en contrario, hasta que se pronuncie auto de sobreseimiento o sentencia definitiva irrevocable". Encontró en ello y, de acuerdo con el artículo 343 del C. J., declaró probada la excepción de petición antes de tiempo y revocó la sentencia del Juez.

El abogado demandante aduce en casación los motivos 1º y 2º del artículo 520 de esta obra.

El motivo 2º es procedente cuando la sentencia no está en consonancia con las pretensiones oportunamente deducidas por los litigantes. Coincide su redacción con la del artículo 471 de ese Código **in fine**. Corresponde, como es sabido y repetidamente lo ha dicho la Sala a un fallo **ultra** o **extra petita** o que deja de decidir alguna de las acciones o excepciones propuestas; pero no cuando el sentenciador no ha podido entrar a conocer en el fondo porque alguna excepción de esta clase se lo veda, que es lo que aquí sucede.

En esta situación, y sin perjuicio de que en su caso, que no es el presente, tampoco, se invoque

el motivo 7º de dicho artículo 820, la acusación debe encaminarse a destruír el obstáculo o, más claramente, a demostrar que no existe la excepción que el Tribunal encontró y que, por lo mismo, debe entrarse en el fondo del asunto. A esta finalidad se encamina en sus capítulos respectivos el alegato de casación.

Por lo dicho, ha de rechazarse el motivo 2º y entrarse en el estudio del 1º.

En lo relativo a éste ese alegato contiene dos partes distintas, encaminada la primera a demostrar que la referida excepción no existe y que, por ende, ha de conocerse y decidirse en el fondo, finalidad primordial, como acaba de decirse, y encaminada la segunda a sostener la acción incoada y a acusar por quebranto de las disposiciones legales que la consagran, no aplicadas unas y mal interpretadas otras, ya de suyo, ya por efecto de error en la apreciación de pruebas.

La clave del recurso y del pleito está en si el citado artículo 11 ha de producir o no el efecto ya visto, esto es, el de impedir la prosecución de esta causa hasta que esté decidida esotra.

Es de observarse que el recurrente no reclama porque la actual legislación penal procure la conjunción de las acciones penal y civil en razón de tener una misma fuente ambas, la pública y la privada, sino que no es bien pensar en ello cuando la responsabilidad es indirecta, esto es, cuando la acción civil sobre reparación se ejercita contra persona distinta del causante del daño, la que no interviene en el proceso penal; de suerte que el resultado final de éste no tiene por qué esperarse para adelantar y decidir un juicio civil entre personas distintas del procesado. Y agrega que si la sentencia en lo penal ha de reputarse con alcance contra esa persona distinta que no ha intervenido en el proceso, se peca contra el precepto constitucional según el cual nadie puede ser vencido sin haber sido oído, así como contra los principios de derecho universal a que se ajustan disposiciones legales expresas, como la del C. J. en su artículo 474.

Es verdad que la responsabilidad indirecta recae sobre persona distinta del autor del acto u omisión, como acontece, según el artículo 2347 del C. C. respecto de padres, guardadores, empresarios en relación con hijos, pupilos y dependientes; pero esto no puede significar nadá que deje de hacer indispensable la relación de causa a efecto que hay entre la culpa, sea delictual o meramente civil, y la responsabilidad, quien quiera que sea la persona sobre la cual haya ésta de recaer. En otras palabras: para poderse pensar en responsabilidad, lógicamente es preciso pensar ante todo en una culpa que la produzca, que la genere, de donde se deriva. La culpa es la base **sine qua non**, la razón de ser de la responsabilidad. La cuestión sobre quién ha de llevarla es de detalle más o menos trascendental, pero en todo caso distinto de eso que es lo intrínseco. Por tanto, lo atienente, v. gr. a si un tercero ha de pagar indemnización, no es tema que pueda desligarse de lo atañedero a la culpa, ni es posible prescindir de lo relativo a ésta para debatir sobre responsabilidad, la que, sea directa o indirecta, es consecuencial de una culpa.

En tal virtud, no puede decirse que sea ajeno al presente pleito lo tocante al acto de Torres, en atención a que el demandado aquí no es él sino la empresa en que trabajaba, porque precisamente ha de establecerse que el hecho de Torres es culposo para poderse producir por esa causa la responsabilidad, que es efecto, y es después de hallada la culpa y esa consecuencia suya que es la responsabilidad, cuando cabe hacer ésta efectiva, ya directamente sobre Torres, ya indirectamente sobre la empresa de que era empleado.

No es, pues, aceptable la inconducencia del citado artículo 11 por el hecho de no ser Torres sino la Compañía el demandado en el juicio civil y de ser sólo Torres y no ella el procesado en la causa penal, porque, repítese, demandándose el pago de indemnización por virtud de ser el demandado responsable, hay que saber si lo es, y para esto es indispensable y primordial saber que hay culpa, lo que vale como decir que debe esperarse al resultado del proceso en que se establecerá que hay culpa, antes de lo cual se carece de esta base necesaria para decidir sobre la indemnización.

Apenas habrá que advertir, por estar sobradamente insinuado, que en este expediente hay constancia de que el accidente mencionado fue materia de inmediata investigación cuyas diligencias pasaron al respectivo Juzgado en lo penal, quien ha de sentenciar si Torres cometió el delito de homicidio y en qué grado, etc.; y que aquí se ignora cómo terminará esa causa y hasta si terminó o no. Tal, en suma, el fundamento de la sentencia recurrida.

El artículo 11 comienza en su inciso 2º planteando este supuesto: "Si se iniciare la investigación criminal y el fallo que corresponda dictar en

la misma pudiere influír en la solución de la controversia civil o administrativa...", y en tal supuesto ordena suspender esta controversia, tal como se vio al transcribirlo en el miembro restante del mismo inciso 2º, o sea hasta que se pronuncie sobreseimiento o sentencia definitiva.

El Tribunal encontró que concurren, como efectivamente es el caso, todos los elementos de aquel supuesto, y consecuencialmente vio que no podía adelantarse esta causa antes de saberse el final de aquélla.

Nada decidió, ninguna opinión anticipó sobre si hay culpa delictual o meramente civil en la conducta de Torres, ni sobre si su vinculación con la Compañía hace a ésta responsable, en el evento de ser afirmativa la decisión sobre culpa. Por tanto, los cargos restantes de la demanda de casación, es decir, los referentes a quebranto de las disposiciones legales relativas a la acción misma por no haberse acogido, esto es, por no haberse decretado la indemnización, no pueden ser materia de estudio, manteniéndose en pie, como se mantiene, en fuerza de las consideraciones anteriores, el concepto de que es prematura la demanda.

Múltiples variantes pueden presentarse en los casos de esta índole, según el damnificado se haya hecho o no parte civil en la causa penal, según en ésta se haya provisto o no a la reparación y a la fijación de su cuantía, según aquella causa termine con sentencia condenatoria o absolutoria o sobreseimiento definitivo. De todas esas variantes la de considerarse aquí, dados los cargos que se formulan en casación, es la de que en la causa penal se condene a Torres y se fije el monto de la reparación. En tal evento es en el que cabe estudiar si la sentencia tiene alcance contra la Compañía demandada como indirectamente responsable y si ese alcance la coloca en situación de no poder discutir sino sobre si efectivamente es responsable o no; pero en manera alguna sobre la cuantía.

La condena al sindicado como responsable de la infracción hace que no pueda ponerse en duda en el juicio civil ni su responsabilidad ni la existencia del hecho (C. de P. P., artículo 29), al paso que la sentencia favorable o el sobreseimiento del imputado no dejan proponer la acción civil cuando se fundan en que la infracción no se ha realizado o aquél no la ha cometido u obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima.

Volviendo al evento de sentencia penal condenatoria y fijación del valor de la reparación que, repítese, es el pertinente ante la acusación formulada, se tiene que no es materia del presente juicio ese problema, como bien se ve al releer la demanda y como desde luego se advierte al solo recordar que esa sentencia no se ha dictado o, al menos, lo que basta, no consta aquí que ella ya medie. Cabalmente por esto, como ya se dijo, declaró el Tribunal la mencionada excepción.

Cada fallo ha de limitarse a lo contendido en el respectivo pleito y no puede extenderse a problemas distintos, menos aún, si gradación cupiera, a los tocados de conjetura que no pueden resolverse ni siquiera plantearse sino cuando efectivamente se hayan realizado los hechos que les sirvan de fundamento; ni le es dado al sentenciador discurrir académicamente sobre hipótesis para decidir de antemano cómo ha de procederse según se falle una causa distinta considerando el resultado de cada una de las formas y sentido en que esa causa distinta pueda ser sentenciada.

En suma: no es admisible el motivo 2º y en cuanto al motivo 1º, no prosperando la acusación referente a la aplicación del artículo 11 del C. de P. P., en cuya virtud se declaró la excepción temporal de petición antes de tiempo, no hay lugar a considerar los cargos restantes; para cuyo estudio era indispensable que esa excepción desapareciese o, mejor, que la Sala estimara que no era el caso de declararla.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, no casa la sentencia dictada en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el catorce de noviembre 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. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD POR PRESUNTA CULPA—PRUEBA TESTIMONIAL DEL PROCESO PENAL TRASLADADA AL PROCESO CIVIL—REQUISITOS PARA LA ADMISION DE LA PRUEBA TESTIMONIAL.—SU VALOR PROBATORIO. APRECIACION DE PRUEBAS.—PRUEBA INCOMPLETA. — ATENDIBILIDAD Y EFICACIA DE LA PRUEBA

1.—Los testimonios trasladados de un proceso penal al civil son admisibles en éste siempre que reúnan en su producción las características de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa; cuando en el proceso penal ha existido debate contradictorio, no es dudosa la eficacia en el civil ulterior de tales elementos de prueba aducidos en el primero. Pero puede afirmarse con idéntica razón que las declaraciones de testigos allegadas a los autos del sumario o del juicio penal carecen de fuerza probatoria en procesos civiles posteriores cuando en su práctica no intervino la parte contra la cual pretenden oponerse en la actuación civil. Lo que comunica valor a las pruebas aducidas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica. Tales son, en síntesis, los principios que contiene el artículo 597 del Código Judicial cuando fija los medios por los cuales las pruebas deben formar parte del proceso para que sea viable estimar su mérito, principios que la misma ley desarrolla al tratar de cada uno de los medios de convicción judicial reconocidos por ella y que se especifican en el Título respectivo del Código de Procedimiento.

En cuanto a la recepción de testimonios nuestra legislación ha fijado una serie de formalidades tendientes, ora a dar cabida a la contradicción de la prueba, ora a garantizar la eficacia del llamamiento a deponer, en frente de testigos díscolos que pretendan burlarlo con respuestas ambiguas o evasivas, ora, en fin, a obtener en lo posible que se mantenga la finalidad a lo narrado por el testigo. Todos esos requisitos son de rigurosa observancia, pero especialmente los tendientes a rodear de seguridad a las partes contra pruebas sorpresivas. En orden al mismo fin la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera del juicio "a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba". (Artículo 693 C. J.).

2.—Apreciar una prueba en juicio y fundar en ella una decisión es bien distinto de mencionarla; la valoración de los elementos probatorios implica análisis sobre la admisibilidad de la prueba, sobre su regular advenimiento al juicio, sobre su alcance legal, sobre su mérito probatorio.

3.—La calificación de ser incompleta una prueba exige un estudio previo que le fija ese carácter. No está al arbitrio del juzgador determinar a cuáles les da valor de incompletas sino que está sujeto a una calificación que emana de la misma ley. En el tratado de las pruebas va fijando el Código de procedimiento, al regular lo concerniente a cada uno de los medios de convicción por él reconocidos, cuándo alguno de ellos es prueba incompleta y deficiente, así: el artículo 608, relativo a la confesión extrajudicial, el 647 sobre el documento privado no reconocido, el 656 referente al mérito del cotejo de instrumentos públicos y privados, el 696 regulador de la fuerza probatoria del dictamen pericial cuando no alcanzan plenitud probatoria. La ley, lo mismo que determina cuándo el medio de prueba obliga al juez a dar por cierto un hecho, regula las circunstancias en las cuales debe darle al mismo medio un mérito inferior, pero siem-

pre reglamentado y previsto por los preceptos legales; la prueba incompleta se pone de relieve así como algo muy diferente de la prueba irregular o trunca, comoquiera que su deficiente valor no depende de un vicio en su producción, sino de su limitado poder demostrativo.

Los tratadistas distinguen entre la atendibilidad de la prueba y su eficacia, perteneciendo a esta última cualidad la graduación de su valor, y a la primera la posibilidad de ser apreciada. Así la confesión extrajudicial es prueba atendible, pero de valor limitado, al paso que la copia de una actuación judicial, prueba plena en principio, es inatendible por un defecto de forma como sería la ausencia de la firma del Secretario; en este caso no podría graduarse su mérito probatorio por su vicio formal para darle el de prueba incompleta.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

En la tarde del día 26 de febrero de 1939 estalló un incendio en la ciudad de Armenia, Departamento de Caldas; habiendo acudido a sofocarlo el Cuerpo de Bomberos, una de sus máquinas, conducida por Francisco Benjumea, al transitar por la carretera diez y ocho, hirió gravemente a Manuel José o Manuel de J. Zapata, hecho que ocurrió en frente a la Trilladora Rosita, cerca de la panadería La Exposición; la víctima utilizaba una bicicleta y mantenía un pie sobre el sardinel, y el otro sobre el estribo derecho del aparato, habiéndose detenido para dar paso libre a los bomberos; como resultas del accidente Zapata murió en el Hospital hacia las cuatro de la mañana del día veintisiete de febrero de 1939; la desgracia tuvo origen en exceso de velocidad, descuido, o en cualquier otra causa culposa por parte del conductor de la máquina perteneciente al Cuerpo de Bomberos. El difunto Zapata había contraído matrimonio eclesiástico con Cecilia Ramírez, y de esa unión habían nacido Elías de Jesús, María Fabiola, Mariela, Hernán Antonio, Hugo Antonio, José Derbi, José Arlés, y Dora, todos los cuales, junto con su madre sobrevivieron al padre, quedando sometidos a la patria potestad de aquélla por ser menores a la sazón.

Tales, en resumen, los hechos narrados por Cecilia Ramírez de Zapata en libelo que presentó ante el Juzgado de Circuito de Armenia el diez y siete de septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, a fin de que previos los trámites procesales de rigor se condenara al Municipio de Armenia a pagar a la demandante en su propio nombre y como miembro de la sociedad conyugal Zapata-Ramírez, y a la sucesión de Manuel José o Manuel de Jesús Zapata, representada por la actora y por los menores ya nombrados, el monto de los perjuicios materiales y morales sufridos por el trágico suceso de que da cuenta el relato, perjuicios que en la demanda se estimaron en noventa mil pesos ($ 90.000), de los cuales cuarenta y cinco mil ($ 45.000) representan el quebranto material, y el resto el perjuicio moral.

Surtido íntegramente el trámite del juicio así iniciado, el Juez lo desató en sentencia fechada el 18 de mayo de 1943, por medio de la cual declaró probada la "excepción perentoria temporal de falta de personería sustantiva en la parte demandada"; a dicha conclusión llegó el Juez teniendo en cuenta que "no aparece demostrado de autos que el Cuerpo de Bomberos de Armenia haya sido creado y organizado como servicio público de la persona jurídica demandada", como tampoco el vínculo de derecho existente entre el conductor Francisco Benjumea y el Municipio de Armenia.

Apelado este fallo, y surtida la segunda instancia correspondiente, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira en sentencia del primero de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco, revocó la del inferior, y en su lugar absolvió al Municipio demandado de todos los cargos de la demanda; recurrido en casación dicho fallo se halla el negocio a conocimiento de la Corte.

La sentencia acusada

El Tribunal de Pereira, para decidir lo que ya se expuso tomó en cuenta las siguientes circunstancias: a) que en el segundo grado del procedimiento se llevaron a los autos las pruebas de que el Cuerpo de Bomberos de la ciudad de Armenia ha sido desde su fundación una entidad municipal, y de que Francisco Benjumea, a la fecha del insuceso, era empleado de dicha institución, cir-

cunstancias éstas que llevaron al sentenciador a descartar la excepción cuya prueba se declaró en la primera instancia; b) que los testigos Israel Prado, Celestino Herrera y Tiberio Restrepo declararon haber visto que en el momento de suceder el accidente la víctima iba en bicicleta, y que atravesó imprudentemente la vía, testimonios éstos que en concepto del Tribunal demuestran la culpabilidad de Zapata en el suceso que lo privó de la vida, comoquiera que, por otra parte, no halló probada la actitud prudente de Zapata afirmada en la demanda. Sobre estos fundamentos de hecho el sentenciador de segunda instancia concluyó que la culpa del daño residió únicamente en la víctima, circunstancia que analiza a la luz de la jurisprudencia patria y de varios expositores foráneos para concluír teniendo por destruída la presunción de responsabilidad que gravitaba, a su entender, sobre el demandado, y por demostrada la culpa exclusiva del causante de los actores. Por otra parte, la sentencia alude al sobreseimiento definitivo recaído en el negocio penal que con motivo de la desgraciada ocurrencia se adelantó en averiguación de la responsabilidad de Francisco Benjumea, no sin advertir que "es el caso de analizar, aunque para la conclusión a que habremos de llegar no sea absolutamente necesario, cual es el pensamiento de la Sala en torno a tan delicado problema", cual es la repercusión del fallo penal sobre la acción civil.

El recurso

Varios son los cargos formulados por el recurrente, de los cuales sólo se estudiará el primero por cuanto hallándolo fundado la Corte, debe seguir la regla establecida en el artículo 538 del Código Judicial.

Primer cargo. — Se formula sobre la base de que el Tribunal cometió error de derecho al apreciar los testimonios de Israel Prado, Celestino Herrera y Tiberio Restrepo, en los cuales halló la prueba, entre otros hechos, de los constitutivos de culpa por parte de la víctima, ya que no le era dable tenerlos en cuenta comoquiera que fueron llevados en copia del sumario contra Benjumea, y no ratificados durante el juicio civil, privando así a la parte demandada de las posibilidades de contradicción de la prueba que le reconoce el artículo 693 del Código Judicial. A consecuencia de dicho error, el Tribunal violó el ya nombrado precepto del Código Judicial por no aplicarlo, el 697 de la misma obra al dar a dicho testimonio el valor de plena prueba, y los artículos 2341, 2347 y 2357 del Código Civil, a los cuales tampoco dio aplicación.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su respuesta a la demanda de casación admite que los tres relatos testimoniales a que se refiere la parte demandante no fueron en verdad ratificados durante el lapso probatorio del juicio, pero rechaza el cargo con fundamento en que el Tribunal no basó su decisión única y exclusivamente en dichas declaraciones, y en que éstas, no ratificadas "constituyen si no plena prueba, sí una importante prueba indiciaria que unida a otros elementos probatorios existentes en el proceso, forma plena prueba sobre los hechos que el Tribunal halló acreditados".

Los testimonios trasladados de un proceso penal al civil son admisibles en éste siempre que reúnan en su producción las características de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad, y como tutela del derecho de defensa; cuando en el proceso penal ha existido debate contradictorio, no es dudosa la eficacia en el juicio civil ulterior de tales elementos de prueba aducidos en el primero. Pero puede afirmarse con idéntica razón que las declaraciones de testigos allegadas a los autos del sumario o del juicio penal carecen de fuerza probatoria en procesos civiles posteriores cuando en su práctica no intervino la parte contra la cual pretenden oponerse en la actuación civil. Lo que comunica valor a las pruebas producidas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas, y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica.

Tales son, en síntesis, los principios que contiene el artículo 597 del Código Judicial cuando fija los medios por los cuales las pruebas deben formar parte del proceso para que sea viable estimar su mérito, principios que la misma ley desarrolla al tratar de cada uno de los medios de convicción judicial reconocidos por ella, y que se especifican en el Título respectivo del Código de procedimiento.

En cuanto a la recepción de testimonios, nuestra legislación ha fijado una serie de formalidades tendientes ora a dar cabida a la contradicción de la prueba, ora a garantizar la eficacia del llamamiento a deponer, en frente de testigos díscolos que pretendan burlarlo con respuestas am-

biguas o evasivas, ora, en fin, a obtener en lo posible que se mantenga la fidelidad a lo narrado por el testigo. Todos esos requisitos son de rigurosa observancia, pero especialmente los tendientes a rodear de seguridad a las partes contra pruebas sorpresivas.

En orden al mismo fin la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera del juicio "a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba". (Artículo 693 del C. J.).

Se omitió, en el caso de autos, la ratificación de los testimonios rendidos por Israel Prado, Celestino Herrera y Tiberio Restrepo en la instrucción penal adelantada contra Francisco Benjumea, sin audiencia de la parte actora en este juicio, siéndole, por tanto, inoponibles; no tuvieron los demandados oportunidad de intervenir en las respectivas diligencias, de repreguntar a los deponentes, ni de infirmar sus relatos.

Sobra advertir que la presencia de quienes forman la parte actora en la investigación penal no era forzosa, comoquiera que la ley permite a los damnificados intervenir en el proceso penal, o ejercer ante los jueces civiles la acción indemnizatoria, de tal suerte que su desconocimiento de las pruebas allegadas al sumario, no es fruto de negligencia que conlleve el efecto de no poder redargüir ante los funcionarios civiles los testimonios aducidos ante el juez en lo criminal.

En cuanto a las observaciones del señor Procurador Delegado en relación con el cargo, se considera:

Afirma dicho funcionario, en primer lugar, que el Tribunal no fundó su sentencia única y exclusivamente en las declaraciones que se han comentado, sino que "además tuvo en cuenta la relación pormenorizada de pruebas hecha por el fallador de primera instancia y el contenido de las mismas, así como también lo expresado en el auto de sobreseimiento definitivo dictado a favor del señor Benjumea"; funda el Procurador la primera parte de su aserto en la siguiente frase de la sentencia recurrida: "El señor Juez conociente hizo el análisis correcto de los otros elementos necesarios para emitir sentencia de fondo, que la Sala acoge en su integridad".

Al estudiar la sentencia de primera instancia se halla en ella un capítulo denominado "Causa en pruebas" en la cual el Juez apenas enumera los elementos probatorios aducidos al juicio clasificándolos en tres grupos, a saber: pruebas acompañadas a la demanda por la parte actora, pruebas producidas por ella durante el término probatorio, y uno final relativo a las pedidas y practicadas por el demandado en el mismo lapso probatorio. De estos elementos de juicio fueron analizados los constitutivos del primer grupo, en el capítulo del fallo denominado "Legitimación en causa" en orden a deducir que por estar demostrados el vínculo matrimonial entre el difunto Zapata y Cecilia Ramírez, por una parte, y por otra la calidad de hijos legítimos de los menores a cuyo nombre habla la cónyuge sobreviviente, "es legítima a todas luces la causa de la señora Ramírez cuando reclama para la sociedad conyugal", y "es legítima la causa de los menores representantes de la sucesión". También estudió el Juzgado de primera instancia, dentro del mismo capítulo, los elementos demostrativos de la vinculación entre el Municipio demandado y Francisco Benjumea, para establecer la posibilidad de que el hecho de éste aparejara responsabilidad civil al Distrito, pruebas que no halló suficientes dando lugar a la declaración del medio exceptivo reconocido en la sentencia.

No entró el fallador de primer grado a apreciar el mérito probatorio de los demás elementos de esa índole, relativos al fondo de la controversia, comoquiera que la excepción declarada se lo impedía, y en tales circunstancias, el Tribunal al acoger "el análisis correcto de otros elementos necesarios para emitir sentencia de fondo" practicado por el Juez, tan sólo pudo referirse a la relación o enumeración que de ellas hizo en el capítulo "Causa en pruebas". Basta lo dicho para concluír que el Tribunal no se acogió al fallar a apreciación probatoria alguna sobre el fondo del litigio adelantada en la sentencia de primer grado.

De estos particulares resulta desprovista de todo fundamento la afirmación del señor Procurador Delegado cuando explica que "como en ese análisis del Juzgado esté comprendido el estudio de las pruebas allegadas a los autos, y entre ellas las que acreditan la culpa de la víctima, el fallo recurrido está fundado también en esas pruebas y en ese análisis de las mismas".

Tampoco se le halla base cierta a la observación del mismo funcionario cuando dice que "el

Tribunal tuvo en cuenta el auto de sobreseimiento mencionado, no en cuanto fuera él capaz de enervar o paralizar la acción civil, sino en cuanto que de su contenido emana la certeza de que el señor Zapata obró imprudentemente, siendo, por ello, el único culpable del siniestro en que perdió la vida"; las razones de la Corte son, a saber:

El análisis probatorio por parte del Tribunal se limitó a los testimonios de Israel Prado, Celestino Herrera y Tiberio Restrepo, del cual concluyó textualmente: "Visto lo anterior y observando cómo en el presente negocio se haya (sic) patentizada por lo menos la imprudencia, o el error de conducta, sí que también la desobediencia a lo establecido, por parte del señor Manuel Zapata, no hay sino decir que él es el único culpable del accidente en que perdió la vida". Esta transcripción basta para poner de relieve la rigurosa correspondencia entre la crítica de los ya mencionados testimonios, la conclusión de culpa exclusiva de la víctima y la decisión absolutoria del demandado; el auto de sobreseimiento a favor de Benjumea apenas se menciona después en la sentencia en los siguientes términos:

"Como, por otra parte, existe la constancia de que el demandado en la presente litis, obtuvo sobreseimiento definitivo en el negocio penal seguido en su contra por la responsabilidad que hubiera podido deducirse en su contra a consecuencia del infausto evento, es el caso de analizar, aunque para la conclusión a que habremos de llegar no sea absolutamente necesario, cuál es el pensamiento de la Sala en torno a tan delicado problema".

Parece indudable que la consideración contenida en este acápite no influye en el fallo absolutorio con fundamento en culpa exclusiva de Zapata, porque el Tribunal no discurrió sobre el auto de sobreseimiento, no se detuvo a considerarlo, no razonó en orden a establecer el medio por el cual dicha providencia comportaba la prueba de un hecho determinado, materia del litigio; la sentencia misma da la razón de esa conducta; el fallador de segunda instancia no consideró necesario para fundar su decisión el examen del mérito probatorio del proveído que se menciona.

Apreciar una prueba en juicio y fundar en ella una decisión es bien distinto de mencionarla; la valoración de los elementos probatorios implica análisis sobre la admisibilidad de la prueba, sobre su regular advenimiento al juicio, sobre su alcance legal, sobre su mérito probatorio; en el caso de autos el Tribunal ni siquiera aludió a la prueba en sí misma, formalmente considerada, se refirió simplemente a la situación jurídica de Benjumea después de la investigación penal. El mismo Tribunal explica que si emprende la transcripción de un fallo en torno a la repercusión civil de las providencias dictadas por el ramo penal, lo hace con el fin de exteriorizar "cuál es el pensamiento de la Sala" en relación con dicho punto, y al terminar la transcripción en forma alguna la relaciona con los hechos debatidos en el juicio, única actitud que permitiría vincular los raciocinios transcritos con lo decidido en el fallo materia de este recurso.

Por último, debe tenerse en cuenta la alegación de la Procuraduría sobre el valor que como indicios tengan las declaraciones testimoniales de cuya errónea apreciación se queja el recurrente. Estima el señor Procurador Delegado que las declaraciones rendidas por los testigos Prado, Herrera y Restrepo constituyen una prueba incompleta, y que como el artículo 662 del Código Judicial considera indicios las pruebas incompletas, era de rigor la aplicación del artículo 665 de la misma obra según el cual los indicios cuando son en número plural, graves, precisos y conexos entre sí, pueden llegar a constituír plena prueba.

A este respecto se considera:

El artículo 594 del Código Judicial dispone que "una prueba calificada de incompleta" unida a otra u otras puede comportar pleno poder probatorio en las condiciones que el mismo precepto señala. De esta disposición es necesario, ante todo, destacar que las pruebas para ser reputadas incompletas exigen una calificación previa que les fije ese carácter; no está al arbitrio del juzgador determinar a cuáles les da valor de incompletas sino que está sujeto a una calificación previa que emana de la misma ley. En el tratado de las pruebas el código de procedimiento va fijando, al regular lo concerniente a cada uno de los medios de convicción por él reconocidos, cuándo alguno de ellos es prueba incompleta y deficiente; así: el artículo 608, relativo a la confesión extrajudicial, el 647 sobre el documento privado no reconocido, el 656 referente al mérito del cotejo de instrumentos públicos y privados, el 696 concerniente a la declaración de un solo testigo, el 723 regulador de la fuerza probatoria del dictamen pericial cuando no alcanzan plenitud probatoria.

La ley, lo mismo que determina cuando el me-

io de prueba obliga al Juez a dar por cierto un echo, regula las circunstancias en las cuales al nismo medio debe darle un mérito inferior pero iempre reglamentado y previsto por los precep-os legales; la prueba incompleta se pone de re-ieve así como algo muy diferente de la prueba rregular o trunca, comoquiera que ese deficiente valor no depende de un vicio en su producción, sino de su limitado poder demostrativo.

Los tratadistas distinguen entre la atendibilidad de la prueba y su eficacia, perteneciendo a esta última cualidad la graduación de su valor, y a la primera la posibilidad de ser apreciada. Así la confesión extrajudicial es prueba atendible, pero de valor limitado, al paso que la copia de una actuación judicial, prueba plena en principio, es inatendible por un defecto de forma como sería la ausencia de la firma del Secretario; en este caso no podría graduarse su mérito probatorio por su vicio formal para darle el de prueba incompleta.

Las declaraciones de testigos en cuya errada apreciación se apoya el cargo al estudio de la Sala, llegaron al proceso en contradicción con el requisito previsto por el artículo 693 del Código Judicial, y en consecuencia, no son admisibles como prueba, no pudiendo asignárseles por ello algún mérito probatorio así sea incompleto o deficiente, para conectarlo con el de otro medio de convicción.

Al tenerlas en cuenta, el fallo recurrido para sustentarse sobre ellas, violó evidentemente el artículo 693 ya citado, infracción que condujo al Tribunal a tener como probado un hecho que no lo estaba, y a abstenerse de aplicar los artículos 2341 y 2347 del Código Civil.

El cargo, por tanto, hállase fundado.

El fallo de instancia

Debiendo prosperar el recurso de casación, como se deja visto, es el caso de que la Corte decida en instancia la controversia planteada entre los demandantes y el Municipio de Armenia.

Sobre la posibilidad legal de que el Distrito mencionado deba responder por el acto de su dependiente Francisco Benjumea, nada debe observarse a lo que el Tribunal de Pereira expuso respecto a dicho extremo: está demostrado que el Cuerpo de Bomberos de Armenia fue creado y reglamentado como servicio municipal por los Acuerdos 72 y 82 de 1927, y que Benjumea, a la época del siniestro, desempeñaba el cargo de chofer mecánico empleado del cuerpo de bomberos, cuya remuneración se pagaba con fondos del Tesoro Municipal.

De la misma manera aparecen acreditados el accidente, y la consecuencia mortal que tuvo para Zapata, la cual dio lugar, según las copias que figuran a los folios 4 a 12 del cuaderno número 2, a que el brazo penal de la jurisdicción promoviera las diligencias instructivas necesarias para determinar la responsabilidad del chofer mecánico en la muerte de la víctima.

Las copias a que se hace mención se extienden hasta la de la providencia proferida por el Juzgado Superior del Distrito de Pereira con fecha primero de julio de 1940, proveído que en copia obra también a los folios 29 a 31 v. del cuaderno número 3, y en el cual dicho Juzgado sobreseyó definitivamente a favor de Francisco Benjumea "por todos los cargos que le resulten de esta investigación en relación con el delito de homicidio".

La presencia de dicha copia en el proceso podría indicar la necesidad de que la Corte, consecuente con doctrina reiteradamente expuesta, estudiara si el sobreseimiento fue dictado con fundamento en alguna de las circunstancias previstas por el artículo 28 del Código de Procedimiento Penal, pero ocurre que ello sólo es oportuno ante autos de esa índole "que estén ejecutoriados", como el mismo precepto lo dispone, formalidad que no aparece demostrada en el presente caso, por cuanto, en primer lugar, las dos copias del auto de sobreseimiento traídas a este juicio no incluyen la de la necesaria diligencia de notificación, y en segundo, no aparece haberse surtido el grado de jurisdicción llamado consulta, a que se refiere el artículo 184 del Código de Procedimiento Penal. La Corte —Sala de Casación Penal— en repetidos fallos ha considerado forzosa la consulta del auto de sobreseimiento definitivo, rectificando así una tesis anterior en contrario, doctrina explicada y contenida especialmente en fallo proferido el 15 de octubre de 1945, que corre publicado a las páginas 149 a 153 de la **Jurisprudencia Penal de la Corte Suprema de Justicia,** obra de que es autor el doctor Agustín Gómez Prada.

Si, según la mencionada doctrina, la consulta es un grado de jurisdicción necesario e instituído por la ley por razones de orden público en orden

a suplir una omisión voluntaria o involuntaria de las partes, síguese que el auto de sobreseimiento dictado a favor de Francisco Benjumea no puede considerarse firme para los fines del artículo 28 del Código de Procedimiento Penal.

Pero como, por otro aspecto, las copias tomadas del expediente adelantado ante el ramo penal demuestran que se inició una investigación de esa índole cuyo resultado puede influír en la solución de esta controversia civil, y el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal prevé para esos casos la suspensión del trámite civil mientras se decide en firme sobre lo averiguado o juzgado mediante el proceso penal, síguese que esta causa debería suspenderse en acatamiento de dicho precepto.

Con todo la Sala antes de adoptar esa decisión, de acuerdo con el artículo 539 del Código Judicial y ante la duda que le suscitan las circunstancias expuestas, para mejor proveer tomará la medida conducente a que no se suspenda sin base firme la culminación de este juicio.

FALLO:

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA la sentencia proferida en este juicio por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira con fecha primero de agosto de mil novecientos cuarenta y cinco.

Oportunamente vuelva al despacho en orden a dictar el auto para mejor proveer.

Sin costas en el recurso.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese el fallo en la GACETA JUDICIAL.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE LA CANCELACION DE UNA HIPOTECA Y OTRAS. RECONVENCION SOBRE PAGO DE PERJUICIOS

El remate es tradición del ejecutado al rematador hecha por el juez como representante legal de aquél (artículo 741 C. C.), y como no crea sino que meramente traspasa bienes y derechos, si ningunos tenía el ejecutado, nada adquiere el rematador. (Art. 752, ibídem).

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Se decide el recurso de casación interpuesto por el demandado en el juicio ordinario de Pastor Cano contra Eliseo Bedoya, seguido en primera instancia en el Juzgado del Circuito de Santuario de Caldas y en segunda en el Tribunal Superior de Pereira con los fines que se verán en seguida.

Bedoya compró la finca Pompeya por escritura número 120, otorgada ante el Notario de Santuario el 31 de marzo de 1939, a Luis E. Naranjo, dueño de la mitad proindiviso en común con los herederos de Miguel Franco, dueños de la otra mitad, y se obligó a que éstos ratificarían esa venta en lo tocante a esta cuota. El precio total fue la suma de $ 4.000, de los cuales, parte ese día y parte después, recibió Naranjo de Bedoya $ 3.000, por lo cual la deuda quedó reducida a $ 1.000, pagaderos, según la escritura, el día último de febrero de 1940. La deuda quedó asegurada, al tenor de ese instrumento, en favor de Naranjo, con hipoteca de aquel inmueble.

Por escritura otorgada en esa Notaría con el número 245 el 17 de junio de 1941, la señora Noemí Lenis viuda de Franco, declarando ser adjudicataria de la dicha mitad de Miguel Franco en la causa mortuoria de éste, la vendió a Bedoya en $ 1.000 recibidos de manos de éste. Y en esa misma fecha y Notaría por escritura número 246, la señora Ester Grisales viuda de Naranjo manifestando que su marido Luis E. Naranjo había muerto sin cumplir o hacer cumplir la referida obligación de que los causahabientes de Franco ratificaran la venta citada hecha por Naranjo de la totalidad de Pompeya a Bedoya, y agregando que éste había tenido que comprar tal mitad a la viuda de Franco por los $ 1.000 que restaban, declaró cancelada la deuda de Bedoya y la hipoteca constituída en su respaldo a favor de Naranjo por la dicha escritura número 120.

Entre tanto Pastor Cano, en juicio ejecutivo contra la sucesión de Naranjo había hecho embargar este crédito en auto de 8 de agosto de 1940, que se notificó al deudor Bedoya el 19 de los mismos en diligencia en que éste quedó sabedor de que debía abstenerse de pagar a la sucesión de Naranjo y entenderse con el secuestre. Allí, además, se lee respecto de Bedoya: "y manifiesta que a la sucesión de Luis Naranjo y a la de Miguel Franco debe la cantidad de mil pesos únicamente, suma que está obligado a pagar una vez le legalicen la escritura de venta de un inmueble por parte de la sucesión de Franco, a la cual, según las cosas, corresponde la suma de dinero que resta".

El 14 de octubre de 1941 se celebró el remate de ese crédito, el que se adjudicó, por cuenta del suyo, al ejecutante Cano, como dueño, en tal virtud. Cano demandó en dicho Juzgado a Bedoya para que se declare nula la cancelación de la hipoteca, así como el pago de los $ 1.000 hecha por Bedoya estando embargado el crédito, y que esa deuda con su garantía inicial están vigentes a favor de Cano y a cargo de Bedoya, quien debe ser condenado a pagársela con sus intereses y costas de cobranza.

A más de otras súplicas que no vienen a cuento, tal es la demanda inicial del presente juicio, a que Bedoya se opuso haciendo presente que la deuda que hoy se le cobra es parte del precio de la cuota que en Pompeya correspondía, no a Naranjo, sino a su condueño Franco, por lo cual Bedoya se la pagó a la viuda de éste, a quien tuvo que comprarle separadamente tal mitad; y agregando que mal podía reputar a Naranjo como acreedor, siéndolo los sucesores de Franco y, por

otra parte, no habiéndose cumplido la obligación de ratificar asumida por Naranjo en el contrato bilateral de compraventa celebrado el citado 31 de marzo de 1939 por la escritura número 120 en que también se constituyó la hipoteca, de la cual dice Bedoya que su cancelación es válida y actuación honrada de la viuda de Naranjo, su heredera única, sabedora de todo esto.

Bedoya contrademandó a Cano por los perjuicios que le ha causado exigiéndole el pago, no sólo en este juicio, sino en uno ejecutivo anterior que no le prosperó, y pidiéndole posiciones extrajuicio y obligándolo en todo ello a pagar abogados y hacer los demás gastos que siempre ocurren. Alega también perjuicios morales.

El Juzgado desató el litigio absolviendo a Cano de la contrademanda y a Bedoya de la demanda principal por hallar para ésta probada la excepción de petición de modo indebido, derivándola de no haber incluído la demanda a la señora Grisales de Naranjo, cuya presencia estimó indispensable por suplicarse la nulidad de la cancelación y ser ella su otorgante. Así dice la sentencia de 29 de noviembre de 1944, de que ambos litigantes apelarón.

Tramitada la segunda instancia, el 22 de marzo de 1946 el Tribunal Superior, confirmando la absolución de Cano en la contrademanda, revocó la decisión del Juzgado sobre la demanda principal y declaró que la citada escritura e hipoteca conservan todo su valor legal y su inherente fuerza obligatoria y que es inválido todo pago hecho en contravención del embargo y que Bedoya debe a Cano con sus intereses convencionales desde marzo, inclusive, de 1940, los referidos mil pesos. Asimismo ordenó cancelar la escritura de cancelación y la nota respectiva.

El apoderado de Bedoya interpuso el recurso de casación que, concedido, admitido y tramitado debidamente, hoy se decide.

El Tribunal estima que la cancelación a que procedió la señora de Naranjo sin comprobar en manera alguna su capacidad legal para ello, tiene que considerarse como inexistente. La estudia ante los artículos 2611 y 2612 del C. C. y cita la sentencia de esta Sala en caso que reputa análogo, fechado el 23 de noviembre de 1939 (G. J. Tomo II, págs. 918 y siguientes). Esa cancelación, dice, puede equipararse "a la de cualquier individuo que pasa por la calle y caprichosamente entra a una notaría a solicitar la cancelación de las hipotecas que existan". De ahí que no hallara motivo para reclamar la intervención de la señora Grisales de Naranjo y que, apartándose de la tesis del Juez, no viendo la excepción que éste declaró, entrara en el fondo.

El recurrente formula varios cargos. Prosperando el que se estudia en seguida, la Sala prescinde de los demás, tal como preceptúa el C. J. en su artículo 538.

Ese cargo es el de quebranto de los artículos 1502, 1521 y 1636 del C. C., aquél por no haberse escuchado y éstos por haberse aplicado, sin ser el caso. La acusación se complementa con la de error en la apreciación de las citadas escrituras públicas que condujo a infringir esas disposiciones sustantivas.

Las palabras de la escritura número 120 de 31 de marzo de 1939, punto de partida del conflicto, señalan a Naranjo como acreedor hipotecario de Bedoya por los $ 2.000 que ese día quedaron pendientes. Pero algo muy distinto significa ese instrumento al analizarlo tomando en cuenta, como es de rigor, todas sus estipulaciones y su contenido verdadero.

Los otorgantes asignaron allí a la finca Pompeya un valor total de $ 4.000; de suerte que, contando allí mismo que la finca pertenecía mitad a Naranjo y mitad a la sucesión de Miguel Franco, es claro que en los $ 4.000, siguiendo ese concepto, $ 2.000 eran para cada uno de estos dos comuneros, de donde desde luego se deduce que los $ 2.000 que la escritura indica como pendientes no eran de Naranjo.

Más todavía: si éste hubiera vendido toda la finca como propia, en esa mitad que no era suya habría habido venta de cosa ajena, fenómeno contemplado en los artículos 1871, 1874 y 1875 del Código Civil.

Pero hizo presente que esa mitad no le pertenecía, y atribuyéndose la calidad de agente oficioso, asumió, haciendo presente que no la tenía, la representación de los sucesores de Franco y la obligación de que éstos o aquél de ellos a quien correspondiera en la mortuoria de Franco ratificaría la venta que dijo Naranjo hacer de esta parte de finca a Bedoya.

Ante el artículo 1507 del C. C. es evidente que los sucesores de Franco, como terceros y extraños que eran a ese compromiso u oferta, no contrajeron obligación alguna. Es un hecho no discutido aquí que no sobrevino tal ratificación. Esto vale como decir que la mitad de Pompeya que no

ra de Naranjo no quedó transferida a Bedoya. Así las cosas, no puede conceptuarse lógicamente que éste quedara adeudando la suma correspondiente al precio de la mitad de Pompeya perteneciente a los sucesores de Franco. Y de aquí se deduce que, no habiendo deuda, no cabe reputar a Naranjo como acreedor.

En el juicio ejecutivo seguido por Cano se embargó como crédito a cargo de Bedoya y en favor del ejecutado Naranjo el que aparecía ante las mencionadas palabras de la escritura número 120. Se advierte de paso que si en ella figuran como cifra de tal crédito $ 2.000, es sólo a $ 1.000 a lo que Bedoya fue condenado en la sentencia materia del presente recurso y que Bedoya es único recurrente (C. J. artículo 494). Decretado y notificado ese embargo en agosto de 1940 y rematado en octubre de 1941, invocando este remate, que se le adjudicó, y aduciendo la escritura número 120, Cano entabló contra Bedoya juicio ejecutivo que no le prosperó, como ya se dijo, y después el presente juicio ordinario. Demanda, pues, en el puesto que ocuparía Naranjo sin tal remate.

Ahora bien, el remate es tradición del ejecutado al rematador hecha por el juez como representante legal de aquél (C. C., artículo 741), y como no crea sino que meramente traspasa bienes y derechos, si ningunos tenía el ejecutado, nada adquiere el rematador (artículo 752 **ibídem**).

De lo dicho se desprende que el Tribunal al condenar a Bedoya desoyó el artículo 1502 citado, en cuanto impone, como necesario, para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, que recaiga sobre un objeto lícito y que tenga una causa lícita. Queda vista la falta de objeto y de causa en lo que el Tribunal halla como deuda en la escritura número 120.

En las escrituras 245 y 246 halló un pago violatorio del embargo y, por lo mismo, ilícito ante los citados artículos 1521 y 1636, y a la luz de éstos lo declaró inválido. Esta aplicación es indebida y la estimación de esos instrumentos errónea. En efecto: la escritura 245 contiene una compraventa en que, por el precio de $ 1.000 pagados por Bedoya, le transfiere la señora Noemí Lenis de Franco, viuda de Miguel Franco y adjudicataria de la mitad de Pompeya en la partición de bienes practicada en la mortuoria de este señor, esta mitad de finca. Este contrato es del todo independiente de un embargo. Apenas habrá para qué advertir la libertad de esos dos otorgantes para contratar como a bien tuvieran. De otro lado, la viuda y heredero único de Naranjo, reconociendo la evidencia de que no se había obtenido la ratificación de que éste habló en la escritura de 1939 y viendo que para adquirir la mitad de Pompeya a que ese pacto se refería había tenido Bedoya que comprársela separada e independientemente a su dueña señora Lenis de Franco, así lo hizo constar en la escritura 246, la que en manera alguna atestigua que así procediera la señora Grisales de Naranjo porque Bedoya le hiciera a ella pago alguno.

En el equivocado concepto de que la escritura 120 atestigua una deuda a cargo de Bedoya y de que ella era a favor de Naranjo, fue como se procedió al embargo y remate antedichos, y es claro que a esa supuesta deuda no podía asignarse procedencia distinta del precio de la mitad de Pompeya perteneciente a la sucesión de Franco; pero de ahí no puede deducirse que al comprarle Bedoya esta mitad de finca a la señora Lenis de Franco y pagarle el precio estipulado en esta compraventa estuviera efectuando, contra orden judicial, el pago de un crédito de que Naranjo fuera acreedor.

Prosperando el cargo materia de las consideraciones precedentes, debe invalidarse la sentencia recurrida y dictarse la que la reemplace.

Para ésta su motivación está adelantada con esas consideraciones y se completa con las que se ven en seguida:

La demanda principal presenta su intención formulando siete súplicas que se resumen en estas declaraciones: 1º Que es absolutamente nula la cancelación en referencia, y por tanto, conserva todo su valor la escritura cancelada; 2º Que es absolutamente nulo todo pago de Bedoya con desconocimiento del mencionado embargo; 3º Que Bedoya debe a Cano $ 1.000 con sus intereses moratorios convencionales; 4º Que debe pagárselos a los tres días de ejecutoriada la sentencia; 5º Que, en defecto de tal declaración, se haga la de que esa deuda es por las cantidades que se prueben en el juicio; 6º Que, ejecutoriado el fallo, se oficie a notario y registrador sobre la vigencia de la escritura 120, y 7º Que el demandado sea condenado en costas.

Ninguna de estas peticiones puede prosperar, en fuerza de lo antedicho.

La demanda de reconvención versa sobre los perjuicios que Bedoya ha sufrido con la persecución judicial de Cano para el pago en referencia,

de los que afirma son morales porque los pleitos desconceptúan al que se ve envuelto en ellos, y son también materiales por los gastos que le han exigido.

Estos gastos y, en general todo lo que la ley abarca con el nombre de costas, es materia de condena o absolución en cada litigio, sin lugar a renovar el problema en otro. Así pues, quedó intocable por lo que mira a costas, lo que al respecto se decidió en la ejecución intentada primeramente por Cano. Cuanto al juicio ordinario, que es el presente, no cabe tal condena, entre otras razones, por no haber en Cano la temeridad o malicia que al efecto requiere el artículo 575 del C. J. Las alternativas del pleito así lo persuaden. Y de los perjuicios morales aludidos no se halla prueba en el proceso. Se impone, pues, la absolución de Cano, tal como la pronunció el Tribunal confirmando la de primera instancia.

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 Pereira el veintidós de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, y reformando la del Juzgado del Circuito de Santuario de veintinueve de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro, falla este pleito así:

1º No es el caso de hacer ninguna de las declaraciones solicitadas en la demanda principal, de cuyos cargos se absuelve al demandado Eliseo Bedoya;

2º Absuélvese al contrademandado Pastor Cano E. de los cargos de la contrademanda, y

3º No se hace condenación en costas en las instancias ni en el recurso.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

OPOSICION A UN DESLINDE.—NATURALEZA JURIDICA DE LA ACCION DE DESLINDE

La acción de deslinde y amojonamiento tiende esencialmente a que se determine o fije la línea de separación de dos heredades contiguas. Tales juicios son apenas declarativos de la propiedad o dominio de los colindantes. Por medio de él se determina el contenido espacial de cada inmueble, se establece cuál es su término: dirígese a solucionar las controversias suscitadas por cada una de las partes al pretender para su fundo mayor extensión de la que la otra está dispuesta a concederle. Los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un hecho y no el reconocimiento de un derecho; las cuestiones de propiedad y posesión le son extrañas. Tratándose, pues, de una cuestión de hecho nada más oportuno y apropiado al fin propuesto que el reconocimiento judicial ordenado por la ley y practicado por el juez en asocio o no de peritos. La diligencia consiste esencialmente en el acto por el cual este funcionario se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentran las cosas que la motivan, para obtener el examen personal, elementos de convicción que lo han de guiar en el señalamiento de la línea divisoria. En esta clase de juicio de determinación de linderos el reconocimiento que el juez haga personalmente de los puntos litigiosos, es elemento de primordial importancia. Si las necesidades de hecho obligan por lo común al juzgador a decidir sobre las declaraciones de las partes (actos públicos judiciales o extrajudiciales, documentos privados, confesiones simples o en juicio), o de terceros (testigos o peritos), es claro que al hacerlo en estas circunstancias con la observación personal de las cosas, cuando sea posible, presenta los mejores caracteres para un juicio superior subjetivamente considerado; juicio que será también, como debe ser, óptimo desde el punto de vista objetivo, cuando a la observación personal de las cosas le acompañen las necesarias garantías para las partes.

En toda cuestión de límites de inmuebles rurales hay una cuestión geográfica, o sea la determinación de los puntos que fijan los alindamientos en los cuales la inspección local muestra por el solo golpe de vista un conjunto de combinaciones y de datos que difícilmente se obtienen por los escritos. De tal manera que en los juicios de alindamiento no sólo tiene importancia el que el juez se imponga de los títulos o documentos presentados por las partes y los que las mismas exhiben durante la diligencia en que se reciba la deposición de los testigos y oigan los peritos, sino del conocimiento personal y objetivo de los puntos materia de la disputa.

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por Luis José Gómez Azuero contra el fallo proferido en la segunda instancia del juicio ordinario promovido por éste contra la sociedad denominada Ricardo Rueda E. e Hijos, sobre oposición al deslinde que judicialmente se efectuó entre los predios rurales de Noruega y Andorra, situados en jurisdicción del Municipio de Charalá, Departamento de Santander.

Antecedentes

Para el año de 1919 el General Leonidas E. Torres, era dueño de un vasto predio rural denominado Cobaría, ubicado en jurisdicción de los municipios de Charalá y Enciso, que luego se dividió por ventas hechas a distintos compradores.

En el año de 1923, por compras diversas hechas a los diferentes propietarios, don Arturo Azuero logró reintegrar en un gran predio la mayor parte de las antiguas tierras de Cobaría; luego par-

celó de nuevo, repartiendo la finca en las que hoy se conocen con los nombres de Noruega, La Victoria y Andorra.

Al hacer la división anterior el señor Azuero y vender al señor Campo Elías Rangel el lote denominado Noruega, expresó que los linderos norte y sur eran paralelos entre sí; luego al enagenar sucesivamente los predios de La Victoria y Andorra, expresó el mismo criterio de paralelismo entre las referidas líneas divisorias. El lindero oriental de todos estos predios es el camino de Torres y el occidental el Cerro de Pabellón o Cerro Negro.

También se observa que con anterioridad al año de 1924, se había expresado el mismo sistema del paralelismo en diversas ventas realizadas por otros propietarios de dichas tierras, como se consignó en la escritura pública número 61 de 20 de febrero de 1921, por medio de la cual Arturo Azuero y Rodrigo Ferreira se dividieron la parte sur de Cobaría.

En el año de 1934, Campo Elías Rangel, propietario por entonces del predio que hoy se llama Noruega, promovió juicio de deslinde y amojonamiento contra su vecino del norte, Juan Becquet, dueño a la sazón del predio La Victoria, a fin de que se determinara judicialmente el lindero norte de aquel predio o sur de éste último. El juez en tal diligencia, de apeo, basado en las escrituras, señaló una línea recta que partiendo de un árbol llamado Encino, pasara por la Cordillera de Pabellón y fuera a terminar en la Cordillera de Cerro Negro, con un rumbo de 77° N. O.

El señor Campo Elías Rangel vendió su finca de Noruega a la sociedad de Ricardo Rueda e Hijos, por medio de la escritura pública número 2773 de 19 de noviembre de 1940. En tal escritura al indicarse el lindero sur de Noruega, se señaló así: "por el sur, con propiedad de Arturo Azuero antes, hoy de Luis J. Gómez".

El día 5 de noviembre de 1941, la sociedad denominada Ricardo Rueda e Hijos demandó a Luis José Gómez en juicio de deslinde y amojonamiento, para que se señalara judicialmente el lindero entre los predios de Noruega y Andorra, o sea la línea divisoria por el norte de éste y sur de aquél.

El señor Juez del Circuito de Charalá, que fue el del conocimiento, al verificar el deslinde, señaló como lindero "una línea recta que partiendo del punto denominado Puente de Pavas salga a tocar el eje de la Cordillera de Pabellón o Cerro Negro, con una desviación la mencionada recta de setenta y siete grados noroeste (77° N. O.) y que sea paralela a la línea recta que con el mismo rumbo setenta y siete delimita por el norte el predio de Noruega del predio de La Victoria, de propiedad hoy de Luis P. Chinchilla, antes de Juan Becquet".

El demandado Luis José Gómez, propietario del predio de Andorra, no se conformó con el deslinde y con apoyo en el artículo 870 del C. J., promovió demanda ordinaria contra la sociedad de Ricardo Rueda e Hijos, dueños de Noruega, haciendo, entre otras, las siguientes peticiones:

"a) Que se declare que la línea señalada por el juzgado como límite entre los predios de Noruega y Andorra, de Rueda R. e Hijos y Luis J. Gómez, respectivamente, no es la línea que debe subsistir como lindero;

"b) Que la línea entre los predios de Noruega y Andorra debe ser la recta que partiendo del Puente de Las Pavas en el Camino Nacional de Torres, vaya a terminar en la cordillera de Pabellón o Cerro Negro, debiendo caer perpendicularmente al eje de la Cordillera, o sea formando ángulos rectos con ella.

"c) Que si no fuere adoptada la línea expresada en la petición inmediatamente anterior, en ningún caso es la que el juzgado señaló en la diligencia en referencia, la cual no puede subsistir como queda dicho en la petición a), que nuevamente se reafirma por la presente".

Cumplido el trámite procesal de la primera instancia, el juzgador falló declarando sin fundamento la oposición y en consecuencia, aprobó el deslinde y amojonamiento practicado y ordenó que el fallo se inscribiera en el libro primero del registro de ese circuito y se cancelara la inscripción de la demanda.

Contra esta providencia recurrieron en alzada ambas partes y el Tribunal Superior de San Gil, a quien le correspondió conocer el segundo grado del asunto, desató la controversia por medio de la sentencia de fecha 6 de julio de 1944, que confirmó la de primera instancia con la única adición de ordenar que por el juzgado de origen se continuara hasta donde fuera posible el amojonamiento de la línea señalada como lindero.

En apoyo de su providencia, o sea para señalar como línea divisoria de los predios de Noruega y Andorra una recta de 77° N. O., paralela al lin-

dero norte del mismo predio de Noruega, el Tribunal expresa lo siguiente:

"Demostrado así, en forma irrebatible, que la primera venta que hizo Arturo Azuero del gran lote que consolidó en 1923, fue la que consta en la escritura número 504 y que esa escritura subordinó la alinderación del costado sur a la alinderación del costado norte, por medio de líneas paralelas y demostrado igualmente, en forma irrebatible, que las ventas posteriores se refieren a los linderos del predio de Rangel (Noruega), y que los linderos de esas ventas posteriores son, también, por los costados norte y sur, líneas paralelas entre sí, tiene que aceptarse, por lógica y sencilla deducción que los linderos de Noruega subordinan los de los demás predios de La Victoria, Andorra y Normandía.

"Y si el Juzgado de Charalá demarcó, dentro de un juicio de deslinde, el lindero norte de Noruega, es claro y lógico que el mismo juzgado debía someterse, al fijar el lindero sur del mismo predio, a la alinderación ya hecha del costado norte, porque según los títulos estas dos líneas son paralelas y porque las decisiones judiciales tienen fuerza ante la ley y ante la realidad de los hechos.

"De modo, pues, que si en abril de 1942, el juzgado se situó dentro del predio de Noruega, y encontró ya fijada judicialmente la línea del costado norte, su misión se reducía a fijar por el costado sur una línea que fuera paralela a la del costado norte, y esa línea se fijó y señaló técnicamente, con un rumbo de 77° N. C.

"En la inspección ocular que practicó el Tribunal durante los días 8 y 10 de septiembre de 1943, se constató técnicamente, y con intervención acorde de los peritos principales, que la línea que parte del Puente de Pavas hacia la cuchilla de Pabellón o Cerro Negro, fijada por el Juzgado del Circuito de Charalá, con un rumbo de 77° N. O., es paralela a la del costado norte del predio de Noruega, y si los títulos hablan de que esa línea del costado sur es paralela a la del norte, de manera que ésta subordina a aquélla; y si, por otra parte, las demás líneas propuestas pecan contra la técnica y contra la titulación y la voluntad del vendedor Azuero expresada en los títulos; y si esas líneas aconsejadas vendrían por otros aspectos, a derogar y trastrocar las alinderaciones de todas esas escrituras, lógico y jurídico es concluír que la línea señalada por el juzgado del circuito consulta la verdad procesal, consignada en títulos que ni son deficientes, ni oscuros".

El recurso de casación

Contra la sentencia anterior interpuso recurso de casación el demandante. En esta Corte se ha cumplido el trámite de rigor. Siendo la oportunidad legal de decidir, la Sala cumple su cometido en los siguientes términos:

Causales alegadas

Se acusa la sentencia del Tribunal por el primero de los motivos indicados en el artículo 520 del C. J., por considerarla violatoria de la ley sustantiva contenida en los siguientes artículos: 762 del C. C.; y 343, 448, 474, 593, 596, 601, 661, 697, 721, 722, 723, 730 y 869 del C. J.

Como consecuencia de la violación indicada, el recurrente aduce cinco cargos contra la sentencia, que pueden presentarse así:

Cargo primero

Como se expresó en los antecedentes del presente litigio, entre los diversos elementos de convicción aportados al expediente se encuentra la copia de la diligencia de deslinde practicada en el año de 1934, entre los predios de Normandía, de propiedad entonces de Campo Elías Rangel y el de La Victoria, que limita por el sur con el anterior perteneciente en aquélla época al señor Juan Becquet; allí se señaló el lindero de estos predios con una línea recta que partiendo del camino nacional de Torres, en el punto donde hay un árbol de Encino, marcado con una cruz, fuera a terminar en la Cordillera de Pabellón o Cerro Negro, con un rumbo de 77° N. O.

Considera el recurrente que la sentencia que determinó tal línea no puede aplicarse al presente juicio, porque para que la cosa juzgada surta efectos en otro litigio, se requiere que la nueva tenga el mismo objeto, se funde en las mismas causas que la primera y haya identidad jurídica. De otra manera, dice, se viola por infracción directa el artículo 474 del C. J., sobre requisitos para que pueda surtir efecto la cosa juzgada. Dicha violación condujo a la del artículo 596 del mismo código, pues en este artículo está dispuesto que son inadmisibles las pruebas inconducentes, y el Tribunal admitió y tuvo en cuenta como

prueba conducente, una que no lo era: la sentencia pronunciada en el juicio de deslinde de Rangel contra Becquet.

Por haber incurrido en las violaciones anteriores, el Tribunal quebrantó el artículo 869 del C. J., por la misma razón de ser inconducente la prueba documental consistente en la copia de la sentencia de deslinde dictada en el juicio de Rangel contra Becquet.

Presentando en seguida un diverso aspecto del asunto, dice el recurrente: "Para el improbable caso de que la Corte llegare a considerar que hay identidad de objetos entre las demandas de Rangel y Rueda, formulo el cargo así: el Tribunal violó, por no haberlo aplicado debiendo haberlo hecho, el ordinal 3º, del artículo 448 del C. J.; porque si el objeto de las dos demandas era uno solo, al juicio de deslinde promovido por Rangel debió citarse a todos los dueños interesados en ese solo objeto, y no únicamente a Becquet. Por no haber aplicado dicho artículo en relación con la sentencia de deslinde dictada en el juicio de Rangel contra Becquet el Tribunal violó por infracción directa, el artículo 345 del mismo código, el cual lo obligaba a reconocer de oficio la excepción perentoria de nulidad de dicha sentencia. Violó, además, también por infracción directa, el artículo 596 de ese código, que le ordena rechazar y no tener en cuenta pruebas legalmente ineficaces; pues como nula, la sentencia dictada en el juicio de Rangel contra Becquet habría sido legalmente ineficaz en calidad de prueba. Y violó, en fin, por infracción directa el artículo 869 del mismo código por tener en cuenta, para hacer el deslinde, una prueba nula e ineficaz".

Cargo segundo

Considera el recurrente que el criterio para definir la línea divisoria de los dos predios, no podía ser el del paralelismo indicado en algunos de los títulos, porque es un criterio inútil, contradictorio, inconducente en la determinación del lindero en litigio. Que si fuera el caso de aplicar tal criterio sería necesario atenerse al lindero subordinante según la escritura más antigua de todas las que hablan de paralelismo, escritura que no es la número 504 de 19 de noviembre de 1924 sino la número 61 de 1921.

En apoyo de su tesis sostiene que estudiando los diversos títulos que hablan de líneas paralelas, se establece tal confusión, que claramente se ve la imposibilidad en que estaba el juzgador para aplicar tal criterio, el cual necesariamente debe ser desechado.

Al hablar de paralelismo, los sucesivos otorgantes de las escrituras en que tal criterio se siguió, indicaron uno o más linderos subordinantes y uno subordinado. Si además de esta indicación hubieran determinado el rumbo del lindero o linderos subordinantes, el criterio del paralelismo habría sido útil y suficiente para determinar con certeza el rumbo del lindero subordinado. Mas como no se hizo así, en ninguna de las escrituras, el criterio del paralelismo carece totalmente de utilidad en la determinación del rumbo de los linderos subordinados, uno de los cuales es el que se discute en este juicio.

Dice que no puede aceptarse, como erróneamente lo hizo el Tribunal, el hecho de que ya una línea de las paralelas había sido señalada por el juez en la diligencia de deslinde de los predios de Noruega y La Victoria, es decir, que ateniéndose a que la escritura número 504 de 1924 era la más antigua, ya el lindero subordinante del norte de tal predio estaba señalado por un rumbo de 77° N. O. Cree que el señalamiento de tal rumbo como lindero, no pudo hacerse sino por transacción, de mutuo acuerdo entre los dueños de los predios o por sentencia del juez y que por consiguiente no podría obligar tal demarcación al propietario del predio de Andorra, dados los efectos relativos de la cosa juzgada, los cuales son comunes a las transacciones y a las sentencias. (Artículos 2483 del C. C. y 473 del C. J., respectivamente).

En la tarea de demostrar que el criterio del paralelismo es contradictorio, agrega que si hemos de atenernos a él, las líneas subordinantes fueron a la vez la norte de Andorra y sur de Normandía y que ante la dificultad que surge, el juzgador debió encontrarse en la duda de saber cuál se debía trazar primero.

Termina afirmando que el Tribunal incurrió en manifiesto error de hecho en la interpretación y apreciación de todas las escrituras que hablan de paralelismo entre los linderos norte y sur, porque en ninguna de tales escrituras se expresa el rumbo del lindero subordinante; que hay contradicción entre unos títulos y otros, al indicar la dirección; y que al no haber caído en la cuenta de la inaplicabilidad del criterio del paralelismo, el Tribunal violó el artículo 596 del C. J., por no haber rechazado tales elementos de prueba. Igual-

mente se violó el art. 869 del mismo código, porque el juez debe atenerse en el señalamiento de linderos a los documentos que acompañen las partes, utilizando aquellos que puedan servir para el fin propuesto.

Cargo tercero

Hace luego un estudio pormenorizado de los títulos referentes a las diversas compraventas de predios en que se subdividió la antigua posesión de Torres, para concluír que la primera escritura en que se habló de líneas paralelas entre los linderos del norte y del sur, fue la escritura número 61 de 20 de febrero de 1921, por medio de la cual Arturo Azuero y Rodrigo Ferreira, dueños para entonces de la parte sur del gran predio de Cobaría, acordaron dividirlo. Que es, pues, aquella escritura y no la 504 de 1924, la que estableció por primera vez el criterio del paralelismo en la dirección de las líneas del norte y del sur y que, sin embargo, erradamente el Tribunal toma como tal la número 504, mencionada. Que por otra parte, dado el orden cronológico en la formación de las fincas que hoy constituyen el antiguo predio de Cobaría, la de Andorra se constituyó primero que la de Noruega, y por consiguiente mal se podía cuando se otorgó la escritura de venta (61 de 1921) sujetar la demarcación de sus linderos a líneas que entonces no existían.

Cargo cuarto

En su plan de atacar los elementos probatorios que pudieron servir al sentenciador para el señalamiento de la línea de demarcación de los predios de Normandía y Andorra, el recurrente combate el dictamen rendido por los peritos durante la diligencia de deslinde y que fue acogido por el juez y luego por el Tribunal, según el cual "el rumbo del lindero en discusión debe ser una línea recta de 77° N. O.", dictamen que a su juicio carece de toda fuerza probatoria.

Resume en su alegato los fundamentos del concepto rendido por el perito ingeniero Julio Laverde, al cual se adhirió el perito tercero, y lo combate por considerar que conceptuaron sobre puntos ajenos a sus conocimientos, como son la apreciación de una sentencia como elemento de juicio y porque sus conclusiones carecen de soportes técnicos y están apoyadas sobre una base falsa, ya que tomaron como título más antiguo uno que no lo era.

Finaliza afirmando que por el hecho de dar fuerza probatoria a experticios como el rebatido, el juzgador de segunda instancia violó los artículos 721, 722 y 723 del C. J., así como el 611 de la misma obra, conforme al cual las pruebas deben apreciarse de acuerdo con su estimación legal. Se violó igualmente el artículo 869, ibídem, pues se señaló la línea divisoria con base en dictámenes periciales que carecen legalmente de fuerza probatoria.

La Corte considera:

Del estudio de los diversos cargos aducidos contra la sentencia proferida por el Tribunal, se llega a la conclusión de que el recurrente considera que hubo error de hecho y de derecho en la apreciación de las pruebas. Lo anterior mueve a la Corte a estudiar en conjunto los diversos elementos de convicción que sirvieron al juzgador para rechazar la oposición a la línea de demarcación señalada en la diligencia especial de deslinde, máxime si se tiene en cuenta que el acervo probatorio está constituído por una serie de pruebas circunstanciales, que se enlazan entre sí y que no sería jurídico estudiar aisladamente.

Conviene para efectos del estudio que debe hacer la Corte, determinar cuál es el objeto de la diligencia de deslinde y las facultades del juez en la inspección ocular: la acción de deslinde y amojonamiento tiende esencialmente a que se determine o fije la línea de separación de dos heredades contiguas. Tales juicios son apenas declarativos de la propiedad o dominio de los colindantes. Por medio de él se determina el contenido espacial de cada inmueble, se establece cuál es su término; dirígese a solucionar las controversias suscitadas por cada una de las partes al pretender para su fundo mayor extensión de la que la otra está dispuesta a concederle.

Los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un hecho y no el reconocimiento de un derecho; las cuestiones de propiedad y posesión le son extrañas.

Tratándose, pues, de una cuestión de hecho, nada más oportuno y apropiado al fin propuesto, que el reconocimiento judicial ordenado por la ley y practicado por el juez en asocio o no de peritos. La diligencia consiste esencialmente en el acto por el cual este funcionario se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentran las cosas que la motivan, para obte-

ner mediante el examen personal, elementos de convicción que lo han de guiar en el señalamiento de la línea divisoria.

En esta clase de juicios de determinación de linderos, el reconocimiento que el juez haga personalmente de los puntos litigiosos, es elemento de primordial importancia.

Si las necesidades de hecho obligan por lo común al juzgador a decidir sobre las declaraciones de las partes (actos públicos judiciales o extrajudiciales, documentos privados, confesiones simples o en juicio) o de terceros (testigos o peritos), es claro que al hacerlo en estas circunstancias con la observación personal de las cosas, cuando sea posible, presenta los mejores caracteres para un juicio superior subjetivamente considerado; juicio que será también, como debe ser, óptimo desde el punto de vista objetivo, cuando a la observación personal de las cosas la acompañen las necesarias garantías para las partes.

En toda cuestión de límites de inmuebles rurales hay una cuestión geográfica, o sea la determinación de los puntos que fijan los alinderamientos en los cuales la inspección local muestra por el solo golpe de vista un conjunto de combinaciones y de datos que difícilmente se obtienen por los escritos. De tal manera que en los juicios de alinderamiento no sólo tiene importancia el que el juez se imponga de los títulos o documentos presentados por las partes y los que las mismas exhiban durante la diligencia en que se reciba la deposición de los testigos y oigan los peritos, sino del conocimiento personal y objetivo de los puntos materia de la disputa. ("Jurisprudencia de la Corte", Ochoa, Tomo III, número 2337, página 177).

En el caso en estudio el juez del circuito practicó personalmente la diligencia de deslinde. La línea escogida fue fruto de su examen personal y directo de la situación geográfica de los puntos señalados en las escrituras y mediante la determinación tomada luego de oír testigos y peritos y de recibir las informaciones directas de las mismas partes. Revisada esta diligencia en el correspondiente juicio ordinario en la segunda instancia, el Tribunal tuvo ocasión de estudiar igualmente sobre el terreno los diversos elementos y circunstancias que movieron al juez **a quo** a adoptar la línea paralela al lindero norte de Noruega, que tiene una desviación de 77° N. O., todo lo cual condujo al Tribunal a reafirmar la decisión anterior.

En el estudio de los elementos de juicio, fundamento de la providencia del Tribunal, no hay que olvidar que se trata de un conjunto de pruebas que no se pueden estudiar aisladamente, sino en bloque, reforzándose unas con otras, de tal manera que se deben considerar los elementos que sirvieron de base a la sentencia como un todo armónico, teniendo especial importancia el examen directo del Tribunal, el examen de ojos, la observación por toda la Sala de la cuestión geográfica o geométrica que en definitiva entrañaba el punto sometido a su criterio.

Esto sentado y que no debe perderse de vista, la Corte entra a considerar los diversos puntos que han sido materia de las objeciones propuestas:

a) Acusa la sentencia el recurrente por cuanto a su entender el Tribunal le dio efectos en el juicio de deslinde entre los predios de Noruega y Andorra a lo resuelto en la delimitación de Noruega y La Victoria, no tratándose del mismo objeto, ni habiendo identidad jurídica entre los litigantes.

El Tribunal tomó el deslinde practicado en el norte de Noruega con el predio colindante de La Victoria, como un medio de información que unido al conjunto de pruebas, lo movieron a aceptar como línea divisoria de las propiedades colindantes, una recta, perpendicular al cerro de Pabellón, con una desviación de 77° N. O. No dijo el sentenciador que lo resuelto en aquel juicio debía respetarse o tenerse como decisión del presente, sino que, luego de examinar títulos, peritos, testigos, oídas las partes y examinados personalmente los puntos del litigio, el juez llegó a una solución similar a la tomada en el deslinde anterior. No puede considerarse pues que esto sea concederle efectos a una sentencia en un juicio distinto. El juez no se abstuvo de practicar el deslinde porque existiera una providencia que hacía tránsito de cosa juzgada en el pleito, sino que por el contrario, lo practicó con el lleno de las formalidades y requisitos exigidos por la ley, sirviéndole como elemento informativo la línea ya señalada, pero sin considerar que tal deslinde era obligatorio para el asunto que le correspondía fallar con vista de lo alegado y probado.

Por lo expuesto se declara que no han sido violados los artículos 474, 596 y 869 del C. J.

b) El recurrente considera que la norma de líneas paralelas señalada en las escrituras para determinar el rumbo de los linderos del norte y del

sur, es inútil, contradictorio y por consiguiente inconducente para establecer la demarcación de los predios.

Se considera: Es verdad, como gráficamente lo demuestra el recurrente ante la Corte, que de los puntos conocidos y bases de las líneas divisorias, o sea a partir del Puente de Pavas, al sur, y del Encino al norte, en dirección del Cerro de Pabellón o Cerro Negro, se pueden trazar no una sino muchas líneas paralelas y que no determinándose el rumbo de tales paralelas, existe una verdadera dificultad para fijarlo; pero no lo es menos, que el juez tomó aquella decisión luego de un estudio detenido y cuidadoso de la materia, asesorado por peritos, uno de ellos ingeniero. Formado así el criterio del Juez, la Corte no encuentra fundamento ni razón para rectificarlo, por cuanto no aparece de manifiesto el error evidente de hecho en que se hubiera podido incurrir, única vía posible para atacar con éxito una decisión que tiene a la vez el respaldo de la observación directa y el dictamen de la mayoría de los peritos. De la dificultad para buscar la dirección de tales líneas paralelas, de la carencia de un rumbo matemático expresado en los títulos, no puede deducirse que el juez estaba imposibilitado para señalar la línea divisoria entre los dos predios limítrofes. Si aquel rumbo estuviera científicamente marcado, no hubiera habido necesidad de deslinde, pero no estándolo, los propietarios tenían derecho para pedir el apeo o señalamiento del lindero con mojones.

El deslinde, como ya se expresó, es una cuestión de hecho, tendiente a señalar los linderos y hacer poner los mojones en los lugares en que ello sea necesario para marcar ostensiblemente la línea divisoria. De tal manera que en este juicio juega papel importante la vista del juez, el examen personal y directo de la cuestión y sería, pues, necesario demostrar que todos los elementos que le sirvieron de base eran errados o inconducentes o que existió un error evidente en su apreciación.

Precisamente esa fue la labor del juzgador: escoger dadas las circunstancias del terreno y su posición geográfica, los antecedentes del asunto y demás elementos de prueba aducidos, el rumbo de la línea sur del predio de Noruega, que corresponde al del norte del de Andorra.

El juez en la determinación de la línea que acoge el Tribunal se atuvo entre otras cosas, a la mayoría de los peritos. Desechó el dictamen del perito designado por el señor Gómez Azuero, porque éste al buscar una razón matemática para el trazo de la perpendicular al Cerro de Pabellón y determinar el eje de esta Cordillera, encontró que sus cálculos hacían imposible tomar tal dirección, reduciéndose, por último, a adoptar una línea arbitraria con una desviación de 64° N. O., que se acercaba a la posesión material ejercida en el predio por el actor, pero que no coincide con ella sino en una pequeña parte.

Es de gran significación en la inspección del juez la percepción directa de las cosas ayudado por su experiencia. En el caso en estudio, la Corte encuentra que no sólo los sentidos del juez y su experiencia, ilustrada por los distintos elementos de prueba lo llevaron a tomar la determinación combatida, sino que el Tribunal en Sala de Decisión practicó la misma inspección y valuación de pruebas, llegando a idénticas conclusiones.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

c) Considera también el recurrente, que si el juzgador creyó conveniente atenerse al criterio de las líneas limítrofes paralelas en los costados norte y sur, debía haberse referido al título más antiguo en que se esbozó tal sistema.

Se considera: Se trata de una cuestión de hecho que el Tribunal analiza suficientemente. Verdad es que antes de 1924, fecha que el Tribunal toma como punto de partida para señalar el orden en que se formaron las diversas fincas en que se dividió el predio de Cobaría o sea la gran propiedad de Torres, ya se había adoptado un criterio análogo, pero conviene anotar, que del estudio de la formación de los predios cuyos linderos se determinaron, se desprende claramente el origen de dicho criterio del paralelismo, que arranca de la primera venta hecha por Arturo Azuero, como se puede apreciar en los siguientes puntos:

El Tribunal sostiene en su sentencia, con suficiente respaldo en las escrituras, que para 1923 el señor Arturo Azuero, por diversas compras y actos se hizo propietario de un extenso globo de tierra en la hacienda de Cobaría. Que luego inició la parcelación de aquel vasto territorio, proponiéndose formar fincas de lados regulares, basado en que todos los predios tenían un mismo lindero por el oriente, el Camino Nacional de Torres y por el occidente la Cordillera de Pabellón o Cerro Negro. Para determinar los linderos norte y sur de cada una de las fincas en que dividió su propiedad, estableció líneas rectas de determi-

nados puntos del camino citado a la cordillera y dipuso para mayor regularidad en los linderos que tales líneas fueran paralelas entre sí.

La primera venta fue la otorgada por Azuero a Campo E. Rangel, por medio de la escritura pública número 504 de 19 de noviembre de 1924. Rangel vendió a Ricardo Rueda e Hijos, demandantes en el deslinde.

La segunda se realizó a Gustavo Obregón de un lote que se denominó Leningrado, y cuya alinderación quedó subordinada por el costado norte al costado sur del predio vendido a Campo Elías Rangel (Noruega).

Se hizo una tercera venta, por medio de la escritura número 220 de 13 de mayo de 1925, al señor Luis Silva Arenas, de un lote contiguo por el norte al lote vendido a Campo E. Rangel; esta nueva finca así formada por todo el costado sur, que es a la vez el costado norte del predio de Noruega, por una línea recta que va a la cuchilla de Pabellón o Cerro Negro. Esta finca que se denominó La Victoria, fue vendida por Silva Arenas a Juan Becquet y por éste a su actual propietario Luis Chinchilla.

La cuarta venta se hizo por medio de la escritura número 420 de 10 de noviembre de 1929, predio que unido al de Leningrado, vino a formar la finca de Andorra, de propiedad hoy del señor Luis J. Gómez Azuero. Así se formaron los predios de La Victoria, Noruega y Andorra, tomados en su orden de norte a sur. En todos ellos se estableció como linderos del norte y del sur líneas rectas y paralelas entre sí. Siendo la primera venta que entraña la primera limitación la del predio de Noruega, debía tomarse como punto de partida los linderos de tal escritura, para establecer el paralelismo entre los linderos norte y sur de los predios.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

d) Respecto de la prueba pericial que es uno de los soportes del fallo tanto de primera como de segunda instancia, o sea el dictamen rendido por los peritos Julio A. Laverde y Manuel Sarmiento Silva, el recurrente lo tacha por considerar que el rumbo de 77° N. O. señalado para la línea de demarcación, carece de respaldo técnico.

Rebate los fundamentos del dictamen por cuanto a su juicio los peritos cometieron errores de hecho en su exposición, tales como el de considerar que la escritura 504 de 1924 fue el primer título en que se habló de paralelismo. Considera que emitieron concepto sobre cuestiones de derecho, al aceptar o tener en cuenta para el señalamiento de la línea limítrofe entre Noruega y Andorra, la demarcación hecha entre Noruega y La Victoria; y, en fin, que no sería posible desde el punto de vista matemático señalar el rumbo de una línea recta con el solo dato de que es paralela a otra cuyo rumbo se ignora también.

Se considera: En la oportunidad procesal las partes guardaron silencio con respecto a la prueba pericial producida en el juicio. No hay constancia de que se hubiera pedido que los peritos ampliaran el dictamen o lo rindieran con mayor claridad, ni éste fue tachado por error grave.

No se trata en el presente pleito del caso reglamentado por el artículo 721 del C. J., en que se da el valor de plena prueba al dictamen uniforme, explicado y debidamente documentado de dos peritos, cuando éste ha versado sobre el valor de una cosa, hecho o prestación, o sobre cualquier regulación en cifra numérica.

Tampoco del reglamentado por el artículo 722 de la misma obra en que el dictamen uniforme de los dos peritos se tiene como plena prueba, cuando se refiere a hechos sujetos a los sentidos o lo que expongan según su arte, profesión u oficio, sin lugar a la menor duda, como consecuencia de aquellos hechos.

El caso de autos es, pues, el contemplado por el artículo 723 del C. J., en que el juez le otorga al dictamen el valor correspondiente, teniendo en cuenta o mediante el estudio o apreciación de las presunciones, referencias, juicios y deducciones que se hubieran hecho por los peritos y que el juez aprecia conforme a las reglas de la sana crítica y tomando en cuenta la calidad, fama e ilustración de éstos, la imparcialidad con que desempeñen el cargo, la confianza en ellos manifestada por las partes y la mayor o menor precisión o certidumbre de los conceptos y de las conclusiones a que lleguen.

Dejando la ley al buen criterio del juez conforme a las reglas de la sana crítica, como se ha dicho, la apreciación de la prueba pericial, no cabría error de derecho en su estimación porque no serían revisables en casación las consideraciones al respecto, ya que éstas quedan sujetas al criterio del Juez. Tampoco cabría el error de hecho que condujera a la casación del fallo, porque no aparecen como errores evidentes de hecho los fundamentos del dictamen o porque no fue exclusivamente la prueba pericial la que decidió al

Tribunal al señalamiento de la línea, sino también otros elementos tales como títulos, y en especial la observación personal y directa sobre el terreno por el referido funcionario.

Aceptado el dictamen pericial por el Tribunal, quien creyó suficientes las razones para admitirlo, no se puede desconocer la prueba en casación sino cuando, como sucede con todos los demás medios probatorios, se demuestra que su valor no se ajusta a la tarifa legal de pruebas, o que fue acatado por el juez en contradicción con una verdad evidente que resulta de manifiesto en los autos.

Una de las razones que tuvieron en cuenta los peritos para trazar la línea de 77° N. O., paralela a la del norte, fue la de que el título más antiguo en relación con la parcelación del predio de Cobaría, fue la número 504 de 1924, que estableció como lindero subordinante el del norte y ya se vieron las razones por las cuales el Tribunal tomó tal instrumento como el punto de partida para establecer el paralelismo de los linderos norte y sur en las diversas parcelas que Azuero formó al desmembrar su propiedad de Cobaría.

Por lo expuesto se rechaza el cargo.

Cargo quinto

La posesión como criterio para determinar la línea divisoria

Considera por último el recurrente que a falta de otros elementos para la demarcación de la línea limítrofe, el Tribunal ha debido atenerse a la posesión demostrada por parte de Gómez Azuero sobre la zona en disputa. Expresa que la Corte en numerosos fallos ha sostenido que en los juicios de deslinde, cuando los títulos son obscuros o deficientes, en forma que no permita determinar el lindero discutido, debe atenerse a la posesión como criterio subsidiario.

Señala como violados por no haberse procedido en tal forma los artículos 762 del C. C., cuyo inciso final expresa que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no demuestre serlo, y por lo mismo, la extensión territorial del predio de Andorra a falta de claridad en la titulación, debía extenderse hasta la zona poseída por el propietario Gómez Azuero.

Sostiene que se violaron también los artículos 730, 722 y 697 del C. J., por cuanto habiendo el Tribunal observado en la inspección ocular hasta donde se extendía el dominio de Gómez Azuero, no tuvo en cuenta tal circunstancia, como tampoco el dictamen de los expertos en la parte en que Sarmiento y Laverde expusieron lo relativo a esa misma posesión, que constataron sobre el terreno; y, finalmente, que a pesar de haberse demostrado con más de seis declaraciones de testigos la posesión del actor, el juzgador hizo caso omiso de tales testimonios, a pesar de que por ser plurales, acordes en las circunstancias de modo, tiempo y lugar, constituyen plena prueba.

Sostiene que se violó igualmente y por el mismo motivo el artículo 869 del C. J., ya que el Tribunal no se impuso de las pruebas ocular, pericial y testimonial demostrativas de la posesión de Gómez Azuero, y porque señaló el lindero discutido sin tener en cuenta el valor de esas probanzas.

Se considera: Es bien sabido que la posesión puede ser un elemento de juicio en el deslinde, cuando la naturaleza de los títulos de propiedad aducidos por las partes así lo requiere, por ser insuficientes u obscuros sobre la determinación de los linderos.

En el presente caso está determinado que los predios han de tener una figura regular; que forman sus líneas divisorias un paralelogramo; que los linderos del norte y del sur de cada una de las fincas que se desmembraron del predio de Cobaría son líneas rectas, que parten de señalados puntos del Camino Nacional de Torres y se dirigen al Cerro de Pabellón o Cerro Negro, siendo paralelas entre sí, debiéndose tomar como línea dominante el lindero norte de Noruega, el cual fue judicialmente señalado, y que habiéndose presentado al juicio copia legal de la sentencia respectiva, no había ocasión de adoptar como medio subsidiario la posesión para señalar el lindero. Existían elementos suficientes de juicio para la práctica del alinderamiento. Por otra parte, como lo observa el Tribunal, el criterio de la posesión conduciría al señalamiento de una línea sinuosa, que entrañaría una contradicción de las estipulaciones claras y expresas, o sea que los linderos norte y sur de los predios han de ser líneas rectas al cerro de Pabellón y paralelas entre sí, condiciones que sí se cumplen con la línea señalada por el Tribunal.

Pero hay algo más: esa posesión data de veinte meses en alguna zona, en otra de siete años y en

otras de veinte. El lote comprendido entre las dos líneas en disputa, la de 64° sostenida por el demandante y la de 77° señalada por el juzgador, abarca una extensión de 228 hectáreas, de las cuales están cultivadas, es decir poseídas por el señor Gómez Azuero, 58 hectáreas.

No está, pues, demostrado el error de hecho evidente en la apreciación de las pruebas que tuvo en cuenta el Tribunal para confirmar el deslinde practicado, ni cabría una nueva apreciación de tales pruebas, ya que en la estimación de éstas el juez es soberano, a menos que se establezca error manifiesto, que en el presente caso, no aparece demostrado.

Lo dicho es suficiente para rechazar el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 6 de julio de 1944, proferida por el Tribunal Superior de San Gil en el juicio ordinario seguido por la sociedad de Ricardo Rueda e Hijos contra Luis José Gómez Azuero.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE NULIDAD DE UN REMATE Y DE REIVINDICACION. — DOCTRINA SOBRE REMATES DE BIENES SOCIALES EN JUICIOS SEGUIDOS CONTRA EL MARIDO SOLO

La Corte, en atención al cambio de régimen patrimonial establecido por la ley 28 de 1932, estimó con sostenida uniformidad y sin votos disidentes, que a partir del 1º de enero de 1933 en que aquella ley entró en vigencia, los inmuebles pertenecientes para entonces a la sociedad conyugal no podían válidamente enajenarse por el marido solo, y llegó a concluír que hay venta de cosa ajena en tales casos. Pero, sin contrariar ni desviar esa doctrina, al propio tiempo, con la misma uniformidad y unanimidad mencionadas, ha distinguido entre esas ventas y los remates en que se enajenan bienes sociales en juicios seguidos contra el marido únicamente, así como las daciones en pago en que éste ha procedido por sí solo, en cuanto esa enajenación por dación en pago o remate cubra deudas sociales anteriores a ese 1º de enero y revestidas, por ende, en favor de sus acreedores, de todas las garantías con que los amparaban las leyes bajo las cuales contrataron, las que, conforme al artículo 20 de la ley 153, no pueden entenderse abrogadas por la ley 28.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza)

Sustanciado debidamente, se decide el recurso de casación de la parte demandante contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá de 11 de junio último, confirmatoria de la de 2 de mayo de 1945, en que el Juzgado 3º Civil de este Circuito absolvió a los demandados en el juicio ordinario de la señora Paulina Bernal de Cuéllar contra los señores Secundino Cuéllar, Juan C. Osorio y Jesús Perilla V.

Durante la sociedad conyugal existente entre la actora y el demandado Cuéllar, éste compró el 28 de enero de 1927 e hipotecó en marzo del mismo año en favor de los demandados Perilla y Osorio, en este orden, un inmueble que en el juicio de venta incoado por Osorio contra Cuéllar, al que fue llamado y concurrió el doctor Perilla, se adjudicó en remate el 22 de octubre de 1940 a ambos acreedores. El juicio se inició el 17 de junio de 1938.

La demandante pide la declaración de nulidad del remate y del juicio mismo, por haberse prescindido de ella, y que, reconociéndose el mejor derecho de la sociedad conyugal sobre el de los rematadores, actuales poseedores, se les condene a restituír a ésta ese inmueble y pagarle sus frutos. Invoca cardinalmente la Ley 28 de 1932 y la circunstancia de que bajo el nuevo régimen allí establecido, la enajenación de un bien que era social al entrar a regir esta ley no puede hacerse válidamente por el marido solo, no teniendo él ya la jefatura de la sociedad conyugal, ni la representación legal de su mujer.

Para no hacer las declaraciones demandadas el Tribunal se funda en que ese nuevo régimen no puede afectar los derechos de terceros, a quienes amparan las leyes vigentes al celebrarse los respectivos contratos, es decir, para el presente caso, los de mutuo con hipoteca, y en que, figurando entre tales derechos el de perseguir la finca hipotecada en manos de quien la posea en todo o en parte e indicando el certificado del registrador completa igualdad sobre persona del poseedor entre la constitución de las hipotecas y la celebración del remate, éste quedó bien celebrado y aquella actuación bien seguida con la sola intervención de Cuéllar.

El abogado de la demandante acusa de violación de los artículos 448 y 457 del C. J., 741 y 2432 del C. C., 20 de la Ley 153 de 1887 y 1º de la 28 de 1932, razonando, en suma, así: la señora debió ser citada como parte al juicio de venta y no lo fue, lo que determina nulidad de esa actuación alegable por ella en juicio ordinario distinto; las hipotecas dejaron el aludido inmueble en

poder del deudor, que no era el marido, sino la sociedad conyugal, a la cual aquél pertenecía desde que Cuéllar lo compró; el remate es la tradición de lo rematado hecha por el dueño, representado por el juez, y ese dueño no era Cuéllar sino la sociedad, y, de otro lado, esta situación de las cosas, que es la legal, no se destruye porque la Ley 153 preceptúe lo que reza su artículo 20, indebidamente interpretado y aplicado en este pleito.

Se considera:

El artículo 457 se refiere a "la parte que no fue legalmente notificada o emplazada", es decir, a quien se señala en el libelo como **parte** y, sinembargo, no recibió citación ni fue emplazado. Basta, pues, observar que a la señora hoy demandante no se la señaló como demandado en el juicio de venta, para reconocer que no se halla en el caso de aquella disposición. De otro lado, no sobra anotar que, salvo expresas excepciones, la sentencia no perjudica a quien no ha sido parte en la actuación en que se ha dictado.

Sostiene el recurrente que la señora debió ser citada al juicio de venta, porque el inmueble hipotecado pertenecía a la sociedad y que, del propio modo, para el remate se necesitaba su consentimiento, por ser tradente el dueño, esto es, la sociedad conyugal, cuya representación y jefatura cesaron para el marido al entrar a regir la Ley 28, dentro de cuya vigencia se entabló y cursó el juicio y se remató la finca. Esto es, globalmente, el cargo de violación de las disposiciones sustantivas antedichas.

Como se ve en la sentencia de 20 de octubre de 1937 (G. J. Tomo XLV, páginas 630 y siguientes) y en las múltiples pronunciadas desde entonces, esta Sala, en atención al cambio de régimen patrimonial establecido por la Ley 28 de 1932, estimó con sostenida uniformidad y sin votos disidentes, que a partir del 1º de enero de 1933 en que aquélla ley entró en vigencia, los inmuebles pertenecientes para entonces a la sociedad conyugal no podían válidamente enajenarse por el marido solo, y llegó a concluír que hay venta de cosa ajena en tales casos.

Pero, sin contrariar ni desviar esa doctrina, al propio tiempo, con la misma uniformidad y unanimidad mencionadas, ha distinguido entre esas ventas y los remates en que se enajenan bienes sociales en juicios seguidos contra el marido únicamente, así como las daciones en pago en que éste ha procedido por sí solo, en cuanto esa enajenación por dación en pago o remate cubra deudas sociales anteriores a ese 1º de enero y revestidas, por ende, en favor de sus acreedores, de todas las garantías con que los amparaban las leyes bajo las cuales contrataron, las que, conforme al artículo 20 de la Ley 153, no pueden entenderse abrogadas por la Ley 28.

Con detenidos razonamientos a esta conclusión ha llegado la Sala, denegando consecuencialmente las demandas de invalidación de los aludidos juicios y remates y aun daciones en pago, en estas sentencias: la de julio 10 de 1941 (G. J. Tomo LI, páginas 798 a 804), la de 29 de marzo de 1944 (G. J. Tomo LVII, páginas 133 a 136), y las siguientes, inéditas aún: la de 15 de octubre, la de 21 de noviembre y la de 10 de diciembre, todas de 1946, y la de 13 de febrero en curso.

Las reflexiones de esos fallos permanecen en pie y quedan esbozadas y resumidas en éste. Ante ellas se encuentra inadmisible la acusación que aquí se está decidiendo.

Aunque ello bastaría para no infirmar el fallo recurrido, es de citarse la Ley 68 de 1946 que interpreta la 28 de 1932, en forma que en nada afecta la interpretación dada por la Corte en casos como el del presente pleito.

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

Las costas del recurso son de cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese y notifíquese.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza—Alvaro Leal Morales—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE DOMINIO.—TECNICA DE CASACION

Es bien sabido que el recurso de casación, instituído en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto, por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación de la sentencia. No basta que la Corte haya admitido el recurso para que con base en cualquier reparo sobre la legalidad de la sentencia pueda reabrir el estudio de las cuestiones controvertidas en el juicio como si se tratara de una nueva instancia judicial. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto en que los considere quebrantados.

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

(Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca)

Ante el Juzgado 4º Civil del Circuito de Cali, Ruperto Muriel Salazar, por medio de apoderado y en libelo de fecha 27 de noviembre de 1937, demandó en juicio ordinario de reivindicación a Jorge Garcés B., para que se declare que es dueño y por consiguiente debe restituírsele por el demandado, con sus frutos, dependencias y anexidades, "una cuota ad valorem o acción de dominio", equivalente a $ 162.80 sobre un valor total de $ 7.748.60, radicada sobre un predio conocido antiguamente con el nombre de El Anón, situado en el barrio de la estación la Parroquia en la ciudad de Cali cuyos linderos generales según escritura 119 de 1883, eran los siguientes: Por el norte, con finca de los señores Francisco Otero y José María Quijano, hoy carrera 5ª de la ciudad de Cali; al medio con predio de los señores Herman S. Boheer, Jesús Obeso Pérez y otros; por el sur con manga antigua del señor Nepomuceno Moreno, hoy propiedad de los hermanos Maristas; por el oriente con finca del señor Manuel Rengifo, hoy calle 25 de la ciudad de Cali, o avenida Miguel López Muñoz; y por el occidente, con antiguas mangas de los señores Evaristo García y Sixto Guevara, hoy calle 24.

Afirma el demandante en los hechos fundamentales de su acción que la cuota de dominio que reivindica en el bien determinado en la demanda, la adquirió por adjudicación que de ella se le hizo en el juicio sucesorio de su padre, Ruperto Muriel, quien adquirió la finca de El Anón por compra a Nicomedes Idrobo según escritura pública número 119 de 9 de julio de 1883, de la cual se toma la alinderación descrita en libelo de demanda. Asevera asimismo que él no ha enajenado su cuota de condominio en el citado inmueble, y que el demandado Garcés, adquiriente de derechos de propiedad en el referido terreno, lo posee y usufructúa totalmente.

El demandado se opuso a las pretensiones del actor. Afirma que compró la finca de El Anón como cuerpo cierto y niega ser poseedor y usufructuario de la pretendida cuota del demandante, lo mismo que los demás hechos de la demanda. Alegó y propuso como excepciones perentorias la carencia de acción, petición antes de tiempo, ilegitimidad de la personería sustantiva de su demandante y la de prescripción.

Trabada así la controversia, el Juzgado del Circuito sentenció en primera instancia el 21 de noviembre de 1940, declarando probadas las que llama excepciones perentorias de carencia de acción e ilegitimidad sustantiva de la personería del actor y absolviendo, en consecuencia, al demandado, de todos los cargos de la demanda.

Esta decisión absolutoria se funda en que no

fue identificado el fundo a que se vincula la cuota reivindicada con el que posee el demandado, pues fuera de otras deficiencias que anota el Juez, en la partición herencial de Ruperto Muriel no se expresó alinderación ninguna del predio en que se hicieron las adjudicaciones **ad valorem,** de donde dedujo el sentenciador que falta uno de los elementos fundamentales de la reivindicación, equivalente, en este caso, a falta de prueba del dominio del actor.

Sentencia acusada.

El juicio subió al Tribunal del Distrito Judicial de Cali por apelación de ambas partes contra la sentencia de primer grado, la cual fué confirmada por la de 26 de octubre de 1944 con que finalizó la segunda instancia.

La confirmación del Tribunal obedeció a que, en su concepto, a pesar de las pruebas de inspección ocular practicada al efecto, subsistió la misma situación de insuficiencia probatoria respecto de la aludida identidad del inmueble, en que se fundó el Juzgado, y, además, en que no se demostró que el demandado fuera poseedor del bien en que se radica la cuota de dominio reivindicada. El Tribunal analiza discriminadamente las probanzas producidas y concluye con el siguiente párrafo en que se resumen y concretan las razones de su absolución:

"Del examen probatorio hecho, resulta, pues, la conclusión a que se llegó en la sentencia apelada, en el sentido de que no está identificada la cosa objeto de la reivindicación, o sea, que no está establecido que en predio de El Anón, en el cual se adjudicó una cuota **ad valorem,** el demandante Ruperto Muriel Salazar, en la referida sucesión del causante Roperto Muriel, sea el mismo que en la demanda se señala como poseído totalmente por el demandado Jorge Garcés B. Y en cuanto a esto último, tampoco se acreditó que el señor Garcés B. fuese el poseedor del predio y del edificio de laboratorios que dentro de él se encuentra, sino de la sociedad "Jorge Garcés B. e hijos", como quedó así consignado en el acta de la diligencia de inspección ocular practicada por el Tribunal; y por otra parte, a los autos fue traída copia de la escritura número 882 del 16 de octubre de 1937, de la Notaría 1ª de Cali, por la cual Jorge Garcés B. le hace venta de la sociedad colectiva de comercio denominada "Jorge Garcés B. e hijos", entre otros inmuebles, de dos casas y el edificio conocido con el nombre de "Laboratorios J. G. B.", y lo mismo del terreno, dentro del cual están construídas, bajo la siguiente alinderación general.... Esta escritura fue inscrita en el registro de instrumentos públicos el 3 de diciembre de 1937, o sea, desde antes de que hubiese sido admitida la demanda".

El recurso.

El recurso de casación que hoy se decide fue interpuesto por el apoderado de la parte demandante.

"La sentencia infiere agravio a la ley —dice el recurrente en el encabezamiento de su demanda—, a los derechos deducidos por mi parte, a la prueba y evidencia de la acción, y a simples principios de actuación procesal, por el fallo acumulativo de excepciones no comprobadas", y desenvuelve luégo sus remotos antecedentes, dedicando ocho de las diez páginas de su libelo, a formular glosas y acotaciones marginales y enumeración de pruebas con comentarios sobre la forma de su producción en las instancias del juicio. La Sala no encuentra en estas consideraciones generales de la demanda de casación, material utilizable para el estudio y análisis de cuestiones de casación civil en que lo esencial es la confrontación de la sentencia y la ley para deducir si hay o no lugar a la infirmación del fallo definitivo de segunda instancia, y por eso estima innecesario e inútil detenerse sobre esta parte del libelo en el análisis discriminado de cada uno de los conceptos y afirmaciones que plantea el recurrente con inobservancia de los requisitos técnicos a que ha de someterse obligadamente el planteamiento de este recurso extraordinario ante la Corte. "Bien sabido es que el recurso de casación, instituído en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto por razones derivadas de la naturaleza especial y extraordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación de la sentencia. No basta que la Corte haya admitido el recurso para que con base en cualquier reparo sobre la legalidad de la sentencia pueda reabrir el estudio de las cuestiones con-

trovertidas en el juicio como si se tratara de una nueva instancia judicial. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del Código Judicial, es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto en que los considere quebrantados....." (**Gaceta Judicial,** Tomo LVI, página 327).

Circunscribiéndose, pues, a la parte de la demanda en que se cumplen los requisitos de forma, se consideran los cargos que con apoyo en la causal primera se formulan, en el orden y con la separación con que los presenta el recurrente.

"Primer cargo.—Están violados los artículos: 1849, 1847, 1864, 1873 y 1880 del C. C. por apreciación indebida e interpretación patrimonial que para la sociedad conyugal Muriel-Salazar, tenía la adquisición que se hizo por escritura pública número 119 de 9 de julio de 1883, escritura por medio de la cual la propiedad de El Anón entró a formar parte del acervo de dicha sociedad conyugal y del acervo hereditario que fue distribuído en la sucesión de Ruperto Muriel".

Se considera:

Los temas de la sentencia y las soluciones jurídicas que adopte sobre las conclusiones probatorias del proceso encuadran naturalmente los motivos del recurso de casación y condicionan su conducencia. Recordando aquí que la decisión absolutoria del Tribunal se basó en la falta de dos de los elementos esenciales de la acción de dominio, como son la posesión del demandado y la identidad del bien reivindicado con el poseído por éste, se ve la inanidad del cargo por "indebida apreciación e interpretación errónea" de disposiciones normativas del contrato de compraventa, en relación con la sociedad conyugal Muriel-Salazar, que no tenían por qué ocupar la atención del sentenciador y que fueron del todo ajenas a la decisión del litigio.

"Segundo cargo.—Están violados los artículos: 1008, 1010, 1011, 1013, 1037, 1040 del C. C., 85 de la Ley 153 de 1887, 1045 del C. C., 1226, 1229, 1239, 1240, 1321, 1325 del C. C., porque los bienes de la sucesión de Ruperto Muriel pasaron en su cuota correspondiente a su heredero legitimario Ruperto Muriel Salazar, como una asignación forzosa, como una parte legitimaria; y porque Ruperto Muriel como asignatario adquirió con su derecho de herencia facultad de hacer uso de la acción reivindicatoria sobre los bienes asignados. Y se violaron las reglas de la partición, artículo 1374 y siguientes del C. C., porque asignada la cuota en la cartilla de partición y registrada la hijuela, el derecho de Ruperto Muriel solo a él le pertenece, y se interpretaron erróneamente dichos artículos por omisión, por no haberse reconocido el derecho de Muriel, manifestando que no tenía acción de dominio para reivindicar".

Se considera:

La misma falta de relación y correspondencia entre las cuestiones de la acusación y los fundamentos del fallo afectan de total improcedencia este segundo cargo, porque ninguna conexión ofrecen las razones en que reposa la desestimación de la acción reivindicatoria con las normas referentes a la sucesión en caso de muerte, ni con las que gobiernan la petición de herencia, ni con las relacionadas con la partición de bienes, señaladas como infringidas, y que por ser impertinentes no fueron ni tenían por qué ser consideradas por el sentenciador en el proceso de aplicación de la ley para desatar la controversia.

"Tercer cargo.—Se violaron los artículos: 669, 673, y 730 del C. C., que definen el dominio, que indican los modos de adquirir las cosas, entre los cuales figura el derecho de sucesión por causa de muerte, porque Muriel tiene dominio y propiedad nula sobre su cuota hereditaria, y al desconocérsele el derecho de reivindicar los frutos sobre su cuota hereditaria, que enriquece sin causa a la parte demandada".

Se considera:

La denegación de las pretensiones del reivindicante no se fundó en la falta ni insuficiencia de la prueba sobre su dominio en la cuota determinada en su demanda, cuestión esta a cuyo análisis no alcanzó a llegar el Tribunal porque encontró que la acción de dominio estaba afectada de improcedencia porque se enderezaba contra quien no era poseedor de la cosa reivindicada y porque no se probó que el predio de El Anón, en que se adjudicó una cuota al actor, sea el mismo que se dice poseído por el demandado Garcés B. A esta manifiesta desviación del cargo, puede añadirse, como lo tiene dicho esta Sala, que siendo solamente un concepto general sobre la apreciación global del problema del pleito, y sobre definiciones legales, no da base a acusación atendible en casación.

"Cuarto cargo.—Se violaron los artículos: 762 y siguientes del C. C., porque teniendo Jorge Garcés B. la posesión material del suelo, se le desconoció también como poseedor, para rechazar la viabilidad de la acción reivindicatoria".

Se considera:

Aquí se enfoca uno de los motivos de la sentencia: la posesión del demandado, que se estimó como no probada, pero se hace con una insubsanable falla de técnica en la formulación del cargo, porque la infracción de la ley sustantiva, que en ningún caso sería el artículo que cita el recurrente, no podría ocurrir de modo directo sino como consecuencia de errónea estimación de las pruebas en que el Tribunal asentó esta conclusión de su fallo.

Quinto y Sexto cargos.—Incurriendo, lo mismo que con todos los demás cargos, en el defecto sustancial de no ensayar siquiera la demostración razonada del quebranto legal que le imputa a la sentencia, afirma el recurrente que el Tribunal violó los artículos: 1494, 1495, 1602, 1603, 1604, 1608 y 1613 del C. C., "porque se desconoció la fuente como nacieran los derechos de Muriel Salazar, como heredero", y "los artículos relacionados con el cuasicontrato de comunidad 2322 y siguientes del C. C., porque al morir Ruperto Muriel se formó una comunidad entre sus herederos y entre los subrrogatarios de los herederos, y esa comunidad subsiste todavía y de ella usufructúa totalmente Jorge Garcés".

Se considera:

Se ha repetido ya que la sentencia acusada reposa en la falta de dos de los elementos axiológicos de la acción de dominio, y que no fue necesario, para desestimarla, el examen de las pruebas sobre la calidad de dueño que debe tener el reivindicante. De tal suerte que esta irrazonada acusación tampoco se endereza contra ninguna de las bases sustentatorias del fallo recurrido, en forma que no hay manera de averiguar si el concepto fundamental de la sentencia es vulnerable desde el punto de vista de su legalidad porque el ataque contra ella es descaminado e inane.

Séptimo cargo.—"Se violaron los artículos: 2576, 2577, 2581, 2594, 2595 del C. C. y los artículos: 1757, 1758 y 1759 de la misma obra puesto que se desconoció la validez de las pruebas presentadas por Ruperto Muriel Salazar para justificar su derecho, y se violaron los artículos 2637, 2641 y demás pertinentes sobre registro de los títulos de Muriel en su acción reivindicatoria...."

Se considera:

Para concluir el sentenciador de segundo grado que la acción de dominio no se había dirigido contra el actual poseedor, como lo exige el artículo 952 del C. C., y que tampoco se sabía si el predio singular en que se radicaba la cuota determinada proindiviso que se reivindicaba era el mismo que se decía poseído por el demandado Garcés, se fundó en las pruebas de inspección ocular, verificadas en las instancias y muy minuciosamente analizadas en el fallo, pero en manera alguna en la validez de títulos escriturarios ni de sus inscripciones en el registro público, de tal modo que este nuevo cargo también es vano por hacerse fuera de la órbita en que se mueven y desenvuelven las razones del fallo.

Octavo cargo.—"Violación de la ley procesal por apreciación errónea de la prueba y falta de apreciación de la mayoría de las pruebas de Muriel Salazar", y en desarrollo del cargo así formulado, dice el recurrente que se violaron los artículos: 341, 697, 630, 721, 722 y 636 del Código Judicial porque se admitieron excepciones que no fueron propuestas, dejaron de aplicarse reglas sobre prueba testimonial y otras razones por el estilo.

Se considera:

En esta acusación no hay materia de estudio porque se hace con olvido total de la índole y finalidad que corresponden al recurso de casación y que lo diferencian radicalmente de las instancias procesales. Aquí no se citan disposiciones sustantivas, como infringidas por el Tribunal y esto deja sin base cualquier reparo que pretenda hacerse dentro de la causal primera del artículo 520 del C. J. "La causal de casación es siempre e invariablemente la violación de la ley sustantiva en el caso del inciso primero del artículo 520 del C. J., y nunca la errónea apreciación de la prueba por sí misma. Esta errónea apreciación no tiene importancia en casación sino cuando como resultado de ella se ha incurrido en un error de hecho que aparezca de manifiesto en los autos y que envuelva una contravención a la ley, o un error de derecho que implique indebida aplicación". (G. J. XLIII, página 796).

Esta observación es valedera para rechazar también el llamado décimo cargo en la demanda, en que tampoco hay ni una referencia a la ley sustantiva, sino una afirmación sin razones de-

mostrativas sobre conclusiones probatorias de carácter general e indiscriminado.

Finalmente, bajo el numeral 9º con cita impertinente del artículo 772 del C. J., acusa el recurrente la sentencia porque falla acumulativamente dos excepciones, siendo así que existiendo la primera carece de interés entrar a fallar la segunda.

Sólo por ser materia de un título separado en el libelo de demanda se hace referencia a este reparo insignificante como ataque en casación; pero que, como los demás, han hecho necesaria la prolongación insustancial de esta decisión por la obligación que pesa sobre la Sala de referirse a las cuestiones que propone la demanda de casación y sólo a ellas aun cuando no sea sino para advertir las irremediables deficiencias de técnica con que ha sido planteado el recurso.

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 Cali el 26 de octubre 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—Alvaro Leal Morales—José Antonio Montalvo—Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS.—DOCTRINAS SOBRE TECNICA DE CASACION.—CLAUSULA PENAL.

1.—Cuando el recurrente se apoya en la primera causal de casación, invocando el quebrantamiento de normas sustantivas por mala apreciación de pruebas, no debe olvidarse que el motivo preciso de tal violación ha de ser determinada disposición de la índole expresada, que debe señalarse indicando el concepto en que se ha infringido.

2.—Igualmente en innumerables fallos ha expresado la Corte que en la acusación por indebida apreciación de la prueba es necesario demostrar un error evidente de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que envuelva un quebrantamiento de la ley sustantiva, o un error que implique ese mismo quebrantamiento.

3.—La cláusula penal o pena convencional es un pacto por el cual se obliga el deudor a una determinada prestación o indemnización si deja de cumplir una obligación contractual, o si la cumple con atraso; de modo que la estipulación es al mismo tiempo un modo de coacción contra el deudor y una indemnización debida al acreedor, no sólo por incumplimiento, sino aún por la morosidad en que haya podido incurrir. En los contratos bilaterales en que existen obligaciones recíprocas de las partes, se puede pactar tal pena o multa a cargo del incumplido. La pena es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo. (Artículo 1600 C. C.).

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

(Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas)

Se decide el recurso de casación propuesto por los herederos de la señora Ezequiela Cortés v. de Ramírez en el juicio seguido contra ésta por María Teresa Gracia de Moyano, sobre indemnización de perjuicios.

Antecedentes.

Por medio de instrumento público pasado ante el Notario Primero del Circuito de Bogotá, bajo el número 1698 del año de 1936, la señora Ezequiela Cortés v. de Ramírez le dio poder a la señora María Teresa Gracia de Moyano para que le administrara la finca de su propiedad denominada "Guchipas", ubicada en los Municipios Fusagasugá y Pasca, y para obtener la entrega de tal inmueble sin ocupantes y libre de impuestos y perturbaciones. La mandataria quedó facultada "para nombrar a su arbitrio uno o varios apoderados con tal fin, siempre que ellos sean competentes, para representar en juicio a la poderdante y en todo lo relacionado con la administración de la finca, su venta y parcelación".

La mandante se comprometió a suministrar a la señora Gracia de Moyano dinero para cercas y para pagar la mitad del valor de la semilla de pasto; y a reconocerle como honorarios la cuarta parte del inmueble, bien al hacer las ventas o al vencimiento del contrato. Se señaló como plazo el de dos años, término que fue prorrogado y se estipuló como pena para el caso de incumplimiento de alguna de las partes la suma de $ 500.00.

El poder en cuestión fue revocado sin mediar arreglo con la mandataria, por medio de la escritura pública número 1363 de fecha 25 de mayo de 1937.

Fundada en la razón de derecho de que la revocación intempestiva del poder le había causado serios perjuicios materiales y morales, la señora Gracia de Moyano demandó a la señora Cortés v. de Ramírez, para que se le condenara a pagarle la suma de cinco mil pesos por perjuicios materiales y tres mil por los causados a su honra por las manifestaciones por aquélla a varias personas, de que le había retirado el poder por mala administración. Alegó como fundamento de sus pretensiones que en el desarrollo del mandato eje-

cutó diversas gestiones tanto judiciales como de diversa índole, que quedaron frustradas por la inesperada revocación del poder. Hizo como petición principal la de que se obligara a la demandada al pago de la multa y los perjuicios; y en subsidio exigió que la condena se hiciera por la suma fijada por peritos.

El juzgado pronunció su fallo con fecha 24 de junio de 1941, negando la petición principal y accediendo a decretar la subsidiaria. Condenó en consecuencia a la señora Cortés de Ramírez al pago de los perjuicios materiales y morales ocasionados por la aludida revocación. Dispuso que el monto de unos y otros se determinara en el cumplimiento de la sentencia.

Contra la providencia de primera instancia interpusieron recurso de apelación los herederos de la señora Cortés de Ramírez, quienes por fallecimiento de ésta se presentaron oportunamente al juicio. Los autos subieron al conocimiento del Tribunal Superior de Bogotá, el cual dictó fallo con fecha 3 de julio de 1945 en la siguiente forma: revocó la providencia apelada en cuanto dispone condenación al pago de perjuicios morales y la confirmó en todo lo demás.

Fundamenta su fallo el juzgador de segundo grado en que "el artículo 1546 del C. C. al tratar de la condición resolutoria tácita, da derecho al contratante inocente, contra el renuente a satisfacer la obligación, a pedir una de dos cosas: o el cumplimiento o la resolución; en uno y otro caso con indemnización de perjuicios. Pero los perjuicios contractuales no están ni pueden estar sometidos únicamente a este medio para su efectividad, máxime cuando, como ocurre en este caso, la violación del contrato le puso fin.

"Sin que pueda siquiera ponerse en duda la existencia del perjuicio, dice el Tribunal, si no se demostró culpa en el mandatario, si éste ejecutó como está establecido en múltiples diligencias, erogaciones y trabajos en ejecución del mandato; y si se le privó no sólo de la remuneración a que tenía derecho por los trabajos ejecutados, sino de la perspectiva de la totalidad del honorario pactado y de los reembolsos, es claro que se realiza el fenómeno del empobrecimiento en su contra, en beneficio del mandante, que es precisamente lo que caracteriza el perjuicio patrimonial".

Contra la anterior sentencia interpuso la parte demandada recurso de casación. El negocio sufrió en esta Corte el trámite de rigor y siendo la oportunidad de decidirlo se procede a ello previas las siguientes consideraciones:

Causales de casación alegadas

Con desconocimiento de los requisitos exigidos por la ley para el planteamiento y fundamentación del recurso de casación, el actor en éste, presenta varias causales que en realidad son cargos contra la sentencia, relativos a la causal primera del artículo 520 del C. J., por error de hecho y de derecho en la apreciación de determinados elementos probatorios. También alega, como se verá adelante, que el fallador dejó de aplicar algunos textos legales.

Cargo primero

Dice textualmente, sin citar disposición alguna de carácter sustantivo que respalde su cargo de violación de la ley: "Apreciación errónea de determinadas pruebas, habiendo incurrido el Tribunal en error de hecho y de derecho".

En desarrollo de su tesis enumera como mal apreciados los siguientes elementos probatorios: las certificaciones expedidas por el Alcalde, el Juez y el Secretario de Pasca y las otorgadas por el Comandante de la Policía de aquel lugar y por el doctor Vergara Zapata, documentos todos que en su concepto carecen de fuerza probatoria, pues si se quería acreditar, dice, hechos relacionados con actuaciones ha debido acompañarse copia de los expedientes, como lo preceptúa el artículo 632 del C. J.

Sostiene que debe casarse la sentencia porque se cometió error de hecho al tomar como pruebas certificados que no corresponden a actos de los cuales no hubiera quedado constancia en los procesos.

En su concepto se apreció erróneamente también la prueba testimonial ya que con declaraciones no se puede acreditar el ejercicio de un mandato.

Se considera:

Como se dijo, el recurrente no cita disposición alguna de carácter sustantiva violada por la indebida apreciación de las pruebas. La Corte en repetidos fallos ha expresado las condiciones y requisitos que debe llenar la demanda de casación para que se cumplan los fines propuestos

por el legislador, que no son otros que la unificación de la jurisprudencia.

Cuando el recurrente se apoya en la primera causal de casación, invocando el quebrantamiento de normas sustantivas por mala apreciación de pruebas, no debe olvidarse que el motivo preciso de tal violación ha de ser determinada disposición de la índole expresada, que debe señalarse indicando el concepto en que se ha infringido. "El recurrente que acusa por error en la apreciación de las pruebas y que aún demostrándolo no pasa adelante, es decir, no expresa la disposición sustantiva violada, se queda, por decirlo así, en el umbral, sin traspasar la puerta de entrada al recurso mismo, la que con esa demostración apenas ha abierto".

Observa la Sala que igualmente en innumerables fallos ha expresado que en la acusación por indebida apreciación de la prueba, es necesario demostrar un error evidente de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que envuelva un quebrantamiento de la ley sustantiva, o un error de derecho que implique ese mismo quebrantamiento.

En el cargo en estudio se han olvidado estos principios de la técnica del recurso y debe por lo tanto rechazarse.

Cargo segundo

Se acusa la sentencia por indebida apreciación de la prueba documental representada por la copia de varios contratos sobre aparcería celebrados por la mandataria, con diversos cultivadores de la tierra en el predio de Guchipas.

El cargo consiste en que, aun cuando los contratos aparecen celebrados con anterioridad a la revocación del poder, fueron reconocidos judicialmente ya extinguido el mandato. Entiende el recurrente que la fecha cierta de tales instrumentos fue el día de su legalización y no la fecha de su otorgamiento.

Que por haberse tenido a tales documentos como prueba de actos administrativos, violó el Tribunal el artículo 1762 del C. C. También afirma que se infringió el artículo 284 de la misma obra y se apoya para sostener este concepto, en que uno de los firmantes de dichos documentos, declaró que aun cuando aparecían con fecha atrasada, en realidad se habían firmado los contratos con fecha posterior a la revocación del mandato.

Se considera:

Carecen de todo apoyo legal los cargos apuntados, pues los documentos no fueron tachados de falsos en su oportunidad y debe anotarse que se trata de uno de los elementos o fundamentos en que se apoya el Tribunal en su sentencia y que si se hubiera de rechazar tal prueba, el fallo tendría otros soportes que serían suficientes para sustentarlo.

Es verdad que, con respecto a terceros, la fecha de un instrumento privado no se cuenta sino desde el fallecimiento de alguno de los que le han firmado, o desde el día en que ha sido copiado en un registro público, o en que conste haberse presentado en juicio, o en que se haya tomado razón de él, o le haya inventariado un funcionario competente en el carácter de tal (artículo 1762 del C. C.). Pero no lo es menos, que no se trata de establecer los términos del contrato en sí, sino de demostrar las actividades administrativas de la mandataria, sus gestiones en orden a la administración de la finca que le fue encomendada. El reconocimiento de la firma por cada uno de los aparceros que autorizaron aquellos pactos entraña una declaración sobre el acto de administración contemplado en tal instrumento.

En cuanto al dolo atribuído a la demandante y consiguiente cargo por indebida apreciación de un testimonio, la acusación carece de fundamento, pues no sería posible tener como demostrada la mala fe en la administración por el solo hecho de que un compareciente al reconocer su firma en un documento privado, asevere que las fechas no coinciden con la realidad. Tal declaración no sería suficiente al tenor del artículo 696 del C. J. para tener por demostrado el hecho.

No hay que olvidar en cuanto a la honorabilidad de la mandataria que la señora Cortés de Ramírez declaró en posiciones que había aprobado todos sus actos. Confesión expresa que releva de toda prueba sobre el particular.

Cargo tercero

Finalmente acusa la sentencia el recurrente por violación del artículo 1600 del C. C., por cuanto a su entender en el contrato de mandato celebrado entre los litigantes y que aparece en la escritura número 1698 citada, se estipuló para el caso de incumplimiento una multa de $ 500.00, que debía pagar la contratante que infringiera

lo pactado. Con apoyo en que la actora en el pleito demandó la indemnización de perjuicios y la pena, cosa que no podía decretarse, a menos que se hubiera pactado lo contrario, el Tribunal al escoger una de las dos, ha debido resolverse por la multa estipulada, por ser más favorable a la demandada. (Artículo 1624 C. C.). En esta forma se violó el artículo 1600 citado.

Se considera:

Verdad es que de acuerdo con el artículo 1624 del C. C. las cláusulas ambiguas se interpretan a favor del deudor. Pero debe afirmarse que en el presente caso no hay ninguna ambigüedad.

Por disposición del contrato, consignada en la cláusula 4ª, se estipuló una multa de $ 500.00, que debían ser pagados por cualquiera de los contratantes que dejara de cumplir con las condiciones estipuladas.

La cláusula penal o pena convencional, es un pacto por el cual el deudor se obliga a una determinada prestación o indemnización si deja de cumplir una obligación contractual, o si la cumple con atraso; de modo que la estipulación es al mismo tiempo un modo de coacción contra el deudor y una indemnización debida al acreedor, no sólo por incumplimiento, sino aun por la morosidad en que haya podido incurrir. En los contratos bilaterales en que existen obligaciones recíprocas de las partes, se puede pactar tal pena o multa a cargo del incumplido, como sucede en el presente caso.

La pena es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo. No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente. Pero siempre estará, dice el artículo 1600 del C. C., al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena.

El demandante en el asunto en estudio hizo una petición principal: el pago de la multa convenida y la indemnización de perjuicios; y como solicitud subsidiaria a la anterior, la simple indemnización de perjuicios. El juzgador de instancia, como no estaba estipulado el pago conjunto de la multa y la indemnización, negó con sobrada razón el primer pedimento, y aceptó el segundo, previsto como medio subsidiario, o sea la condenación simple al pago de los perjuicios derivados del incumplimiento.

No se trata, pues, de interpretar un caso dudoso, ni de decidirse entre dos peticiones, caso en el cual a falta de otro criterio el juez debía buscar la interpretación más favorable al obligado.

El actor hizo en su demanda dos solicitudes: una en defecto de la otra. La primera no era posible decretarla por prohibirlo el artículo 1600 del C. C.; era el caso de conceder la segunda, que sí era legalmente viable.

Lo anterior es suficiente para rechazar el cargo.

Sentencia

En virtud de las anteriores consideraciones, 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 julio de 1945, dictada por el Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario seguido por María Teresa Gracia de Moyano contra Ezequiela Cortés v. de Ramírez.

Las costas a cargo del recurrente.

Notifíquese, cópiese, publíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO Y DE PAGO DE PERJUICIOS.—NATURALEZA JURIDICA DEL CONTRATO

El contrato, fuente de las obligaciones según la tradicional clasificación que de ellos se hizo en el derecho romano, continúa manteniendo su individualidad jurídica dentro de la clasificación actual aunque en ella se agrupe, junto con otras figuras generadoras de obligaciones, bajo la denominación genérica de "acto jurídico". La naturaleza del contrato, ampliamente reglamentada por la ley en todos los particulares que de ella se derivan, apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen lo pactado que no es susceptible de ser mezclada o confundida con la resultante de otras fuentes, como el hecho ilícito, por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que le son propias, siendo errado e injurídico pretender que para unos aspectos de su eficacia legal se regule por aquéllas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El Código Civil destina el título 12 de su libro IV a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo libro, a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas, según las voces del Código. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico, ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales)

La sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, fechada el 26 de noviembre de 1945, decidió en segunda instancia el juicio ordinario promovido por la Cooperativa de Empleados de Bogotá, Ltda., contra Carlos Portocarrero C. para que se le condene a cumplir, con indemnización de daños y perjuicios, el contrato de compra-venta contenido en la escritura pública número 1960 pasada el 6 de noviembre de 1941 ante el Notario 5º de Bogotá, y a pagar a la entidad demandante la suma de $ 129.923.00 en que se estimaron los perjuicios sufridos por aquélla a causa del incumplimiento del demandado, y, subsidiariamente, en el monto de ellos que se justificara durante el trámite del juicio.

Los hechos narrados en el libelo como fundamentales de la acción, pueden sintetizarse así:

Por medio de la escritura pública ya citada, el demandado vendió a la sociedad cooperativa demandante, el inmueble llamado "Quinta del Río Fucha" y deslindado como en el mismo instrumento se relata; el objeto de la compra, por parte de la entidad actora, era la de fundar allí una "Ciudad Jardín" previa una ceremonia de inauguración a la cual fueron invitadas cuantas personas se habían afiliado a la Cooperativa por medio de copiosa propaganda. Como el vendedor no cumpliera el contrato fracasaron los planes ya aludidos causándole así al comprador perjuicios morales, como la pérdida de su prestigio, y materiales consistentes en la devolución de cuotas causada por el retiro de socios, en la falta de aprovechamiento del inmueble en sí mismo, del lecho del río Fucha, y de las minas de arcilla y de greda que en aquél se encuentran, en el lucro cesante consistente en el precio de arrendamientos no recaudados de los 420 socios que iban a ser favorecidos por el desarrollo del plan, así como en los gastos causados por la propaganda.

El Juzgado ante el cual se surtió la primera instancia del pleito, séptimo civil del Circuito de Bogotá, despachó favorablemente la primera de

s condenas, o sea la relativa a los perjuicios usados por el retardo en la entrega del inmue- e vendido, y absolvió al demandado de los de- ás cargos de la demanda; no sobrará advertir ue dicha entrega sobrevino **inter mora litis.**

La sentencia recurrida

Como la parte actora no se conformara total- ente con la solución impuesta por el sentencia- or de primer grado, apeló de ella en lo desfa- orable a su causa, y, el Tribunal mediante el allo de que ya se hizo mérito, confirmó la deci- ión adoptada por el inferior.

Para proveer así tuvo en cuenta las circunstan- ias que a continuación se detallan, una vez que, según lo expresado por el recurrente, determinó con exactitud cuál era la materia de la apelación.

La cifra en que el demandante estima el pri- mer sumando del daño emergente es totalmente infundada, por cuanto en materia de responsabi- lidad civil es doctrina corriente que el perjuicio debe ser actual, cierto y violatorio del derecho adquirido, no eventual, hipotético y lesivo de sim- ple expectativa, condición que no se realiza en el caso de autos por las siguientes razones:

"De estas piezas (las pruebas), en relación con el plan fijado en las actas precitadas, resulta la convicción plena de que la Cooperativa no estuvo en capacidad económica de haber iniciado los tra- bajos de urbanización en la fecha estipulada en el contrato de compra-venta para la entrega de la finca, por lo cual fijó el 4 de enero de 1943 para dar comienzo a ellos; resulta también que los socios de la sección de habitaciones apenas tenían para esa fecha una remota expectativa para que se les adjudicara siquiera el lote de te- rreno sobre el cual habían de levantar en un fu- turo incierto su anhelada habitación propia, si ocurren las otras circunstancias previstas en el plan para después de la adquisición del terreno". Añade el Tribunal, en relación con este punto que "Tampoco es verosímil que todos los 420 so- cios de la Sección de Habitaciones paguen arren- damiento, pues muchos los habrá que viven en alojamientos propios, y otros que por motivos di- ferentes no corran con esa erogación. Por último, en la hipótesis de que de autos resultara la prue- ba suficiente de que determinados socios que pa- gan arrendamiento por su vivienda quedaron perjudicados en sus posibilidades económicas fu- turas y condicionales de miembros de la Sección de Habitaciones, con derecho a una adjudicación determinada en la finca, serían ellos personal- mente considerados quienes tendrían acción per- sonal contra el responsable de ese daño material, que bien podría serlo la misma entidad deman- dante respecto de sus socios, sin perjuicio del reembolso consiguiente a cargo del demandado".

La cantidad presentada por el actor como se- gundo sumando del lucro cesante fue desechada por el Tribunal, siguiendo la tesis del Juzgado, por no hallarse establecida la necesaria relación de causalidad entre la mora en la entrega del in- mueble, y el retiro de algunos socios de la Coo- perativa.

Siguiendo la opinión del sentenciador de pri- mer grado, el de segundo halló desprovista de toda base firme la determinación del tercer ele- mento del lucro cesante, relativo a gastos de pro- paganda, por cuanto ellos no eran de obligatoria previsibilidad para los fines del artículo 1616 del Código Civil.

En cuanto a los perjuicios morales sufridos por la Cooperativa, en principio el Tribunal acepta la posibilidad de imponer la reparación del daño objetivado, ya que no el subjetivo, pero tropieza con que dicho quebranto no "se ofrece con los ca- racteres de certidumbre, actualidad, fijeza y falta de reparación que la doctrina requiere".

El recurso

La demanda de casación es un extenso escrito que en sus veintidós folios expresa de diversas maneras la inconformidad de quien la propone con el fallo del Tribunal, y que, aunque dividido en capítulos llamados "razones" de la casación, no plantea cargo alguno dentro del derrotero que la técnica procesal indica como necesario a la na- turaleza de este recurso. Bien sabido es por quie- nes han litigado ante esta Sala, y por los lectores de los fallos que ella profiere, que las alegacio- nes del recurrente destinadas a comparar la sen- tencia atacada con sus propios razonamientos, no pueden alcanzar por sí mismas la prosperidad del recurso. En el presente caso, quien lo ejerce olvidó tan elementales nociones, y en cuatro di- latados apartes ensaya demostrar la ilegalidad de la providencia recurrida sin sujeción a plan al- guno trazado sobre las exigencias propias de este medio extraordinario. De pronto se tropieza en la lectura de la demanda con la cita de preceptos señalados como infringidos sin que sea fácil es-

tablecer con claridad lo que realmente constituya el cargo, ni menos el concepto sobre el cual repose.

No obstante, pueden resumirse en dos los motivos expresados por el recurrente, en cuanto ha sido posible extraerlos de la caudalosa argumentación propuesta en la demanda; tales cargos son: a) violación de los artículos 2341 y 2342 del Código Civil (razones primera, segunda, tercera y cuarta), y b) quebranto del artículo 2356 ibídem (segunda razón), transgresiones éstas que se proponen como directas, y como consecuenciales de errores de hecho y de derecho en la apreciación de numerosas pruebas con las cuales se violaron también preceptos del Código Judicial.

El caso debatido en este pleito, según su demanda inicial, se contrae a obtener sentencia de condena por las prestaciones originadas en un contrato pactado entre el demandante y el demandado. El contrato, fuente de las obligaciones según la tradicional clasificación que de ellos se hizo en el derecho romano, continúa manteniendo su individualidad jurídica dentro de la clasificación actual aunque en ella se agrupe, junto con otras figuras generadoras de obligaciones, bajo la denominación genérica de "acto jurídico". La naturaleza del contrato, ampliamente reglamentada por la ley en todos los particulares que de ella derivan, apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen lo pactado que no es susceptible de ser mezclada o confundida con la resultante de otras fuentes, como el hecho ilícito, por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que le son propias, siendo errado e injurídico pretender que para unos aspectos de su eficacia legal se regule por aquéllas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, y como casi parece innecesario repetirlo, sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El Código Civil destina el título 12 de su Libro IV, para recoger cuanto hace referencia a los efectos de las obligaciones contractuales, y el Título 34 del mismo Libro, para determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas, según las voces del Código. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la aplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio.

Yerra, pues, el recurrente cuando cita como infringidos por la sentencia los artículos 2341, 2342 y 2356 del Código Civil, relativos todos a la responsabilidad extracontractual, y por tanto no susceptibles de ser transgredidos por el Tribunal, directa o indirectamente, al solucionar una controversia sobre la ejecución de cláusulas contractuales.

Se rechazan, en consecuencia, ambos cargos, lo cual acarrea el insuceso del recurso.

FALLO:

Con base en las consideraciones que preceden, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley NO CASA la sentencia proferida en esta causa por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con fecha veintiseis de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, y que es materia del presente recurso.

Las costas a cargo del recurrente.

Publíquese, cópiese, notifíquese e insértese copia del fallo.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION DE RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA EXTRACONTRACTUAL.

1.—La propiedad de un automóvil puede acreditarse por muchos medios probatorios, de manera que el certificado de la Oficina de tránsito no es prueba necesaria ni exclusiva; y por otra parte, tratándose de bienes muebles, la tenencia hace presumir posesión y ésta da lugar a inferir la propiedad.

2.—El oficio de chofer de una entidad pública no implica necesariamente carácter de empleado; en muchos casos pueden figurar como tales los choferes, para los efectos del pago de su salario en forma de sueldo, pues sus servicios pueden conseguirse a otro título.

3.—Jurisprudencia de la Sala ha sido la de no distinguir entre la entidad pública y su subalterno culposo o negligente cuando se trata de establecer quién es el obligado a indemnizar los perjuicios causados por el empleado que actúa oficialmente, "ya que la calidad de ficticias que a ellas (las personas jurídicas de derecho público) corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden con la actividad de la gestión", según palabras de la Corte citadas por el Tribunal sentenciador. El empleo de este vocablo "GESTION" no excluye la idea de culpa por omisión. Así que, cuando se dice empleado negligente o culposo, se está nombrando a la entidad de que ese empleado depende, como causante ella misma de la culpa o negligencia.

4.—En numerosos fallos ha expuesto la Corte, y ya es doctrina constante adoptada por la Sala de Negocios Generales y por la de Casación Civil, que dada la naturaleza de los perjuicios morales, no es posible para regular el monto de ellos aplicar los métodos o normas que suelen emplearse en la fijación de la cuantía de perjuicios materiales. El artículo 95 de la Ley 95 de 1936, que no obstante ser del Código Penal, tiene el mismo valor y fuerza que cualquiera otra ley, previó cabalmente el caso de que "si 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".

5.—También ha dicho la Corte que "la indemnización por perjuicios morales tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral'. Y explica la Corte la razón por la cual se acoge en estos casos el sentenciador de un pleito civil al artículo 95 del Código Penal, como limitación para señalar el PRETIUM DOLORIS (no sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto". La razón legal y jurídica del pago de los perjuicios morales no proviene solamente de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal. Este es apenas una pauta que tiene el sentenciador para la fijación del monto de perjuicios que por ser morales y, de consiguiente, no avaluables en forma matemática, implican de suyo cuantía indefinida. De suerte que no puede haber violación del artículo 95 citado por la circunstancia, favorable a la parte demandada, de que el sentenciador, ateniéndose a dicho precepto legal, no haya traspasado el límite que aquella disposición pone para apreciar el monto de la cuantía.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Cumplidos, como se hallan en este negocio, todos los trámites del recurso de casación, la Corte procede a decidir acerca de él, previo el recuento de los antecedentes.

El Tribunal sentenciador relata el hecho que originó la acción, en los dos primeros pasajes del fallo recurrido, que a continuación se transcriben:

"En las últimas horas de la tarde del día veintiocho de junio de mil novecientos cuarenta y dos lá camioneta de servicio de ambulancia, del Municipio de Usaquén distinguida con la placa número 7760 de la Oficina de Circulación y Tránsito de Bogotá, hacía recorrido de esta ciudad a la expresada población siendo manejada por el chofer Jacinto Heliodoro Bernal con pase oficial número 864, llevando como pasajeros a los señores Alfonso Cortés, Secretario del Concejo del expresado Municipio, y a Pablo José Luna, agente de policía del mismo lugar. A pasos del retén instalado adelante de la finca de "El Chicó", el señor Gabriel Otero que esperaba el bus de línea pública vio venir la camioneta oficial e hizo al chofer señales para que detuviera la marcha, lo que así sucedió; Otero, conocido y amigo de Cortés, obtuvo de éste permiso para ocupar el carro, y así, siguieron los viajeros la vía que recorría la camioneta; el chofer impulsó la marcha a velocidad no aconsejable la que hubo de moderar a virtud del pertinente reclamo que le hiciera el secretario Cortés.

"Metros adelante y como el conductor observara que se aproximaban otros vehículos que venían en dirección contraria, sin detener la máquina desvióla al lado derecho, pero como al hacerlo tratara de **"encunetarse"**, optó por darle un fuerte viraje hacia la izquierda, pero en forma y modo que el carro se estrelló contra el poste inmediato de la luz, resultando del accidente gravemente herido el pasajero Otero y con algunas lesiones y violencia el secretario del Concejo y el policía que le acompañaba. Otero fue trasladado al puesto de socorro de San Diego por los doctores Afanador Salgar y Pablo Emilio Lee quienes pasaron por el lugar de los hechos momentos después del accidente, el médico de turno apreció la gravedad de las heridas del paciente, ordenó su inmediata hospitalización, pero al día siguiente, a resultado de las lesiones recibidas falleció Otero en el Hospital de San José como lo acreditan las constancias o certificados médicos traídos al proceso. Para el día de estos hechos tenía Otero cincuenta y cinco años de edad, era soltero, sus padres ya habían fallecido, residía en Usaquén y en su casa lo acompañaban sus hermanas Ana Luisa y Elvia v. de Meléndez y los hijos de ésta".

Con motivo del acontecimiento así narrado, la señoras Ana Luisa Otero y Elvia Otero v. de Meléndez intentaron juicio ordinario contra el Municipio de Usaquén para que como "responsable por culpa extracontractual o por riesgo de la muerte" del señor Gabriel Otero, se le condenara a pagarles los perjuicios morales, avaluados por ellas en cinco mil pesos y los perjuicios materiales que apreciaron en dieciocho mil pesos.

El Juez 2º Civil del Circuito de Bogotá, una vez surtidos los trámites de la primera instancia, dictó sentencia en la cual se estudian con esmero y lucidez los siguientes puntos: la acción ejercitada, la calidad de las partes, los principios que rigen la responsabilidad del demandado, la situación probatoria, y la avaluación de los perjuicios.

El Juzgado llegó a la conclusión de que el Municipio de Usaquén es civilmente responsable de la muerte del señor Gabriel Otero, acaecida por accidente de automóvil; y lo condenó a pagar a la parte actora la suma de un mil pesos moneda legal ($ 1.000.00), como indemnización de los perjuicios morales ocasionados por aquel infausto suceso. Pero absolvió en cuanto al pago de perjuicios materiales, por no haberse traído al proceso prueba de ellos.

Apelado el fallo por ambas partes, el demandante adujo en el Tribunal las pruebas que estimó conducentes a la demostración de los perjuicios materiales; y el sentenciador de segunda instancia, aceptando las tesis jurídicas del Juez, reformó la sentencia de éste, en el sentido de condenar también al Municipio por el valor de los perjuicios materiales, que dispuso apreciar en la forma prevenida por el artículo 553 del Código Judicial; y elevó la condenación por perjuicios morales a la suma de dos mil pesos ($ 2.000.00). Contra esta providencia del Tribunal Superior de Bogotá recurrió en casación la parte demandada.

La sentencia recurrida.

Principia el Tribunal por examinar el punto relativo a personería de las partes; y la encuentra debidamente acreditada por lo que hace a la parte actora, ya que obran "las partidas de origen eclesiástico agregadas al proceso de las que resulta que las actoras y Gabriel Otero O. tuvieron unos mismos padres, quienes por lo demás, según la prueba supletoria completada en la segunda instancia, estuvieron unidos en matrimonio para la época del nacimiento de sus hijos. Y en lo tocante

a la personería del Municipio demandado observa que el apoderado de dicha entidad la representa en virtud de contrato legalmente celebrado y con personería que le delegó "el representante legal de la entidad, propietaria por lo demás de la camioneta oficial que se estrelló en momentos en que era manejada por cuenta y riesgo del expresado Municipio de Usaquén".

Discurre luégo el Tribunal sobre la culpa como fuente de obligaciones civiles; y en particular, acerca de la responsabilidad que incumbe a las personas jurídicas, especialmente las entidades de derecho público, por actos culposos de sus agentes o dependientes; y sentada la conclusión de que ellas tienen que cubrir los perjuicios causados a terceros por culpa de dichos agentes, entra en el estudio de la cuestión de hecho, o sea, la existencia del perjuicio en sí mismo, la culpa y el daño. Después de analizar las pruebas del proceso concluye que está demostrada la existencia del daño, así como también la de la imprudencia, notoria impericia, descuido o torpeza con que obró el chofer del Municipio de Usaquén y que produjo la muerte del señor Otero. Y dedica el último acápite al problema de la carga de la prueba cuando se trata de un caso de transporte benévolo, según el sentenciador de primera instancia; problema que el Tribunal considera planteado innecesariamente por el Juez, por no haber sido tocado a lo largo de las dos instancias.

La segunda parte de la sentencia recurrida trata sobre el valor de los perjuicios. El Tribunal, como ya se dijo, reformó en este punto la sentencia del Juez, por estimar que en la segunda instancia se adujo prueba suficiente acerca de la existencia de los perjuicios materiales, y como coincidió con el Juez en el concepto de hallarse acreditados desde la primera instancia, los perjuicios morales, reformó el fallo para condenar a la parte demandada tanto al pago de éstos como al de aquéllos.

El recurso de casación.

El apoderado del Municipio de Usaquén recurrió ante la Corte; y en su demanda, después de una breve narración del hecho que dió origen al pleito, dice que acusa la sentencia del Tribunal "por el primero de los motivos enumerados por el artículo 520 del Código de Procedimiento Civil, o sea por ser tal sentencia violatoria de la ley sustantiva por infracción directa, por aplicación indebida al caso del pleito y por interpretación errónea'.

La demanda de casación se divide en doce capítulos, pero los cargos formulados contra la sentencia no igualan a dicho número, pues en algunos capítulos se repiten cargos formulados en otros. Enunciados no según la división que hace la demanda presentada a la Corte, sinó en su orden lógico, pueden resumirse así:

1º—Error de derecho en la apreciación de las pruebas del estado civil con las cuales se quiso demostrar el parentesco de las demandantes con el señor Gabriel Otero víctima del accidente que ha motivado la demanda por perjuicios, y por consiguiente, carencia de personería en la parte actora;

2º—Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a la manera como ocurrió el accidente, pues el sentenciador consideró que aquél se produjo por impericia, imprudencia o torpeza del chófer, y el recurrente sostiene que se trata de "caso fortuito o intervención de un elemento extraño'.

3º—Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a las lesiones sufridas por el señor Gabriel Otero en el accidente, como determinantes de su muerte;

4º—Error de derecho en la apreciación de la prueba relativa al hecho de que la camioneta del accidente perteneciera en propiedad al Municipio de Usaquén;

5º—Error de derecho en la apreciación de la prueba de que el chofer Vitaliano Monroy fuera empleado del Municipio de Usaquén; y error de hecho acerca de que tuviera autorización por parte del Municipio para entregar transitoriamente la camioneta al chofer Heliodoro Bernal que era quien la manejaba en el momento del accidente;

6º—Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas al hecho de que quienes viajaban en la camioneta, cuando ocurrió el accidente, eran empleados municipales de Usaquén;

7º—Error en la apreciación probatoria por haberse tenido como demostrado sin estarlo en el proceso, que Gabriel Otero se hallaba gozando de buena salud el día del accidente y antes de producirse éste;

8º—Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los perjuicios materiales causados por la muerte de Otero;

9º—Violación del artículo 95 del Código Penal por haberse aplicado ésta, que es una disposición penal, para resolver un punto de derecho civil.

El recurrente señala como violadas, por tales errores, varias disposiciones del Código Civil relativas a pruebas de estado civil; otras de leyes y decretos sobre papel sellado e impuestos de timbre nacional; y algunas del Código Judicial sobre apreciación de pruebas, violaciones directas de la ley que, según el recurrente, llevaron al sentenciador a violar indirectamente los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, por indebida aplicación al caso del pleito, los cuales considera también quebrantados directamente por no existir en este caso y según su concepto "RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO".

Examen de los cargos.

Primer cargo. — Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas al parentesco de las demandantes con el señor Gabriel Otero, víctima del acidente.

En el expediente obran copias debidamente autenticadas de la partida de bautismo de Gabriel Otero y de una de las demandantes, Ana Luisa Otero, pues la correspondiente a Elvia no fue hallada según lo dice la certificación parroquial; y obran también cuatro declaraciones contextes de personas que conocieron a los padres de los Oteros, y que por espacio de más de veinte años los vieron siempre tratarse como esposos legítimos y tratar, presentar y sustentar a Gabriel, Ana Luisa y Elvia, como hijos legítimos suyos.

El recurrente sostiene que no obrando en el proceso la partida de origen eclesiástica que acredite el matrimonio de los padres de Gabriel, Ana Luisa y Elvia, no resulta demostrado el parentesco que pudiera justificar la acción para el pago de perjuicios. Y acomete un examen crítico de los testimonios aducidos como prueba de la posesión notoria del estado civil en el intento de concluir que tampoco lo acreditan.

Y dice que al reconocerles el Tribunal sentenciador a las pruebas de estado civil aducidas en este caso un valor probatorio que no tienen, con infracción de los artículos 593, 594, 596 y otros del Código Judicial, quebrantó los artículos 346, 347, 396, 398 y 399 del Código Civil, violación esta que, a su vez, lo indujo a infringir los artículos 2341, 2347 y 2356 de este mismo Código.

Alega el recurrente que para probar la posesión notoria del estado civil se necesita "un conjunto" de testimonios fidedignos que la establezcan de modo irrefragable, particularmente en el caso de no explicarse y probarse satisfactoriamente la falta de la respectiva partida de estado civil, o la pérdida o extravío del libro o registro en que debiera encontrarse; que ese **conjunto** de testimonios de que habla la ley ha de ser, en concepto del señor abogado, por lo menos de cinco personas; que al analizar las cuatro declaraciones de las cuales el Tribunal dedujo que había prueba supletoria del matrimonio de Rafael Otero y Concepción Otero, se encuentra que no la constituyen. Y afirma que no existe la partida de nacimiento de una de las actoras, ni certificado del funcionario de no haberse encontrado, y que, "tal certificado es la (sic) parte esencial de la prueba supletoria cuando ésta deba producirse como en el caso de este pleito".

Sobre estos reparos observa la Corte:

Consideraron los juzgadores de instancia, pues allí discutieron las partes acerca de estos puntos, que aun sin obrar la partida de matrimonio, y al tenor de las dos partidas de bautismo que obran en autos, resultaría acreditado, cuando menos, que una de las demandantes, Ana Luisa, y Gabriel Otero víctima del accidente, eran hermanos uterinos; y que Gabriel Otero sostenía a Ana Luisa y a Elvia, lo mismo que a los hijos de esta última, como hermanas y sobrinos suyos. En concepto de la Corte son fundadas estas apreciaciones del sentenciador.

Por otra parte: a folio 8 del cuaderno 1º certifica el párroco de Enciso haber buscado diligentemente la partida de matrimonio de Rafael Otero y Concepción Otero, entre los años de mil ochocientos setenta y cuatro y mil ochocientos noventa, y no haberla hallado; y a continuación expide otro certificado de no hallarse las partidas de bautismo de Emelina, Matilde y Marco Antonio Otero.

Es verdad que los testigos aducidos para probar la notoria posesión del estado civil fueron sometidos a un interrogatorio inspirado no tanto en detalles de hecho, sino más bien calcado en el texto de las disposiciones del Código relativas a pruebas del estado civil; y que quizá por ello los declarantes no deponen sobre determinados hechos, verbigracia, sobre lugar de habitación de los esposos Rafael y Concepción Otero, o sobre la circunstancia de sufragar aquél los gastos del hogar común. Pero no es menos cierto que los testigos afirman rotundamente haber visto tratarse como marido y mujer a dichos señores, haberse presen-

tado siempre en sociedad con ese carácter, y haber sido recibido cada uno de aquellos cónyuges por los parientes del otro en calidad de legítimos esposo y esposa. Por cierto que al ratificar las declaraciones son un poco más explícitos los deponentes, y así por ejemplo, Nicanor Suárez repite que puede asegurar con absoluta certidumbre que Rafael y Concepción Otero fueron casados legítimamente, que eran presentados como marido y mujer ante sus deudos y amigos y reconocidos como tales en los municipios donde el declarante los conoció viviendo, o sea, en el de Enciso y en el de Málaga, y agrega esta expresiva circunstancia: "el Excelentísimo señor Obispo Blanco, párroco de Málaga en los años de 1879 a 1897, siempre miró y trató a los citados Otero como esposos legítimos, siendo ellos sus primeros hermanos". Y todos los declarantes se refieren a un lapso de 20 años o más respecto de la posesión notoria del estado de casados de Rafael y Concepción Otero y del estado de hijos legítimos de Gabriel, Ana Luisa y Elvia.

Y puesto que los reparos del recurrente en contra de los testimonios aducidos como prueba de la posesión notoria del estado civil son más bien una crítica relativa a la deficiencia en el interrogatorio o en las exposiciones de los declarantes, los argumentos que él propone son como para que la Corte entre a efectuar nueva y tercera avaluación de los testimonios, cual si se tratara de otra instancia; o cuando más, arguyen un posible error de hecho, y es bien sabido que para fundar el motivo de casación de que se trata no basta esa simple posibilidad, sino que se requiere que el error de hecho sea evidente, lo cual no ocurre en el presente caso.

Por estas razones se rechaza el cargo.

Segundo cargo.—En el capítulo sexto de la demanda de casación se trata a espacio del tema que en la sentencia recurrida aparece bajo el mote RELACION DE CAUSALIDAD ENTRE LA CULPA Y EL DAÑO. El cargo también aparece formulado en el capítulo quinto de la misma demanda, pero involucrado con otro que adelante examinará la Corte. Transcribe el recurrente unos dos pasajes del fallo acusado y dice después que el Tribunal incurre en error de derecho porque "no están puntualizados ni probados en el expediente hechos de los cuales lógica y jurídicamente puedan dar fundamentos para cargar al Municipio de Usaquén la responsabilidad en el accidente y en la muerte de Gabriel Otero". Sostiene que lejos de estar demostrados el descuido o la impericia del chofer que manejaba la camioneta, las declaraciones de los testigos presenciales, invocadas para probar la culpa, muestran que las circunstancias del momento "obligaron al chofer Bernal a maniobrar en la forma que lo hizo para evitar un accidente de consecuencias mayores tal como el choque de frente con el automóvil que quiso pasarse a los otros dos automóviles, para quedar de frente y a punto de chocar en menos de dos segundos con la camioneta, y luégo la cogida inevitable de los peatones que venían por la zona por donde iba a pasar la camioneta y que por lo menos uno o dos habrían sido atropellados por ésta"; de donde deduce que hay que concluir en que no hubo imprudencia ni impericia, ni descuido ni torpeza del chofer Bernal, sino todo lo contrario pues "lo que configuran los hechos desarrollados y que produjeron el accidente es o un caso fortuito, o la intervención de un elemento extraño que fue el que determinó el accidente, pero nunca **una culpa máxima** como erróneamente lo afirma el sentenciador". Y más adelante: "La necesidad de la maniobra de los virajes se la impusieron sin duda alguna las apremiantes circunstancias que confluyeron en un instante en el caso de que me ocupo. El Tribunal también por este aspecto hizo apreciación errónea y dejó de apreciar esos dos testimonios en cuanto establecen caso fortuito o intervención de un elemento extraño". En este capítulo solicita el recurrente que la Corte tome en cuenta los argumentos expuestos en los tres inmediatamente anteriores y vuelve sobre los puntos tratados en ellos, involucrando el cargo con los relativos a error en la apreciación de las pruebas relativas al hecho de que la comioneta pertenezca al Municipio de Usaquén y de que los ocupantes o viajeros en ella el día del accidente fuesen empleados del mismo Municipio; habla de la falta de estampillas de los certificados, señala como disposiciones legales violadas las del Código Judicial sobre apreciación de pruebas y las de leyes y decretos sobre timbre nacional, violaciones de las cuales provino la indebida aplicación de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil. Como observación especial hace la de que el fallo no precisa si la culpa que le achaca al Municipio sea **in eligendo** o **in vigilando.**

Como los cargos involucrados con el que se procede a examinar ahora deben estudiarse por separado, la Corte se limita, por lo que hace a este capítulo, a analizar si el accidente ocurrió por culpa o por caso fortuito.

Al principio de esta sentencia de casación se transcribió el relato del hecho tal como aparece en la sentencia del Tribunal y que es fiel trasunto de lo que dicen las declaraciones que rindieron los testigos presenciales, no sospechosos por cierto de parcialidad en contra del Municipio, ya que uno de ellos es el secretario del Concejo Municipal y el otro es agente de policía del mismo Municipio.

La descripción de los dos testigos presenciales hace ver cómo el brusco viraje de timón que sacó a la camioneta de la zona asfaltada para evitar el choque con otro automóvil que apareció de frente y en medio de la vía, fue una maniobra ocasionada por la excesiva velocidad que la camioneta llevaba en esos momentos.

La argumentación del recurrente acerca de la manera como ocurrió el hecho se refiere tan sólo al momento culminante del mismo, cuando lo desesperado de las circunstancias eliminaba otras posibilidades de evitar un accidente. Pero es lo cierto que sin aquella desenfrenada carrera, el chofer Bernal habría podido evadir el encuentro con el automóvil que en dirección opuesta venía, y lo hubiera logrado sin que la camioneta se estrellara contra el poste y sin que la súbita parada hubiese producido el violento golpe sufrido por Otero, que le produjo la muerte.

Los dos testigos, empleados del Municipio de Usaquén que viajaban en la camioneta con Otero, están acordes en declarar que uno de ellos, Alfonso Cortés, secretario del Concejo, le había llamado la atención al chofer para que moderara la velocidad, pues a Cortés le alarmaba que marcharan tan rápidamente, yendo en pendiente y estando muy lisa la carretera a causa de la llovizna que en esos momentos caía.

Para considerar que hubo error de apreciación por parte del Tribunal respecto de las pruebas sobre el hecho del accidente, no bastaría en casación que la Corte pensara que pudo ser equivocada tal apreciación: se necesitaría que el error fuera evidente, lo cual está muy lejos de ocurrir en el presente caso. Por otra parte, probado el accidente, la presunción de culpa tendría que destruírla el demandado mediante la demostración del caso fortuito, demostración que en este proceso no se hizo.

Tercer cargo. — Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a que las lesiones sufridas por el señor Gabriel Otero en el accidente determinaron su muerte.

Sustenta el recurrente este cargo manifestando que el certificado del médico del puesto de socorro de San Diego, quien atendió inmediatamente a Otero luégo del acidente y el del Síndico del Hospital San José, donde falleció Otero dos días después, carecen de la correspondiente estampilla de timbre que los habilite como pruebas en el proceso; y que la declaración del doctor Pablo Emilio Lee no lleva la firma del secretario del Juzgado. Por consiguiente, dichos certificados y declaración no pueden tenerse legalmente como pruebas, ya que lo contrario viola disposiciones del Código Judicial y del Decreto-ley número 92 de 1932.

Se contesta:

La sentencia recurrida manifiesta expresamente que "las lesiones y el fallecimiento de Otero por causa de las heridas recibidas en el accidente se estableció en el proceso" con la certificación del doctor Cordovez V., Jefe del puesto de socorro de San Diego; las declaraciones de los doctores Abraham Afanador Salgar y Pablo Emilio Lee, quienes corroboraron el anterior certificado; la certificación del Síndico del Hospital San José, y la copia legalizada de la diligencia de autopsia realizada por los médicos legistas, doctores Uribe Cualla y Llinás. Es decir, que no cita el Tribunal sentenciador como únicas pruebas del daño que sufrió el señor Gabriel Otero las certificaciones y declaración que se objetan por carencia de estampillas. No; fuera de estos documentos, y como pruebas principales y complementadas por las incompletas a las cuales faltan las estampillas y una firma de secretario, obran la copia debidamente legalizada de la diligencia de autopsia, y la declaración del médico doctor Afanador Salgar, uno de los que recogieron a Otero en el lugar del accidente y lo llevaron al puesto de socorro en San Diego.

De todas maneras, el fallecimiento de Otero es un hecho indudable, aun cuando falte la estampilla en el certificado del Hospital; y a folio 6 del cuaderno 1º obra la partida de defunción, de origen notarial con indicación, por cierto, de la causa del fallecimiento; y la diligencia oficial de autopsia tampoco permite la menor duda acerca de estos puntos.

Por lo dicho se rechaza también este cargo.

Cuarto cargo.—Error de derecho en la apreciación de la prueba relativa al hecho de que la ca-

nioneta del accidente perteneciera en propiedad l Municipio de Usaquén.

Sobre este punto observa el recurrente que aun cuando la camioneta o ambulancia aparece registrada en la Inspección de Circulación y Tránsito de Bogotá como perteneciente al Municipio de Usaquén, con la placa número 7760, el certificado de dicha oficina no puede tenerse como prueba, tanto porque una de sus hojas aparece extendida en papel común y no lleva la estampilla correspondiente a toda certificación, como porque el texto mismo de la inscripción es incompleto; y porque el hecho de matricular un vehículo con el nombre de una persona o entidad no es prueba suficiente acerca de la propiedad del mismo vehículo. Y así encuentra el recurrente que se violaron el artículo 632 del Código Judicial y los artículos 1º y 6º del Decreto-ley número 92 de 1932, y que se hizo aplicación indebida al pleito de los tres artículos del Código Civil citados en el anterior capítulo.

Se contesta:

El reparo es fundado en su parte formalista, porque realmente la certificación de la Oficina de Tránsito, que es la prueba a que alude el Tribunal, carece de la estampilla de timbre nacional que debiera llevar; pero tal error de derecho no produjo la violación de la ley sustantiva, porque fuera de esa certificación, hay datos, no mencionados de modo expreso por el Tribunal, suficientes para colegir que la camioneta-ambulancia en que ocurrió el accidente sí era del Municipio; obra el testimonio rendido por las personas que presenciaron el accidente, el de uno de los médicos que acudieron a prestar servicios a la víctima, doctor Abraham Afanador Salgar, quien afirma que la camioneta "tenía una inscripción referente a sanidad de Usaquén, y porque lo dijo el chofer (folio 14 vuelto del cuaderno número 2); y la declaración de Alfonso Cortés (folio 16 vuelto del mismo cuaderno).

La propiedad de un automóvil puede acreditarse por muchos medios probatorios, de manera que el certificado de la oficina de tránsito no es prueba necesaria ni exclusiva; y por otra parte, tratándose de bienes muebles, la tenencia hace presumir y ésta da lugar a inferir la propiedad. Siendo un hecho notorio en el proceso que la camioneta o ambulancia **pertenecía al Municipio de** Usaquén, pues a través de pruebas y alegatos así se deduce, el cargo carece de consistencia, y no podría prescindirse de la verdad fundamental del hecho por objeciones que en concepto del mismo recurrente apenas tienen un carácter formalista.

Por otra parte, aun suponiendo que el Municipio de Usaquén no sea propietario de la camioneta, nadie ha negado, ni siquiera el abogado recurrente, que tal vehículo estaba al servicio de aquel Municipio; y en esta sola calidad el Municipio sería responsable del accidente causado por dicho automóvil.

No resulta, pues, fundada en este cargo la causal invocada.

Quinto cargo.—Alega el recurrente que no hay prueba de que el chofer Vitaliano Monroy fuera empleado del Municipio de Usaquén, pues en el proceso no obra el acta o documento que acredite ese carácter oficial de Monroy, por lo cual incurrió en error de derecho el sentenciador al dar por demostrada semejante calidad legal; y que tampoco está acreditada la tolerancia habitual del Municipio al hecho de que Monroy entregara la camioneta a otro chofer, en este caso Heliodoro Bernal, que era quien la manejaba en el momento del accidente, por lo cual incurrió el sentenciador en error de hecho al apreciar la prueba relativa a este último punto; y como consecuencia de aquel error de derecho y de éste de hecho en la apreciación de las pruebas, se quebrantaron las disposiciones del Código Civil relativas a indemnización de perjuicios por daño causado en virtud de culpa, artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Acerca de este cargo se considera: el oficio de chofer al servicio de una entidad pública no implica necesariamente carácter de empleado; en muchos casos pueden figurar como tales los choferes, para los efectos del pago de su salario en forma de sueldo, pues sus servicios pueden conseguirse a otro título. Por otra parte, Alfonso Cortés, secretario del Concejo Municipal de Usaquén y quien viajaba en la camioneta cuando ocurrió el accidente, certifica que Vitaliano Monroy era el chofer del Municipio, que ese día había designado a Heliodoro Bernal para que lo reemplazara y que el mismo Cortés aceptó el reemplazo "porque dicho señor Bernal ya había en otras ocasiones manejado dicho vehículo". Esta certificación, que se halla a folio 22 vuelto del cuaderno de pruebas del Juzgado, considera el recurrente que no puede tenerse como prueba, porque al secretario del Concejo lo que le incumbía no era certificar, sino expedir copia de los

documentos oficiales que pudieran ser demostrativos de aquellos hechos. Pero ocurre que el mismo Cortés rindió declaración como testigo, que resulta acorde con ese certificado, y del testimonio resulta, además, que él viajó en la camioneta conducida por el chofer Bernal, en la cual iba también un agente de policía del Municipio, Pablo José Luna, quien también declara.

No era de rigor que el chofer habitual del Municipio hiciera una delegación solemne o formal en otro chofer, para que el vehículo funcionara por cuenta y riesgo del Municipio; bastaba con que empleados de éste lo usaran, ya manejándolo ellos mismos, ya conducido por un chofer, para que así se entendiera. Y si el recurrente observa que Cortés y Luna no viajaban en su calidad de empleados, también hay que tener en cuenta que obra el documento oficial demostrativo de que Alfonso Cortés era secretario del Concejo Municipal; y aun cuando el recurrente insiste en objetar que falta el dato de que Cortés se hallara en ejercicio del cargo el día del accidente, tal complemento no es esencial por lo que adelante se verá.

Jurisprudencia de esta Sala ha sido no distinguir entre la entidad pública y su subalterno culposo o negligente cuando se trata de establecer quién es obligado a indemnizar los perjuicios causados por el empleado que actúa oficialmente, "ya que la calidad de ficticias que a ellas (las personas jurídicas de derecho público), corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión", en palabras de la Corte citadas por el Tribunal sentenciador. El empleo de este vocablo **gestión** no excluye la idea de culpa por omisión Así que, cuando se dice empleado negligente o culposo, se está nombrando a la entidad de que ese empleado depende, como causante ella misma de la culpa o negligencia. Y esa doctrina se corrobora hoy al decir la Corte que el chofer titular de una camioneta del Municipio de Usaquén, Vitaliano Monroy o el empleado municipal a cuyo cargo está dirigir y vigilar el funcionamiento de los vehículos de dicho Municipio, no actuó diligentemente al permitir que un día feriado, domingo, un carro ambulancia del Municipio de Usaquén anduviera por carreteras manejado por quien no debía, y causara mortal accidente. Y consecuentemente que cuando menos al Municipio demandado puede achacársele culpa o negligencia al permitir o no impedir que los vehículos de su propiedad fueran usados y conducidos por personas distintas de los empleados a quienes el Municipio había contratado para ello.

Sexto cargo.—Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas al hecho de que quienes viajaban en la camioneta, cuando ocurrió el accidente, eran empleados municipales de Usaquén.

Funda el recurrente este cargo en que la calidad de empleado público sólo se prueba con copia del acta oficial del nombramiento y de la diligencia de posesión y del certificado de hallarse en ejercicio de sus funciones, prueba que en este negocio no se ha aducido respecto de Alfonso Cortés, Pablo José Luna y Heliodoro Bernal, error del cual deduce violación directa de los artículos 593, 594, 596 y 601 del Código Judicial que llevó al sentenciador a violar indirectamente los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Se contesta:

Hase visto que la Corte, al resolver sobre los dos cargos anteriores de la demanda de casación, ha concluído estar demostrado suficientemente en los autos que la camioneta-ambulancia del accidente pertenece al Municipio de Usaquén, y en todo caso, que estaba al servicio de éste.

Respecto a Heliodoro Bernal, quien manejaba la camioneta en el momento del accidente, ya se dijo, a propósito de uno de los cargos que anteceden, que la calidad de chofer de una entidad oficial no implica necesariamente la de empleado público; y además, si Bernal no era el chofer designado por el Municipio esto nada arguye, puesto que la culpa del mismo Municipio podría consistir cabalmente en el descuido mediante el cual conducía la camioneta de servicio municipal persona distinta de la que debía normalmente hacerlo.

En lo que hace a Alfonso Cortés, el mismo recurrente reconoce que en autos obra copia del acta de instalación del Concejo el 1º de noviembre de 1941, acta en la cual consta que al elegir el secretario resultaron cinco votos por el señor Alfonso Cortés, a quien se declaró legalmente elegido. Esa misma acta dice: "...el señor presidente ordenó se le comunicara el nombramiento, quien estando presente se posesionó de su cargo siendo juramentado por el señor presidente". El acta aparece suscrita por el presidente y el secretario del Concejo; y la copia está autenticada por el último de dichos funcionarios,

el día 10 de octubre de 1943, en que aparece expedida. La objeción del recurrente se concreta así: no hay prueba de que Alfonso Cortés estuviera en ejercicio de su cargo el 28 de junio de 1942.

Sobre esto observa la Corte:

1º Alfonso Cortés fue elegido y posesionado como secretario del Concejo el 1º de noviembre de 1941 y expide la copia correspondiente, también en su calidad de secretario del Concejo, el 10 de octubre de 1943; y el accidente de que fue víctima Gabriel Otero ocurrió a mediados del año 1942, es decir, en un día comprendido entre aquellas dos fechas; y en varias páginas de este proceso aparece actuando como secretario del Concejo, lo que hace presumir la continuidad en el ejercicio del cargo; y

2º Tanto respecto del secretario Cortés como del agente de policía Pablo José Luna cabe considerar que la calidad de empleado público, como punto de derecho relativo a facultades legales que tenga o a responsabilidades que puedan exigírsele, o a validez de actos oficiales por él ejecutados, sólo puede establecerse por los medios que la ley y la jurisprudencia han exigido; pero que la calidad de empleado público, considerada como hecho, verbi gracia, para atribuír a un testimonio valor especial por razón de las funciones públicas del departamento, no requiere ya las mismas rigurosas exigencias. Demostrados el nombramiento y posesión de Cortés con el acta oficial debidamente autenticada, y obrando en el proceso otras certificaciones dadas por el mismo sujeto como secretario del Concejo y muchas alusiones de las partes y de los testigos a la circunstancia de que Alfonso Cortés desempeñaba el cargo de secretario del Concejo Municipal de Usaquén el día del accidente, resulta cuando menos exótico que a última hora y sólo para los efectos de la casación se trate de negar un hecho tan visible para el recurrente. Este mismo, al empezar su actuación ante el Juez de primera instancia, hubo de presentar copia del contrato de mandato celebrado por él con el Alcalde y el Personero municipal de Usaquén, y esa copia aparece expedida y autenticada precisamente por el señor Alfonso Cortés como secretario del Concejo; a continuación de ella el presidente de la corporación certifica que Alfonso Cortés desempeñaba el cargo de secretario del Concejo el día de la expedición de la copia.

Séptimo cargo.—Error de apreciación probatoria por haberse tenido como demostrado, sin estarlo en el proceso, el hecho de que Gabriel Otero se hallara gozando de buena salud el día del accidente y antes de producirse éste.

En el capítulo séptimo de la demanda se repiten, junto con el cargo que acaba de enunciarse, los de error en la apreciación de pruebas acerca de que la camioneta fuera oficial, de que en ella viajaran empleados del Municipio de Usaquén, de que el conductor del vehículo actuara u obrara a nombre de dicho Municipio obligando la responsabilidad de éste, y se vuelve sobre el punto de que no puede atribuírse el accidente a impericia ni torpe maniobra del chofer. Se repite en seguida la disertación sobre carencia de estampillas en varios papeles del proceso que debieran llevarlas y, como consecuencia de todo ello, el cargo de violación de leyes y decretos sobre impuesto de timbre, de artículos del Código Judicial sobre manera de apreciar las pruebas, y de consiguiente violación de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil.

Como es obvio, se prescinde ahora de examinar nuevamente estos cargos, revueltos en el capítulo séptimo, y la Corte se concreta a estudiar de éste el punto que la demanda de casación concreta así:

No está la prueba adecuada ni ninguna otra sobre la buena salud de Otero el día 28 de junio de 1942 antes del accidente.... Y por último no hay tampoco prueba adecuada que demuestre plenamente y sin lugar a duda, que las lesiones recibidas por Otero por causa del accidente fueran la **causa única** de su muerte".

Se considera:

No puede remitirse a duda que el accidente de que fue víctima Gabriel Otero causó su muerte horas después y a consecuencia del violento traumatismo que sufrió en la camioneta del Municipio de Usaquén. Es cierto que no existe prueba de que antes de ese momento se hallara gozando de cabal salud, pero sí se halla suficientemente demostrado que estaba vivo, y ello basta para justificar la acción indemnizatoria, puesto que los perjuicios se cobran en este caso no por merma de salud o de capacidad productora, sino por supresión de la vida.

Por otra parte, dado que el accidente de la camioneta mató a Otero, el interesado en probar que otra fuera la causa de su muerte o que me-

diaron concausas unidas al golpe de la camioneta, tendría que haberlo demostrado en el proceso.

Y por último: si de lo que se trata al formular este cargo es de sugerir la idea de que Otero no gozara de buena salud o estuviera amenazado de muerte próxima, de manera que su capacidad productiva no deba computarse de acuerdo con el cálculo de vida probable traído a los autos sin estampilla, entonces el argumento se refiere no ya al derecho de obtener la indemnización sino al quantum de ésta. Y como la sentencia recurrida no fijó el monto de la indemnización, sino que remite este punto al procedimiento indicado, pro el artículo 553 del Código Judicial, en el trámite de éste será donde las partes podrán discutir acerca de la cuantía del perjuicio pecuniario causado por la muerte del señor Otero, pues uno de los factores para apreciar aquella cuantía habrá de ser sin duda la estimación de la edad que probablemente hubiera podido alcanzar el señor Gabriel Otero, según el estado de su salud el día del accidente y en caso de no haber ocurrido éste.

Octavo cargo. — Error de derecho en la apreciación de las pruebas relativas a los perjuicios materiales causados por la muerte de Otero.

Observa el recurrente que en la primera instancia el Juez hubo de absolver por este concepto; y que si en la segunda el Tribunal condenó, ello se debe a que dio por buenas unas declaraciones de testigos tendientes a demostrar que Gabriel Otero sostenía a sus hermanas, pagaba el arrendamiento de la casa donde vivían, las alimentaba y vestía de acuerdo con su posición social, y no sólo a dichas señoras, sino también a los menores hijos de una de ellas, la señora Elvia Otero vda. de Meléndez. El recurrente entra en detenido análisis de cada uno de aquellos testimonios, para concluír que las declaraciones no son precisas, ni acordes, ni completas, y que por todo ello no merecen fe.

Por cierto que al terminar la demanda de casación hace presente que si no se invalida la sentencia, al hacer el avalúo de los perjuicios materiales, puesto que según los declarantes, la cantidad de dinero que Otero suministraba mensualmente a su familia era la de doscientos cincuenta pesos ($ 250.00), la condenación se elevaría a dieciocho mil pesos ($ 18.000.00), más los dos mil por perjuicios morales, suma enorme para los recursos con que cuenta el Municipio de Usaquén y el pago de la cual desquiciaría el presupuesto y estancaría el progreso de dicho Municipio por lo menos durante cinco años.

Se considera:

Caso de haber error de apreciación probatoria sobre los perjuicios materiales causados por la muerte del señor Gabriel Otero, tal error no sería de derecho, como lo califica la demanda, sino simplemente de hecho; y para que pudiera servir de fundamento al motivo de casación de que se viene tratando, tendría que ser un error evidente, según conocida exigencia de las disposiciones legales acerca de este recurso extraordinario, evidencia que ni con mucho aparece en el proceso.

Por otra parte, respecto de este cargo puede decirse algo análogo a lo anotado respecto del anterior, a saber: que como la sentencia recurrida no fijó el monto de la indemnización, sino que remite las partes al procedimiento indicado en el artículo 553 del Código Judicial, en el término de éste podrán las partes discutir acerca de la cuantía del perjuicio pecuniario causado por la muerte del señor Otero, pues uno de los factores para apreciarla será la fijación del monto de los gastos que mensualmente hacía Otero en favor de sus hermanas y sobrinos, y eso, en relación con el cálculo de vida probable del mismo Otero no sólo según su edad sino también el estado de su salud, punto éste último acerca del cual parece contar el recurso con pruebas o al menos con datos significativos, según se infiere de su alegato.

Por lo dicho, tampoco es aceptable este cargo.

Noveno cargo. — Violación directa del artículo 95 del Código Penal.

Se queja el recurrente de que tratándose de un punto de derecho civil la sentencia recurrida haya aplicado, para llenar un vacío de la ley, una disposición del Código Penal, que es de aplicación absolutamente restringida a los asuntos criminales.

Se considera:

No una sino muchas veces han contemplado los tribunales, y la misma Corte el problema del justiprecio de perjuicios morales, y se han sometido a la disposición legal que ahora se cita como indebidamente aplicada. Nótese que el recurrente no objeta la sentencia por el concepto de haber condenado al pago de los perjuicios morales que la muerte de Gabriel Otero causó a sus hermanas, sino por haber regulado el quantum de dichos

perjuicios morales aludiendo a lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal.

En numerosos fallos ha expuesto la Corte, y ya es doctrina constante adoptada por la Sala de Negocios Generales y por esta de Casación Civil, que dada la naturaleza de los perjuicios morales, no es posible para regular el monto de ellos aplicar los métodos o normas que suelen emplearse en la fijación de la cuantía de perjuicios materiales.

El artículo 95 de la Ley 95 de 1938 que, no obstante ser del Código Penal, tiene el mismo valor y fuerza que cualquiera otra ley, prevé cabalmente el caso de que si "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 atenerse a la norma que él da no ha hecho otra cosa el sentenciador que cumplir con lo dispuesto por el artículo 8º de la Ley 153 de 1887 que dice lo siguiente:

"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".

"La indemnización por perjuicios morales tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral", dijo esta Sala en casación de 7 de marzo de 1944 (GACETA JUDICIAL, Tomo XLVII, página 75). Y explica allí mismo la razón por la cual se acoge en estos casos el sentenciador de un pleito civil al artículo 95 del Código Penal, como limitación para señalar el **pretium doloris,** "no sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto".

La razón legal y jurídica del pago de los perjuicios morales no proviene solamente de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal. Este es apenas una pauta que tiene el sentenciador para la fijación del monto de perjuicios que por ser morales y, de consiguiente, no avaluables en forma matemática, implican de suyo cuantía indefinida.

De suerte que no puede haber violación del artículo 95 tantas veces citado por la circunstancia, favorable a la parte demandada, de que el sentenciador, ateniéndose a dicho precepto legal no haya traspasado el límite que aquella disposición pone para apreciar el monto de la cuantía.

Por consiguiente también se rechaza este cargo.

Por último, uno de los capítulos de la demanda de casación considera que hubo indebida aplicación de los artículos 2341, 2347 y 2356 del Código Civil, porque comparando este caso con uno semejante, expuesto y fallado por la Corte el 17 de noviembre de 1943, sentencia publicada en el Tomo XLVI de la GACETA JUDICIAL y que trata de responsabilidad por accidente automoviliario y del cual fue víctima el menor Parmenio Gómez Parra, se encuentra que "la doctrina transcrita viene al caso como anillo al dedo".

Además de que el caso en estudio ahora no es idéntico al citado por el recurrente, la sola circunstancia de que un Tribunal dicte un fallo que no sea acorde con jurisprudencia de la Corte, no implica de suyo violación de la ley, ni ese sería motivo de invalidación de la sentencia. De lo contrario se estancaría el progreso de la jurisprudencia.

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 INVALIDA la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el día veinte de marzo de mil novecientos cuarenta y cinco, y que fue objeto de este recurso.

Sin costas por ser el Municipio el recurrente.

Publíquese, notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

ACCION PETITORIA DE PAGO DE UNA SUMA DE PESOS.—TECNICA DE CASACION. — SOLIDARIDAD DE LOS SOCIOS, ANTE TERCEROS, EN LAS SOCIEDADES DE HECHO

1.—Las disposiciones legales sobre el recurso de casación distinguen de modo muy claro la acusación fundada en error de hecho y de derecho acerca de la apreciación de las pruebas que hayan inducido al sentenciador a quebrantar indirectamente la ley, de la acusación fundada en violación directa de la ley, violación ésta última que implica un yerro jurídico, el cual no se denomina en terminología de casación error de derecho, a fin de que no se confunda el yerro de interpretación o de aplicación de la ley con aquel en que se incurre por mala apreciación de las pruebas a la luz de las normas jurídicas o del Derecho Probatorio.

2.—En el caso del proceso, si el nombre de la firma comercial correspondiere a una sociedad de hecho, la circunstancia de suscribir en nombre de ella carta que implica obligaciones a cargo, como también derechos correlativos es un indicio de gravedad y precisión suficiente para demostrar que quien así usó la firma es miembro de la sociedad de hecho. (Artículo 664, C. J.); y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 472 del Código de Comercio, los socios "responden solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho". Ahora: si no se trata de una sociedad de hecho, sino de una antefirma que puede ser un nombre —registrado o no—pero ventajosamente conocido en el comercio, es indudable que se obliga personalmente quien lo usa, ya sea por la respetabilidad mercantil de tal nombre, aun por simple capricho.

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

(Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo)

Agotados los trámites del recurso de casación interpuesto por el demandado contra la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá en el juicio ordinario de Rogelio Suárez contra Jorge Rojas, procede la Corte a decidir acerca de tal recurso, previo el resumen de los antecedentes, de la motivación en que se fundaron los fallos de primera y segunda instancia, de los cargos formulados por el recurrente contra la sentencia del Tribunal Superior, y el análisis que esta Sala de Casación hace de tales cargos.

Antecedentes

Rogelio Suárez, comerciante de Cali, demandó por medio de apoderado, ante el Juez del Circuito de Bogotá, a Jorge Rojas, comerciante de esta última plaza, para que se le condene a pagarle la suma de dos mil trescientos cuatro pesos con veintitrés centavos ($ 2.304.23), saldo de cuentas entre ellos, provenientes de la agencia encomendada a Suárez para la venta, en los Departamentos del Valle, Cauca y Nariño, de los "productos de la Compañía Bacardí" y gastos de propaganda comercial de los mismos productos.

De las cartas acompañadas con el libelo, y de la contienda misma de las partes, tal como se ha desarrollado a través del proceso, se ve que Carlos Betancourt, quien firma en papel timbrado de "Agencias América", en viaje a Cali concertó el negocio con Rogelio Suárez.

En carta fechada en Bogotá el 16 de febrero de 1942 confirma el mismo Betancourt por escrito las condiciones pactadas para dicho negocio, entre las cuales se halla la siguiente: "...g) Todo lo relacionado con pagos, etc., debe ser tramitado con nuestros socios señores L. A. Rojas Pérez, Sucesores, de este comercio, importadores exclusivos de **Bacardí,** quienes escriben a usted hoy confirmando, también, este convenio".

Con la misma fecha, 16 de febrero de 1942, aparece, efectivamente, la carta suscrita "L. A. Rojas Pérez—Scres. Distribuidores de **Bacardí** para Colombia. P. p. Jorge Rojas", dirigida a Rogelio Suárez, Cali, que dice confirmarle la exclusividad

para la venta de los productos **Bacardí** "que le fue otorgada por don Carlos Betancourt, Agente de **Bacardí** y nuestro compañero en este negocio". Se repiten, resumidas, en esta carta, las condiciones convenidas sobre agencia exclusiva para ventas, condiciones entre las cuales figura la siguiente: "Propaganda allá como la que estamos haciendo ahora en avisos de **Relator, Diario del Pacífico,** etc., por n/cta."

Suscrita "P/. L. A. Rojas Pérez—Scres. Jorge Rojas" aparece otra carta fechada el 16 de marzo de 1942, en la cual se contesta, tratando de pormenores del negocio en marcha, la dirigida de Cali por Rogelio Suárez. Por cierto que en esa respuesta habla Jorge Rojas en primera persona singular, no en plural como se estila en cartas suscritas a nombre de una entidad comercial.

Figuran aducidos igualmente con la demanda, remitidos por Suárez, los comprobantes de gastos hechos por él para la propaganda, otra carta dirigida a Rogelio Suárez que ostenta la firma "P/. L. A. Rojas Pérez—Sucesores — Jorge Rojas"; y una que aparece suscrita así: "L. A. Rojas Pérez. C. Betancourt", referentes todas al negocio en marcha. En esta carta se le ruega a Suárez "pagar allá las cuentas de propaganda de avisos en los cines y Radio Sevilla, enviándonos las respectivas cuentas por duplicado".

En toda la correspondencia cruzada entre Bogotá y Cali se habla de cargos y abonos de cantidades de dinero. También obran copias simples o duplicadas de cuentas por remesas de mercancía y por gastos de propaganda, enviadas de Cali por Rogelio Suárez a sus comitentes de Bogotá.

Según las cuentas de Suárez, el debe a cargo de Jorge Rojas (L. A. Rojas Pérez — Sucesores) era, en 15 de octubre de 1942 y al suspender el negocio, de tres mil ciento setenta y tres pesos con tres centavos ($ 3.173.03); y el haber era de ochocientos sesenta y ocho pesos con ochenta centavos ($ 868.80) por dos abonos hechos por el mismo Rojas, de suerte que el saldo a cargo de Rojas venía siendo, en definitiva, de dos mil trescientos cuatro pesos con veintitrés centavos ($ 2.304.23).

Después de intentos hechos sin éxito por el abogado de Rogelio Suárez para obtener privadamente el reconocimiento y pago de este saldo, que Suárez afirma existir en favor suyo, resolvió demandar en juicio ordinario a Jorge Rojas ante el Juez del Circuito Civil de Bogotá, domicilio del mismo Rojas.

Al contestar el libelo, el demandado desconoció el derecho a intentar contra él personalmente la acción para el cobro, porque las cartas aducidas como fundamento de aquélla están suscritas por "L. A. Rojas Pérez — Sucesores"; y negó que en las cartas se haya comprometido dicha firma a que "saldaría la cuenta", pues se limitó a ofrecerle a Suárez su buena voluntad y diligencia "respecto de la parte que le pudiera corresponder y sobre la base de que el demandante compraría 500 cajas de Bacardí, según lo manifestó el señor Betancourt y la cual compra no se realizó".

La primera instancia finalizó con sentencia absolutoria del Juzgado 3º Civil del Circuito de Bogotá.

Para el Juez la firma empleada en las cartas demostrativas del contrato es una típica razón social, y la índole de los negocios del firmante **L. A. Rojas Pérez—Sucesores,** es mercantil y demuestra la ejecución de actos de comercio; y como según certificado de la Cámara de Comercio que obra en autos, a la sociedad que gira bajo aquella razón social, le falta una por lo menos de las solemnidades que la ley exige para la existencia de una sociedad mercantil, se está en presencia de una sociedad de hecho, de suerte que los terceros de buena fe tendrían acción contra todos y cada uno de los socios de la sociedad de hecho. Pero en el presente caso ocurre que Jorge Rojas no se obligó personalmente sino firmando en la forma prevista por el artículo 490 del Código de Comercio, y puesto que el demandante no probó que Jorge Rojas tenga la calidad de socio, "está conformada la excepción perentoria de ilegitimidad de la personería sustantiva del demandado".

La sentencia recurrida

Apelado por la parte demandante este fallo del Juez, conoció del asunto en segunda instancia el Tribunal Superior de Bogotá; y surtidos los trámites correspondientes a este grado del juicio, profirió sentencia en la cual se revoca la dictada por el Juez, y en su lugar se condena a Jorge Rojas a pagarle al demandante la cantidad de dos mil trescientos cuatro pesos con veintitrés centavos ($ 2.304.23) junto con los intereses comerciales devengados por dicha cantidad desde el 15 de noviembre de 1942 hasta el día en que el pago se efectúe.

La sentencia del Tribunal dilucida dos puntos o cuestiones: 1ª Si Jorge Rojas, demandado, se

obligó personalmente al "firmar por poder de L. A. Rojas Pérez — Sucesores"; y 2ª Cuál es el contenido, alcance y modalidades de dicha obligación.

Resuelve afirmativamente el primer punto, pues para el sentenciador de segunda instancia, la antefirma puesta por Rojas al suscribir las cartas, no es propiamente una razón social sino más bien el nombre de un establecimiento comercial, ya que no existe legalmente una sociedad que como tal haya registrado ese nombre.

Con relación al segundo punto, considera el Tribunal que resultan probados los hechos en que la acción se ha fundado; que al formularle Rogelio Suárez la cuenta a Jorge Rojas, según la cual éste le adeuda dos mil trescientos cuatro pesos con veintitrés centavos ($ 2.304.23), "Rojas no objetó la cuenta en su causa u origen, ni en su monto, sino en la divisibilidad de la misma cuenta y en la forma de abono".

Examina el Tribunal cada una de estas dos defensas. Dice, citando en su apoyo a Alessandri Rodríguez y Somarriva Undurraga, que una obligación de hacer, como es la de propaganda comercial, es indivisible, al menos con indivisibilidad relativa ya que esta obligación, por su índole y objeto, no es susceptible de cumplirse por parcialidades; que de acuerdo con el artículo 1584 del Código Civil cada uno de los que han contraído únicamente una obligación indivisible es obligado a satisfacerla en el todo aunque no se haya estipulado la solidaridad, y cada uno de los acreedores de una obligación indivisible tiene igualmente derecho a exigir el total; y que en Derecho Comercial (a diferencia de lo que ocurre en Derecho Civil), por regla general las obligaciones pesan solidariamente sobre los codeudores de la misma categoría. Agrega que en el caso **sub judice** "se comprobó que Betancourt y Rojas colectivamente confirieron a Suárez la comisión de hacer la propaganda y de pagarla por su cuenta"; que en consecuencia sobre Rojas pesa la obligación solidaria de pagarle a Suárez, artículo 394 del Código de Comercio, ya que tal deudor aceptó el origen, la causa y cuantía de la obligación; y que debe pagar también intereses al tenor de los artículos 2184 del Código Civil y 378, 383 y 395 del Código de Comercio.

El recurso

Contra la sentencia del Tribunal, cuya síntesis se acaba de hacer, interpuso casación la parte demandada, quien oportunamente alegó ante la Corte. Invoca las causales 1ª y 2ª, artículo 520 del Código Judicial.

No quiso el recurrente separar de manera nítida en su demanda de casación los cargos referentes a violación directa de la ley y los relativos a violación indirecta de ella, provenientes de error en la apreciación de las pruebas; y prefirió más bien tratar promiscuamente de errores de hecho y de derecho que, en su concepto, cometió el Tribunal, ya con motivo de la apreciación de pruebas, ya al aplicar la ley.

Las disposiciones legales sobre el recurso de casación distinguen de modo muy claro la acusación fundada en error de hecho y de derecho acerca de la apreciación de las pruebas que haya inducido al sentenciador a quebrantar indirectamente la ley, de la acusación fundada en violación directa de la ley, violación ésta última que implica un yerro jurídico el cual no se denomina en terminología de casación error de derecho, a fin de que no se confunda el yerro de interpretación o de aplicación de la ley con aquel en que se incurre por mala apreciación de las pruebas a la luz de las normas jurídicas o del Derecho Probatorio.

Consta de nueve folios la demanda de casación, seis de los cuales dedicados a la historia del negocio celebrado entre las partes —tal como el recurrente lo entiende— y a la discusión de puntos de hecho; y en los tres folios restantes se enuncian y sostienen las causales de casación. Las dos partes en que aparece dividida la demanda ante la Corte tratan indistintamente las diversas faces del problema.

Por esto y porque los cargos relativos a la causal primera guardan íntima relación entre sí, se hará un estudio conjunto de ellos. Procurando no desvirtuar el itinerario de la demanda de casación, estima la Corte que tales cargos pueden concretarse así:

Causal primera

Violación de los artículos 2141, 2149 y 2150 del Código Civil y 331 y 490 del Código de Comercio, resultante de error de hecho al apreciar las pruebas, pues el Tribunal no tuvo en cuenta que las cartas con las cuales se han acreditado las obligaciones a favor del actor, no fueron suscritas personalmente por Jorge Rojas sino por una sociedad. En tales circunstancias, las partes contra-

tantes fueron el actor Rogelio Suárez y la sociedad "L. A. Rojas Pérez—Sucesores", de manera que la acción ha sido mal dirigida contra Jorge Rojas, y el Tribunal quebrantó las disposiciones legales citadas al condenar a Rojas puesto que no es él sino la sociedad por quien firmó la posiblemente obligada respecto de Rogelio Suárez. Y agrega que incurrió el Tribunal en error de derecho porque desconoció las disposiciones legales que gobiernan el mandato comercial y civil, disposiciones que son las arriba citadas, y especialmente el artículo 490 del Código de Comercio, puesto que Jorge Rojas al firmar las cartas expresa que lo hace "por poder", y sin embargo el sentenciador no tuvo en cuenta esta circunstancia.

Erró también el Tribunal, en concepto del recurrente, al considerar que la ausencia de formalidades legales para constituír la Compañía puede hacer que ésta desaparezca de la vida jurídica, con lo qual violó los artículos 2084 del Código Civil y 362 del Código de Comercio, pues según doctrina de la misma Corte la existencia de la sociedad de hecho puede demostrarse por cualesquiera medios probatorios.

El Tribunal incurrió, dice la demanda de casación, en error de hecho y de derecho al interpretar erróneamente el contrato de comisión extralimitando su contenido y aceptando como gastos reembolsables al demandante muchos que son extraños a esa actividad; violó directamente el artículo 1769 del Código Civil "en armonía con los artículos 603, 604 y 606 del C. J. porque le dio mérito de prueba a una carta de Jorge Rojas como demostrativa del total de la obligación, siendo así que la condicionó a 'la parte respectiva' de propaganda, y porque no se llenaron los requisitos sobre la tarifa de pruebas, pues se aceptó como tal una cuenta no ajustada a las prescripciones mercantiles, con violación directa de los artículos 384, 383 y 372 del Código de Comercio.

Examen de los cargos

Con Rogelio Suárez se comprometió, otorgándole la agencia exclusiva de ventas de productos **Bacardí** para los Departamentos del Valle, Cauca y Nariño, **L. A. Rojas Pérez—Sucesores,** por quien firman varias cartas Jorge Rojas, y una Carlos Betancourt.

Rogelio Suárez dirigió su acción de cobro contra Jorge Rojas, considerándolo como personal y directamente obligado; y con el libelo de demanda presentó la certificación de la Cámara de Comercio de Bogotá según la cual no aparece registrado en los libros de dicha entidad el extracto de la escritura social de "L. A. Rojas Pérez—Sucesores". Con este documento se propuso, sin duda, el actor mostrarle a la justicia desde la iniciación del proceso por qué no enfocaba su acción en contra de la aparente sociedad, sino contra la persona natural que al negociar con él quiso emplear la antefirma que sugería la idea de corresponder a una razón social.

Al contestar el libelo dijo Jorge Rojas: "Desconozco el derecho, causa o razón por que se me demanda en mi **propio nombre,** porque de acuerdo con las mismas cartas privadas en que quiere fundar sus pretensiones el actor, éstas están suscritas a nombre de la firma **L. A. Rojas Pérez. Sucesores,** entidad distinta de la persona demandada".

Conviene advertir, sin embargo, que el demandado Jorge Rojas no se preocupó por traer al juicio ningún documento comprobatorio de la existencia de la que denomina sociedad; ni siquiera hizo la más leve alusión a fuente en donde el actor pudiese hallar datos sobre la existencia legal de tal sociedad. Esta defensa de Jorge Rojas constituía una excepción y por tanto debía el excepcionante demostrarla, lo cual no hizo.

El Juez de primera instancia consideró que la antefirma "L. A. Rojas Pérez—Sucesores" es una razón social; pero que como según documento traído a los autos, la correspondiente sociedad dejó de cumplir por lo menos uno de los requisitos esenciales a su existencia legal, "se está en presencia de una sociedad de hecho", para demandar a uno de cuyos socios se necesita probar que lo es, demostración que en el presente caso consideró el Juez que no se había hecho.

En cambio para el Tribunal la antefirma "L. A. Rojas Pérez — Sucesores" no es una razón social sino un nombre de comercio o el de un establecimiento mercantil.

Considera la Corte que aquella antefirma, téngase como razón social o como nombre de un establecimiento mercantil, no exime a quien la empleó de la responsabilidad inherente a las obligaciones contractuales asumidas con el uso de dicha firma.

Mediando la prueba preconstituída por el actor de que no existe como sociedad de derecho una que gire bajo la firma "L. A. Rojas Pérez.

Sucesores", o se trata de un simple nombre comercial, como cree el sentenciador de segunda instancia; o es indicativo de una sociedad de hecho, como lo pensó el Juez de primera instancia, o no es ninguna de las dos cosas. Se repite que la idea sugerida por el recurrente de que el nombre **L. A. Rojas Pérez—Sucesores** sea una sociedad, al menos de hecho, carece de respaldo probatorio en el proceso. Pero en cualquiera de los tres supuestos contemplados, siempre resultaría que el particular que usó la antefirma, quedó personalmente obligado por los documentos que con esa firma quiso suscribir, como pasa a verse.

Si el nombre correspondiere a una sociedad de hecho, la circunstancia de suscribir en nombre de ella cartas que implican obligaciones a cargo, como también derechos correlativos es, en el presente caso, un indicio de gravedad y precisión suficientes para demostrar que quien así usó la firma es miembro de la sociedad de hecho (artículo 664 del Código Judicial); y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 472 del Código de Comercio, los socios "responderán solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho".

Ahora: si no se trata de una sociedad de hecho sino de una antefirma que puede ser un nombre —registrado o no— pero ventajosamente conocido en el comercio, es indudable que se obliga personalmente quien lo usa ya sea por la responsabilidad mercantil de tal nombre, o aun por simple capricho.

No sería razonable ni justo, y, por lo contrario, iría en quebranto del crédito, alma del comercio, irresponsabilizar a la persona que quiere reforzar su firma anteponiéndole un nombre pomposo.

Esto en cuanto al punto de haber firmado las cartas Jorge Rojas en nombre de **L. A. Rojas Pérez—Sucesores**; pero es significativo que una de las cartas en que aparece esta antefirma esté suscrita por **C. Betancourt**, a quien el mismo Rojas denomina, en la primera carta, "nuestro compañero en este negocio". Es importante anotar que en la carta suscrita "L. A. Rojas Pérez—Sucesores". C. Betancourt", se le ruega a Suárez "pagar las cuentas de propaganda de avisos en los cines y radio Sevilla, enviándonos las respectivas cuentas por duplicado".

Se ve, pues, que tanto Jorge Rojas como Carlos Betancourt anteponían a su firma el nombre de **L. A. Rojas Pérez—Sucesores.**

Débase ello a que Betancourt formase parte de una sociedad de hecho así llamada; o a que entre Betancourt, Jorge Rojas y aquella firma existiese la sociedad de hecho, o a que sólo estuvieran asociados de hecho Jorge Rojas y Carlos Betancourt, es lo cierto que la comisión a Rogelio Suárez la confirieron conjuntamente Carlos Betancourt y Jorge Rojas según las dos cartas que encabezan este proceso y que hasta llevan una misma fecha.

"La comisión colectivamente conferida por muchos comitentes, produce en ellos obligaciones solidarias a favor del comisionista, del mismo modo que la aceptación colectiva de varios comisionistas produce obligación solidaria a favor del comitente", dispone el artículo 394 del Código de Comercio.

Aludió el Tribunal sentenciador a este punto o aspecto del problema, y el recurrente comenta con ironía el respectivo pasaje, pero no lo rebate y apenas se refiere a él descriptiva y fugazmente.

Es indudable que Carlos Betancourt y Jorge Rojas (llámense **Agencias América** y **L. A. Rojas Pérez—Sucesores**), agentes, representantes o concesionarios de los "productos Bacardí", en todo caso los interesados en ese negocio, le confirieron a Rogelio Suárez la exclusiva para distribución y venta de dichos productos en tres Departamentos del occidente colombiano; y que al hacerlo obraron de común acuerdo, respaldándose de modo recíproco, "colectivamente", como dice el Código de Comercio, y sin que en contra valga sugerir que entre ellos no había una sociedad de las denominadas **colectivas.**

La solidaridad de obligaciones de los comitentes reconocida por el artículo 394 del Código de Comercio arriba copiado autorizaba al demandante Rogelio Suárez para dirigir su acción contra cualquiera de los dos obligados. Y ello es razón suficiente para que Jorge Rojas, a quien el actor demandó, tenga que prestar la obligación.

Fue innecesaria por inaplicable al presente caso la disertación hecha por el Tribunal sobre obligaciones indivisibles. Hubiera podido ser pertinente si en este pleito se estuviese discutiendo la obligación a cargo de Rogelio Suárez de hacer la propaganda comercial de los productos **Bacardí**, obligación que podría considerarse indivisible, al menos relativamente ya que de suyo y por su objeto no es susceptible de cumplirse "por parcialidades"; pero como no se trata de la obligación

de propaganda sino del pago de ella, esta obligación de dar dinero sí es normalmente divisible.

Sin pasar desapercibida la equivocación del Tribunal, estima la Corte que ese error ninguna influencia tuvo sobre el fallo, puesto que la cuestión que debía plantearse y resolverse era la de de si el demandado Rojas es o no deudor solidario. Y como ya se vio que sí lo es, se concluye que la acción estuvo bien intentada contra él y que debe responder por el total de la obligación.

De esto último ha querido el abogado recurrente que se le exima arguyendo que en la carta de fecha 19 de octubre de 1942 advierte Jorge Rojas (P/. L. A. Rojas Pérez—Sucesores): "En tal forma creo que conversando con don Carlos Betancourt nos podamos poner de acuerdo sobre la forma como él y nosotros en la parte que nos corresponda vayamos a saldar a usted esa cuenta respecto de la cual puede estar seguro de nuestra voluntad y diligencia".

Estas frases dirigidas por Jorge Rojas a Rogelio Suárez, si bien se examina, podrían significar no propiamente que Rojas quiera eludir la responsabilidad que le incumbe de pagar, en caso necesario, el total de la deuda; sino el ánimo de arreglarse previamente con su socio o "compañero" Betancourt acerca de la parte o cuota que cada uno de ellos debería erogar para cubrirle a Suárez su cuenta. Es decir, el mismo Rojas deja a entender en su carta que el asunto se arreglará entre Rojas y Betancourt o entre ellos dos y Suárez. Bien explicable es que el obligado solidariamente agota, antes de pagar, las gestiones ante su codeudor para dividirse con él el pago de la deuda; y aunque se valga del propio acreedor para propiciar tal entendimiento o arreglo. Pero en esos casos la intervención del acreedor es, pudiera decirse, informal; y en el presente parece haber sido sólo pasiva; por lo menos no hay prueba ni siquiera dato de que hubiera intentado hacerle efectivo el crédito al otro deudor.

De otro lado, la correspondencia sobre el negocio entre Rogelio Suárez y Jorge Rojas se inició el 16 de febrero de 1942; Suárez hizo los gastos de propaganda de productos **Bacardí** en abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre y aun octubre de aquel año, según recibos que adujo al juicio, de la Radio Sevilla, el Teatro Jorge Isaacs, la Radio Pacífico, las orquestas que tomaron parte en las emisiones destinadas a aquella propaganda, y de otros gastos accesorios a los dichos. De manera que fue tardía, por lo menos, una manifestación de Jorge Rojas tendiente a esquivar la solidaridad respecto de la obligación que con ese carácter se contrajo desde un principio y cumplida, además, por la otra parte. Existente desde un principio la obligación solidaria, sería irritante que a la hora de pagar se le permitiera al deudor advertir que no responde del pago sino en una parte: ello equivaldría a desviar la esencia de las obligaciones solidarias.

En suma: es equivocado el considerando del Tribunal tendiente a sostener que Jorge Rojas debe pagarle a Rogelio Suárez el total de la deuda por tratarse de obligación indivisible; pero la obligación correlativa de Jorge Rojas, pagar la propaganda, aunque susceptible de división, es una obligación solidaria en virtud de la ley (artículo 394 del Código de Comercio), solidaridad de la cual no podía evadirse el deudor cuando el acreedor tenía ya derecho al pago por haber ejecutado de su parte, las prestaciones que justifican plenamente tal pago, máxime en este caso en que se trata de gastos sufragados por el demandante para una propaganda comercial ordenada por los comitentes y que beneficiaba el negocio de ellos (bien que hubiera podido beneficiar además al mismo demandante).

Dice el recurrente que Rogelio Suárez demandó después de transcurridos dos años de efectuados los gastos que cobra; y que como durante ese tiempo no rindió cuentas a sus comitentes, incurrió en la sanción de que trata el artículo 387 del Código de Comercio para el comisionista moroso en la rendición de cuentas. Por consiguiente no podía cobrar intereses, además de que sin estar obligado Rojas a cubrir la obligación principal, menos aún podría compelérsele a pagar intereses sobre ella.

Ya se examinó a espacio cómo Jorge Rojas sí está obligado a cumplir la obligación principal, punto que, por lo demás, nada tiene que ver con la causal 2ª de casación.

No es pertinente el argumento de la mora en que se dice incurrió el demandante respecto de su obligación de rendir cuentas, y no lo es, por dos razones: la primera, porque no hay dato alguno en el proceso que sea demostrativo de que a Suárez se le puso legalmente en mora de rendir cuentas; y la otra, porque es de sobra sabido que la causal 2ª se refiere a falta de consonancia entre la sentencia y las pretensiones oportunamente deducidas por las partes; y en el caso de que trata el fallo recurrido no se ve cómo pueda

ser pertinente la causal 2ª, en lo relativo al pago de intereses, que es la razón alegada en pro de dicha causal. Como aparece pedida expresamente en el libelo con el cual se inició el pleito la condenación al pago de intereses, el sentenciador se limitó a decidir, en esto, acerca de un punto concreto y expresamente sometido al juicio del Tribunal.

Ahora: que se estime ilegal la condenación misma al pago de intereses, sería punto discutible en la Corte dentro de la causal 1ª de casación, pero no con pretexto de la causal 2ª, y por ello no prospera el recurso en virtud de esta causal.

Para terminar se advierte que como en esta sentencia de casación se hace una rectificación doctrinaria al fallo recurrido, se prescinde de condenar en las costas del recurso.

Por lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veintiocho de septiembre de mil novecientos cuarenta y cinco y motivo del recurso hoy fallado.

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

Pedro Castillo Pineda—Ricardo Hinestrosa Daza. Alvaro Leal Morales — José Antonio Montalvo. Hernán Salamanca—Manuel José Vargas—Pedro León Rincón, Srio. en ppdad.

SALA DE CASACION PENAL

CONDENACION EN PERJUICIOS

Las normas sobre condenación en perjuicios son de obligatorio cumplimiento, de suerte que toda sentencia condenatoria, sin excepción alguna, debe contener dicho pronunciamiento, por exigirlo así el artículo 92 de la ley penal, bien sea que para llegar a tal conclusión intervenga el ofendido o sus herederos, o el Agente del Ministerio Público, en ausencia de ellos.

El Juez de derecho no puede eludir la condena en perjuicios a pretexto de que no se determinaron en la respectiva investigación, porque cuando esto ocurre, la condena se hace en forma abstracta y no en concreto como sucede cuando los interesados intervienen en la regulación de ellos. Tampoco puede prescindir de condenar en perjuicios, alegando que el hecho fue realizado por un anormal, porque no hay disposición legal que lo autorice. Si el Código Penal estableció como base de la imputabilidad el criterio de la responsabilidad legal, toda persona que infrinja la ley debe responder, no sólo de esta violación, sino también de todas las consecuencias derivadas de su acto, o sea de los perjuicios causados al ofendido. (Artículos 11 y 92).

Todo delito produce un daño, que es de dos órdenes: público y privado. El primero, es el que sufre la sociedad y por consecuencia lógica el Estado, como producto del acto antisocial del hombre que infringe la ley penal; el segundo, es el que recae sobre el sujeto pasivo del delito, como resultado del hecho ejecutado por el agente activo del mismo, daño privado que origina el derecho a favor de la víctima o de sus herederos para pedir la indemnización o resarcimiento de perjuicios causados por el ilícito.

La indemnización de daños y perjuicios no tiene propiamente el carácter de pena, sino de medida accesoria o reparadora, derivada de un delito o de una culpa penal. Si fuera sanción principal, se denominaría pena pecuniaria, tal como la contempló la Comisión Redactora del Código Penal en su respectivo proyecto, y terminaría o se extinguiría con la muerte del reo o procesado. Pero como la indemnización de daños y perjuicios no tiene dicho carácter, ella puede hacerse efectiva sobre los bienes del causante. (Artículo 100 del C. P.).

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal.—Bogotá, veintiseis de junio de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja dictó sentencia contra Fortunato Cuervo, por la cual se ordenó recluírlo en un manicomio criminal, por un término no menor de dos (2) años, como responsable de la muerte de Emilio Parra Arias.

Contra esa providencia, el Fiscal del Tribunal interpuso recurso de casación, y aunque este funcionario omitió expresar los motivos que le asistieron para interponerlo, el Procurador Delegado en lo Penal, al corrérsele el traslado de rigor, formuló la correspondiente demanda, alegando como causal de casación la contemplada en el numeral séptimo (7º) del artículo 267 del Código de Procedimiento Penal.

Hechos

El dieciseis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos, en el sitio "Cebadal", jurisdicción del

Municipio de Ciénaga, en la cantina denominada "El Pino", de propiedad de Custodio Cuervo, se hallaban reunidas varias personas, entre otras, Ismael Pulido y Emilio Parra Arias. A eso de las cuatro o cinco de la tarde del mencionado día, llegó a dicho establecimiento Fortunato Cuervo, acompañado de una señora, y manifestó a los presentes que le habían desquiciado la puerta de su casa y robádole un maíz. Luego de proferir expresiones ultrajantes contra los que allí se encontraban, penetró en el interior del establecimiento y pidió bebidas embriagantes. Al salir de la tienda y al encontrarse con Pulido, le dijo a éste: "cómo fue que dijiste vos, gran jediondo carraco; a que te acabo a esfondar esa vista", a lo cual contestó el aludido: "ahora ya dije la palabra, palabra, palabra no tiene vuelta". En ese momento, Emilio Parra Arias dijo: "ju, ju, ju". Fortunato Cuervo, al oír esto, se lanzó contra Parra Arias, le dio un empujón, le echó al suelo, y con un bordón provisto de recatón, le asestó un garrotazo en la región parietal derecha, que le produjo la fractura del cráneo y una hemorragia cerebral y meníngea, a consecuencia de lo cual murió el ofendido.

Por auto de febrero primero de mil novecientos cuarenta y tres, el Juzgado 3º Superior de Tunja llamó a responder en juicio a Fortunato Cuervo, por el delito de homicidio, previsto y sancionado en el Capítulo I, Título XV, Libro II del Código Penal. En esa providencia, se dijo:

"...El hecho de que el procesado padeciera de una grave anomalía pisquica, como es la psicosis maníaco-depresiva, y que durante un acceso de esta enfermedad cometiera el hecho, no lo pone al margen de la condición de sujeto pasivo de una demanda criminal y de una pena: lo que sucede es que en lugar de las penas ordinarias habrá que aplicarle las llamadas 'medidas de seguridad', pues conforme a la doctrina de la defensa social en que se inspira la nueva legislación penal, la circunstancia de que el agente del acto antisocial carezca de salud mental, o sea menor de cierta edad, o se encuentre en estado de intoxicación crónica producida por el alcohol o cualquier otra sustancia, o padezca de grave anomalía psíquica, no lo exime de responsabilidad penal, ni, por ende, lo coloca fuera de las normas de la defensa cuando sus actos revelan que es un ser peligroso para la sociedad".

Contra el auto de llamamiento a juicio, Fortunato Cuervo interpuso recurso de apelación, que fue fallado por el Tribunal, en providencia de marzo treinta y uno de mil novecientos cuarenta y tres, confirmando lo resuelto por el inferior en referencia al auto de proceder, y negando el beneficio de excarcelación pedido por el procesado.

Cumplidas las formalidades propias del juicio, el Juzgado Superior formuló a los jueces de conciencia un cuestionario compuesto de dos preguntas: la primera, relativa a la responsabilidad legal, y la segunda, referente a la circunstancia de haberse realizado el hecho cuando el procesado padecía de grave anomalía psíquica. El Jurado respondió afirmativamente las dos cuestiones, y con base en este veredicto, se profirió la sentencia de febrero diecinueve de mil novecientos cuarenta y cinco, que en su parte resolutiva dice:

"**Primero**—Condénase a Fortanuto Cuervo Sánchez, mayor de edad, natural y vecino de Ciénaga, hijo de Miguel Cuervo y de Jesús Sánchez..., a sufrir por tiempo indefinido reclusión, que en todo caso no podrá ser menor de un año, en la colonia agrícola especial que designe el Gobierno Nacional, como responsable del delito de homicidio perpetrado en la persona de Emilio Parra Arias...

"Por tratarse de una sanción de duración indefinida no es el caso de tenerle en cuenta, como parte cumplida de la pena, el tiempo que lleva en detención preventiva.

"**Segundo.**—Condénasele, además a las accesorias siguientes: prohibicón de concurrir a los establecimientos abiertos al público, donde se expendan bebidas alcohólicas; confiscación del arma con la cual cometió el delito, y pago de las costas procesales.

"**Tercero**—Condénase al expresado Cuervo Sánchez a pagar a quien comprobare tener derecho, la suma de cien pesos ($ 100.00), como indemnización de los perjuicios materiales causados con la infracción, cuyo monto se fijará al pedirse el cumplimiento del fallo, mediante la tramitación establecida en el art. 553 del Código Judicial".

El Tribunal revisó el fallo por vía de consulta, y en sentencia de noviembre trece de mil novecientos cuarenta y cinco, reformó, por mayoría de votos, la proferida por el Juzgado, cambiando la sanción de reclusión en una colonia agrícola, por la de reclusión en un manicomio criminal, y absolviendo al reo del pago de perjuicios (mora-

les y materiales) a que fue condenado por el inferior. La parte resolutiva del fallo dice:

"**Primero.**—Reclúyase en un manicomio criminal, por un término no menor de dos años a Fortunato Cuervo, como responsable del homicidio consumado en la persona de Emilio Parra Arias, término que se contará a partir de la fecha en que Cuervo salga del penal en donde se encuentra detenido, para el manicomio que el Gobierno determine.

"Comenzada la reclusión, el señor Juez del conocimiento observará y hará observar a cabalidad lo dispuesto por los artículos 646 y siguientes del C. de P. P.

"Se llama la atención a los señores médicos que intervengan en el tratamiento que debe recibir el sentenciado, para que el diagnóstico que determine la salida de Cuervo, se funde en la convicción plena de su curación, previo estudio de los antecedentes clínicos que obran en la causa y del detenido examen personal que preceda a su libertad.

"**Segundo.**—Impónese al sentenciado Fortunato Cuervo, como pena accesoria, la prohibición de concurrir a los establecimientos abiertos al público donde se expendan bebidas alcohólicas, por un término de dos años, que se contará a partir de la fecha en que Cuervo salga del manicomio, previas las formalidades requeridas por la ley.

"....."

"Queda en estos términos reformada la sentencia de fecha diez y nueve de febrero del corriente año, dictada por el Juez Tercero Superior de este Distrito, en la causa contra Fortunato Cuervo por el delito de homicidio consumado en la persona de Emilio Parra Arias, confirmándola en todo lo demás".

Uno de los Magistrados no estuvo de acuerdo con la mayoría y salvó su voto, afirmando que debía aumentarse la condena hecha por el Juzgado, tanto en lo relativo a perjuicios civiles, como en lo referente a la reclusión en una colonia penal agrícola, y sugiere, en la última parte de su salvamento de voto, la hipótesis de que el veredicto puede ser contradictorio, según la interpretación que se dé a sus respuestas.

Observaciones a la sentencia

Las personas anormales que infringen la ley penal, ¿deben ser condenadas al pago de perjuicios?

La respuesta a esta pregunta incide, naturalmente, sobre el tema de la responsabilidad, y para llegar a una conclusión lógica, es indispensable saber, si las personas que violan la ley en las condiciones determinadas por el artículo 29 del Código Penal son o no responsables.

Para la escuela clásica, la imputabilidad moral, o sea, el criterio del libre albedrío, constituye el fundamento de la responsabilidad penal; por consiguiente, los anormales, no siendo sus actos producto de una voluntad libre y determinada, porque sus facultades volitivas e intelectuales se hallan alteradas, no son responsables ante la ley penal.

De acuerdo con este sistema, el hecho que entraña una violación de la ley penal sólo es imputable a su autor, cuando se produce como resultado de una voluntad consciente y libre, esto es, que la persona que ejecuta u omite un acto que ante la ley constituye delito, sólo es responsable mediante la condición de que comprenda el mal que hace y de que al producirlo obra deliberadamente. Lo que equivale a decir, que siendo la voluntad y la libertad atributos de la persona normal, sólo ésta es responsable de las infracciones de la ley penal, quedando excluídas de toda responsabilidad las personas que no proceden con libertad y conocimiento en la ejecución de sus actos, o sea, los anormales.

Este fue el criterio que informó nuestro Código Penal de 1890, cuando al definir el delito decía que es "la voluntaria y maliciosa violación de la ley, por la cual se incurre en alguna pena".

La escuela positiva reemplazó el criterio de la imputabilidad moral o del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal, por el de la imputabilidad psico-física como norma de la responsabilidad social-legal, y estableció como base del derecho penal la teoría de la defensa social.

Según esta doctrina, la persona que con su acto u omisión infrinja la ley penal, es responsable, cualesquiera que sean las condiciones psico-físicas dentro de las cuales se hubiera producido el hecho antisocial, y es deber del Estado ejercer la función represiva como medida de defensa social. Si quien viola la ley es un anormal, éste es socialmente responsable; pero el criterio de la responsabilidad social se complementa con el de la peligrosidad del delincuente, para efecto de imponer la sanción. Sólo quedan excluídos de res-

ponsabilidad los hechos que aparecen justificados o exceptuados por la ley.

"O sea, que cada hombre por el solo hecho de vivir en sociedad y de tener, por lo tanto, todas las ventajas, las protecciones y las garantías del consorcio civil, debe responder a la sociedad de su modo de obrar (responsabilidad social) cuando ofenda en los otros hombres o en la colectividad las condiciones de existencia y los derechos de que ellas proceden, es decír, tenga una forma de actividad que sea inferior a aquel mínimo de disciplina social, variable de época a época, pero sin el cual no es posible la convivencia humana". (Enrique Ferri, Exposición de Motivos del proyecto del Código Penal para el Reino de Italia, 1921).

Nuestro Código Penal siguiendo los principios predominantes de la escuela positiva, adoptó en su elaboración las ideas consignadas en el proyecto del Código italiano de 1921, y estableció en el artículo 11 de la ley 95 de 1936, el criterio de la responsabilidad social-legal para las personas que infrinjan la ley penal, cualesquiera que sean las condiciones en las cuales delinquen.

El artículo citado no da una definición del delito, pero sienta las bases de la imputabilidad legal, para determinar en un momento dado quiénes son responsables por infracciones de la ley. Y dentro de este criterio, de la responsabilidad social-legal, quedan comprendidos todos los hechos antisociales de las personas normales como de las anormales. Por esto, la Comisión Redactora del Código Penal, en la exposición de motivos dijo:

"Guiada la Comisión por los principios que informan la doctrina de la defensa social, como los únicos que pueden procurar una eficaz represión de la delincuencia, ha adoptado el de la actividad psico-física como base de la imputabilidad penal, y ha considerado en consecuencia que no hay razón alguna para que se excluyan de una sanción represiva adecuada a los actos de los locos, los anormales, los intoxicados, los menores, etc., que en su condición de seres peligrosos para la sociedad deben también estar sometidos a la acción del Código Penal, de la misma manera que los anormales o sanos de mente. De ahí las disposiciones que establecen la responsabilidad legal de todo individuo que cometa un acto antisocial, calificado como delito y cualesquiera que sean las condiciones psíquicas en que se encuentre".

Las medidas de seguridad son sistemas defensivos que el Estado aplica como sanciones para los anormales o menores de edad que infrinjan la ley penal, con el objeto de separarlos de la vida social, hacerlos inofensivos, someterlos a un tratamiento adecuado y conseguir por este medio su readaptación a la sociedad. Desde este punto de vista, las medidas de seguridad son una forma de sanciones establecidas en la ley, y no se aplican por razón del elemento intencional que puede animar los actos antisociales de los sujetos pasivos de ellas, sino en relación a su condición personal, en virtud de la cual se han revelado como peligrosos para la sociedad. De allí que "entre penas y medidas de seguridad puede haber una diferencia cuantitativa, pero que en el fondo equivale a un mismo concepto, o sea el de medidas de preservación y seguridad social que deben figurar en el Código Penal". (Trabajos Preparatorios, Acta número 19 de la Comisión).

Condena en perjuicios

Establecido el principio de que los anormales y menores de edad son responsables de las infracciones de la ley penal, conviene saber si ellos responden también de los perjuicios derivados de su acto ilícito o antisocial.

El artículo 92 del Código Penal ordena que en toda sentencia condenatoria por infracciones de las cuales resulten daños o perjuicios contra alguna persona, natural o jurídica, se debe condenar solidariamente a los reponsables a la indemnización de todos los perjuicios causados. Y el artículo 93 determina que el Agente del Ministerio Público debe cooperar con los interesados en las diligencias tendientes a fijar los perjuicios, y que cuando éstos se abstienen de hacerlo debe intervenir por sí solo.

En virtud de dichos preceptos, se revisten estas medidas de defensa social, de un interés público y se asigna al derecho de indemnización un doble carácter: público y privado. Público, en cuanto se impone, como función social del Estado, representado por el Agente del Ministerio Público, la obligación de pedir la condenación en perjuicios cuando los interesados no intervienen, o la de cooperar con ellos cuando la solicitan; y privado, cuando el ofendido o sus herederos ejercitan la acción civil dentro del proceso penal.

Las normas sobre condenación en perjuicios son de obligatorio cumplimiento, de suerte que toda sentencia condenatoria, sin excepción algu-

na, debe contener dicho pronunciamiento, por exigirlo así el artículo 92 de la ley penal, bien sea que para llegar a tal conclusión intervenga el ofendido o sus herederos, o el Agente del Ministerio Público, en ausencia de ellos.

El Juez de derecho no puede eludir o dejar de cumplir y hacer efectiva la condena en perjuicios a pretexto de que no se determinaron en la respectiva investigación, porque cuando esto ocurre, la condenación se hace en forma abstracta y no en concreto como sucede cuando los interesados intervienen en la regulación de ellos. Tampoco puede prescindir de condenar en perjuicios, alegando que el hecho fue realizado por un anormal, porque no hay disposición legal que lo autorice. Si el Código Penal estableció como base de imputabilidad el criterio de la responsabilidad legal, toda persona que infrinja la ley debe responder, no sólo de esta violación, sino también de todas las consecuencias derivadas de su acto, o sea de los perjuicios causados al ofendido. (Artículos 11 y 92).

Todo delito produce un daño, que es de dos órdenes: público y privado. El primero, es el que sufre la sociedad y por consecuencia lógica el Estado, como producto del acto antisocial del hombre que infringe la ley penal; el segundo, es el que recae sobre el sujeto pasivo del delito, como resultado del hecho ejecutado por el agente activo del mismo, daño privado que origina el derecho a favor de la víctima o de sus herederos para pedir la indemnización o resarcimiento de perjuicios causados por el ilícito.

La indemnización de daños y perjuicios no tiene propiamente el carácter de pena, sino de medida accesoria o reparadora, derivada de un delito o de culpa penal. Si fuera sanción principal, se denominaría pena pecuniaria, tal como la contempló la Comisión redactora del Código Penal en su respectivo proyecto, y terminaría o se extinguiría con la muerte del reo o procesado. Pero como la indemnización de daños y perjuicios no tiene dicho carácter, ella puede hacerse efectiva sobre los bienes del causante. (Artículo 100 del C. P.).

La indemnización de perjuicios está prevista tanto en la legislación penal como en la civil. En ésta, el ilícito penal se consagra como una causa de las obligaciones, cuando dice que nacen "ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos" (artículo 1494); y en el Título XXXIV del Código Civil, al tratar de la "responsabilidad común por los delitos y las culpas", se establece el principio de que la persona que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligada a la indemnización, sin perjuicio de la pena.

Se puede argüir que tanto los menores como las personas anormales o dementes no son responsables de los daños ocasionados por el delito o culpa penal, en virtud del artículo 2346 del Código Civil, que dice ¿"los menores de diez años y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa", y que, por tal motivo, para ellos no es procedente la condenación en perjuicios? No, porque este precepto tenía aplicación dentro de la vigencia del Código Penal anterior y guardaba armonía con el sistema punitivo de ese entonces, que fundaba la responsabilidad penal en la doctrina espiritualista de la imputabilidad moral.

Lo que ocurre es que el artículo 2346 del Código Civil, en referencia a los menores de edad y a los dementes, se halla tácitamente derogado por las disposiciones especiales del Código Penal, por ser éstas inconciliables con aquél. Así, el artículo 11 establece la responsabilidad legal para toda persona que cometa una infracción prevista en la ley penal; el 100, en su inciso segundo, dice que la muerte del condenado extingue los efectos de la sentencia, "pero no impedirá que se lleve a cabo el comiso, ni que se haga efectiva la **indemnización de perjuicios sobre los bienes del causante**" (subraya la Corte); y el 432 deroga todas las disposiciones que sean contrarias a la presente Ley 95 de 1936. Como el artículo 2346 del Código Civil es contrario a las disposiciones que reglamentan la indemnización de perjuicios en la ley penal, tal mandato, de conformidad con el artículo 71 del Código Civil, se halla tácitamente derogado, por contener la nueva ley prescripciones especiales que no pueden conciliarse con aquél.

El nuevo Código Penal estableció —como antes se dejó expuesto— el criterio de la imputabilidad psico-física como fundamento de la responsabilidad social-legal, y dentro de este sistema, toda persona, por el solo hecho de vivir en sociedad, es responsable de las violaciones de la ley penal. De modo que, bajo el imperio de ésta, se hallan tanto los normales como los anormales y menores de edad, y por consiguiente, son también responsables de los perjuicios derivados de su acto ilícito.

Dice la sentencia del Tribunal:

"....no se puede imponer al demente senten-

ciado pena accesoria alguna distinta a las enumeradas en el capítulo citado" (Capítulo II, Título II, Libro I del Código Penal, 'medidas de seguridad'). "Tan evidente es esto, que la Honorable Corte Suprema de Justicia, en sentencia fecha veinte de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro... al revisar la sentencia dictada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santa Marta, casó la sentencia".

La Corte, en la parte resolutiva del fallo que reemplazó a la sentencia citada por el Tribunal, omitió condenar en daños y perjuicios.

Y más adelante, agrega:

"Por la sentencia transcrita se colige que la Corte aplica el principio de hermenéutica de que las disposiciones especiales priman sobre las de carácter general y son de estricta aplicación; de ahí que esa alta entidad hubiera hecho caso omiso del contenido de los artículos 92 a 95 del C. P., en cuanto a la indemnización monetaria".

La afirmación que hace el sentenciador carece de fundamento. La condena en perjuicios no se impone o no se declara porque los preceptos de los artículos 92 a 95 no figuren en el Capítulo II, Título II, Libro I del Código Penal, que trata de las "Medidas de seguridad", pues con este argumento no sería procedente esa misma condenación respecto de las personas normales, ya que la indemnización de perjuicios tampoco está contemplada en el Capítulo I del Título, Libro y obra citados, que se refiere a las "penas". La condena en perjuicios está determinada en el Título IV, Parte General del Código Penal, que trata de la ejecución de las sanciones y sus consecuencias", y se aplica para todas las personas que cometan una infracción prevista en la ley penal.

La Sala, en la sentencia que cita el Tribunal, no hizo especial condenación en perjuicios, porque éste no era tema obligado de su estudio. El recurso de casación no se interpuso con fundamento en el artículo 559 del Código Penal, que hace referencia a la indemnización de perjuicios, y por otra parte, el delito fue cometido antes de la vigencia de los nuevos estatutos penales.

Por último, cabe observar que la imposición de una medida de seguridad, consistente en la reclusión en un manicomio criminal, se atempera a las excepciones legales, pues dentro del término genérico **alienación** se comprenden todos los trastornos mentales, bien sean accidentales o transitorios, y permanentes.

Como según concepto de los médicos legistas, Fortunato Cuervo "sufre una psicosis maníaco-depresiva", se puede afirmar "que nunca un individuo afecto de psicosis maníaco-depresiva está completamente sano, y aun en el caso de parecerlo, la psico-degeneración es en él tan manifiesta que como tal debe considerársele". (Doctor Pablo A. Llinás, "Conferencias de Medicina Legal y Psiquiatría"). Si la persona que padece de una psicosis maníaco-depresiva nunca está completamente sana, es pertinente la reclusión en un manicomio criminal, como en casos anteriores se hizo con el mismo procesado, al recluírlo en el manicomio de Sibaté.

Demanda

El señor Procurador Delegado en lo Penal, al formular la demanda de casación, invoca como causal la del numeral 7º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal, que dice:

"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

La causal alegada, la sustenta así:

"Al Jurado se le sometieron los dos cuestionarios que a continuación se copian:

"¿El acusado Fortunato Cuervo, mayor de edad, natural y vecino de Ciénaga, casado, agricultor, es responsable de haber causado voluntariamente la muerte de Emilio Parra Arias por medio de un garrotazo en la región parietal derecha, hecho que el acusado llevó a cabo entre cuatro y cinco de la tarde del día dieciseis de mayo de mil novecientos cuarenta y dos en una chichería de la vereda de Cebadal del Municipio de Ciénaga?

"¿A tiempo de cometer el hecho a que se refiere el punto anterior, Fortunato Cuervo padecía de grave anomalía psíquica?".

"Ambas cuestiones fueron contestadas afirmativamente.

"Enfrentadas estas dos afirmaciones del veredicto se tiene: que en la primera de ellas se reconoció la responsabilidad del reo como persona normal, y en la segunda se aceptó la misma responsabilidad, pero como sujeto anormal. Es decir, que el Jurado enfrentó dos situaciones anímicas en el acusado que no pueden coexistir respecto de un mismo acto: la salud de la mente y la enfermedad de ella, el equilibrio psíquico y la patología del espíritu. Situaciones éstas que tienen una marcada diferencia para los efectos de

la penalidad, pues al paso que al delincuente normal se le aplican penas propiamente dichas, al delincuente anormal se le imponen medidas de seguridad.

"De suerte que como el veredicto hay que estimarlo en toda su integridad, con sus modificaciones y aclaraciones, resultaría arbitrario aceptarlo aquí en una parte y rechazarlo en la otra, como lo hicieron los sentenciadores, adoptando únicamente la responsabilidad del acusado como sujeto enfermo de la mente, y dejando por fuera la reconocida responsabilidad del delincuente normal que también admitieron los jurados.

"Mas como estas dos modalidades de la responsabilidad no se pueden reconocer al mismo tiempo, porque son antagónicas, no queda otro camino, para desatar la dificultad, que declarar el veredicto evidentemente contradictorio, como en realidad lo es.

"Es tan claro el caso que no hay necesidad, en concepto de este despacho, de extenderse en otras consideraciones para justificar la causal séptima invocada".

Se considera:

La ley 4ª de 1943, en su artículo 28, señala las normas que deben tenerse en cuenta para la elaboración de los cuestionarios, y en desarrollo de este precepto, el Juzgado sometió a la consideración de los jueces de conciencia un cuestionario integrado por dos preguntas: la primera, referente a la responsabilidad legal; y la segunda, sobre una de las modalidades contempladas en el artículo 29 del Código Penal.

Los miembros del Jurado respondieron afirmativamente a las dos preguntas, pero su veredicto no es contradictorio, ni sus términos son incompatibles. "El SI", afirmativo de la primera respuesta, no envuelve el reconocimiento de la responsabilidad moral de la escuela clásica, sino, simplemente la afirmación de la responsabilidad legal, como producto de una actividad psico-física, ya que los actos volitivos de los anormales también son el resultado de tal actividad, aunque morbosa y deficiente desde el punto de vista sujetivo.

La respuesta a la segunda pregunta del cuestionario es una consecuencia lógica de la primera afirmación. Reconocida la responsabilidad legal, debía afirmarse la realización del acto material, no como producto de un proceso normal, sino como el resultado de una actividad anormal, propia de quien padece una grave anomalía psíquica. El Jurado no afirmó dos situaciones anímicas distintas respecto del hecho ejecutado por Cuervo. El reconocimiento de la responsabilidad legal no se contrapone a la afirmación del estado en que se realizó el acto, circunstancia que debía declararse para efecto de imponer una medida de seguridad.

Tanto el Juzgado como el Tribunal aceptaron el veredicto en su integridad, y con fundamento en él, dictaron sentencia. Pero la aceptación del veredicto, tal como la pronunciaron los jueces de conciencia, no implica el reconocimiento de dos responsabilidades: una como sujeto enfermo de la mente, y otra como persona normal, porque no es posible imponer una medida de seguridad, sino mediante la afirmación previa de la responsabilidad legal. El Jurado, al admitir ésta y aceptar el estado de grave anomalía psíquica, sólo reconoció la responsabilidad legal, en el acto realizado por un anormal.

Por este aspecto, el veredicto del Jurado no es contradictorio en sus dos proposiciones. Si existe algún problema, no es el relativo a la contradicción del veredicto, sino el referente al planteamiento del cuestionario frente a la ley 4ª de 1943, y entonces, la dificultad no se solucionaría con la declaración de que la sentencia se pronunció sobre un veredicto evidentemente contradictorio —que en este caso no existe— sino con la modificación de la ley, sobre las preguntas que debe contener el cuestionario cuando se trata de personas que se hallan comprendidas en alguna de las modalidades del artículo 29 del Código Penal.

Pero como la ley 4ª de 1943 derogó el artículo 498 del Código de Procedimiento Penal, que contemplaba la redacción de cuestionarios múltiples, el juzgador de derecho no podrá prescindir de interrogar a los miembros del Jurado sobre el factor responsabilidad que considera el artículo 28 de la misma ley. Por esto, cuando se trata de personas anormales, el término "responsable" de que habla la citada ley, debe interpretarse en el sentido de que él comprende la responsabilidad legal, para efecto de imponer una medida de seguridad.

Por tanto, no prospera la causal invocada.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja, dictado el trece de noviembre de mil novecientos cuarenta y cinco, por el cual se ordenó la reclusión en un manicomio criminal, por un término no menor de dos años, de Fortunato Cuervo, como responsable del homicidio cometido en la persona de Emilio Parra Arias.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

PREVARICATO

En sentido general y amplio, el delito de prevaricato puede definirse diciendo que es la transgresión de la ley, llevada a efecto con actos de acción u omisión, por un funcionario o empleado público en ejercicio de funciones y por causa o motivo de éstas. En otros términos, hay delito de prevaricato cuando se falta a sabiendas y deliberadamente a los deberes que impone el normal desempeño de un cargo público y se viola el juramento prestado de cumplir con los dictados de la ley.

El Código Penal colombiano, en el Título III (que trata de los "delitos contra la administración pública"), Capítulo V, no define el delito de prevaricato; pero en sus artículos 168 y 169 señala los hechos y los diversos elementos que deben concurrir a su formación, para que en un momento dado pueda configurarse un delito de esa naturaleza.

El delito de prevaricato presupone la existencia de estos elementos:

1º Que el agente activo del delito tenga la categoría de empleado público, y que la infracción se cometa con motivo del ejercicio o desempeño de funciones a él encomendadas.

Ninguna persona que no tenga esta investidura puede cometer delito de prevaricato.

2º Que a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y

3º Que la sentencia, resolución o dictamen se dicte por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

El término "injusto" de que habla el Código Penal en el delito de prevaricato, hace referencia a lo ilegal del acto, o sea, a la injusticia cometida por la violación del texto legal. Cuando el Juez o funcionario, al dictar sus providencias, se coloca fuera de toda norma jurídica, haciendo prevalecer sobre ésta su voluntad o capricho individual, el acto será siempre injusto, por ser contrario al derecho escrito.

Cuando las leyes sustantivas declaran o confieren derechos, establecida su existencia, o adquirida una expectativa, la controversia creada por esas situaciones, frente al posible derecho de terceros, no puede ser resuelta de facto o caprichosamente; para ello, y en orden a solucionar el conflicto de derechos, es indispensable recurrir a los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes resuelven sobre el problema motivo de la controversia.

Si el objeto del procedimiento radica en la aplicación de las leyes sustantivas; si su finalidad consiste en el esclarecimiento de los hechos para llegar a la verdad, buscando la realización de la justicia por medio del derecho, los Jueces y Magistrados que la administran en nombre del Estado tienen la obligación de respetar y acatar la ley, cumpliendo y haciendo cumplir las normas procesales que fijan su esfera de acción y la de los interesados, en la contienda judicial. La violación de estas normas origina el caos, la confusión, el desorden, la incertidumbre en los procesos, y conduce a la arbitrariedad o injusticia.

Las simples irregularidades de procedimiento, provenientes de una mala interpretación de la ley, en ningún caso configuran el delito de prevaricato; pero cuando los actos llevados a cabo por el funcionario que administra justicia envuelven la intención dolosa de violar la ley, ellos sí configuran un delito de esta naturaleza, previsto y sancionado por el Código Penal.

La redacción del artículo 168, que reprime el delito de prevaricato, puede prestarse a interpretar su texto de manera distinta a lo anteriormente expuesto.

En efecto, esa disposición señala dos hechos diferentes, constitutivos del delito de prevaricato. El primero hace referencia al

funcionario o empleado público o al que transitoriamente desempeñe funciones públicas, "que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos"; y el segundo, al funcionario o empleado público o al que transitoriamente desempeñe funciones públicas", que rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros".

La conjunción disyuntiva "o" separa fundamentalmente las dos hipótesis o los hechos generadores del delito. En el primer caso, que podría llamarse prevaricato por acción, se reprime la infracción de la ley penal, sin tener en cuenta los móviles afectivos, mediatos o inmediatos, por los cuales se comete el delito; basta la violación de la ley, con prescindencia del móvil, para que se incurra en la sanción contemplada en la disposición citada. En el segundo caso, que puede denominarse prevaricato por omisión, aparte del hecho de negar, retardar o rehusar "un acto propio de sus funciones", es necesaria la demostración o comprobación del móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Puede suceder que el factor SIMPATIA PARA UNOS O ANIMADVERSION PARA OTROS, que expresa el estado afectivo de quien viola la ley, concurra en la integración del primer ilícito (prevaricato por acción), pero no es indispensable ni precisa su demostración cuando se trata de reprimirlo; ese elemento (simpatía o animadversión) es característico del segundo caso y no del primero.

Pudiera pensarse que lo que se llama prevaricato por omisión se confunde con el delito contemplado por el artículo 172 del Código Penal, en el título que trata "De los abusos de autoridad y otras infracciones"; pero esta objeción se destruye por el análisis de los elementos que integran cada uno de los ilícitos. En el prevaricato por omisión se necesita la concurrencia de un factor especial, caracterizado por el móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros; en tanto que para el delito de abuso de autoridad, sólo es indispensable el dolo general de todo delito, con prescindencia absoluta del factor simpatía o animadversión. En ausencia de este elemento (simpatía o animadversión), el hecho, aunque reúna algunas condiciones del prevaricato por omisión, siempre constituirá un ilícito sancionable por las disposiciones que regulan los abusos de autoridad y otras infracciones.

La hipótesis planteada está consagrada en la legislación penal de varios países, entre otros, España, Cuba, Méjico, Chile y Perú, en donde se reprime como delito de prevaricato el hecho de fallar a sabiendas y contra ley expresa.

Corte Suprema de Justicia. — Sala de Casación Penal. — Bogotá, septiembre seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín calificó el mérito de las presentes diligencias, en auto de octubre tres de mil novecientos cuarenta y cinco, en cuya parte resolutiva dispuso lo siguiente:

"1º Llámase a responder en juicio ordinario al doctor Pedro Luis Gómez Z., ex-Juez del Circuito de Segovia, por el delito de **prevaricato** a que alude el Capítulo V, Título III del Libro II del Código Penal vigente. Consiste el cargo en haber dictado, en su carácter de Juez del Circuito de Segovia, a sabiendas, y en el juicio ordinario de la Compañía de Minas Chilona S. O. contra Raquel Finck de Davidov, por simpatía hacia los demandantes, providencias manifiestamente injustas. Estos hechos se cumplieron en un lapso comprendido entre el 23 de enero de 1943 y el 6 de febrero del mismo año, en la población de Segovia (A.).

"2º Pedro Luis Gómez Z. será reducido a prisión, sin que pueda gozar del beneficio de excarcelación en ninguna forma.

"3º Se sobresee temporalmente en favor de Pedro Luis Gómez, por el cargo de cohecho que se le hizo. Reábrase la investigación. Sáquense las copias del caso para que esa investigación se adelante".

Cumplidas las formalidades de esta instancia y recibida la vista del colaborador, se procede a revisar la providencia apelada.

Antecedentes

El 23 de enero de 1943, el doctor Santiago Rozo, como apoderado general para pleitos de la "Compañía de Minas Chilona S. O.", domiciliada en Barranquilla, presentó demanda ordinaria ante el Juzgado Unico del Circuito de Segovia, tendiente a obtener la declaratoria de "prescripción extraordinaria y extintiva a su favor del derecho sucesoral o de petición de herencia, contra la señora que dice llamarse Raquel Finck de Davidov, Rachel o Ray Davidov, quien es mayor de edad, residente en la ciudad de Nueva York (U. S. A.), hasta hace algún tiempo, mas que últimamente ha venido ocultando sistemáticamente su residencia como se comprueba con declaración de testigos adjunta, a fin de que nombrándole un curador **ad litem** para este juicio, conforme lo manda la ley en casos de esta índole, mediante los trámites de un juicio ordinario de mayor cuantía, se decrete por sentencia, extinguida por prescripción extraordinaria de derecho civil el pretendido derecho o acción de petición de herencia que pueda tener la mencionada señora Davidov, como cónyuge supérstite o heredera testamentaria del señor Isidoro Davidov, en la sucesión de éste".

También pidió que en la sentencia se disponga "que la mencionada Davidov ha perdido legalmente por la acotada prescripción, derecho a solicitar la herencia del nombrado señor Davidov, por haber dejado transcurrir más de treinta años (30) a partir de la muerte de él". (F. 40).

El 23 de enero de 1943, el Juzgado admitió la demanda, reconoció personería al doctor Rozo para actuar a nombre de la referida Compañía Minera, hizo mención de la circunstancia de que la demandada "no ha podido ser hallada en este municipio, ni tampoco es fácil hallarla porque se oculta", y estimó conducente nombrarle a ésta un curador para la litis.

El auto que contenía tales declaraciones se notificó en la misma fecha (23 de enero de 1943), al doctor Rozo, quien manifestó "que por su parte renuncia la ejecutoria".

El 23 de enero de 1943, Alberto Marulanda, en su carácter de Presidente y representante legal de la "Compañía de Minas Chilona S. O.", dentro de la acción promovida por su apoderado y como consecuencia de ésta, solicitó al Juzgado que se libre despacho al Cónsul General de Colombia en Nueva York y que en él se le ordene lo siguiente:

a) Que en el libro de protocolo del Consulado General de Colombia y al margen de las escrituras números 99 de 15 de diciembre de 1941 y 19 de 28 de abril de 1942, celebradas entre Raquel Davidov y la Cuturú Dredging Company, se deje constancia de que han transcurrido más de treinta años desde la muerte de Isidoro Davidov (diciembre de 1904 a diciembre de 1936), sin que, durante ese lapso, las partes que intervinieron en su celebración hubieran ejercitado la acción de petición de herencia en la sucesión de aquél;

b) Que se deje constancia de que en las citadas escrituras no hay prueba de que la señora Davidov, o la Cuturú Dredging Company, hubieran cumplido las disposiciones de la ley 63 de 1936, referentes al pago de impuestos de Lazareto, y

c) Que como consecuencia de lo anterior, en esas escrituras se violaron los mandatos de la referida ley 63, en sus artículos 1º, 2º, 11 y 62, 65 (numeral 2º) y 68, y que, por tal motivo, aquellos instrumentos se hallan comprendidos en lo prescrito por el artículo 1741 del Código Civil y disposiciones concordantes del Código Judicial.

El 23 de enero de 1943, el Juzgado del Circuito de Segovia, pretermitiendo las formalidades propias del respectivo juicio, resolvió sobre peticiones que no le fueron formuladas, cuando dijo:

"...se declara: la nulidad absoluta de los contratos celebrados en la ciudad de Nueva York y ante el Consulado General de Colombia y a que se refieren las escrituras públicas números 99 de 15 de diciembre de 1941 y 19 de 28 de abril de 1942. En el despacho dirigido al señor Cónsul General de Colombia en Nueva York se insertará íntegramente este auto; y para efectos de que se deje en el libro protocolo respectivo también la declaratoria de nulidad de las escrituras mencionadas; y por existir dicha causal de acuerdo con las citas legales hechas anteriormente en este auto y con los documentos agregados a la petición que se resuelve por este auto. Se señala al señor Cónsul General de Colombia en Nueva York para diligenciar este despacho el término de tres días después de recibido y teniendo en cuenta la distancia".

El 23 de enero de 1943 se notificó la providencia anterior al señor Alberto Marulanda, quien renunció a la ejecutoria, y se le entregó el despacho correspondiente para el Cónsul General de Colombia en Nueva York.

Curador ad litem

El 25 de enero de 1943, el doctor Alfonso Osorio V. —en esa fecha, persona extraña al juicio— en memorial dirigido al Juzgado, expresó que, "como curador para la litis promovida por la Cía. de Minas Chilona S. O. contra la señora Raquel Davidov y habiéndoseme posesionado del cargo de curador de ésta misma", se daba por notificado del auto de "23 de diciembre (sic), por el cual se declaró la nulidad de las referidas escrituras públicas, y que renunciaba expresamente a la ejecutoria de dicha providencia. (F. 49).

El 29 de enero de 1943, el Juzgado nombró como curador ad litem de la señora Davidov, al doctor Alfonso Osorio Vargas, ordenó darle posesión del cargo y correrle traslado de la demanda.

El 30 de enero de 1943, el doctor Alfonso Osorio Vargas tomó posesión del cargo de curador ad litem para representar a la demandada en el juicio ordinario sobre prescripción extintiva del derecho de petición de herencia del finado señor Isidoro Davidov.

El 30 de enero de 1943, el Juzgado, en vista de que el doctor Alfonso Osorio V. aceptó el nombramiento de curador ad litem de la señora Davidov, le "discierne" el cargo para que entre a ejercerlo.

Juicio ordinario

Se ha visto que el 23 de enero de 1943, el apoderado de la "Compañía de Minas Chilona S. O." presentó ante el Juzgado del Circuito de Segovia demanda ordinaria para que, en virtud de sentencia definitiva, se declarara la "prescripción extraordinaria y extintiva a su favor del derecho sucesoral o de petición de herencia", contra la señora Davidov; que el mismo día se admitió la demanda, se reconoció personería al doctor Rozo, y se le notificó el auto respectivo, habiendo él renunciado a la ejecutoria en el acto de la notificación.

El 30 de enero de 1943, el doctor Alfonso Osorio Vargas, curador ad litem de la demandada, renunció expresamente "el traslado de la demanda, lo mismo que los términos probatorios y para alegar de conclusión", y pidió al Juez que dictara sentencia.

El mismo día, 30 de enero de 1943, el apoderado de la "Compañía de Minas Chilona S. O.", en vista de las manifestaciones hechas por el curador ad litem, pidió al Juzgado que citara a las partes para sentencia.

El 1º de febrero de 1943, el Juzgado dictó un auto por el cual citaba a las partes para sentencia, auto que fue notificado el mismo día al curador ad litem, quien renunció el término de la ejecutoria. No hay constancia de la notificación de esta providencia a la parte demandante.

El 2 de febrero de 1943 el Juzgado dictó sentencia, cuya parte resolutiva dice:

"...**Declárase legalmente probada por la Compañía de Minas Chilona S. O., como demandante y a su favor** como autor en este juicio (sic), **la prescripción extintiva** del derecho de acción de petición de herencia que tenga o hubiera podido tener la señora Raquel Davidov, Rachel Finck de Dadivoc o Ray Davidov, anté este Juzgado, durante un término mayor de treinta años (30) a partir de la muerte del de cujus, efectuada el 29 de diciembre de 1904, hasta el año de 1936, el derecho de petición de herencia de la sucesión mencionada.

"**Declárase también que la señora Raquel Davidov, Rachel Finck de Davidov o Ray Davidov,** ha perdido por prescripción extraordinaria extintiva del derecho a la acción judicial de petición de herencia de Isidoro Davidov y a disponer de los bienes de dicha sucesión.

"Como consecuencia de la extinción del derecho de la señora Raquel Davidov, Rachel Finck de Davidov o Ray Davidov en la sucesión dicha **declárase también que los instrumentos públicos otorgados por Raquel Finc** (sic) **de Davidov o Ray Davidov** en abril 1º de 1912 y registrados según partida número 178 del libro primero de 1918 de la Oficina de Registro de Segovia, el 31 de julio de 1939, registrada bajo partida número 266 en Segovia; la escritura pública número 2981 de 30 de 1939 (sic) protocolizada en la Notaría Cuarta de Medellín, registrada en el libro primero del año de 1939, bajo partida 271 de fecha noviembre dos de mil novecientos treinta y nueve (1939); la escritura pública número 99 protocolizada en el Consulado General de Colombia en Nueva York con fecha 15 de diciembre de 1941, registrada bajo el número 58 del libro primero, tomo 2º de 1941; escritura número 19 de 28 de abril de 1942, registrada bajo el número 44, libro primero, tomo segundo del Circuito de Segovia en 1942, están comprendidos y los afecta de nulidad la prescrip-

ón extraordinaria extintiva decretada contra la ñora Raquel Davidov.

"Líbrese el despacho respectivo al señor Regis-ador de Instrumentos Públicos de esta ciudad ón inserción de la parte resolutiva de esta sen-ncia, para que en la forma legal y hecho (sic) registrador de esta misma sentencia, que tam-ién se ordena, inscriba al margen de cada uno e los registros números 178, 266, 271, 58 y 44 ya itados, la parte pertinente de esta misma sen-encia y en lo que se relaciona con la prescripción xtraordinaria decretada y nulidad que afecta los egistros mencionados; y en cuanto a la petición echa en la demanda por la parte demandante on relación al despacho que se solicita para el Cónsul General de Colombia en Nueva York, no hay lugar a decretarlos nuevamente en esta sen-tencia en la forma que se pide por el demandan-te; porque este mismo Juzgado, haciendo uso de la facultad que le confiere el artículo 451 del C. de P. J. en armonía con la ley 63 de 1936 y el ar-tículo 1741 declaró la nulidad de que se hace re-ferencia anteriormente en la parte motiva de esta misma sentencia y con respecto a los instrumen-tos públicos otorgados en el Consulado General de Colombia en Nueva York, entre la señora Ra-quel Davidov y la Cuturú Gold Dredging Com-pany, y que se confirma nuevamente.

"Dése cumplimiento al artículo 479 del C. J. publicando en audiencia pública esta misma sen-tencia. Notifíquese y cúmplase.—El Juez (Fdo.), Pedro Luis Gómez.—El Secretario (Fdo.) Joaquín G. Gutiérrez".

El 2 de febrero de 1943 se publicó el fallo an-terior en audiencia pública, después de haber sido autorizado por el Juez y su Secretario.

El 3 de febrero de 1943, Alfonso Osorio Vargas, curador ad litem, se notificó personalmente de la sentencia y manifestó que renunciaba la ejecu-toria.

Santiago Rozo, en escrito fechado en Barran-quilla, sin precisar fecha, expresa que se da por notificado de la sentencia y, también, que renun-cia la ejecutoria.

El 4 de febrero de 1943, el memorial del doctor Rozo fue presentado al Juzgado 1º Municipal en lo Civil de Barranquilla.

El 5 de febrero de 1943, el Juzgado del Circuito de Segovia recibió el anterior escrito y dispuso:

"**Declárase ejecutoriada la sentencia proferida por este mismo Juzgado en el juicio ordinario iniciado por la Compañía de Minas La Chilona S. O.** por medio de apoderado contra la señora Ra-quel Davidov, Rachel Finck de Davidov o Ray Davidov, sobre prescripción extraordinaria extin-tiva de la acción de dicha señora sobre petición de herencia sobre la sucesión de Isidoro Davidov; envíese al registrador de Instrumentos Públicos y Privados de esta ciudad el despacho ordenado en la sentencia con los insertos del caso; ordénase proceder también al registro de la mencionada sentencia en la oficina de registro de esta ciudad; y expídase a costa del interesado copia de la sen-tencia proferida y las constancias (sic) que soli-cita".

El 6 de febrero de 1943 se envió el correspon-diente despacho al Registrador de Instrumentos Públicos y Privados y se expidió copia de la sen-tencia.

El 6 de febrero de 1943, el doctor Alfonso Oso-rio Vargas, curador ad litem, presentó un escrito al Juzgado, en el cual manifestaba "que la parte demandante expensó todos los gastos de la Cura-duría y por consiguiente dejó la constancia de que, por tal representación y de acuerdo con el inciso 3º —artículo 317— del C. J. fui expensado por el demandante y sin lugar a reclamo alguno por la curaduría en que actué en dicho juicio". Estos honorarios o expensas no aparecen fijados por el Juzgado.

Así, en el término de doce (12) días, contados desde la iniciación de la demanda, el juicio ordi-nario sobre declaratoria de prescripción extraor-dinaria y extintiva del derecho de petición de he-rencia en la sucesión del señor Isidoro Davidov, había concluído.

Denuncia

Los hechos anteriores dieron origen a que el doctor Eduardo Arias Robledo, en escrito de fe-brero 22 de 1943, denunciara ante el Tribunal Su-perior del Distrito Judicial de Medellín al doctor Pedro Luis Gómez, ex-Juez del Circuito de Sego-via, por los delitos de cohecho y prevaricato. El denunciante puntualiza los cargos así:

"...La demanda del doctor Rozo tiene fecha 23 de enero del presente año. El mismo día, el men-cionado señor Marulanda, dentro del juicio en re-ferencia, pidió que el Juzgado decretara la nuli-dad de varios instrumentos públicos que interesa-

ban a la señora Davidov, e inmediatamente, en la misma fecha (23 de enero), el Juzgado resolvió afirmativamente su petición. Continuó rápidamente la tramitación, en la misma fecha (23 de enero), el Juzgado resolvió afirmativamente su petición (sic). Continuó rápidamente la tramitación, en la misma fecha (23 de enero), el Juzgado resolvió afirmativamente su petición (sic). Continuó rápidamente la tramitación del juicio, siendo representada en él la señora Davidov por el señor Alfonso Osorio Vargas, como curador ad litem, ya que el demandante sostuvo, y el Juzgado opinó con él, que la demandada se ocultaba. Esto era falso, pues en el Juzgado cursaban juicios en los cuales esta señora aparecía representada por los abogados doctores Gerardo Arias Mejía y Raúl H. Sánchez, como apoderados sustitutos, y por esos juicios se sabía que la señora vivía en Nueva York. Repito, el procedimiento continuó vertiginosamente y el **2 de febrero** se dictó sentencia definitiva en un todo de acuerdo con las pretensiones del demandante, sentencia que quedó ejecutoriada el **4 del mismo mes,** es decir doce días después de instaurada la demanda. Todo esto merced a grandes irregularidades procedimentales.

"Y viene aquí lo insólito y criminoso, en pugna con las nobles tradiciones del Organo Judicial de Antioquia: la sentencia no fue dictada por el señor Juez Pedro Luis Gómez, sino que, original, le fue enviada desde Barranquilla, en donde residen tanto el señor Marulanda como el abogado señor Santiago Rozo. Esta grave afirmación mía está confirmada por el señor Joaquín G. Gutiérrez, Secretario entonces y ahora, del Juzgado del Circuito de Segovia. Ante el señor Fiscal 2º de ese Tribunal, ante el doctor Hernando Betancourt, Alcalde de Segovia, ante el doctor Hernando Velásquez, actual Juez y ante el Personero Municipal declaró esto de la manera más categórica el señor Secretario. Así consta en el acta levantada con motivo de la visita realizada por el señor Fiscal 2º al Juzgado de Segovia el 20 del presente mes. Y consta también algo más: el Secretario del Juzgado no informaba al abogado doctor Sánchez, a pesar de que éste inquiría varias veces al día, de la existencia y curso del negocio, porque su superior el doctor Pedro Luis Gómez se lo tenía prohibido. Por este motivo los abogados de la demandada no se pudieron apersonar en el juicio secreto. Y conviene agregar que el curador ad litem, en ilícito convenio con el demandante, perjudicó a sabiendas a su representada pues renunció todos los términos, se conformó con todas las providencias y no interpuso medio alguno de defensa.

"Por todos estos hechos notoriamente criminosos intento denuncio criminal contra el señor Pedro Luis Gómez, en su carácter de ex-Juez del Circuito de Segovia, por los delitos contemplados en los capítulos 3º y 5º del Título III del Código Penal, que tratan de cohecho y prevaricato".

Para comprobar los hechos relacionados en el escrito-denuncia, se allegaron al sumario los siguientes elementos probatorios:

Copia del juicio ordinario iniciado por el doctor Santiago Rozo, a nombre y representación de la "Compañía de Minas Chilona S. O.", contra la señora de Davidov, desde la demanda que lleva fecha 23 de enero de 1943 hasta la sentencia dictada por el ex-Juez del Circuito de Segovia, doctor Pedro Luis Gómez, todo con sus respectivas notificaciones. Con esto se demuestra la actuación relacionada en el primer capítulo del presente estudio, bajo el epígrafe de **"Antecedentes".**

Copia del acta de visita practicada por el Fiscal 2º del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín al Juzgado del Circuito de Segovia, en la cual se anota el movimiento de los negocios que cursaban en ese despacho, y en la que, a petición de uno de los presentes, se dejarón las siguientes constancias:

a) Que el juicio ordinario seguido contra la señora de Davidov, sobre declaración de prescripción extintiva de la referida acción de petición de herencia, se adelantó secretamente, por lo cual no se suministró ningún dato a los abogados doctores Gabriel Aramburo y Raúl H. Sánchez, y

b) Que la sentencia dictada en el juicio ordinario promovido por el doctor Rozo, apoderado para pleitos de la "Compañía de Minas Chilona S. O.", contra la señora de Davidov, fue enviada desde la ciudad de Barranquilla "original, en papel sellado colombiano, de timbre americano y recibida por el Juez doctor Gómez", de modo que fue preciso reemplazar con dicha providencia la que ya figuraba en el negocio y que el Juzgado había dictado con anterioridad.

En el acta aparece la manifestación hecha por el propio Secretario del Juzgado de Segovia, señor Joaquín G. Gutiérrez, en relación con las dos constancias antes enunciadas, en los siguientes términos:

"Es cierto lo aseverado por el doctor Sánchez me abstuve de informar sobre el negocio que e encontraba en curso contra la señora Davidov, or la circunstancia de que mi superior el doctor edro Luis Gómez, a la sazón Juez del Circuito, ne había impuesto absoluta reserva". (F. 7. v.).

Respecto de la segunda constancia, se limitó a decir "que es cierto". (F. 7 v.).

Posteriormente, las afirmaciones contenidas en el acta de la visita fueron corroboradas con las declaraciones de los doctores Gerardo Arias Mejía (f. 18), Conrado Giraldo Zuluaga (f. 21), quien desempeñaba la Fiscalía Segunda del Tribunal de Medellín, Raúl H. Sánchez (f. 26), y ratificada por el Secretario del Juzgado, en declaraciones de abril de 1943 y abril 8 de 1944, cuyas partes pertinentes dicen:

".....yo contesté al señor Fiscal, en presencia del señor Juez actual, del señor Alcalde, del señor Personero y otros, que el Juez doctor Gómez sí había dictado una sentencia en que fallaba ese negocio, la cual había sido firmada y publicada, pero que luego el doctor Gómez me presentó otra sentencia que no había sido dictada por él, y que me parecía la había recibido de Barranquilla, y me dijo que retirara la dictada por él y colocara ésta nueva en el juicio, como que era la que debía quedar allí, lo cual hice después de que ambos la firmamos". (F. 27 v.).

".....Ese juicio versaba sobre la prescripción del derecho que tuviera la viuda de Davidov para reclamar los bienes de éste, o sea de la acción extintiva de ese derecho.

".....En los días en que cursaba este juicio, los doctores Aramburo y Sánchez me solicitaban informes acerca de los asuntos que cursaban en relación con los bienes de Davidov, y en atención a aquella reserva que el señor Gómez me había impuesto, me abstenía de informarles sobre la existencia y estado del juicio mencionado... El doctor Gómez había dictado una sentencia para ese juicio, que me mostró original y firmada por él y que yo firmé, sentencia en que se declaraba la prescripción pedida. Dos o tres días me presentó el mismo doctor Gómez otra sentencia del mismo juicio (sic), con diferente argumentación, más extensa, diciéndome que sustituyéramos la primera por esa segunda, sentencia que firmó Gómez y firmé yo como su Secretario. Como yo tuviera copia de la primera sentencia lo declaré después e hice acompañar a unas diligencias que se tramitaban contra Gómez por esos asuntos, en exhorto de la Sección de Detectivismo, el tipo de máquina que traía la otra sentencia no era el mismo de la segunda ni menos de la misma máquina del Juzgado, pues esa segunda fue escrita en otra, y afirmo que el doctor Gómez no tenía en su pieza o habitación máquina de escribir". (F. 94).

La primera sentencia a que alude el declarante fue dictada con fecha 2 de febrero de 1943, firmada por el Juez y autorizada por el Secretario. A continuación de ella, se dejó la constancia de haber sido publicada el mismo día en que se dictó, y notificada al curador ad litem, doctor Alfonso Osorio Vargas, quien manifestó "que renuncia el término de la ejecutoria y que ratifica en toda forma la actuación del juicio". (Fs. 28 a 30 v.). Esta sentencia fue la reemplazada con la que corre a folios 50 v. a 55 y que lleva también fecha 2 de febrero de 1943.

Dice el declarante Gutiérrez que el tipo de máquina en que se escribió la primera sentencia "no era el mismo de la segunda ni menos de la misma máquina del Juzgado", afirmación ésta que encuentra respaldo en la declaración del doctor Eleázar Restrepo Martínez, quien expresa:

"...Mis relaciones con él eran más bien escasas, a pesar de que vivíamos juntos, pues como tomábamos la alimentación en hoteles distintos y su oficina era separada de la mía y mediaba además la circunstancia de que el doctor Gómez tenía en esa época una amante de nombre Adela, con quien pasaba la mayor parte de las noches, todo esto nos distanciaba mucho, pasando muchos días sin encontrarnos ni vernos. En la casa donde vivimos no tenía el citado doctor Gómez máquinas de escribir ni libros de ninguna clase ni papeles. A esa casa solamente iba de vez en cuando a cambiar de ropa y pocas o ningunas veces nos encontrábamos". (F. 134 v.).

Que el papel sellado, el timbre americano, empleado en la sentencia, se hallaba agotado en Segovia al tiempo en que ella fue pronunciada, se comprueba con la declaración del Recaudador de Hacienda Nacional de ese lugar, señor Jorge Villa (f. 69 v.); con las actas de las visitas practicadas en la Notaría del Circuito de Segovia (f. 81 v.) y en la Alcaldía Municipal de la misma ciudad (f. 82), y con las diligencias de inspección ocular llevadas a efecto en los Juzgados Municipal (f. 83) y de Circuito de Segovia (f. 84).

Al responder las cuestiones propuestas en auto de abril 11 de 1944 por el Juzgado 3º Penal de Medellín, los doctores Gustavo Cardona Correa y Rafael Posada L., nombrados peritos en el sumario contra el doctor Pedro Luis Gómez, dijeron:

"...**Punto primero**—En nuestro concepto la demanda con que se inicia el juicio ordinario de la "Compañía de Minas Chilona S. O." contra Raquel Finck de Davidov, suscrita por el doctor Santiago Rozo, y la sentencia de primera instancia en ese proceso guardan entre sí notoria semejanza, tanto por su forma de expresión como por su presentación mecanográfica. Trataremos de fundamentar la anterior proposición. En primer lugar, la demanda ordinaria (a fls. 19 a 23) y la sentencia (a fls. 36 y ss.) ofrecen un mismo aspecto externo por la distribución de las materias, por los signos de máquina qué en ellos se usan, y, principalmente, por la colocación de la escritura en el papel sellado. Analizadas con el debido detenimiento las piezas judiciales a que hemos hecho referencia, pueden observarse rasgos y características comunes: a) Los numerales con que se individualizan los documentos que presenta el demandante, tanto en la demanda como en la sentencia aparecen siempre en letras mayúsculas, aunque en la primera de dichas piezas llevan subrayas, que no aparecen en la providencia del Juzgado. b) En la demanda se escribió siempre o casi siempre por lo menos en quince veces, el grafismo "treinta años" en la siguiente forma: "treinta (30) años" y como en otras tantas la misma idea se expresó en esa forma especial en la sentencia, hay por ese aspecto un indudable parecido entre las piezas que se analizan. c) Al designarse las escrituras o instrumentos públicos se emplea por el autor del libelo de demanda preferentemente el signo " " y sólo ocasionalmente la abreviatura "Nº". Esto mismo ocurre en la sentencia. d) En el libelo se inician siempre los párrafos o períodos en el primer espacio utilizable del papel sellado, muy cerca a la línea marginal, y esto mismo ocurre también en la sentencia del Juzgado (a fls. 36 y ss.) en contraste con todas las demás providencias visibles en el proceso y entre las cuales podría citarse por vía de ejemplo, el auto admisorio de la demanda (a fs. 23 v.); el de nombramiento de curador (a fs. 24), en donde al iniciar los períodos se omite escribir, invariablemente, en los primeros espacios de la primera línea. Así se tiene, v. gr. que en el auto por medio del cual se admitió la demanda entre la palabra "como" del primer aparte y la línea d margen vertical impresa en el papel sellado, dejaron siete (7) espacios en blanco; entre la l cución "cópiese" del segundo párrafo y la lín en referencia se prescindió de utilizar nueve (9 espacios y que, finalmente, la palabra "notifíqu se" puesta al final, en la oración "notifíquese radíquese el negocio" aparece escrita quince es pacios adentro de la línea del margen. O en otro pudimos constatar como característica constant en las providencias del Juzgado la de que nunc se inician los períodos al pie del margen vertica que lleva impreso el papel sellado, y que, en cam bio, en la demanda (a fs. 19), en el memorial d 23 de enero, suscrito por el señor Alberto Maru landa (a fs. 30); en el auto de esa misma fecha proferido por el Juzgado (a fs. 31 vuelto), y, por último en la sentencia (a fs. 36 y ss.), la escritura toda lleva un mismo margen, tanto las primeras líneas de los períodos como las subsiguientes. e) En la demanda, como en la sentencia, los espacios sobrantes al final de los párrafos se llenan por medio de guiones o rayas, que se extienden sobre el papel hasta el margen. Por nuestra parte anotamos que estas rayas o guiones solamente se usan en dos providencias del Juzgado: en el auto de 23 de febrero (sic), que declara la nulidad pedida por el señor Alberto Marulanda, y en la sentencia de 2 de feberro. No más. f) Debemos destacar también la circunstancia de que las hojas, tanto en la demanda como en la sentencia, van numeradas a máquina, por páginas, en la parte superior, y que en esos dos actos se omitió numerar las dos primeras páginas, que son las que corresponden a la primera hojas (sic). Esa numeración está escrita a máquina y no guarda la más mínima relación con las del resto del expediente, el cual fue foliado a lápiz. g) En cuanto a distribución de las materias existe una notable semejanza entre la demanda y la sentencia, en las cuales se enuncian los hechos, las razones de derecho y las peticiones siguiendo exactamente un mismo orden. La sentencia en este particular sigue en un todo la pauta de la demanda, el guión que ésta le traza, hasta el punto de que el fallador se limita a reproducir las razones y las disposiciones legales que invoca el demandante sin hacerles siquiera una ligera crítica. h) Cabe destacar asimismo la circunstancia de que las frases, términos y giros usados en la demanda, se encuentran también en la sentencia, lo cual permite inferir o que quien redactó este último acto se

ciñó talvez demasiado a la demanda hasta el punto de valerse de las mismas formas de expresión, o que una misma persona redactó esos dos documentos. Precisamente dentro de este orden de ideas lo primero que se advierte es que para expresar el mismo pensamiento se acudió tanto en la demanda como en la sentencia, a las mismas frases y locuciones, fuera de que en una y otra se emplean términos y palabras también idénticas. Por vía de ejemplo, anotamos estas expresiones de la demanda y de la sentencia: **"prescripción extraordinaria de derecho civil"; "el derecho o acción de petición de herencia que pueda tener la mencionada señora como cónyuge ó heredera testamentaria de la sucesión del señor Isidoro Davidov"** (las subrayas son nuestras). En cambio hay mucho mayor dominio de expresión y más propiedad en los términos en el auto admisorio de la demanda, de fecha 23 de enero (a fs. 23 vuelto), si se entra a confrontarlo con la sentencia, donde son incontables las frases notoriamente defectuosas y redundantes y abundan, sobre todo, términos inadecuados y poco técnicos. Aun en el estilo se alcanza a observar cierta semejanza entre las piezas a que nos estamos refiriendo, por la peculiar manera de articular las frases, y de unir los vocablos. **Punto segundo.** En el juicio ordinario a que se contrae este experticio se usó indistintamente papel habilitado con estampillas de timbre nacional, papel de la Imprenta Nacional, habilitado, y papel extranjero. En lo general, en la actuación del Juzgado hasta la sentencia de 2 de febrero y auto de ejecutoria predomina el tipo de papel fino americano, que igualmente se usa en el auto de 23 de enero de 1943 por virtud del cual se declaró la nulidad de varios instrumentos públicos otorgados por la señora Davidov. Estudiando el proceso hasta el folio 69 inclusive, pudimos constatar que esos tres tipos de papel están repartidos en el expediente en esta forma: El habilitado con estampillas de timbre nacional, en la cantidad de veintiún hojas (21), a fs. 1, (memorial del doctor Santiago Rozo sobre desglose de un documento y auto del Juzgado); 9 (certificado expedido por el Juzgado del Circuito de Segovia); 18 (certificado de la misma procedencia, de 21 de enero de 1943); 23, 24 y 25 (última hoja de la demanda por el doctor Rozo, nota de presentación personal y auto admisorio de la misma fecha 23 de enero); 34 (memorial del doctor Rozo y presentado al Juzgado el 30 de enero); 35 (memorial del doctor Osorio, de la misma fecha, y auto de 1º de febrero siguiente, de citación para sentencia); 46, 47 y 48 (memorial del doctor Raúl Sánchez, de febrero 19, auto del Juzgado de 24 de febrero, y nuevo memorial del doctor Sánchez); 52, 53 y 54 (memorial del mismo doctor Sánchez, sobre desglose de un documento y copia del Juzgado); 55 (poder conferido al doctor Arias Mejía por el señor Mc. Cutcheón); 56 (memorial del doctor Sánchez y certificado del Juzgado del Circuito de Segovia); 57, 58 y 59 (memorial del doctor Sánchez, de 27 de febrero, y auto de 20 de marzo siguiente); 62 y 63 (oficio del señor Juez de Segovia al Cónsul de Colombia en Nueva York, de 25 de enero de 1943; el papel de la imprenta nacional habilitado, en la cantidad de trece (13) hojas, a fs. 2 (copia del Juzgado del Circuito de Segovia); 3 (certificado expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla); 4, 5, 6, 7 y 8 (memorial del doctor Jorge Moreno Ortiz, de noviembre 10 de 1942, autos y copia del Juzgado); 10 (certificado expedido por el señor Registrador de Instrumentos Públicos de Segovia, el 22 de enero de 1943); 12 y 13 (memorial del doctor Rozo, de enero 22, sobre recepción de declaraciones en información sumaria y actuación del Juzgado); 14 y 16 (hojas primera y tercera del certificado que con fecha 22 de enero de 1943 expidió el Registrador de Instrumentos Públicos de Segovia), y 22 (la cuarta hoja de la demanda con que se inicia el juicio ordinario contra la señora Davidov). El papel americano o extranjero se utilizó en la cantidad de veintitrés hojas, en esta forma: a fs. 11 (memorial del doctor Santiago Rozo, de enero 18 de 1943, y certificado de la Administración de Hacienda Nacional de Barranquilla sobre pago de los impuestos de Lazareto por el señor Alberto Marulanda); 15 y 17 (segunda y cuarta hoja del certificado del señor Registrador de Instrumentos Públicos de Segovia); 19, 20 y 21 (las tres primeras hojas de la demanda, de 23 de enero); 26, 27, 28 y 29 (copias); 30, 31 y 32 (memorial firmado por el señor Alberto Marulanda, de fecha 23 de enero de 1943, nota de presentación personal, auto del mismo 23 de enero y acta de notificación); 33 (memorial del doctor Osorio Vargas, de 25 de enero de 1943); 36, 37, 38, 39, 40, 41 y 42 (sentencia de 2 de febrero de 1943, constancia de publicación, actas de notificación a los doctores Osorio Vargas y Rozo, auto de ejecutoria del 5 de febrero y constancia sobre el cumplimiento del fallo); 43 (memorial del doctor Rozo presentado en Barranquilla el 4 de febrero de 1943); 44 (memorial del doctor Osorio Vargas, presentado ante el Juzgado de Segovia el 6 de febrero). Como se acaba de ver, los tres tipos de papel, no se hallan uniformemente

distribuídos en el sumario. Sin embargo, sí es de notar que el auto del Juzgado de 23 de enero, que recayó a la solicitud de Alberto Marulanda sobre la anulación de algunos instrumentos públicos en que intervino la señora Davidov, al igual que el fallo de 2 de febrero, está íntegramente escrito en papel extranjero. **Punto tercero.** En concepto nuestro es evidente que la sentencia de 2 de febrero proferida en el juicio ordinario de la "Compañía de Minas Chilona S. O." contra la señora Raquel Fink de Davidov y los memoriales a que hace referencia este punto, no proceden de una misma máquina de escribir, porque los caracteres tipográficos o tipos de letra son completamente distintos, por sus dimensiones, impresión, tinta, etc. Realmente, basta una ligera confrontación de esos dos textos para ver que el tipo de letra en que está escrita la sentencia es un tamaño bastante mayor, fuera de que deja sobre el papel una impresión de rasgos más firmes y gruesos. Pero lo que sí nos parece claro es que los memoriales del doctor Rozo (a fs. 43) y del doctor Osorio Vargas (a fs. 44) están escritos en un tipo de letras completamente idéntico, de tal suerte que bien puede suponerse o que proceden de una misma máquina o de máquinas distintas pero con iguales signos de escritura. A simple vista se ve también, que no hay semejanza ninguna en cuanto a tipos de letra, entre esos dos mismos memoriales y las providencias del Juzgado, v. gr. el auto admisorio de la demanda, el auto sobre nombramiento de curador, etc. Refiriéndonos ahora a la segunda parte de este mismo punto, es indudable que las hojas visibles a fs. 36 a 45 inclusive del expediente revelan huellas claras de haber estado dobladas a la mitad, o más precisamente por toda la línea 17 de arriba hacia abajo. En algunas hojas, el doblez dejó huellas muy marcadas, apreciables al tacto. En lo demás, las hojas en referencia parecen que estuvieron cogidas o unidas entre sí por medio de ganchos "clips" una vez dobladas en la forma que se explicó, porque se infiere de las señales o vestigios que pueden observarse en ellas, en el primer tercio y hacia la mitad de los bordes superior e inferior. **Punto cuarto.** Evidentemente las hojas de la sentencia y de la actuación subsiguiente hasta el folio 42 inclusive del proceso, están numeradas a máquina por páginas, a excepción de la primera hoja, y concuerda este sistema de numeración con el que nos fue dado constatar en la demanda. El orden que sigue esta numeración es este: empieza en el número 3, que corresponde a la tercera página (a fs. 37); le sigue el 4, que corresponde a la página cuarta (a fs. 37 vuelto); después el 5, quinta página (a fs. 38); después el 6, sexta página (a fs. 38 vuelto), y así hasta la página catorce, que es la última de las marcadas en esa forma. Lo propio se advierte también en la demanda, que también aparece paginada a máquina, en la parte superior del papel sellado. Sobre este mismo particular podemos agregar que esa numeración se hizo en las mismas máquinas en que aparecen escritas la demanda y la sentencia, respectivamente. **Punto quinto.** Creemos —con todo respeto— que la pregunta no quedó suficientemente clara, aunque parece que se refiere al memorial de fecha 6 de febrero de 1943 firmado por el doctor Alfonso Osorio Vargas y que obra a folios 44 del proceso civil. En el expediente figuran memoriales cuya nota de presentación está escrita en la máquina del Juzgado, o que se supone del Juzgado por haber sido empleada en todas las actuaciones de ese negocio, a excepción del auto de 23 de enero de 1943, que resuelve la solicitud de Alberto Marulanda, y de la sentencia de 2 de febrero y constancias y autos subsiguientes, hasta la página 42 inclusive, y como es muy claro esa nota de presentación personal va escrita en caracteres tipográficos completamente distintos a los del texto de aquellos memoriales. Por vía de ejemplo, citamos entre otros, los siguientes: el de fs. 1 de 23 de enero firmado por el doctor Santiago Rozo; el de fs. 12 firmado por el mismo doctor Rozo; el de 23 de enero que contiene la demanda y que igualmente lleva la firma de ese abogado; los de los fs. 34 y 35, etc. Basta confrontar a la ligera los memoriales citados y las notas de presentación, para ver que proceden de diversas máquinas de escribir. Refiriéndonos al memorial del folio 44, de fecha 6 de febrero, debemos destacar el hecho de que lo mismo que en otras actuaciones anteriores se dejó el espacio correspondiente al día del mes y que posteriormente en acto distinto, y en máquina diversa a la empleada en el texto mismo se escribió "6 (seis)". Por eso el espacio que se dejó en blanco con ese fin no coincide con el que se necesitó para imprimir los caracteres o signos gráficos ya dichos, y resultó por ello mucho más extenso. De otro lado, examinados los caracteres tipográficos de la nota de presentación a que aludimos se ve que coinciden exactamente con el de las expresiones o grafismos que se intercalaron en la sentencia, actas y providencias siguientes en los espacios que se dejaron en blanco cuando se escribieron esas piezas, tales como "dos (2)" del encabezamiento

o fecha de la sentencia (a fs. 36) "del **29 de ene**ro" (solo en la parte subrayada) (a fs. 39); **"2 de 1943"** de la constancia sobre publicación del fallo (a fs. 41); **"tres (3)"**, del acta de notificación (a fs. 41 vuelto); "5 de 1943" y "cinco (5)" el primero en la notificación que se hizo al doctor Rozo, y el segundo en la fecha del auto de ejecutoria (a fs. 42). El tipo en que va escrita la nota de presentación a que alude el punto, es exactamente igual al de la máquina que estaba en uso en el Juzgado en esa época, o sea la que se empleó para extender los certificados visibles a fs. 9 y 18 del juicio, los autos de fs. 1, 12, 23 vuelto, 24, 25 y 35, etc. y las copias de 2 y declaraciones 12 vuelto y 13, sólo que en lugar de la antigua cinta, de color negro, se usa otra de un color parecido, si no igual, al de la cinta con que se escribió la sentencia de 2 de febrero. **Punto sexto.** Las hojas correspondientes a los folios 36 a 45 inclusive, que son las dobladas, pesan 76 gramos, solas, y 86,5 gramos con una cubierta como la adjunta, —según— la prueba que hicimos en un balancín como los que se usan en las oficinas de correos de esta ciudad. Señor Juez, este es nuestro dictamen. Medellín, mayo 11 de 1944. G. Cardona C., Rafael Posada L".

El doctor Jorge Moreno Ortiz, apoderado de los señores Santiago Rozo y Alberto Marulanda, objetó el dictamen pericial, por "error grave". Cumplidas las formalidades legales relativas a la objeción, el Juzgado 57 de Instrucción Criminal, en providencia de noviembre 22 de 1944, dijo:

"Declara infundada la objeción que por error grave formuló el doctor Jorge Moreno Ortiz, contra el dictamen pericial rendido por los señores doctores Gustavo Cardona Correa y Rafael Posada L., ante el señor Juez Tercero del Circuito Penal de Medellín, referente a la inspección ocular practicada sobre el juicio ordinario de la "Compañía de Minas Chilona S. O." contra Raquel Finck de Davidov, sobre prescripción extraordinaria del derecho de petición de herencia. Por no aparecer manifiesta la temeridad del actor en el incidente, no se le condena al pago de la multa de que trata el artículo 217 del Código de Procedimiento Penal".

Esta providencia fué notificada personalmente al señor Moreno Ortiz y al Personero Municipal, y por estados, a las demás partes.

El anterior concepto pericial fué reafirmado por el que posteriormente y con fecha 6 de febrero de 1944, redactó el doctor Rafael Posada L., que dice:

"..... En mi concepto en el juicio ordinario propuesto por la Compañía de Minas Chilona S. O. contra la señora Ray o Raquel Finck de Davidov existe toda una serie de circunstancias indiciales, graves y precisas, que permiten inferir que la sentencia que puso fin a ese juicio fué redactada por el autor de la demanda, que se supone sea el doctor Santiago Rozo".

Dice la Procuraduría:

"27.—Cuando se tramitaba el juicio cuestionado, al Despacho del señor Juez había varios negocios civiles y numerosos procesos penales. En algunos de esos expedientes existían prolongadas demoras. Véanse, por ejemplo, los siguientes:

"Verbal de Manuel J. Gómez contra la Sociedad Minera de "Los Pujidos", **desde junio de 1942".**

"Verbal de Alberto Valle contra el Municipio de Zaragoza, **desde el 21 de marzo de 1941".**

"Además, en el Juzgado cursan 53 sumarios y seis causas. De los sumarios había varios paralizados, sin explicación alguna. (Fs. 2 v.).

"En el lapso en que se tramitó el juicio ordinario contra la Davidov, el Juez no dictó ninguna providencia de fondo en asuntos penales. En negocios civiles, en esa época, profirió tres sentencias, a saber: una el 30 de enero de 1943, en el juicio ordinario de Ana Delia Ibarbo contra Tulio Mesa; otra el 2 de febrero, en el ordinario contra la Davidov; y otra el 5 de febrero, en el juicio de sucesión de Jaime Herrera Velásquez, declarando infundadas unas objeciones y aprobando la partición respectiva. (Fs. 84).

"28.—Con mucha anterioridad a la presentación de la demanda ordinaria de la Compañía Chilona contra la señora Raquel Davidov cursaba en el Juzgado del Circuito de Segovia el juicio de sucesión del señor Isidoro Davidov, y en tal negocio aparecía establecido que el domicilio de aquella señora era la ciudad de Nueva York y que ella estaba representada en la mortuoria por los abogados doctores Gerardo Arias Mejía y Raúl H. Sánchez. En tal mortuoria actuó como Juez el doctor Pedro Luis Gómez. (Fs. 8, 16 a 19 v., 24 v. y 62 v.).

"29.—Asimismo, de la demanda ordinaria antes mencionada y de los documentos que se acompañaron a ella, resultaba que el domicilio de la señora Davidov era la ciudad de Nueva York. (Fs. 35 v. y 40 del primer cuaderno, y 45 a 47 del segundo)".

Hay constancia de que el ex-Juez Pedro Luis

Gómez acostumbraba recibir dinero por los negocios que cursaban en su Despacho. Así, Angel María Herrera declara que en el Juzgado entabló un juicio de sucesión y que, como no tenía abogado, el doctor Gómez le dijo que "él le trabajaba en dicho negocio" y que "le hacía el trabajo por sesenta pesos, hasta su terminación, y que para empezar me exigió le adelantara treinta pesos, lo que en seguida suministré", habiéndole recomendado el doctor Gómez "que guardara la mayor reserva, y que no fuera a saber nadie". (Fs. 56 v.).

Pedro Zuliani afirma que, por concepto de "pago de la sucesión" de Feregutt Hermenegildo, entregó al ex-Juez Gómez y a su Secretario la suma de quinientos pesos ($ 500.00). (Fs. 62 y 93 v.).

Esta última afirmación se halla respaldada por la declaración del Secretario del Juzgado Sr. Joaquín G. Gutiérrez, quien sostiene que de esa suma de quinientos pesos tomó él la mitad y la otra se la entregó al ex-Juez Gómez. (Fs. 95).

Aparte de esas declaraciones, pueden verse las que corren a folios 69 v., 70, 71, 72, 73, 74, 75, 76, 79, 80, 81, 82 v., 84. y 118 a 120.

La calidad de funcionario público que como Juez del Circuito de Segovia tenía el doctor Pedro Luis Gómez cuando ocurrieron los hechos por los cuales se le denuncia, se acredita con el Acuerdo número 84 de julio 8 de 1941, emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, por el cual se le nombró Juez titular de dicho Juzgado. La posesión se llevó a efecto en la Alcaldía Municipal de Segovia, el 21 de agosto de 1941, y el mismo sindicado reconoce que, en la fecha en que se sucedieron los hechos denunciados, ejercía las funciones de Juez del Circuito de Segovia. (Fs. 8).

PREVARICATO

En sentido general y amplio, el delito de prevaricato puede definirse diciendo que es la transgresión de la ley, llevada a efecto con actos de acción u omisión, por un funcionario o empleado público en ejercicio de funciones y por causa o motivo de éstas. En otros términos, hay delito de prevaricato cuando se falta a sabiendas y deliberadamente a los deberes que impone el normal desempeño de un cargo público y se viola el juramento prestado de cumplir con los dictados de la ley.

El Código Penal colombiano, en el Título III que trata de los "delitos contra la administración pública", Capítulo quinto, no define el delito de prevaricato; pero en sus artículos 168 y 169 señala los hechos y los diversos elementos que deben concurrir a su formación, para que en un momento dado pueda configurarse un delito de esta naturaleza.

Dice el artículo 168 del Código Penal:

"168.—El funcionario o empleado público o el que transitoriamente desempeñe funciones públicas, que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, o rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros, incurrirá en prisión de seis meses a cinco años.

"Si se tratare de sentencia en juicio criminal, la pena será de dos a ocho años de presidio".

Este artículo señala los hechos que pueden dar origen al delito de prevaricato, en sus dos formas: una por acción, y otra por omisión. Como en el presente caso se trata de la primera hipótesis, y no de la segunda, a ella se contraerá el estudio de la Corte para saber si el hecho imputado al ex-Juez Gómez encaja en la disposición transcrita.

El delito de prevaricato presupone la existencia de estos elementos

1º—Que el agente activo del delito tenga la categoría de empleado público, y que la infracción se cometa con motivo de ejercicio o desempeño de funciones a él encomendadas.

Ninguna persona que no tenga esta investidura puede cometer delito de prevaricato.

2º—Que a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y

3º—Que la sentencia, resolución o dictamen se dicte por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

COMPROBACION

Primer requisito.

El procesado Pedro Luis Gómez, cuando se desarrollaron los hechos, desempeñaba el cargo de Juez Unico del Circuito de Segovia, en virtud de nombramiento emanado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, cargo del cual se posesionó en la Alcaldía Municipal de Segovia.

La actividad dolosa que se le imputa como infracción de la ley penal, se realizó con motivo del

ejercicio de funciones inherentes a la judicatura y en calidad de Juez del Circuito.

Segundo requisito.

"Obrar **a sabiendas** —ha dicho la Corte— es, desde luégo, saber de modo cierto lo que se hace y el fin perseguido. Siguiendo los términos del artículo 168 del Código Penal, es preciso que el Juez obre a sabiendas, primero, de que su decisión es contraria a la ley y, segundo, de que con ella comete una injusticia flagrante. Y puesto que se trata de un hecho esencialmente doloso, el A SABIENDAS del prevaricato no es otra cosa que el elemento intencional por el doble aspecto de violar la ley y de faltar a la justicia. Pudiera decirse también qué es la injusticia cometida en virtud de la violación deliberada de la ley".

El dolo caracterizado por el elemento a sabiendas, se configura por las actuaciones realizadas en la tramitación del juicio ordinario. Ese proceder arbitrario, esa acción voluntaria de violar la ley, aplicándola en sentido contrario a lo que ella dispone, esa interpretación acomodaticia de lo que ella expresa, demuestran la intención dolosa del procesado, que lo condujo a lesionar, sin razón ni justicia, los derechos de la parte demandada y los del Estado, que se halla interesado en la conservación del orden social. Se dice que los fallos son injustos, porque toda sentencia, resolución o dictamen que se dicte en contra de la ley, o que desconozca un precepto legal, clara y expresamente determinado, cuando ese hecho no es producto del error en la interpretación de la ley, es expresa o manifiestamente injusto. (El término "injusto" de que habla el Código Penal en el delito de prevaricato, hace referencia a lo ilegal del acto, o sea. a la injusticia cometida por la violación del texto legal. Cuando el Juez o el funcionario, al dictar sus providencias, se coloca fuera de toda norma jurídica, haciendo prevalecer sobre ésta su voluntad o capricho individual, el acto será siempre injusto, por ser contrario al derecho escrito.

Cuando las leyes sustantivas declaran o confieren derechos, establecida su existencia, o adquirida una expectativa, la controversia creada por esas situaciones, frente al posible derecho de terceros, no puede ser resuelta de facto o caprichosamente; para ello, y en orden a solucionar el conflicto de derechos, es indispensable recurrir a los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes resuelven sobre el problema motivo de la controversia.

Si el objeto del procedimiento radica en la aplicación de las leyes sustantivas; si su finalidad consiste en el esclarecimiento de los hechos para llegar a la verdad, buscando la realización de la justicia por medio del derecho, los Jueces y Magistrados que la administran en nombre del Estado tienen la obligación de respetar y acatar la ley, cumpliendo y haciendo cumplir las normas procesales que fijan su esfera de acción y la de los interesados, en la contienda judicial. La violación de estas normas origina el caos, la confusión, el desorden, la incertidumbre en los procesos, y conduce a la arbitrariedad o injusticia.

En el juicio ordinario iniciado por el doctor Santiago Rozo, como apoderado de la "Compañía de Minas Chilona S. O.", contra Raquel Finck de Davidov, Rachel o Ray Davidov, el ex-Juez Gómez dictó dos sentencias:

1ª—La sentencia de enero 23 de 1943, que declara la nulidad de los contratos contenidos en las escrituras números 99 de 15 de diciembre de 1941 y 19 de 28 de abril de 1942, y

2ª—La sentencia de febrero 2 de 1943, que resuelve las peticiones de la demanda y pone fin a la controversia.

Se dice que la providencia de enero 23 de 1943 es una sentencia, porque decide definitivamente sobre uno de los problemas fundamentales de la demanda, o sea, la NULIDAD de los contratos, a que se refieren los puntos **cuarto** y **quinto** de la petición principal. Al dictar esa sentencia, violó la ley que regula las actuaciones del juicio y gobierna las relaciones procesales de las partes entre sí, y de éstas con los funcionarios de la rama jurisdiccional.

Para declarar una nulidad contractual, la ley presupone la existencia de un juicio civil ordinario, pues no ha determinado acción especial, mediante la cual pueda hacerse el pronunciamiento de nulidades sustanciales. Puede suceder que sean nulos los contratos contenidos en las escrituras celebradas en Nueva York, por ausencia de alguno de los requisitos que la ley prescribe para su validez, pero esa clase de nulidad —en caso de que existiera— no podía ni puede declararse dentro de un incidente del juicio principal, sino mediante los trámites de un juicio controvertido.

La nulidad a que hace referencia el artículo 455 del Código Judicial —disposición invocada por el procesado— es la proveniente de irregularidades cometidas en la actuación procedimental. Para decretarla, el Juez, previamente, la pone en conoci-

miento de las partes, y el auto que contiene esa declaración debe notificarse personalmente a los interesados. Si la parte que tiene derecho a pedir reposición, ratifica lo actuado, la nulidad se da por allanada y el juicio continúa su curso; si guarda silencio o pide la anulación, el Juez invalida la actuación, retrotrayendo el procedimiento al estado en que se hallaba cuando se produjo la nulidad.

Pero como nada de esto ocurría, el Juez estaba en imposiblidad de aplicar las normas del artículo 455 del Código Judicial. Entonces, deliberadamente, a sabiendas de lo que hacía y de la injusticia que cometía, e invocando el precepto del artículo 1741 del Código Civil, declaró las nulidades a que se hizo referencia; es decir, pronunció un fallo violando la ley, porque sin juicio previo, sin partes, sin debate controvertido, sin representación de la demandada, dictó sentencia.

El Juez del Circuito, o el funcionario que administra justicia, no debe ignorar que una sentencia definitiva, sólo puede pronunciarse como resultado de una controversia judicial y mediante el lleno de las formalidades propias del juicio.

En el juicio civil ordinario se resuelven dos cuestiones fundamentales: una relativa al hecho, para determinar la situación de las partes frente a los hechos alegados y probados; y otra referente al derecho, para saber cuáles son las normas jurídicas establecidas por la ley, aplicables al caso debatido. Determinadas estas situaciones, el funcionario de la rama jurisdiccional estudia y analiza las pretensiones del actor frente al Estado, quien ejerce la tutela jurídica de esos derechos, en virtud de la respectiva sentencia.

Las normas procesales, en cuanto regulan las formas del juicio y los efectos jurídicos de los actos desarrollados en el procedimiento, son de orden público, tienen un contenido de carácter obligatorio y no pueden ser derogadas por actos convencionales — expresos o tácitos — de los litigantes, porque en su cumplimiento están interesados tanto el Estado como la sociedad.

En el juicio ordinario iniciado por la Compañía de Minas Chilona S. O., se pretermitieron las normas procesales que lo regulan, y en forma arbitrarie e injusta, en virtud de una aquiescencia tácita entre la parte demandante, el curador ad litem y el Juez, se derogó la ley procedimental.

"Inusitada y escandalosa —dice la Procuraduría— fue la tramitación de ese negocio: en él no hubo contestación de la demanda; no hubo término probatorio; no hubo ejecutoria de las providencias; no hubo alegatos de conclusión (ni siquiera se dictó el auto que así lo ordenara); no hubo recurso alguno; nada, en fin, que implicara la controversia amplia y generalmente dilatada de un juicio ordinario. Casi de un salto se pasó de la demanda a la sentencia. Y todo ello debido a que el apoderado del doctor y el curador ad litem, en descarada colusión, renunciaron los ritos procedimentales de la litis, con la aceptación complaciente del Juez. Recuérdese que esas personas renunciaban términos y actuaciones todavía inexistentes en el juicio.

"De otra manera no se explica que entre la presentación del libelo y el fallo definitivo sólo se emplearon once días, sin descontar de éstos los feriados. Aun habiéndose adoptado el procedimiento verbal, las partes no hubieran podido llegar tan aprisa y fácilmente a la meta deseada.

"En una palabra, esto significa que las partes, de común acuerdo, resolvieron derogar las disposiciones de orden procesal referentes al juicio ordinario; o más claro: que ellas transaron sobre el procedimiento judicial, que es de orden público y de imperativo cumplimiento. El proceso, en general, es medio elevadísimo de lucha por el derecho, lucha en la cual el órgano jurisdiccional del Estado tiene la tutela jurídica".

Es claro que en materia procesal, en virtud del principio dispositivo que gobierna a las partes, éstas pueden válidamente renunciar los traslados, términos y ritualidades establecidos en beneficio propio del renunciante, o subsanar irregularidades de procedimiento; pero esa facultad se extiende sólo a aquellos actos autorizados por la misma ley, fuera de los cuales no produce ningún efecto la renuncia, porque el procedimiento, como antes se dijo, es de orden público, y en su conservación están interesados tanto el Estado como la sociedad.

Por este aspecto, ni el curador ad litem podía renunciar los derechos conferidos por la ley a la parte a quien representaba en el juicio, ni el Juez debía admitirlo. Este connubio vergonzoso entre el funcionario encargado de aplicar la ley y los litigantes, impidió la lucha por el derecho, prostituyó la administración de justicia y condujo al ex-Juez Gómez, inevitablemente, a infringir la ley penal.

Actuación del curador ad litem

En el auto del Juzgado del Circuito de Segovia, por el cual fue admitida la demanda, se dijo:

"...en cuanto a la demandada no ha podido ser hallada en este municipio, ni tampoco es fácil hallarla porque se oculta, y establecido este hecho suficientemente es el caso de proveer a nombrarle a la demandada un curador para esta litis...".

Pero estas afirmaciones para hacer el nombramiento de curador ad litem, basadas en las declaraciones oficiosas presentadas con la demanda y acogidas por el Juez, ora porque el domicilio de la demandada era desconocido, ya también porque ésta se ocultaba, no tienen ningún respaldo en el juicio.

En efecto: en el mismo Juzgado cursaba el juicio de sucesión de Isidoro Davidov, en el cual, indudablemente, estaba acreditado el domicilio de la demandada, de manera que el Juez no podía desconocer la realidad de este hecho. Por otra parte, en la misma demanda se afirma que la señora de Davidov residía en la ciudad de Nueva York. Esta declaración de parte, unida al hecho anterior, produce el convencimiento de que el ex-Juez Gómez tenía conocimiento de la residencia de la demandada y sabía, por tanto, que ésta no se ocultaba.

Pero la designación de curador ad litem no podía hacerse con fundamento en las declaraciones extrajuicio que se acompañaron a la demanda, porque la comprobación sumaria de que habla la ley no se produjo en la forma que ésta prescribe. Para que el nombramiento de curador ad litem, de que trata el inciso segundo del artículo 317 del Código Judicial, sea pertinente, es necesario probar el ocultamiento, mediante el certificado rendido por el notificador del Juzgado y autorizado por el Secretario. En ausencia de esta prueba, que es la oficial, puede recurrirse a la testimonial. Pero el ex-Juez Gómez no consideró dicho precepto legal y procedió a nombrar curador.

El 25 de enero de 1943, Alfonso Osorio Vargas, antes de ser nombrado curador ad litem de Raquel Finck de Davidov, dirigió un memorial al Juzgado del Circuito de Segovia, en virtud del cual se daba por notificado de la sentencia que declaró la nulidad de los contratos contenidos en las escrituras números 99 de 15 de diciembre de 1941 y 19 de 28 de abril de 1942, y renunciaba el término de ejecutoria de esa providencia.

Posteriormente, el **29 de enero de 1943, el Juzgado** nombró curador ad litem de la señora Raquel Finck de Davidov al doctor Alfonso Osorio Vargas. Se posesionó del cargo el 30 del mes y año citados. El mismo día se le discernió la curaduría, se le corrió traslado de la demanda, la que no fue contestada, pero en memorial de enero 30 dijo:

".....renuncio expresamente el traslado de la demanda, lo mismo que a los términos probatorios y para alegar de conclusión y, en consecuencia, pido al señor Juez que dicte la sentencia del caso".

El 1º de febrero de 1943, el Juez cita para sentencia y se notifica el auto al curador, quien manifiesta que renuncia el término de la ejecutoria. Este auto no fue notificado al demandante, pues no hay constancia de tal diligencia.

El 2 de febrero de 1943 se dictó sentencia, se la publicó en esta misma fecha, y el 3 se hace la notificación al curador Osorio Vargas, quien manifiesta que renuncia a la ejecutoria.

El 6 de febrero de 1943, el curador ad litem doctor Osorio Vargas dice al Juzgado:

".....fui expensado por el demandante y sin lugar a reclamo alguno por la curaduría en que actué en dicho juicio".

Así termina la actuación del curador ad litem doctor Osorio Vargas. Su intervención no es la del profesional que defiende los derechos de la persona a quien representa en el juicio; por el contrario, ella revela la conducta del hombre complaciente que con su silencio contribuye a violar la ley y los deberes que impone el ejercicio de la curaduría.

Renuncia de términos

La representación que en nombre de la ley se confiere al curador, no envuelve la facultad de renunciar todos los términos del juicio, ni la de menoscabar los derechos del demandado, en relación con su defensa. Como todo mandato, la curaduría implica el cumplimiento de obligaciones y deberes; pero en ningún caso se nombra en un juicio curador ad litem, única y exclusivamente con el objeto de renunciar los derechos que corresponden a la parte que se representa.

El artículo 15 del Código Civil dice:

"Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia".

De conformidad con esta disposición, cuando la renuncia de términos judiciales envuelve un posible perjuicio para las partes, bien sea directo o

indirecto, esa renuncia no puede llevarse a efecto sino por el titular del derecho, o por su apoderado o curador debidamente facultado para ello, o a falta de dicha autorización, con anuencia de aquéllas. El apoderado o curador por sí solos, por no ser titulares del derecho, no pueden renunciar los términos judiciales, porque el interés individual del renunciante no se manifiesta por la simple declaración de su representante, pues la ley no le ha conferido a éste el derecho, sino al titular del mismo, de modo que, al proceder en forma contraria, se comete una violación legal que, en ningún caso, puede ser acogida por el Juez.

"...esa serie de renuncias —dice la Procuraduría— de traslados y términos que hizo el curador ad litem de la señora Davidov sobre situaciones aún inexistentes jurídicamente (renunciaba lo que no tenía), implicaba más que un desistimiento, ya que en éste siquiera se ejercita un derecho para luego renunciarlo, lo cual no ocurrió, en su generalidad, en las actuaciones del curador".

De aceptar esa facultad omnímoda por parte del curador ad litem para renunciar los traslados, términos y actuaciones judiciales que señala la ley procesal para dictar sentencia, llegaríamos a la conclusión de que las partes, bien sea personalmente, o representadas por su apoderado o curador, pueden, mediante convenio particular, expreso o tácito, derogar la legislación procesal; resultado inadmisible, porque las leyes sobre procedimiento son de orden público, y la sentencia dictada con omisión de las formalidades propias del juicio es contraria a la ley.

En el juicio ordinario, también se violó el principio procesal de publicidad, en virtud del cual las actuaciones judiciales, tanto escritas como orales, deben ser públicas y pueden ser presenciadas por las partes, por sus apoderados y por todas aquellas personas que intervienen en el debate como auxiliares de la justicia. Pero como antes se anotó, al juicio ordinario contra la señora Davidov se le impartió una tramitación secreta, por orden expresa del Juez, según lo declara el Secretario del Juzgado señor Joaquín G. Gutiérrez.

Lo expuesto, lleva a la demostración del segundo requisito.

Tercer requisito

Dice la Procuraduría:

"El **factor simpatía**—Repárese, desde luego, que la ley penal sólo exige para el prevaricato, como uno de sus motivos determinantes, la mera **simpatía** y no la **amistad**, que es ya un sentimiento más complejo y especializado.

"Como la **simpatía** es un hecho psíquico, resulta indispensable en este caso recurrir a los principios de la psicología para explicar el fenómeno.

"El maestro Ribot, cuyo autorizado concepto hay que consultar siempre en estas materias, define la simpatía como 'la existencia de disposiciones idénticas en dos o muchos individuos de la misma especie o de especie diferente'. O, según Baín, 'se entiende por simpatía la tendencia de un individuo a concordar con los estados activos o emocionales de los demás, cuando estos estados se revelan por ciertos medios de expresión'.

"La simpatía es un hecho espontáneo que nace fácilmente por la representación que uno adquiere de los estados afectivos o intelectuales de otro. Ella es una propiedad muy general de la materia viva, y puede, por lo tanto, tener diferentes grados, así: Primero, fisiológico, que consiste en una concordancia de las tendencias motoras, por la cual producimos en nosotros mismos una actitud, un estado, un movimiento del **cuerpo** que vemos en otra persona. Equivale a la imitación en su forma más simple. Segundo, psicológico, que crea en dos o más sujetos disposiciones afectivas análogas; es sentir lo mismo que otro mediante la percepción de la emoción o de la pasión ajena. Tercero, intelectual, que consiste en una conformidad de sentimientos y de actos, fundada en una unidad de representación. En este último caso, "la extensión y la claridad de la simpatía están en razón de la extensión y claridad de las representaciones".

"La simpatía crea, pues, en dos o más personas estados afectivos e intelectivos análogos; si, durante este período de unísono psicológico, como dice Ribot, se pudiera leer en el alma de los que simpatizan, 'se percibiría un hecho afectivo único reflejado en varias conciencias'.

"Hasta aquí la simpatía en su sentido propio y único. Cuando a ella se adhiere otro hecho psíquico —la emoción tierna— surgen entonces otras situaciones nuevas, que constituyen los llamados sentimientos altruístas, tales como la benevolencia, la piedad, la compasión, la **amistad**, el amor y la filantropía, etc.

"Basta, como ya se dijo, la simpatía en su acepción rigurosa de unísono psicológico, para configurar el prevaricato, sin que sea necesaria, por lo

mismo, la existencia de otros mecanismos más complicados que demandan las relaciones sociales con base en la afectividad individual. No importa, pues, en este caso saber si el Juez era o no amigo íntimo de alguno de los interesados, sino únicamente establecer que él procedió por simpatía hacia alguno de ellos.

"En efecto, esa concordancia o confraternidad de sentimientos y de actos que caracteriza a la simpatía, entre el abogado de la compañía demandante y el curador ad litem de la demandada, por una parte, y el Juez que conoció del litigio, por la otra, es perfecta y clarísima. Esos interesados deseaban y pedían determinados actos, por ilegales e injustos que fueran, y casi simultáneamente el Juez accedía a ellos sin ninguna objeción. Solicitar y conceder, todo era uno: hé ahí 'el hecho afectivo único reflejado en varias conciencias', las de los litigantes y la del juzgador.

"....

"Esa conformidad entre la demanda y la sentencia, la una como reproducción fiel y exacta de la otra, la confiesa el mismo Juez en su indagatoria, así:

"...la sentencia estaba en **perfecta consonancia** con los hechos de la demanda, con las pruebas presentadas para fundamentarlo (sic), y con las peticiones de derecho y con las disposiciones legales vigentes aplicables". (Fs. 12).

"Y véase, además, cómo el Juez actuaba ilegalmente en orden cerrado de simpatía hacia el curador ad litem, frente a ésta contundente afirmación del mismo funcionario:

"Y creo, además, que el señor curador estaba obrando correctamente, en las renuncias, pues él tenía **interés** en que su representada se cerciorara claramente que había una situación de hecho comprobada, consistente en que habían prescrito sus derechos hereditarios **y creo era interesante hacerle saber esto** a la supuesta viuda de Davidov, a fin de que ella se abstuviera de continuar en transacciones escriturarias que pudieran afectarla seriamente en lo sucesivo, para sus intereses económicos, pues aparecía vendiendo y haciendo escrituras de bienes que ya no le pertenecían. Esa es mi opinión". (Fs. 11 v.).

La conformidad y el poder de experimentar las mismas inclinaciones, ese contagio de pensamiento para llegar al fin deseado, se revela por las actuaciones llevadas a término por el ex-Juez Gómez y los litigantes. Las peticiones del demandante se resolvían sin dilación, de acuerdo con sus pretensiones y las del curador. No hubo controversia sino anulación de los derechos de defensa, en relación con los intereses de la demandada. No existió oposición sino conformidad respecto del fin perseguido. Para el curador era lógico el derecho invocado por el demandante; por ello, prescindió de contestar la demanda, renunció los traslados y términos, apresurando en esta forma la culminación del juicio. Para el Juez, que se hallaba gobernado por las mismas inclinaciones de los interesados, esos actos eran legales; dictaba providencias sin sujeción a norma alguna, derogando así la ley procesal, para ser complaciente con las solicitudes del demandante y del curador.

Tanto el procesado como su defensor alegan que los cargos hechos por el Tribunal, en el auto de proceder, no constituyen delito de prevaricato, sino que ellos implican simples irregularidades que dan lugar a la existencia de nulidades procedimentales, pero que en ningún caso configuran el ilícito imputado al ex-Juez Gómez; y la defensa concreta su pensamiento en estos términos:

"El denunciante confundió el delito de prevaricato con las irregularidades de tramitación del juicio, imputables desde luego a la Secretaría del Juzgado. En esta misma ocurrencia cayeron las vistas fiscales y el mismo auto de proceder. Por las irregularidades en el procedimiento se puede anular un juicio; por la violación de la ley en sentencia o resolución, junto con determinados elementos, se prevarica.

"De forma que el prevaricato denunciado se contrae a las violaciones de la ley por el Juez, y hemos visto que el ex-Juez Gómez se ajustó en su fallo a ella. Y si el denunciante funda el prevaricato en las irregularidades de tramitación cometidas por la Secretaría del Juzgado, como en realidad lo ha hecho, quiere decir entonces que el denuncio se halla carente de base sólida, y las vistas fiscales y el auto de proceder tienen que venir a tierra por haber confundido dos situaciones muy diferentes para poder imputar un delito de prevaricato, que no reúne los elementos que lo caracterizan".

Naturalmente, las simples irregularidades de procedimiento, provenientes de una mala interpretación de la ley, en ningún caso configuran el delito de prevaricato; pero cuando los actos llevados a cabo por el funcionario que administra

justicia envuelven la intención dolosa de violar la ley, ellos sí configuran un delito de esta naturaleza, previsto y sancionado por el Código Penal.

¿Podría afirmarse que es una irregularidad procedimental proferir un fallo que declara la nulidad de unos contratos escriturarios, sin ceñirse a las normas que regulan la tramitación de los juicios civiles ordinarios, cuando la ley dispone lo contrario? ¿Es posible fallar una controversia judicial en la cual se ventilan intereses cuantiosos, sin juicio previo, sin contestación de la demanda, sin citación de la parte demandada, sin alegatos, sin conclusiones? Naturalmente que no. Afirmar que los actos realizados por el ex-Juez Gómez en el juicio ordinario son simples irregularidades y no una infracción de la ley penal, es tanto como desconocer la realidad de los hechos investigados. El argumento del defensor no prospera, porque en este caso, como se deja demostrado, se violó la ley a sabiendas, es decir, en sentido contrario a lo que ella expresa. Fácil sería para quien administra justicia pronunciar un fallo pretermitiendo las normas procesales, si el Código Penal no hubiera erigido ese hecho en delito.

El legislador estableció normas adecuadas para declarar o hacer efectivos los derechos, y estas normas, que se denominan leyes adjetivas o procedimentales, deben respetarse y cumplirse, no solamente por los que intervienen en el juicio como partes, sino por los funcionarios que tienen la obligación de interpretarlas y aplicarlas; de manera que el Juez que deliberadamente las viole, responde ante la justicia por un delito de prevaricato.

Cuando la justicia se administra rectamente por funcionarios probos y competentes, constituye la mejor garantía de la sociedad y señala un índice de respeto para las libertades ciudadanas; pero cuando ella se desborda por caminos de parcialidad, o el Juez o Magistrado la imparte violando la ley, es deber de los que la administran buscar los cauces de un justo equilibrio, reprimiendo los abusos y sancionando a los que la profanan. En guarda de estos principios, la Corte no puede permitir que delitos de la naturaleza del que se estudia, queden impunes.

Así, pues, el tercer requisito se halla demostrado.

La redacción del artículo 168, que reprime el delito de prevaricato, puede prestarse a interpretar su texto de manera distinta a lo anteriormente expuesto.

En efecto, esa disposición señala dos hechos diferentes, constitutivos del delito de prevaricato. El primero hace referencia al funcionario o empleado público o al que transitoriamente desempeñe funciones públicas, "que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos"; y el segundo, al funcionario o empleado público o al que transitoriamente desempeñe funciones públicas, "que rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros".

La conjunción disyuntiva "o" separa fundamentalmente las dos hipótesis o los hechos generadores del delito. En el primer caso, que podría llamarse prevaricato por acción, se reprime la infracción de la ley penal, sin tener en cuenta los móviles afectivos, mediatos o inmediatos, por los cuales se comete el delito; basta la violación de la ley, con prescindencia del móvil, para que se incurra en la sanción contemplada en la disposición citada. En el segundo caso, que puede denominarse prevaricato por omisión, aparte del hecho de negar, retardar o rehusar "un acto propio de sus funciones", es necesaria la demostración o comprobación del móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Puede suceder que el factor **simpatía para unos o animadversión para otros**, que expresa el estado afectivo de quien viola la ley, concurra en la integración del primer ilícito (prevaricato por acción), pero no es indispensable ni precisa su demostración cuando se trata de reprimirlo; ese elemento (simpatía o animadversión) es característico del segundo caso y no del primero.

Pudiera pensarse que lo que se llama prevaricato por omisión se confunde con el delito contemplado por el artículo 172 del Código Penal, en el título que trata "De los abusos de autoridad y otras infracciones"; pero esta objeción se destruye por el análisis de los elementos que integran cada uno de los ilícitos. En el prevaricato por omisión se necesita la concurrencia de un factor especial, caracterizado por el móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros; en tanto que para el delito de abuso de autoridad, sólo es indispensable el dolo general de todo delito, con prescindencia absoluta del factor simpatía o animadversión. En ausencia de este elemento (simpatía o animadversión), el hecho, aunque reúna algunas condiciones del prevaricato por omisión, siempre constituirá un ilícito sancio-

nable por las disposiciones que regulan los abusos de autoridad y otras infracciones.

La hipótesis planteada está consagrada en la legislación penal de varios países, entre otros, España, Cuba, Méjico, Chile y Perú, en donde se reprime como delito de prevaricato el hecho de fallar a sabiendas y contra ley expresa.

En relación con los cargos de cohecho y falsedad, la Corte acoge las razones expuestas por la Procuraduría, las cuales se reproducen a continuación:

"III. **El cohecho.**—Este es el otro cargo delictuoso que se le imputa al doctor Gómez en la denuncia, y que el Tribunal no encontró probado. 'Leyendo —dice esa corporación— estas páginas, queda la sensación de que Gómez recibió dinero o dádivas de personas interesadas en el despacho de determinados negocios a él encomendados. Pero no puede afirmarse que exista la prueba que la ley exige para formular el cargo.

"A la Procuraduría también le queda esa fuerte impresión'

"El Tribunal sobreseyó temporalmente por ese delito, y como el auto está apelado en su conjunto, es preciso examinar lo referente al cohecho.

"El cohecho forma parte de lo que en doctrina se denomina corrupción de funcionarios públicos, que consiste en el ofrecimiento, por una parte, y la aceptación por otra, de alguna ventaja, dádiva o provecho por ejecutar o abstenerse de ejecutar el empleado o funcionario un acto propio de sus funciones. El cohecho es, en términos generales, la venta de la justicia.

"Conforme a nuestra legislación penal, el cohecho se configura por el simple acto de admitir el funcionario indebidamente, o el empleado público, para sí o para un tercero, dinero, dádivas o promesas remuneratorias por actuación que deba ejecutar en el desempeño de su cargo, aunque no cometa una injusticia o una arbitrariedad. Si éstas se realizan, la sanción se agrava en los términos del artículo 161 del Código.

"En el presente caso, existen declaraciones sobre mala conducta del Juez, al exigirles dinero a varios interesados en otros negocios, por actos que debía ejecutar como administrador de justicia. Asimismo, hay constancia de que el doctor Pedro Luis Gómez llevó en Segovia una vida holgada y de diversiones que le demandaban una erogación superior a su sueldo, único patrimonio de que él entonces disponía.

'Pero como al propio tiempo, durante la investigación, el sindicado presentó otros testimonios (fs. 21, 24, 25 v., 25 bis y 30 del segundo cuaderno), tendientes a establecer su honorabilidad en ese sentido, lo mismo que su modo de vivir honesto y proporcionado al sueldo que ganaba, sin que hasta el presente haya motivo para sospechar de la rectitud de tales declarantes, es preciso admitir que, por lo menos, surge una duda al respecto que debe favorecerlo. Pero el hecho debe, sí, averiguarse con más diligencia y cuidado al reabrir el sumario por ese delito.

"Además, no se ha establecido que en el tiempo preciso durante el cual se tramitó el juicio ordinario de la Compañía Chilona contra la señora Davidov, el Juez doctor Gómez tuviese una solvencia económica superior al sueldo que percibía.

"En tales circunstancias, ni puede afirmarse con seguridad que el doctor Gómez recibió dinero de la parte demandante en ese juicio ordinario, ni tampoco puede decirse que el hecho no se consumó, dados los antecedentes de que en otros negocios exigió y hasta recibió dádivas indebidas.

"Sobre esto debe también hacerse una minuciosa investigación.

"Por tanto, el sobreseimiento temporal decretado por el Tribunal es correcto y debe confirmarse.

"IV. **Falsedad en documentos públicos.**—Quedó visto que la primitiva sentencia que redactó el Juez en el ordinario de la Compañía Chilona contra la señora Davidov fue sustituída por otra que él mismo no escribió, sino la parte demandante.

"De suerte que, en principio, se configura aquí un delito de falsedad previsto por el artículo 231, numeral 9º, del Código Penal.

"Pero ocurre que en la copia de la primera sentencia que suministró el Secretario del Juzgado, aparece que tal acto tenía fecha 2 de febrero de 1943, y que se le puso nota de publicación y notificación personal al curador el mismo día, sin que esas diligencias tengan firma alguna.

"Y como el mismo día 2 de febrero se firmó la otra sentencia sustitutiva y se agregó al expediente, hay entonces una falta de prueba acerca de que el primer fallo se hubiera publicado en realidad y que hubiese hecho parte, siquiera en algún momento, del mencionado juicio ordinario.

"Ahora bien: conforme al artículo 479 del Código Judicial, toda sentencia debe publicarse en audiencia pública el mismo día en que sea firma-

da, o en el día hábil siguiente. El acto se cumple, leyéndose por el Secretario, en presencia del Juez o Magistrado ponente, la parte resolutiva del fallo.

"La publicación 'tiene por objeto señalar el momento en que cesa la obligación de guardar reserva acerca del contenido del fallo', dijo la comisión redactora del citado Código.

"Lo que quiere decir que mientras la sentencia definitiva no sea publicada en forma legal, ella permanece en reserva y sigue bajo el cuidado y control del Juez o Magistrado, constituyendo apenas un mero proyecto de fallo, susceptible, por lo mismo, de cambios y modificaciones por parte de su autor. Y ese proyecto no es un documento público.

"En tal virtud, ante la duda de que la primera sentencia hubiera sido publicada y notificada el mismo día de su fecha, y de que ella se hubiese quitado del expediente para colocar la otra, hay que concluír que el cuerpo del delito de falsedad no está plenamente probado.

"El hecho, ante esa deficiencia, sólo sirve, por ahora, para tenerlo como índice o indicio de la simpatía con que el Juez obraba en favor de la parte demandante, y como elemento del prevaricato que se ha imputado a dicho funcionario.

"Pero la investigación debe, asimismo, reabrirse por el aspecto de la falsedad.

"Finalmente, en atención a que los folios 56 v., 62, 71 v., 73, 74, 75 v., 76, 79, 80 v., 82, 94 v., 118 v., 119, 119 v., 120, 131 y 134 del cuaderno primero aparecen otras imputaciones graves contra el doctor Gómez, especialmente por cohecho, concusión y abuso de autoridad, deben también averiguarse esos hechos, juntamente con los otros que se dejan puntualizados, a fin de calificarlos en un solo proceso.

"Por lo demás, la Procuraduría confía en que el proceso por colusión que se sigue contra los abogados que intervinieron en el juicio ordinario tantas veces mencionado, se adelante con toda actividad y que en él se imparta la justicia debida".

Como conclusión de lo anterior, la Procuraduría pide a la Corte:

"...que confirme el auto recurrido, con la modificación de suprimirle a esa providencia, en su parte resolutiva, la expresión 'juicio ordinario', y dejar simplemente la de 'juicio' u otra equivalente; y que ordene que, al reabrirse la investigación por el delito de cohecho materia del sobreseimiento temporal, se incluyan igualmente los demás hechos punibles que haya podido cometer el doctor Pedro Luis Gómez y que se dejan precisados en esta vista".

La observación de la Procuraduría en relación al hecho de que debe suprimirse de la parte resolutiva de la sentencia del Tribunal la expresión "juicio ordinario", es lógica y jurídica, toda vez que el nuevo Código de Procedimiento Penal no trae la antigua clasificación de juicio de responsabilidad "por los trámites ordinarios y extraordinarios".

No se hacen consideraciones especiales sobre la personalidad del ex-Juez Gómez, porque este tema se estudiará en la respectiva sentencia, si llegare el caso, para efecto de individualizar la pena que deba imponerse.

Por las razones expuestas, la Corte Suprema, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, RESUELVE:

Confirma el auto proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, con fecha octubre tres (3) de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), con la advertencia de que se suprime de la parte resolutiva de dicha providencia la expresión "ordinario".

Al reabrirse la investigación, en relación con el sobreseimiento temporal, se tendrán en cuenta las anotaciones hechas por la Procuraduría, relativas a la investigación de los hechos puntualizados por dicha entidad.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola — Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

NULIDADES DEL PROCESO PENAL.—VEREDICTO CONTRADICTORIO

Las nulidades que afectan los procesos penales son de dos clases: absolutas o sustanciales y relativas o formales.

Las primeras comprenden la violación de normas de derecho penal, lo afectan en su contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervienen en el juicio; las segundas, hacen referencia a las normas reguladoras del procedimiento penal; éstas son subsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes, deducido de su actuación o intervención en el juicio.

La existencia de nulidades en el proceso penal, plantea el conflicto entre dos derechos: uno de interés general, representado por el Estado, que busca la sanción, sin trabas en el procedimiento, y otro, el del procesado, que invoca para su juzgamiento el cumplimiento de todas las formalidades propias del juicio; la prevalencia de este o aquel interés, sin sujeción a norma alguna, sería incompatible con la finalidad de los procesos penales. De allí que la ley hubiera determinado las nulidades y la forma de declararlas cuando ellas existen.

Las nulidades absolutas o substanciales, como son, entre otras, la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería, se declaran oficiosamente, en cualquier momento procesal en que el juzgador advierte su presencia; son una especie de tutela jurídica que actúa durante el proceso y evita que sean violadas las normas fundamentales de la ley procesal. Las nulidades relativas o formales, por naturaleza subsanables, se puede decir, son contingentes y no producen efectos sino cuando los interesados las reclaman, por lesionar sus derechos.

La omisión de los traslados a que hacen referencia los artículos 459 y 516 del Código de Procedimiento Penal, no son hechos constitutivos de nulidad, porque la ley, en ninguna de las disposiciones del Capítulo VI del Título IV, que trata de las nulidades que afectan los procesos penales, los consagra como causales de este género. Cuando la ley indica normas a las cuales deben sujetarse ciertos actos, su omisión o falta de cumplimiento no implica, necesariamente, un acto de nulidad; estas irregularidades, más bien de forma que de contenido, no tienen la capacidad suficiente para anular el proceso.

Si la omisión de los traslados no está erigida por la ley en causal de nulidad, esa circunstancia puede constituír una falta de cumplimiento de los deberes del Secretario, o negligencia de las partes para reclamar a tiempo sobre la irregularidad, pero en ningún caso ese hecho menoscaba las garantías procesales o constitucionales que afectan los intereses del procesado. Para que esas irregularidades de forma o de procedimiento incidan en las llamadas nulidades constitucionales —de que habla el recurrente— es necesario que directa o indirectamente violen el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional.

La contradicción de un veredicto surge de las respuestas emitidas por los jueces de conciencia a las diversas preguntas de un cuestionario. Pero cuando éste no consta de varias preguntas, sino de una sola, la contradicción debe buscarse en las diferentes proposiciones con las cuales se responde al cuestionario; si la respuesta contiene una simple afirmación o negación, no es posible deducir contradicción por ausencia de términos para hacer una comparación.

La contradicción del veredicto debe buscarse en los elementos que lo integran, es decir, en lo inconciliable de sus proposiciones o afirmaciones, pero no en las pruebas, que son la fuente de información del mismo, que darían lugar a que se lo declare con-

trario a la evidencia de los hechos. Lo primero, veredicto contradictorio, constituye una causal de casación; lo segundo, veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales —no contradictorio— es tema de las instancias del juicio.

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

(Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M.)

Vistos:

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, en sentencia de fecha octubre diez y seis de mil novecientos cuarenta y cinco, condenó a Pablo Antonio Suárez a sufrir la pena principal de ocho años de presidio, por un delito de homicidio, cometido en la persona de Emeterio Villamil.

Contra esa providencia, el defensor del reo interpuso recurso de casación, el que tramitado con las formalidades legales, se pasa a resolver.

Antecedentes

El veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, Leonila Palacio puso en conocimiento de la autoridad respectiva el hecho de que en la fracción "Lajas", jurisdicción del Municipio de San Miguel, había sido ultimado Emeterio Villamil, quien presentaba varias heridas en el cuerpo.

En la diligencia de necropsia, el médico legista dijo: "Las heridas descritas fueron hechas con instrumento cortante y las situadas en la base derecha del cuello fueron la causa de la muerte por anemia aguda...".

Obtenida la comprobación del elemento material y allegada al proceso la prueba tendiente a demostrar la imputabilidad, el Juzgado llamó a responder en juicio a Pablo Antonio Suárez Sánchez, por un delito de homicidio intencional.

Tramitada la causa, al celebrarse la audiencia, en ese acto público, el procesado confesó ser el autor del hecho, en los siguientes términos:

"...que era amigo del occiso Emeterio Villamil y de la esposa de éste, Rosalbina Delgado; que iba a la casa de ellos porque tenía relaciones sexuales con la Delgado, hecho por el cual Villamil no decía nada; que el día del suceso concurrió Suárez a un trigalito cercano de la casa, donde según convenio mutuo lo debía esperar Rosalbina, pero que allí encontró fue a Emeterio, quien le dijo que lo estaba esperando para matarlo y que con un cuchillo Villamil lo atacó y lo hirió, por la espalda, que rodaron por el suelo y en tal situación el acusado se vio en la necesidad de defenderse también con el cuchillo; que él, Suárez, negó durante la investigación la realidad de los acontecimientos, porque así se lo aconsejó un sargento de la policía, pues de lo contrario se perjudicaba; que mantuvo relaciones sexuales con Rosalbina Delgado durante dos años, sin que pueda explicar por qué motivo en todo ese tiempo Villamil no procedió contra él; que el día que le hizo la cita la Delgado al trigal, ésta no estaba por ahí y que fue ese día la última vez que la vio".

El juzgado sometió a la consideración de los jueces de conciencia el siguiente cuestionario:

"**Cuestión única.** ¿El procesado Pablo Antonio Suárez Sánchez es responsable de haberle ocasionado la muerte a Emeterio Villamil por medio de las lesiones descritas en la diligencia de autopsia visible al folio 8 v. del expediente, hecho cometido el día veinticinco de mayo de mil novecientos cuarenta y cuatro, en la quebrada denominada 'El Loquetal', fracción de 'Lajas', del vecindario de San Miguel, y en la ejecución de ese hecho obró el acusado con el propósito de matar?" (pág. 194).

El Jurado respondió simplemente "Sí".

Con base en este veredicto, se condenó a Pablo Antonio Suárez a la pena de ocho años de presidio, en providencia que fue confirmada por el Tribunal.

Demanda

En la sustentación del recurso, asistieron al procesado los doctores Antonio José Uribe Prada y Carlos Arturo Díaz, quienes formularon la correspondiente demanda de casación.

El primero invoca como causales de casación las contempladas en los numerales 7º y 1º del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal; y el segundo, las de los numerales 4º y 2º de la citada disposición.

En el estudio de la demanda, la Corte seguirá el orden adoptado por la Procuraduría.

Causal cuarta

Ser la sentencia violatoria de la ley procedimental por haberse pronunciado en un juicio viciado de nulidad.

Como razones de esta causal, se alegan las siguientes:

A los jueces de conciencia no se les notificó el auto por el cual se les hizo la designación de jurados, ni se les corrió el traslado para estudiar el expediente, a pesar de que el Juzgado, en auto de mayo 11 de 1945, ordenó cumplir estas formalidades; es decir, se violó el ordenamiento del artículo 516 del Código de Procedimiento Penal.

Por auto de veinticinco de junio de mil novecientos cuarenta y cinco, el Juzgado ordenó correr traslado a las partes para el estudio del expediente, pero ese traslado no se verificó; tan sólo se hizo la notificación. En esta forma, se violó lo dispuesto por los artículos 458, 459 y 460 de la obra citada.

Los traslados a que hacen referencia las disposiciones anotadas, no son simples formalidades de procedimiento, sino actos esenciales del proceso, que se relacionan con los intereses de la defensa. El Jurado no puede pronunciar un veredicto sobre un negocio que no lo ha estudiado, o no lo conoce, por ausencia de traslado. Las partes no podrían llenar su misión en el proceso penal, sin el estudio previo del negocio, hecho que se cumple con el traslado.

Y en otra parte, argumenta: Aunque la ley de procedimiento penal, en el Capítulo VI del Título IV, no erigió en causal de nulidad la omisión de las formalidades de los artículos 459 y 516, la violación de esos preceptos incide en las llamadas nulidades constitucionales del artículo 26 de la Carta.

Al prescindir de estas normas, al procesado se lo juzgó sin las formalidades propias del juicio, "aplicándole una ley especial, que no se encuentra escrita y que el Juez por sí solo no puede dictar, promulgar y ejecutar".

Se considera:

Las nulidades que afectan los procesos penales son de dos clases: absolutas o sustanciales, y relativas o formales.

Las primeras comprenden la violación de normas del derecho penal, lo afectan en su contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervienen en el juicio; las segundas, hacen referencia a las normas reguladoras del procedimiento penal; éstas son subsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes, deducido de su actuación o intervención en el juicio.

"La existencia de nulidades en el proceso penal, plantea el conflicto entre dos derechos: uno de interés general, representado por el Estado, que busca la sanción, sin trabas en el procedimiento, y otro, el del procesado, que invoca para su juzgamiento el cumplimiento de todas las formalidades propias del juicio; la prevalencia de este o aquel interés, sin sujeción a norma alguna, sería incompatible con la finalidad de los procesos penales. De allí que la ley hubiera determinado las nulidades y la forma de declararlas cuando ellas existen.

Las nulidades absolutas o substanciales, como son, entre otras, la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería, se declaran oficiosamente, en cualquier momento procesal en que el juzgador advierte su presencia; son una especie de tutela jurídica que actúa durante el proceso y evita que sean violadas las normas fundamentales de la ley procesal. Las nulidades relativas o formales, por naturaleza subsanables, se puede decir, son contingentes y no producen efectos sino cuando los interesados las reclaman, por lesionar sus derechos.

En el proceso penal, las nulidades son taxativas, su existencia está previamente reconocida por la ley, para que el juzgador las declare; por tanto, en el campo de la interpretación, debe primar el criterio restringido y no el analógico, respecto de las disposiciones que las consagran. El fallador no puede, en ningún caso ni por ningún motivo, deducir, sacar o crear nulidades de actos que la ley no los considera como generadores de éstas; tal facultad es propia del legislador y no del juez que administra justicia.

La omisión de los traslados a que hacen referencia los artículos 459 y 516 del Código de Procedimiento Penal, no son hechos constitutivos de nulidad, porque la ley, en ninguna de las disposiciones del Capítulo VI del Título IV, que trata de las nulidades que afectan los procesos penales, los consagra como causales de este género. Cuando la ley indica normas a las cuales deben sujetarse ciertos actos, su omisión o falta de cumplimiento no implica, necesariamente, un acto de nulidad; estas irregularidades, más bien de forma

que de contenido, no tienen la capacidad suficiente para anular el proceso.

Si la omisión de los traslados no está erigida por la ley en causal de nulidad, esa circunstancia puede constituir una falta de cumplimiento de los deberes del Secretario, o negligencia de las partes para reclamar a tiempo sobre la irregularidad, pero en ningún caso ese hecho menoscaba las garantías procesales o constitucionales que afectan los intereses del procesado. Para que esas irregularidades de forma o de procedimiento incidan en las llamadas nulidades constitucionales —de que habla el recurrente—, es necesario que directa o indirectamente violen el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional.

Los Jurados pueden adquirir, en la celebración de la audiencia pública, con prescindencia del traslado del expediente, la convicción íntima de los hechos sobre los cuales se los interroga, porque en ese acto es cuando se examinan los cargos imputados en el auto de proceder, como la defensa que de ellos se hace al procesado, y como resultado del conocimiento de los hechos, y de la convicción formada, se pronuncia el veredicto; cuando así se procede, no se menoscaba ninguna garantía procesal, ni se omiten formalidades esenciales del juicio, para alegar posteriormente la omisión del traslado (artículo 516) como una nulidad constitucional.

Cuando el vocero y defensor intervienen en la audiencia y ejercitan los derechos que la ley les ha conferido en defensa de los intereses del procesado, bien sea refutando los cargos deducidos en el auto de proceder, bien alegando tesis nuevas no contempladas en él, pero con respaldo en las pruebas allegadas al juicio; ya planteando conclusiones que lleven a la absolución de su defendido, mal puede hablarse de que no se cumplieron las formalidades propias del juicio, porque se omitió por la Secretaría dar traslado del negocio a las partes (artículo 459 del C. de P. P.).

Por estos motivos, la causal alegada no prospera.

Causal segunda.

Cuando por errada interpretación o apreciación de los hechos, en la sentencia se les haya atribuído un valor probatorio que no tienen, o se les haya negado el que sí tienen....".

Afirma el recurrente que la sentencia estima probado el homicidio, y que dicha estimación la hace como si se tratara de un homicidio simplemente intencional. Pero como el veredicto se pronunció con base en la confesión del procesado, debió admitirse la legítima defensa, o por lo menos, que el hecho se cometió en estado de riña imprevista.

".... por ello el veredicto —dice el doctor Carlos Arturo Díaz— en cuanto desconoció esta circunstancia es contraria a la evidencia de los hechos y así ha debido declararse por el Juez o Tribunal".

En los juicios que se ventilan con intervención del Jurado, el examen y crítica de pruebas relativas a la responsabilidad como a la exención de ella, no pueden hacerse por la Sala sino con miras a conseguir una declaración sobre injusticia del veredicto de los jueces de conciencia, circunstancia que el nuevo Código de Procedimiento Penal y la jurisprudencia no la contemplan como causal de casación.

Si el veredicto no fué declarado contrario a la evidencia de los hechos procesales, cuando existía esa oportunidad, en casación no se puede desconocer su valor, so pretexto de corregir, enmendar o subsanar la deficiencia. La Corte no tiene facultad para hacer esa declaración, por no ser Tribunal de instancia.

En repetidas ocasiones ha dicho la Corte, que la causal segunda de casación no puede alegarse en los juicios en que interviene el jurado, porque ello implicaría el desconocimiento de un fallo que se funda en el veredicto, ora porque los jueces de conciencia son libres de apreciar las pruebas del proceso, según su íntima convicción, ora porque el recurso no constituye una tercera instancia del proceso, ya porque en casación no se estudian los hechos sino el derecho, es decir, el fallo frente a la ley, ora porque el examen de las pruebas lleva a la conclusión de declarar el veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, tema impropio del recurso y que la ley no lo ha consagrado como causal de casación.

Por tanto, la causal alegada no prospera.

Causal séptima.

"Cuando la sentencia se haya dictado sobre un veredicto evidentemente contradictorio".

Afirma el demandante que la sentencia se dictó sobre un veredicto evidentemente contradictorio con los hechos procesales, porque en el expediente está probado lo siguiente:

Que el reo fué el autor del homicidio, pero que éste se consumó en estado de legítima defensa, circunstancia plenamente probada con la confesión del procesado. "Y como de esa consideración —dice el doctor Antonio José Uribe Prada— resulta la defensa legítima de la vida del sindicado, sobre todo mediante la confesión, advierto contradictorio con la evidencia de los hechos el veredicto sobre el cual se dictó la sentencia recurrida".

La contradicción de un veredicto surge de las respuestas emitidas por los jueces de conciencia a las diversas preguntas de un cuestionario. Pero cuando éste no consta de varias preguntas, sino de una sola, la contradicción debe buscarse en las diferentes proposiciones con las cuales se responde al cuestionario; si la respuesta contiene una simple afirmación o negación, no es posible deducir contradicción, por ausencia de términos para hacer una comparación.

El principio de contradicción implica la imposibilidad absoluta o el absurdo de que una cosa sea y no sea al mismo tiempo. Ocurre esta imposibilidad cuando la existencia de una propiedad o atributo de una cosa excluye necesariamente la posibilidad de existencia de otra característica contraria en la misma cosa. De esta manera, una sola proposición no puede recibir atributos que se oponen entre sí.

Para afirmar el principio de contradicción en un veredicto, es indispensable la existencia de dos o más proposiciones que sirvan de término de comparación. No es posible hallar contradicción en el "SI" de una respuesta, cuando no existe la proposición o término que sirva para compararla.

La contradicción del veredicto debe buscarse en los elementos que lo integran, es decir, en lo inconciliable de sus proposiciones o afirmaciones, pero no en las pruebas, que son la fuente de información del mismo que darían lugar a que se lo declare contrario a la evidencia de los hechos. Lo primero, veredicto contradictorio, constituye una causal de casación; lo segundo, veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales —no contradictorios—, es tema de las instancias del juicio.

".... el recurrente —dice la Procuraduría— involucra aquí el veredicto injusto con el veredicto contradictorio, que son dos cosas distintas.

En efecto, la injusticia evidente del veredicto implica una manifiesta negación de los hechos o de las situaciones jurídicas claramente establecidos en el proceso; es un desconocimiento patente de lo probado en autos, de tal suerte que el veredicto niega lo que el expediente afirma.

En cambio, el veredicto contradictorio es aquel que consigna en sus propios términos proposiciones que no pueden coexistir, que se destruyen mutuamente, porque la una excluye lo que la otra acepta. Un veredicto contradictorio constituye, por consiguiente, una imposibilidad física, moral, lógica o jurídica; hay en él una verdadera confusión ideológica, un absurdo y una negación del principio mismo de contradición".

Como en el caso de estudio, el veredicto del Jurado consta de un "SI", afirmativo, sin explicación o adición alguna, no es posible deducir contradicción en el veredicto pronunciado por los jueces de conciencia, por ausencia de proposiciones o términos de comparación.

El cargo no prospera.

Causal primera:

Ser la sentencia violatoria de la ley penal, por errónea interpretación o por indebida aplicación de la misma.

Se afirma que la sentencia es violatoria de la ley penal, porque el fallador "no tuvo en cuenta lo mandado en el artículo 537 del Código de Procedimiento Penal y dictó sentencia sobre un primer veredicto contradictorio con la evidencia de los hechos'.

Si el veredicto del Jurado deduce para el procesado una responsabilidad que se halla demostrada en autos; si esa decisión no es contraria a las normas del procepto invocado, los jueces de derecho no pueden declarar el veredicto contradictorio a la evidencia de los hechos procesales, porque en ese caso, lejos de cumplir la ley, la violarían, en perjuicio de los intereses sociales.

La causal invocada, con fundamento en que el veredicto es contrario a la evidencia de los hechos procesales, no es procedente, porque a la Corte, no le corresponde decidir o resolver sobre este tema; dicha atribución es propia de los jueces y tribunales de instancia, a quienes la ley les ha conferido esa facultad. El recurso de casación no es una tercera instancia, y el cargo no está erigido por la ley como causal de casación que pueda invocarse ante la Corte.

Parece que se hubiera querido sorprender a la Corte, presentándole, so pretexto de fundar una causal impropia del recurso, con argumentos inadecuados y que sólo podrían tenerse en cuenta en cualquiera de las instancias del juicio.

El cargo es infundado y no prospera.

Por las consideraciones expuestas, la Corte Suprema —Sala de Casación Penal—, oído el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, de acuerdo con él, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, NO INVALIDA el fallo dictado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bucaramanga, por el cual se impuso a Pablo Antonio Suárez Sánchez la pena de ocho años de presidio, por un delito de homicidio.

Cópiese, notifíquese y devuélvase.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez A.—Ricardo Jordán Jiménez—Domingo Sarasty M.—Julio Argüello R., Srio.

NULIDAD DE LO ACTUADO POR INFRACCION DEL ARTICULO 26 DE LA CONSTITUCION NACIONAL

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

(Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola)

Vistos:

Solicita el doctor Eduardo Patiño, apoderado del recurrente en casación Ignacio Yoposa, se declare la nulidad de todo lo actuado en el presente recurso a partir del auto por medio del cual se ordenó fijar el negocio en lista. Los fundamentos del peticionario son los siguientes:

"1º La tramitación de este negocio, ha debido continuarse en la H. Corte, de conformidad con el procedimiento del Código anterior, de consonancia con lo ordenado por el artículo 722 del C. de P. P., en vigencia;

"2º Toda la secuela de este juicio se adelantó según las normas procedimentales del anterior Código, de suerte que al tramitarse el recurso extraordinario conforme al nuevo Código, se ha establecido cierta anarquía en la materia;

"3º Con la tramitación que le dio la H. Corte a esta causa, se ocasionan perjuicios a mi cliente, tales como no haber podido la defensa fundamentar el recurso de casación;

"4º El procedimiento anterior, es más favorable a mi cliente, por cuanto es más amplio, especialmente en cuestión de términos, debiendo por lo tanto aplicarse con preferencia al actual;

"5º Podría decirse que por el hecho de haberse notificado tanto al procesado, como al suscrito, el auto que ordenó la fijación en lista del juicio, tal notificación constituiría una especie de asentimiento nuéstro a que la secuela del juicio, se adelantara conforme al Código en vigencia, pero por encima de tal apreciación están los intereses del procesado y las disposiciones legales que ordenan lo contrario".

Las observaciones del memorialista se ajustan a la verdad, por lo cual la Sala se ve en la necesidad de estudiar los fundamentos de la petición.

En efecto: el proceso se inició el día 18 de abril de 1937 fecha anterior a la vigencia del actual Código. Desde su comienzo el asunto se ajustó a la ley procesal antigua, por lo cual el cambio de procedimiento en virtud de la vigencia del actual Código sólo sería atinado si el procedimiento fuera más favorable al condenado. Pero se observa —como bien lo afirma el peticionario— que en el trámite del recurso de casación la ley nueva estatuyó procedimientos más rigurosos que el Código anterior. Por ejemplo, en lo relacionado con la presentación de la demanda, formalidad que anteriormente no era necesario llenar puesto que el artículo 6º de la ley 118 de 1931 autorizaba al Procurador a sustentarla cuando el recurrente no la formulara, o ampliarla cuando ella fuera deficiente, el actual Código estatuye que la demanda de casación debe ser formulada por el recurrente, requisito sin el cual es de rigurosa aplicación la norma que ordena declarar desierto el recurso.

El hecho de dar al recurso interpuesto por el defensor de Yopasa el trámite ordenado en el actual Código constituye una medida perjudicial para el condenado ya que hubo de declararse desierto el recurso por la no presentación de la demanda, requisito que en el anterior procedimiento no hubiera sido necesario. Como se observa la ley procesal que regía en la iniciación del proceso es más favorable al recurrente, por lo cual la Sala deberá retrotraer el procedimiento hasta su iniciación y encauzarlo por el procedimiento pertinente y favorable al reo.

La declaración de nulidad de lo actuado en el presente recurso no está autorizada por ningún texto legal, pero, en cambio, tiene su fundamento y es de imperativa obligatoriedad su pronunciación, en el artículo 26 de la Carta Fundamental, que dice:

"Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se impute, ante

Tribunal competente, y observando la plenitud de las formas propias de cada juicio".

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

En mérito de las anteriores consideraciones, la Corte Suprema, Sala de Casación Penal, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, declara NULO todo lo actuado en el presente recurso de casación a partir del auto que ordenó fijar en lista el negocio para alegar sobre la admisibilidad del recurso, y ejecutoriado que esté el presente auto se ordena iniciar el trámite pertinente según las normas anteriores a la vigencia del actual Código.

Cópiese y notifíquese.

Agustín Gómez Prada—Francisco Bruno—Jorge E. Gutiérrez Anzola—Ricardo Jordán Jiménez. Domingo Sarasty M.—Julio E. Argüello R., Srio.

TESTIMONIO.—SU VALORACION JURIDICA.—INVOCACION DE LA CAUSAL 2ª DE CASACION

1.—Si es verdad que, conforme al aserto de Bacon, "los testigos no se cuentan sino que se pesan", uno de ellos puede bastar para infundir credibilidad acerca de un hecho determinado. Y ese es el sistema adoptado por el nuevo Código de Procedimiento Penal colombiano, en el cual la tarifa probatoria, predominante en el estatuto anterior, ha sido reemplazada por un método más acorde con la misión encomendada a los Jueces. Mas esta libertad de que ellos disfrutan en la apreciación de los elementos destinados a formar juicio sobre los problemas jurídicos, tiene un límite: el de la crítica de la prueba, función que debe estar presidida por un raciocinio lógico.

2.—La invocación de la causal 2ª del artículo 567 del Código Penal implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso: de ahí que se haya dicho que al considerar esa causal la Corte de Casación asume funciones de Tribunal de instancia. Se asemeja apenas, pero sin convertirse realmente en una tercera instancia. Porque la casación es un juicio sobre la sentencia. Si el ataque a ella, a su construcción jurídica resulta comprobado, la sentencia cae y debe reemplazarse por la que corresponda. Pero esto no quiere decir que si la crítica es desacertada o mal enfocada, porque se dirigió, por ejemplo, a un aspecto del proceso no susceptible de reparo, dejando intacto otro combatible, o si los argumentos del recurrente respecto de cuestiones planteadas en la sentencia y debatidas en el recurso son eficaces para obtener la invalidación de aquélla, existiendo, sin embargo, otras, que no fueron materia ni de la primera (sentencia) ni del segundo (recurso) y conforme a las cuales proceda una solución distinta a la pedida, la Corte está obligada a sustituír al fallador y al demandante llenando los vacíos de ambos. La razón es muy clara: el procedimiento de oficio le está vedado a la Corte. Su actuación está circunscrita a una controversia, enmarcada por los fundamentos del recurso respecto de la estructura jurídica del fallo.

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

(Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez)

Vistos:

Ha sido recurrida en casación la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, fechada el veintiseis de febrero de este año, en la cual se le impuso a José J. Mendoza —ex-agente de la Policía Nacional— la sanción principal de cinco años de presidio, como autor de los delitos de abuso de autoridad y lesiones personales (concurso formal).

Refiérese en esa sentencia que en las primeras horas de la noche (7 a 8) del veintitrés de agosto de mil novecientos cuarenta y dos tres agentes de la Policía Nacional —señores José J. Mendoza Montaño, número 713, Erasmo Muñoz, número 651, y Pedro P. Castellanos, número 682— quienes buscaban a un individuo que acababa de herir gravemente a una mujer, se dirigieron a una casa situada en el barrio de Lourdes de esta ciudad, pues varias personas les indicaron que allí se había introducido el individuo a quien perseguían como heridor de la mujer, quien después se supo que respondía al nombre de Ruth Romero Sarmiento. Tocaron en la puerta marcada con el número 3-44 de la carrera 3ª, en la que se hallaban Carmen Buitrago, su hermano Campo Elías Buitrago, la esposa de éste, llamada Bernarda Puerto, y Esteban Pastagas. Acudió a abrir la puerta Carmen Buitrago, y al hacerlo recibió de José J. Mendoza un golpe —con la vara de mando o con el bolillo— en la sien derecha, golpe que le ocasionó la pérdida del ojo de ese lado, el cual hubo necesidad de enuclear, según se lee en los reconocimientos periciales, en los que consta que

la incapacidad que sufrió la ofendida Carmen Buitrago a consecuencia de la lesión fue de veinticinco días, quedando con perturbación funcional y desfiguración facial permanente.

Se apoya la sentencia, para deducirle la responsabilidad a José J. Mendoza, en las declaraciones de Campo Elías Buitrago, Pedro Esteban Pastagas, Bernarda Puerto de Buitrago, Olimpia Ortiz y Aura María Rodríguez de Mariño.

EL RECURSO

Ha sustentado el recurso el doctor Jorge E. Sabogal Perilla, quien en una demanda preparada con encomiable laboriosidad, invoca las causales 1ª y 2ª del artículo 657 del Código de Procedimiento Penal. Los cargos referentes a esas causales los va presentando conjuntamente hasta completar el número de cuatro, así:

Primer cargo. Errada apreciación e interpretación de los hechos contenidos en el dictamen pericial rendido por los señores Guillermo A. Luengas y Alfonso Alarcón, en concordancia con la reconstrucción de los hechos; y erradas apreciación e interpretación de los mismos, en cuanto al contenido del informe del "Gabinete Central de Identificación", suscrito ese informe por los señores Carlos J. Barreto y Eduardo Baraya, atendiendo la relación entre este informe y las declaraciones de Olimpia Ortiz, Pedro Esteban Pastagas, Bernarda Puerto, Campo Elías Buitrago y Carmen Buitrago; y en relación también con los reconocimientos practicados —en rueda de agentes— por el señor José del Carmen Murillo.

Segundo Cargo. Erradas interpretación y apreciación del reconocimiento de José J. Mendoza —en rueda de agentes— por los testigos Olimpia Ortiz, Campo Elías Buitrago y Bernarda Puerto de Buitrago.

Tercer cargo. Erradas interpretación y apreciación de los hechos contenidos en la declaración de la señora Cecilia Salazar y de las indagatorias de José J. Mendoza, Pedro P. Castellanos y Erasmo Muñoz.

Cuarto cargo. Errada interpretación e indebida aplicación de la ley penal.

El primer cargo, de extenso desarrollo como todos, tiene este fundamento, que es base del estudio que a él sigue: que en la sentencia les fueron negados a los hechos descritos en este primer cargo el valor que tienen y se les dio uno distinto y que no tienen, siendo esas erradas interpretación y apreciación las causas de haberse condenado a José J. Mendoza, por lo cual se violaron los artículos 11, 31, 92, 171, 181, 374, inciso 2º, y 371 del Código Penal, y los artículos 202 y 205 del Código de Procedimiento Penal.

El segundo cargo se funda en que por haber errado el sentenciador en la apreciación de los careos sostenidos entre Campo Elías Buitrago, Olimpia Ortiz y Bernarda Puerto, por una parte, y José J. Mendoza por la otra; y por errada apreciación o interpretación de la diligencia de reconstrucción y de la declaración de Aura María Rodríguez de Mariño, se condenó al procesado, violando los artículos 11, 31, 37, 92, 181, 371 y 374 inciso 2º, del Código Penal, lo mismo que el artículo 204 del Código de Procedimiento Penal.

El tercer cargo se funda en que en la sentencia se erró en la apreciación de las declaraciones de José del Carmen Murillo, Campo Elías Buitrago, Pedro Esteban Pastagas, Bernarda Puerto, Aniceto Rodríguez, Simón Martínez y Aura María Rodríguez de Mariño, en cuanto esas declaraciones aluden a la presanidad de Carmen Buitrago, con lo cual se violaron los artículos 181, 371 y 374, inciso 2º del Código Penal, lo mismo que el artículo 203 del Código de Procedimiento Penal.

El cuarto cargo se funda en habérsele deducido al procesado Mendoza tres circunstancias de mayor peligrosidad no existentes, con lo cual se violó el artículo 39 del Código Penal.

Al pedir el demandante que se case la sentencia, dice que espera un fallo absolutorio, que es el que debe reemplazar al impugnado.

Como se trata de un fallo dictado en primera instancia por un Juez de Circuito, la causal 2ª invocada y sustentada es pertinente. Y la Sala, para los efectos de la decisión que va a pronunciar, se ha visto precisada a estudiar detenidamente todo el contenido del proceso, puesto que se ha atacado el apoyo probatorio de la responsabilidad declarada.

La prueba testimonial

Puesto que la sentencia asegura que la responsabilidad de José J. Mendoza se deduce de lo expuesto por los testigos Campo Elías Buitrago, Pedro Esteban Pastagas, Bernarda Puerto de Bui-

trago, Olimpia Ortiz y Aura María Rodríguez de Mariño, lo primero que es indispensable realizar es el estudio de los textos de las primeras declaraciones de esos testigos, para saber si efectivamente en ellas se señala directamente a José J. Mendoza como autor del atentado de que fue víctima Carmen Buitrago. Porque es claro que si el resultado de la confrontación se halla de acuerdo con lo aseverado en la sentencia, la impugnación estaría fuera de lugar, y habría que desecharla. Pero si ella se apoya en testimonios desestimables o que en realidad nada dijeron sobre lo que se dice que dijeron, entonces sí será necesario examinar las razones que el demandante ha presentado como fundamento de su acusación.

Declara Campo Elías Buitrago el 1º de septiembre de 1942:

"...El domingo pasado, veintitrés de agosto nos encontrábamos en nuestra casa de habitación Nº 3-44 de la carrera 2ª, estaba un inquilino Esteban Pastagas y la mujer Olimpia Castañeda de Pastagas, mi señora Bernarda Puerto de Buitrago y mi hermana Carmen Buitrago, estábamos charlando en la pieza, a puerta cerrada a las siete y media de la noche y ya me iba a acostar, me estaba desvistiendo porque tenía que madrugar para irme para el trabajo y llegaron tres agentes de policía y no golpiaron" (sic) "en el portón, sino que se entraron hasta la casa que queda en el fondo del patio y con golpes sumamente fuertes golpearon en la puerta de mi pieza de dormitorio y con fuertes golpes y entonces mi hermana Carmen al abrir la puerta a ver quién era el de lo empellones y ella que abre cuando los policías que estaban ahí uno de ellos le descargó un bolillazo a mi hermana y le pegó por la cara, en una vista y según dijo el médico, le dañaron el ojo. Yo me paré inmediatamente y les dije que por qué le pegaban a mi hermana, sin estar haciendo ni ofendiendo a nadie y entonces uno de ellos el Nº 682 me agarró y me sacó para la calle, así en camisa como me encontraba y me puso las esposas, sin yo saber nada, y a mi hermana también la sacaron a la calle y la detuvieron así herida como ya estaba, y al señor Esteban Pastagas también lo sacaron lo mismo a mi esposa y a todos nos llevaron para el Permanente, sin nosotros haber cometido ninguna falta ni nada. A la señora de Pastagas también le dieron dos puños pero no la llevaron al Permanente por el asunto de los niños. También al señor Murillo que fue a interceder por nosotros le metieron un empellón y lo tiraron entre la alberca del agua; más aparte me cortaron el cordón de la luz y me dejaron a oscuras en la casa. A mí me mandaron" (sic) "cuatro días detenido y me mandaron para el 5º de Instrucción y allí me pusieron en libertad cuando yo comprobé que no debía nada. Mi hermana está en el hospital por razón del golpe que le dio uno de los agentes con el bolillo por la cara y según me informó un médico, van a tener qu sacarle el ojo. A mí no me dieron tregua a ver el número de los otros agentes, porque nos quitaron la luz y después no los pude ver. El que le pegó a mi hermana con el bolillo por la cara es un **policía alto, mono"** (subraya la Sala), "Me consta que mi hermana se encontraba sana y sin heridas de ninguna especie, antes de que ese policía le pegara y la hiriera como lo hizo y tampoco ha sufrido nunca de la vista; es una mujer alentada".

Declara Pedro Esteban Pastagas el 1º de septiembre de 1942:

"...Hace unos veinte días me pasé a vivir a la casa del señor Campo Elías Buitrago que queda situada en la dirección ya anotada; el domingo veintitrés de agosto del presente año, estaba yo dentro de la pieza del señor Buitrago charlando, cuando la policía y cogió a empellones la puerta; en ese momento salió la señora Carmen de Buitrago a ver lo que ocurría pues allí no había escándalo de nada, cuando ella abrió la puerta uno de los tres agentes que había le descargó un bolillazo hiriéndola en una sien; cuando el agente iba a descargarle un nuevo golpe se enredó en los cables de la luz, reventándolos dejándonos a oscuras. La muchacha Olimpia Ortiz que hace vida marital conmigo, cuando salió a ver lo que pasaba, uno de los agentes le pegó una palmada por haberle preguntado qué era lo que estaba ocurriendo; de la palmada que le dio el agente a Olimpia no faltó nada para haberla echado a rodar a un hoyo de metro y medio de altura. Cuando el agente le dio el bolillazo a la señora Carmen Buitrago, salió el hermano de ella Campo Elías Buitrago y se lo llevaron para el Permanente. PREGUNTADO: Sírvase decirme si Carmen Buitrago se encontraba sana antes de haberla herido el agente y si no presentaba lesión de ninguna naturaleza. CONTESTO: Carmen Buitrago se encontraba sana momentos antes de haber sido herida por el agente de la policía y no presentaba ninguna lesión. PREGUNTADO: Sírvase decirme si Ud. anotó el número de los agentes que entraron allí y si sabe el motivo que hubiera movido a los agentes para entrar a la casa. CON-

TESTO: Uno de los agentes era el Nº 615"; (subraya la Sala) "el número de los otros dos agentes nó los pude anotar por haber quedado a oscuras..."

Declara Bernarda Puerto el 1º de septiembre de 1942:

"...El veintitrés de agosto próximo pasado me encontraba en la pieza de Campo Elías Buitrago que queda situada en la carrera segunda Nº 33-44; estábamos allí charlando junto con Carmen Buitrago y Esteban Pastagas" (sic) "cuando sentimos unos golpes duros; Carmen Buitrago se levantó a abrir la puerta y halló allí a tres agentes, cuyos números no supe y les dijo que qué necesitaban, que allí no ocurría nada, y entonces el señor agente le descargó un bolillazo por la frente, hiriéndola; luego los agentes cogieron a Carmen Buitrago, y a Campo Elías Buitrago y los bajaron para el permanente Central. Es todo lo que me consta. PREGUNTADA: Sírvase decirme si Carmen Buitrago antes de ser herida por el agente, se encontraba sana y no presentaba ninguna lesión. CONTESTO: Antes de recibir el bolillazo por el agente ella se encontraba sana y no presentaba lesión de ningún género..."

Declara Olimpia Ortiz el 2 de septiembre de 1942:

"...Yo me encontraba dentro de mi pieza, situada en la dirección antes mencionada, dándole de comer a una hija mía el domingo veintitrés de agosto del corriente año, por ahí a las siete de la noche, cuando sentí unos golpes duros en la puerta dónde habita Campo Elías Buitrago, o sea la pieza contigua a la mía; en la pieza de Campo Elías Buitrago se encontraban él, la hermana Carmen Buitrago, Bernarda Puerto y Esteban Pastagas, hecho que pude comprobar desde temprano, pues yo los ví entrar a la pieza y no los había visto salir; yo al sentir los golpes en la puerta, salí a ver qué pasaba y pude ver que tres agentes de la Policía Nacional penetraban a la pieza de Buitrago y en forma atropellada; yo les pregunté que qué ocurría, que allí no había disgusto ni nada; en seguida los agentes nada me contestaron y al abrir Carmen la puerta, uno de los agentes le descargó un bolillazo en el ojo izquierdo; luego en seguida por yo haberle dicho a los agentes que ahí nada ocurría, uno de los agentes me dio una palmada en la cara diciéndome que ahí nada pasaba, que me callara, so alcagüeta"; (sic) "luego que le dieron el garrotazo a Carmen Buitrago, sacaron a empellones a Campo Elías Buitrago de la citada pieza y se los llevaron para el Permanente, diz que porque allí se había entrado un individuo que acababa de asesinar o apuñaliar a una señora; esta manifestación la oí yo de boca de los mismos agentes. No supe los nombres ni los números de los agentes que se entraron abusivamente a la pieza de Buitrago, **mi tampoco pude distinguir cuál de ellos fue el que le dio el bolillazo a Carmen**" (subraya la Sala) "y la palmada a mí, solamente pude distinguir que eran tres agentes de la Policía Nacional por los uniformes que portaban..."

Declara Aura María Rodríguez de Mariño el 15 de septiembre de 1942:

"...el domingo veintitrés de agosto pasado y como entre las siete y entre las ocho de la noche oí a una mujer que decía que le había sacado las tripas a una mujer y entonces yo abrí la ventana de mi casa que dá al frente de la casa del señor Campo Elías Buitrago y de donde se ve bien su casa y especialmente el dormitorio de ellos; al poco rato llegaron tres agentes cuyos nombres y números no sé, a la casa de Campo Elías Buitrago y entraron, subiendo las gradas que hay para llegar a la pieza de Campo Elías; una vez que llegaron a la pieza de Campo Elías, ví que ellos golpeaban en la puerta de Campo Elías y también alcancé a oír esos golpes, pues eran fuertes; al poco momento de esto ví que sacaban al señor Campo Elías Buitrago, los tres agentes y también ví que con él y detrás, salía con los mismos agentes la señora Carmen Buitrago, hermana de Campo Elías; yo no ví quién la hirió pero lo único que puedo decir es que los tres agentes llegaron a la pieza, golpearon con los bolillos y luego salían ellos con Campo Elías y más atrás la herida, que era la señora Carmen: ella chorreaba sangre por la cara, pero no me acuerdo de qué lado de la cai Esto es lo único que me consta en este asunto por haberlo presenciado..."

Como ha podido verse en las transcripciones anteriores, que se han hecho textualmente para un mejor convencimiento, en ninguno de esos relatos, que fueron —a excepción del de Aura María Rodríguez— los primeros que se trajeron al proceso, se señala —al menos de una manera directa— a José J. Mendoza como autor de la lesión causada a Carmen Buitrago, quien en su denuncio tampoco indicó a su heridor.

Se observa sí que Campo Elías Buitrago dijo que quien golpeó a su hermana Carmen había sido un "policía alto, mono". Los otros no mencionaron

detalle alguno a este respecto, salvo el suministrado por Pedro Esteban Pastagas, quien aseguró que **uno de los agentes tenía el número 615.** Lo que no es verdad, pues ya se ha visto que tal placa no corresponde ni a la de Muñoz, ni a la de Castellanos, ni a la de Mendoza.

En cuanto a Olimpia Ortiz expresó terminantemente no haber podido distinguir cuál de los agentes fue el que "le dio el bolillazo a Carmen". Y, por último, Aura María Rodríguez no solamente no distinguió al infractor sino que manifestó "no haber visto quién hirió" a Carmen Buitrago.

En cambio, en la sentencia no se aludió al testimonio de José del Carmen Murillo, quien en su declaración del treinta de agosto de mil novecientos cuarenta y dos dijo que había presenciado los acontecimientos y que podía asegurar que el agente que había golpeado a Carmen Buitrago, al abrir ésta la puerta de la habitación Nº 3-44 de la carrera 3ª, era el que usaba la placa número 713.

Quizá el motivo para haber prescindido el Tribunal sentenciador de este testimonio fue el hecho de que José del Carmen Murillo no reconoció a José J. Mendoza en la rueda de agentes que se formó ante sus ojos —y en la que figuraba el agente Nº 713, o sea, Mendoza— para que indicara si allí se encontraba aquél a quien se refirió al rendir su testimonio.

Pero si se ha supuesto que a la observación de esta circunstancia se debió el que el Tribunal no incluyera a José del Carmen Murillo como testigo competente para respaldar el cargo que se le dedujo a Mendoza, también habría que suponer que el mismo cuidado debió tenerse en la valorización de los demás testimonios. Porque Olimpia Ortiz, por ejemplo, dijo que no había conseguido distinguir cuál de los agentes fue el autor del golpe a Carmen Buitrago; y sin embargo, en la diligencia de reconocimiento señaló a José J. Mendoza, atribuyéndole a él la acción de aquél que no había podido "distinguir". Si la testigo hubiera dicho al declarar que vio a ese sujeto en el momento en que produjo el golpe y que podría reconocerlo al tenerlo ante sí, pues nada de particular tendría la indicación que hizo en la diligencia del catorce de septiembre. Pero otra consecuencia muy distinta se desprende del "no haber podido distinguir". Porque quien no pudo distinguir al protagonista de una escena cuando ésta se desarrollaba, no está ciertamente en capacidad de "distinguirlo" transcurridos veintidós días, pues no se trataba entonces de recordar o de fijar un recuerdo. Y siendo ello así, a lo que conduciría la aceptación de un hecho semejante sería a permitir que se sacara de lo que no se ha visto la conclusión de haber visto.

En la misma diligencia intervinieron también Carmen Buitrago, Campo Elías Buitrago y Bernarda Puerto. La primera dijo que no había podido "conocer" a ninguno de los agentes que en forma tan violenta habían hecho irrupción en su casa en la noche del veintitrés de agosto, pero que de los que formaban la rueda, el agente Nº 2074 se le parecía a uno de los denunciados. Es decir, un agente que no participó en los hechos de que aquí se trata.

Campo Elías Buitrago sí indicó con mucha seguridad a José J. Mendoza y lo mismo hizo Bernarda Puerto.

Recuérdese que Campo Elías Buitrago, al declarar, describió al agente de policía que cometió el atropello con esta breve filiación: "alto, mono"; detalle cuya importancia es muy relativa y la cual depende, además, de otros factores. Porque la declaración fue rendida después de haber sido él conducido al Juzgado Permanente; y uno de los que condujo a Buitrago fue el agente Mendoza.

Bernarda Puerto no mencionó el menor dato respecto del agente que agredió tan inmotivadamente a Carmen Buitrago.

Y ahora cabe preguntar: ¿estaban Campo Elías Buitrago y Bernarda Puerto en condiciones de ver al agente que golpeó a la Buitrago, dada la posición que ellos ocupaban dentro del cuarto a cuya puerta asomó Carmen, y dada la posición en que en el mismo sitio, se hallaban los agentes Mendoza, Castellanos y Muñoz, o uno de ellos?

La inspección ocular

El diez y seis de octubre se practicó la reconstrucción de los hechos en el lugar en donde ellos ocurrieron y con intervención de los peritos Guillermo A. Luengas y Alfonso Alarcón, y del dactiloscopista y del topógrafo del Gabinete Central de Identificación, señores Carlos J. Barreto y Eduardo Baraya A., respectivamente.

Las conclusiones a que los peritos primeramente nombrados (Luengas y Alarcón) llegaron, fueron las siguientes: 1ª el agente 713 "sí estaba en posibilidad de descargar un golpe", dada su situación, a la persona que acudió a abrir la puerta;

2ª el agente 713 "sí estaba en posibilidad de romper la cuerda de la luz", al intentar un segundo golpe; 3ª Olimpia Ortiz y José del Carmen Murillo "sí estaban en posibilidad de ver los sucesos"; y 4ª Campo Elías Buitrago, Pedro Esteban Pastagas y Bernarda Puerto "no estaban en posibilidad de percibir los hechos".

De acuerdo con esta exposición, se tiene, en primer lugar, que el cargo formulado al agente no es inverosímil o físicamente inadmisible, pues podía ejecutar los hechos que le imputan los dos únicos testigos cuyas afirmaciones hasta ahora han quedado en pie: Campo Elías Buitrago y su mujer Bernarda Puerto. Porque Olimpia Ortiz, "que estaba en posibilidad de ver", no vio o, por lo menos, no distinguió al agente que golpeó a Carmen Buitrago, según se ha demostrado; y José del Carmen Murillo, que también "estaba en posibilidad de ver", no precisó en la diligencia de reconocimiento que hubiera sido el agente Mendoza el autor del golpe. Y en segundo lugar se tiene que los únicos que no podían "percibir los hechos" son los que aparecen mostrando al agente José J. Mendoza como el responsable de la lesión causada a Carmen Buitrago.

El dictamen pericial del personal técnico del Gabinete Central de Identificación coincide en que Olimpia Ortiz, por ser la persona que se hallaba más cerca de los agentes, fue la única que "pudo ver con alguna precisión". Pero le niegan esta posibilidad a los demás, inclusive a José del Carmen Murillo.

Se ha analizado hasta ahora la versión de los testigos, conforme a la cual se dictó la sentencia. Otra es la de los agentes José J. Mendoza, Pedro P. Castellanos y Erasmo Muñoz. Afirman ellos: a) que no entraron a la habitación en donde creían encontrar al heridor de Ruth Romero; b) que quien salió a la puerta cuando golpearon en ella fue Campo Elías Buitrago, a quien cogieron aprovechando un momento en que éste sacaba el brazo; c) que algunas personas que se habían agrupado en ese sitio manifestaron que ése, quien salió a abrir la puerta, o sea, Campo Elías Buitrago, era el que se había refugiado en la casa número 3-44 de la carrera 3ª, luego de haber herido a una mujer; y d) que dentro de dicha casa había bulla como de pelea o discusión.

Este último punto está en cierta forma confirmado, si se atiende a la declaración de Cecilia Salazar, como también a alguna alusión que sobre el particular hizo Carmen Buitrago en su denuncia.

En efecto, se lee en la declaración de la Salazar lo siguiente:

"...el agente con revólver en mano entró a mi pieza hasta donde tengo una mesa y como viera que no había nadie volvió a salir y tomó la dirección de la casa de Buitrago; en estos momentos toda la gente de esa casa estaba con el escándalo referente a que el señor Campo Elías le estaba pegando a la mujer; esto se oía fácilmente, pues se proferían las palabras a grito alto; estos gritos los oímos y también fueron oídos por los agentes y por ello concurrieron allá..."

En la denuncia de Carmen Buitrago presentada en la misma noche del 23 de agosto de 1942 se lee:

"Esta noche como a las siete y media de la noche, en momentos en que discutían entre la pieza mi hermano de nombre Campo Elías Buitrago y su mujer de nombre Bernarda Puerto de Buitrago..."

Si había alboroto dentro de la pieza ocupada por Carmen Buitrago, Campo Elías Buitrago, Bernarda Puerto, etc., y ninguno de ellos menciona esa circunstancia, a excepción de Carmen, quien se limitó a hablar de una discusión entre su hermano y la mujer de éste, en la misma forma que no aparece como inverosímil que el agente Mendoza hubiera golpeado a la Buitrago, tampoco lo es que Campo Elías por querer, v. gr., pegarle a su mujer, en el curso de la discusión o pelea que con ella sostenía, produciendo tánto ruido que se oía desde afuera, hubiera alcanzado a Carmen. Y luego, ante la presencia de los representantes de la autoridad todos hubieran convenido en atribuírle el hecho a uno de los guardianes del orden público. Porque hubo tiempo suficiente para ese acuerdo, muy frecuente entre las personas de la misma familia y que viven en común, y más cuando la persona sobre la que va a arrancar una falsa imputación es un agente de la policía, cuyo oficio suele acarrearle la odiosidad y la animadversión de gentes que miran con cierto desvío a esos servidores públicos o ven en ellos a irreconciliables enemigos.

De todas maneras, la hipótesis de que Carmen Buitrago hubiera sido herida por su hermano o por otra persona de las que se hallaban en la habitación de donde partían los ruidos, no es despreciable. Y entonces, la presanidad de ella es también muy discutible con relación al cargo que se le ha hecho al agente Mendoza.

Concepto de la Procuraduría

El señor Procurador Delegado en lo Penal, doctor Luis Zafra, muy eficaz auxiliar de esta Sala de la Corte, ha realizado un examen en extremo minucioso del expediente y ha presentado un estudio muy razonado de la demanda, aceptando los puntos de vista en ella expuestos con relación a los cargos que han servido para fundar la causal 2ª.

Dice el señor Procurador Delegado en lo Penal que a la diligencia de inspección ocular practicada durante la investigación no se le puede desconocer su valor de plena prueba por el hecho de que se hubiera omitido poner los dictámenes periciales en conocimiento de las partes, puesto que esa formalidad es únicamente para que los peritos aclaren, expliquen o amplíen su exposición. Además —continúa el Procurador— esa diligencia sí fue conocida por todos los interesados, puesto que gran parte de ella se incluyó en el segundo auto de proceder dictado contra Mendoza y en el auto de sobreseimiento proferido en favor del mismo. Y sea ésta la oportunidad de hacer una breve historia de los incidentes que ocurrieron en la calificación del mérito del sumario.

El diez de febrero de mil novecientos cuarenta y tres, el señor Juez 6º Penal del Circuito de Bogotá dictó auto de proceder contra José J. Mendoza por el delito de lesiones personales en Carmen Buitrago. Este auto fue revocado por el Tribunal Superior de Bogotá el quince de junio del mismo año, por haber guardado silencio el Juez respecto del delito de abuso de autoridad.

El siete de diciembre de mil novecientos cuarenta y tres en el mismo Juzgado se volvió a dictar auto de proceder contra Mendoza, incurriendo en la misma omisión ya censurada, puesto que apenas se abrió causa criminal por el delito de lesiones. El Tribunal, en auto de diez y siete de abril de mil novecientos cuarenta y cuatro, volvió a revocar el de primera instancia.

El veintinueve de mayo del año últimamente citado, el Juez 6º Penal del Circuito profirió no ya auto de proceder sino de sobreseimiento definitivo en favor de José J. Mendoza. Este auto fue revocado el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro por el Tribunal Superior de Bogotá, quien lo reemplazó con uno de proceder, formulándole al procesado los cargos de lesiones y abuso de autoridad.

De manera que —según la Vista de la Procuraduría— los dictámenes periciales, que no fueron actas secretas del proceso, tienen en él el valor que la ley les concede; y al no haberse hecho referencia en el fallo a un documento procesal de tánta significación, puesto que eliminaba otros que se estimaron como cimiento probatorio sólido, se incurrió en una indebida apreciación e interpretación de los hechos, que es lo que ha sostenido repetidamente el autor de la demanda.

La Vista del señor Procurador Delegado en lo Penal contiene consideraciones jurídicas muy juiciosas, especialmente cuando rebate no la sentencia acusada, de exposición muy deficiente, sino puntos o criterios del Juez de primera instancia, cuando éste dijo que si prescindía de los dictámenes era porque los peritos confundieron los fenómenos de "ver" y "percibir". Y contesta el Procurador:

"...Todo proceso psíquico completo empieza por una percepción o por una reminiscencia. La impresión o la imagen provocan en seguida resonancias afectivas y repercusiones intelectuales y motrices, a saber: en lo afectivo, las emociones y los sentimientos; en lo intelectual, la percepción, la evocación y la evaluación; y en lo motor, el reflejo, el humor y el acto, término final del ciclo. El acto intelectual representa, por lo tanto, una transformación de excitaciones motoras en nociones subjetivas completamente distintas del estímulo que las ha ocasionado.

"En tal virtud, la **percepción** pertenece a la zona de la inteligencia; es la sensación misma que se incorpora en la conciencia. La percepción no es más que el estímulo sufrido por los sentidos en cuanto se hace consciente. Por eso, cada sentido herido por un estímulo del mundo exterior o del propio organismo despertará la respectiva percepción auditiva, visual, olfativa, etc. La percepción en una palabra, se predica respecto de todas y cada una de las impresiones que la despiertan por conducto de los sentidos.

"Así, pues, cuando los peritos afirman que Buitrago, Pastagas y la Puerto no estaban en posibilidad de **percibir** los hechos, porque no podían **ver** al agente que estaba en la puerta, jamás han incurrido en confusión de nociones psicológicas; lo que ellos han expresado sencillamente es que tales declarantes no pudieron tener una percepción visual sobre el agresor de Carmen. El ver y el percibir en el caso cuestionado tienen una necesaria dependencia, una relación de causalidad:

lo uno como fuente de la sensación y lo otro como efecto intelectual del hecho psíquico consciente nacido del sentido de la vista.

"Los testigos, claro está, pudieron **percibir** voces, oír golpes en la puerta desde el interior de la pieza donde estaban; pero, en cambio, no podían **percibir** la persona del agresor de Carmen en el momento del bolillazo, porque los ojos de ellos no lo vieron, dados los obstáculos que se interponían. Lo que sus oídos podían escuchar en esas circunstancias, estaba vedado para el sentido visual de los testigos.

"Si éstos hubiesen conocido personalmente a los agentes, tal vez las características de su voz y otros detalles les hubieran servido para sacar la inferencia atinente a la presencia de dichos agentes en el lugar de los sucesos. El oído hubiese suplido entonces lo que los ojos no podían hacer. Pero esta no es la situación confrontada.

"Ni vale tampoco argüir que aquellos testigos salieron inmediatamente a la puerta y vieron allí a los agentes; eso apenas demuestra la presencia de éstos al pie de la puerta de habitación de Campo Elías, pero en manera alguna establece cuál de los tres agentes fue el verdadero autor del golpe, ya que uno solo fue el que lo dio. Si hubieran participado los tres, la duda quedaría despejada recurriendo al fenómeno de la complicidad correlativa; mas como los otros dos no cooperaron en el ataque, según se desprende de los mismos declarantes, no hay modo de vencer por ese medio la dificultad atinente al responsable.

"De todo lo anterior se deduce que los testigos que estaban dentro de la pieza de Campo Elías han faltado a la verdad en un punto trascendental de sus testimonios, o sea el referente a la identificación del agente José J. Mendoza como el agresor de Carmen.

"Igual cosa ocurre con la testigo Olimpia Ortiz, quien después de aseverar categóricamente en su primera declaración que no pudo distinguir o reconocer al autor de la lesión causada a la ofendida, sin embargo, en la diligencia de reconocimiento y en el careo sostenido con Mendoza, señala a éste como el verdadero responsable, sin dar ninguna explicación de ese cambio tan fundamental de su primitivo dicho".

Y más adelante agrega para terminar:

"...Si, pues, en el presente caso, la mayoría de los testigos de cargo hicieron un cambio de frente inusitado en sus testimonios, en cuanto primero no se atrevieron a concretar la persona del responsable, porque no la vieron, o porque las condiciones de la percepción no les permitía hacerlo, para luego afirmar con gran seguridad cuál era ese responsable, sin dar una explicación satisfactoria del hecho, la justicia tiene necesariamente que desechar tales declaraciones, por falta de veracidad y de sinceridad, como lo establece la inspección ocular".

Consideraciones finales

En el estudio de la ordenada demanda de casación que ha presentado el doctor Jorge E. Sabogal Perilla, la Sala ha analizado cada prueba a medida que la ha ido destacando del proceso. De esa manera se ha visto que aquéllas sobre que descansa el fallo, o carecen totalmente de valor, o no existen, o no tienen el acento de convicción que se les ha otorgado.

Si conforme al aserto de Bacon "los testigos no se cuentan, se pesan", uno de ellos puede bastar para infundir credibilidad acerca de un determinado hecho. Y ese es el sistema adoptado por el nuevo Código de Procedimiento Penal Colombiano, en el cual la tarifa probatoria, predominante en el estatuto anterior, ha sido reemplazada por un método más acorde con la misión encomendada a los Jueces. Mas esta libertad de que ellos disfrutan en la apreciación de los elementos destinados a formarse juicio sobre los problemas jurídicos, tiene un límite: el de la crítica de la prueba, función que debe estar presidida por un raciocinio lógico.

Y aquí ocurre que los dos únicos testigos que aseguraron haber visto a J. J. Mendoza herir a Carmen Buitrago, no se encontraban en condiciones de divisar lo que sucedía en la puerta de la casa Nº 3-44 de la carrera 3ª, por hallarse ese sitio fuera de su campo visual. La afirmación de estos testigos, además de ser sospechosa por venir de personas en las que el interés en contrariar la verdad no puede descartarse de modo absoluto, resulta en pugna con un hecho físico, ese sí inexorable, aunque sujeto a ser impugnado por error en la colocación de los circunstantes cuando se llevó a cabo la composición de lugar. Pero como ese error no se ha demostrado, ni nadie lo adujo, queda en firme el corolario de la diligencia de inspección ocular.

Atribuírle a los hechos un valor probatorio que no tienen; negarles el que sí tienen; no haberlos

tomado en cuenta a pesar de estar acreditados en el proceso; o haberlos tomado, no obstante la contradicción que entre los mismos se advierta, son los motivos que —en su confusa redacción— ofrece al recurrente la causal 2ª del artículo 567 del Código Penal, para que los haga valer en la demanda.

Es decir, que la invocación de esta causal y su adecuada sustentación implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso; y de ahí que se haya dicho que al considerar esa causal la Corte de Casación asume funciones de Tribunal de instancia. Se asemeja apenas, pero sin convertirse realmente en una tercera instancia. Porque la casación es un juicio sobre la sentencia. Si el ataque a ella, a su construcción jurídica resulta comprobado, la sentencia cae y debe reemplazarse por la que corresponda. Pero esto no quiere decir que si la crítica es desacertada o mal enfocada, porque se dirigió, por ejemplo, a un aspecto del proceso no susceptible de reparo, dejando intacto otro combatible, o si los argumentos del recurrente respecto de cuestiones planteadas en la sentencia y debatidas en el recurso son eficaces para obtener la invalidación de aquélla, existiendo, sin embargo, otras, que no fueron materia ni de la primera (sentencia) ni del segundo (recurso) y conforme a las cuales proceda una solución distinta a la pedida, la Corte esté obligada a sustituír al fallador y al demandante, llenando los vacíos de ambos. La razón es muy clara: el procedimiento de oficio le está vedado a la Corte. Su actuación está circunscrita a una controversia, enmarcada por los fundamentos del recurso respecto de la estructura jurídica del fallo.

Habiéndose comprobado la totalidad de los cargos que el demandante, con ocasión de fundar la causal 2ª, le ha hecho a la sentencia de veintiséis de febrero de este año, del Tribunal Superior de Bogotá, debe ella invalidarse.

De consiguiente, es innecesario ocuparse en lo relativo a la causal 1ª.

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:

a) INVALIDASE el fallo de veintiséis de febrero del año en curso, del Tribunal Superior de Bogotá, por medio del cual se confirmó el de diez de octubre de mil novecientos cuarenta y cinco del Juzgado 6º Penal del Circuito de Bogotá, en el cual se condenó a José J. Mendoza Montaña como responsable de los delitos de lesiones personales y abuso de autoridad, a las siguientes sanciones: "cinco años de presidio; a pagar al Tesoro Nacional por vía de multa la suma de tres mil quinientos pesos ($ 3.500); a la interdicción de derechos y funciones públicas por un término igual al de la pena principal; a la pérdida de toda pensión, jubilación o sueldo de retiro de carácter oficial, a la pérdida de la patria potestad; y al pago de todos los perjuicios morales y materiales ocasionados con el delito"; y

b) ABSUELVESE a José J. Mendoza Montaña de los cargos formulados en el auto de proceder, del Tribunal Superior de Bogotá, fechado el veintisiete de septiembre de mil novecientos cuarenta y cuatro.

Ordénase la libertad para José J. Mendoza Montaña, quien ha cumplido en detención preventiva tres años, tres meses y veinticinco días hasta la fecha de esta sentencia.

Cópiese, notifíquese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

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 PETITORIA DE DECLARACION DE DOMINIO DE UNA ZONA DE TIERRA A FAVOR DE LA NACION.—LIMITES DE LA ACCION POPULAR RECONOCIDA POR EL ARTICULO 1005 DEL CODIGO CIVIL

El ejercicio de la acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil tiene por fundamento la protección de un interés general, cual es la seguridad de los transeúntes por caminos, plazas u otros lugares de uso público, y el propio interés del vecino que lo propone, transeúnte o interesado en el bien colectivo. Esta acción protege el derecho que al uso de las vías públicas tienen los habitantes en general. La persona que va a ejercitar la acción pública tiene que reducirse al contenido de ésta y someterse al procedimiento especial previsto para su ejercicio. So pretexto de ejercitar la acción que tiene como órbita evitar el daño contingente que amenace en general a todos los transeúntes, no puede el demandante extenderse al ejercicio de otras acciones distintas, para las cuales no le alcanza su derecho de intervención procesal, por lo cual para esas otras acciones es ilegítima su personería, pues el actor no puede asumir la representación de la Nación para proponer acciones que sólo interesan a ésta directamente, distintas a la popular, con la que se protege la vida de los transeúntes, no los derechos reales que la Nación tenga sobre el bien de uso público.

Corte Suprema de Justicia.—Sala de Negocios Generales.—Bogotá, octubre primero de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada).

Alvaro González Sierra, obrando por medio de apoderado, por escrito de 19 de noviembre último, demandó ante el Tribunal Superior de Ibagué al Municipio de Armero, haciendo uso de la acción pública que consagra el artículo 1005 del C. C., para que mediante el procedimiento de juicio ordinario se hagan las siguientes declaratorias y condenaciones:

"Primera.—Que pertenece a la Nación en su condición de calle ubicada en el Municipio de Armero, Departamento del Tolima, "una faja de terreno que mide 13 metros con 35 centímetros de frente o ancho, 42 metros 18 centímetros de fondo, situada en el área de población de Armero entre la carrera 1ª y la línea del Ferrocarril de La Dorada (carrilera) la cual se encuentra alinderada especialmente así: Por el norte con terreno de propiedad de la "Industria Cafetera"; por el sur, con terrenos de "Arrocera Central S. A."; por el oriente, con la Carrilera del Ferrocarril de La Dorada; y por el occidente, con la carrera 12, faja que constituye la calle 8ª —A— de la población de Armero y que servía para comunicar la carrera 12 y la carrilera del Ferrocarril de La Dorada y el callejón que conduce al caserío o barrio denominado "Chorro Tuerto".

Segunda.—Que consecuencialmente, dicha calle es de uso público y tiene por ende el carácter de bien cuyo dominio pertenece a la República y su uso a todos los habitantes de Armero.

Tercera.—Que se condena al Municipio de Armero a hacer entrega a la Nación de la calle mencionada, por los linderos señalados en la primera declaración y a restablecer el servicio público de la misma calle;

Cuarta.—Que se condena al Municipio de Armero a pagar todos los gastos necesarios para restablecer el servicio público en la mencionada calle, y a pagar al demandante las recompensas de que trata la parte final del artículo 1005 del Código Civil; y

Quinta.—Que se declare la nulidad del juicio sobre bienes vacantes establecido por el Munici-

pio de Armero ante el Juzgado Municipal de dicho Distrito, inclusive la sentencia de fecha 3 de diciembre de 1942 dictada por el referido Juzgado Municipal, por incompetencia de jurisdicción (artículo 448 del C. J.) y por no haberse notificado la demanda, ni ninguna parte de la actuación al legítimo representante de la Nación o sea al respectivo agente del ministerio público, todo de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 457 del Código Judicial".

Como afirmaciones fundamentales de la demanda hace el actor las siguientes: a) que tiene en Armero uno de los domicilios civiles, al tenor del artículo 83 del C. C., y allí administra una hacienda, dedicada a la agricultura y a la ganadería; b) que la faja que determina en la primitiva petición hace más de treinta años ha sido una calle pública de la población de Armero, que usaban los habitantes de ésta; c) que el municipio dicho instauró en 1942, ante el Juez Municipal del mismo, por conducto de su Personero, un juicio para la declaración de vacante de la zona o faja aludida; d) que el Juzgado en sentencia del 3 de septiembre de 1943, que no fue apelada, declaró el bien como vacante y lo adjudicó al Municipio; e) que dicho Juzgado no podía conocer en ese juicio por ser parte el Municipio y por ser de mayor cuantía el asunto; f) que la Gobernación del Tolima, en Resolución de 1944, calificó de irregular el procedimiento del Juzgado y expresó que la zona fue durante mucho tiempo vía pública; g) que la Procuraduría General de la Nación, en virtud de consulta hecha por el Gobernador del Tolima, conceptuó que debía investigarse la actuación del Juez Municipal y debía dársele autorización al Fiscal respectivo "para instaurar una acción ordinaria de pertenencia dentro de la cual bien podría debatirse la nulidad de la sentencia dictada por el Juez Municipal de Armero"; h) como hecho octavo, que "el Municipio de Armero, una vez obtenida la declaratoria de vacante sobre la mencionada zona de terreno la permutó por otra de propiedad particular y el adquirente de ella, o sea la Compañía Arrocera, S. A., cercó la antigua zona que era una calle pública, y considerándola como de su propiedad está ejerciendo en ella actos de dominio"; i) que el Municipio cedió a la mencionada compañía la zona dicha, por medio de la escritura pública 380 de 5 de agosto de 1943, otorgada en la Notaría de Ambalema; j) que las autoridades de Armero han dejado de cumplir con su deber y han colaborado en la empresa de arrebatarle a la Nación el dominio de uno de sus bienes y, a los habitantes de Armero, el uso de un bien público de la Nación, y k) que es nulo el juicio sobre vacante del bien por no haber sido representada la Nación.

El representante del Municipio se opuso a la demanda al descorrer el traslado de ella, y propuso oportunamente las excepciones dilatorias de **inepta demanda, ilegitimidad de personería de la parte actora y la de carencia de derecho a la acción instaurada.**

El actor no convino en las excepciones propuestas por la parte demandada y el Tribunal resolvió la incidencia en providencia de 30 de marzo del presente año, declarando no probadas las excepciones. De esta Resolución apeló el representante del Municipio demandado, y concedido el recurso, la instancia se ha tramitado en forma legal ante la Corte.

La primera de las excepciones, la de inepta demanda, la hace consistir la parte demandada en que no se ha dirigido la demanda contra la persona obligada a responder, porque tratándose en una de las acciones, de una reivindicación, ha debido ser instaurada esta acción contra el que es poseedor del inmueble cuya restitución se demanda, y que el mismo actor ha confesado en el hecho 8º de la demanda, que no es el demandado el poseedor actual del bien perseguido, sino una tercera persona, la Compañía Arrocera Central, S. A., a cargo de la cual no se ha establecido la acción, entidad que, por otra parte, tiene no sólo la posesión inscrita del inmueble sino la material del mismo.

El demandante sostiene que no se trata de una acción reivindicatoria en la por él establecida, sino de ejercitar la acción popular consagrada por el artículo 1005 del C. C., en virtud de la cual las sentencias producen efectos contra terceros al tenor del artículo 476 del C. J., por lo cual el fallo que se haya de dictar en este negocio perjudicaría a la Compañía Central Arrocera, S. A. Textualmente manifiesta el actor:

"¿Habrá acción reivindicatoria en las cuatro peticiones primeras que cita el señor apoderado? ¿Qué es lo que se ha pedido del Honorable Tribunal? Que declare: Que pertenece a la Nación, como calle, la faja de terreno por las dimensiones y linderos que se determinan; que como es calles de la Nación y por lo mismo es de uso público; que el Municipio, contra toda norma legal y de simple procedimiento, fue quien permutó

la vía pública, es el mismo Municipio el que está obligado a restituír a la Nación el bien que le arrebató restableciendo el servicio público y, por último, que es el mismo Municipio, el que por sus actos, tiene que pagar los gastos para restablecer ese servicio público.

Pero cree el señor apoderado que esta acción y estas peticiones envuelven la acción clásica de la reivindicación, y este error de derecho lo lleva a decir: Como el actual poseedor es la Compañía Arrocera Central, S. A., es contra tal Compañía contra quien se debe enderezar la demanda, según el hecho 8º.

El hecho 8º manifiesta: el Municipio de Armero, una vez establecida la declaración de vacante sobre la zona del terreno, la permutó por otra, y la Compañía Arrocera Central, S. A., cercó la antigua zona, que era una calle pública, y considerándola como de su propiedad ejerce actos de dominio.

Es necesario estudiar en su integridad los procesos para poder deducir las consecuencias en ellos: ¿por qué se apuntó en la demanda el hecho 8º que ha llevado al señor apoderado a creer que la demanda está mal dirigida y que es reivindicatoria? Porque sencillamente el señor apoderado pasó por alto los demás hechos de la demanda hasta llegar al 8º y porque olvidó también que la acción intentada se denomina acción popular posesoria especial, establecida expresamente por el artículo 1005 del C. C., en que para nada tiene que ver el artículo 946 de la misma obra.

En efecto: se llegó al punto 8º de los hechos de la demanda como conclusión de los hechos anteriores de la misma, ya que los hechos 3, 4, 5, 6, y 7 manifiestan que el Municipio de Armero siguió un juicio extravagante sobre bienes vacantes ante un Juez Municipal y se hizo adjudicar la zona de terreno y una vez que se le adjudicó la permutó con la Compañía Arrocera Central, S. A., es decir, que los hechos enumerados y ejecutados por el Municipio de Armero lo llevaron hasta hacerse adjudicar la vía nacional o la calle pública, y que una vez que se le adjudicó, la permutó con la Compañía Arrocera Central.

Pero el juicio sobre bienes vacantes fue nulo y lo es de nulidad absoluta, por incompetencia de jurisdicción y porque ni la demanda, ni ninguna otra acción en el juicio se le notificó al representante de la Nación y porque tanto la Gobernación del Departamento, como la Procuraduría General de la Nación así lo sostienen, hasta el punto que se ordenó investigar la responsabilidad en que hubiera podido incurrir el Juez que dictó la sentencia y por lo mismo si el Municipio de Armero, que fue quien ejercitó todos los actos hasta obtener la sentencia y la adjudicación de la zona de terreno que después permutó con la Compañía Arrocera Central, S. A. carece de título justo para poder ejercitar actos de dominio, es al Municipio, y no a la Compañía Arrocera, a quien hay que demandar para que restituya a la Nación el derecho que ella tiene a la zona de terreno, ya que el título 380 del 5 de agosto de 1943, otorgado por el Municipio a la mencionada Compañía, carece de causa y objeto y la Compañía nada ha adquirido, porque el Municipio de Armero adquirió un título viciado y ya sabemos que **quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest**".

Por otro aspecto: si no es una acción reivindicatoria, cae por su base la excepción de inepta demanda propuesta y también cae porque el art. 1005 del C. C. faculta para poder establecer la acción que ahora conoce el H. Tribunal y la acción no es solamente como lo dice el demandante, popular, pero con limitaciones, pues el artículo dice: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en favor de los caminos, plazas y otros lugares de uso público y para la seguridad de los que transitan por ellos...". "No es que la acción popular se dé, como lo quiere dar a entender el señor apoderado exclusivamente para la seguridad de los transeúntes, sino que se autoriza la acción, para los caminos, plazas u otros **lugares de uso público, con todos los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados**".

"Y mucho convendría al señor apoderado el que se dignara leer el comentario de don Fernando Vélez sobre este punto especial, comentario que me permití transcribir en la demanda y que en gracia a la brevedad de este traslado no me extiendo más sobre él.

"Pero fuera de las razones ya apuntadas para que la excepción de inepta demanda no prospere, olvidó el señor apoderado del Municipio el aparte del libelo en donde digo:

"Señalo como demandado al Municipio de Armero, representado por su personero, porque esa entidad es la que con las maniobras que se dejan descritas en la relación de los hechos de esta de-

manda, se apoderó de un bien de la Nación de uso público y dispuso de él enajenándolo a un tercero" y a continuación digo en la misma demanda:

"El fallo que haya de dictarse en este negocio perjudica a la Compañía que entró en negociaciones con el Municipio de Armero, **sin necesidad de demandarla**, al tenor de lo dispuesto en el artículo 476 del C. J. que dice: "Las sentencias dictadas en juicios seguidos por acción popular producen efectos contra terceros".

El Tribunal de la primera instancia, para llegar a la conclusión de que no está establecida la excepción aludida en la forma propuesta, dice que se trata de la personería sustantiva de la parte demandante en tal excepción, por lo cual no puede considerarse ésta como dilatoria, sino como una perentoria, que corresponde considerar en la sentencia.

En la demanda se han propuesto varias acciones, en forma acumulativa. Una de éstas es la declarativa de dominio a favor de la Nación de una zona de terreno, explicando que se trata de una calle pública; otra va dirigida a deducir una condena a cargo del Municipio demandado, de entregar a la Nación la calle mencionada y de restablecer el servicio público en ella; otra acción consiste en la petición de condena contra el Municipio al pago de los gastos necesarios para restablecer el servicio público en la calle y el pago al demandante de las recompensas de que trata el artículo 1005 del C. C., y, como última acción ejercitada, pide el actor la declaratoria de nulidad de un juicio sobre bienes vacantes.

Una de las acciones acumuladas en la demanda es, pues, la de entregar o restituír a la Nación la zona o faja de terreno a que se ha hecho mención. Se pide esto como consecuencia de la declaratoria de dominio a favor de la Nación, según la primera solicitud de la demanda.

El actor afirma que se trata de un bien de uso público. En los bienes de esta clase la Nación tiene el dominio, pero el uso de ellos corresponde a los habitantes en general y por razón del objeto mismo a que están destinados.

La entidad demandada protesta por ser ella la poseedora del inmueble cuya entrega se demanda. Este es el contenido de la excepción dilatoria que se estudia.

El Código de Procedimiento dispone que, "si el que es demandado por cosa que no posee lo expresa así al Juez, se sustancia esta excepción como excepción dilatoria, comprendida en la de inepta demanda; y si se sentencia en favor del demandado, queda exento de la demanda a no ser que sea el ladrón o estafador de la cosa demandada, o que dolosamente la haya enajenado para ser más difícil la gestión del actor".

Esta disposición contempla una excepción de inepta demanda como allí mismo se denomina, distinta a las de que trata el artículo 33 del C. J. La excepción que como dilatoria consagra el artículo 215 del C. J., cuya transcripción se ha hecho, es de naturaleza especial, porque va dirigida a la consideración de una cuestión de fondo que toca con un extremo de la acción; y que tiene por objeto el evitar procesos inútiles. Es por su alcance esta excepción de carácter perentorio y permite la ley que se alegue como dilatoria de la misma manera que faculta a proponer la de cosa juzgada, al tenor del artículo 341 del C. J.

Del artículo 215 ha dicho la Sala de Casación de esta Corte "que tiende a que antes de trabarse la controversia reivindicatoria quede definido el hecho de la posesión respecto al demandado, a quien se le atribuye, con el fin de que la acción desde un principio se encause regularmente, evitando un fallo ilusorio en sus efectos, por haberse dictado contra quien en realidad no es poseedor, bien por no haber tenido nunca ese carácter, o por haberlo perdido antes de la demanda". (Sentencia de 20 de octubre de 1937).

En el hecho 8º de la demanda el demandante afirma que el Municipio de Armero no es hoy poseedor de la zona que se le exige entregar. Con esta confesión el actor se ha encargado de establecer el hecho básico de la excepción, cual es el de que el demandado no posee el bien que se le demanda, y por lo tanto es necesario declarar demostrada la excepción propuesta, en relación con la acción de condena de entrega del bien.

La segunda de las excepciones dilatorias propuestas es la de ilegitimidad de la personería de la parte actora, la que funda el Municipio en que el demandante no ha acreditado la representación de la Nación para solicitar declaratorias de dominio a favor de ella, pedir entrega de bienes a favor del Estado y solicitar **la declaratoria de nulidad**.

El actor invoca el artículo 1005 del C. C. para intervenir como actor en el proceso. El artículo en mención es del siguiente tenor: "La municipalidad y cualquiera persona del pueblo tendrá en

favor de los caminos, plazas u otros lugares de uso público, y para la seguridad de los que transitan por ellos, los derechos concedidos a los dueños de heredades o edificios privados". Y siempre que a consecuencia de una acción popular haya de demolerse o enmendarse una construcción, o de resarcirse un daño sufrido, se recompensará al actor, a costa del querellado, con una suma que no baje de la décima, ni exceda de la tercera parte de lo que cueste la demolición, o enmienda, o el resarcimiento del daño; sin perjuicio de que si se castiga el delito o negligencia con una pena pecuniaria, se adjudique al actor la mitad".

La exposición transcrita hace parte del Título 14 del Libro 2º del Código Civil que trata "de algunas acciones posesorias especiales". La tramitación de estas acciones tiene un procedimiento propio, distinto al del juicio ordinario, y que reglamenta el Título 29 del Libro 2º del C. J.

El ejercicio de la acción popular de que trata el artículo en mención tiene por fundamento la protección de un interés general, cual es la seguridad de los transeúntes por caminos, plazas u otros lugares de uso público, y el propio interés del vecino que lo propone, transeúnte, e interesado en el bien colectivo. Esta acción protege el derecho que al uso de las vías públicas tienen los habitantes en general. La persona que va a ejercitar la acción pública, tiene que reducirse al contenido de ésta, y que someterse al procedimiento especial previsto para su ejercicio. So pretexto de ejercitar la acción que tiene como órbita evitar el daño contingente que amenace en general a todos los transeúntes, no puede el demandante extenderse al ejercicio de otras acciones distintas, para las cuales no le alcanza su derecho de intervención procesal, por lo cual para esas otras acciones es ilegítima su personería, pues el actor no puede asumir la representación de la Nación para proponer acciones que sólo interesan a ésta directamente, distintas a la popular, con la que se protege la vida de los transeúntes, no los derechos reales que la Nación tenga sobre el bien de uso público.

Ya se observó que González Sierra pretende ejercitar acciones distintas a la contemplada por el artículo 1005 mencionado, como son las declaratorias de dominio, la de restitución y la de nulidad; luego es fundada la excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería de la parte demandante porque en estas acciones de derecho privado no puede representar a la Nación.

No puede alegarse que no existe esta excepción por el hecho de que el señor Fiscal del Tribunal de Ibagué en la diligencia de notificación que se le hizo del auto de admisión de la demanda, manifestara que coadyuvaba ésta, porque en el acto de la notificación no son admisibles estas manifestaciones según lo expone el artículo 324 del C. J., y porque la coadyuvancia es una forma activa de intervenir como parte demandante en el proceso, y los agentes del Ministerio Público para intervenir en esta forma activa, necesitan órdenes e instrucciones del Gobierno, según el artículo 171 del Código citado.

La última excepción, de carencia de derecho a la acción intentada, fundada en que no puede promover la acción de dominio sino el dueño de la cosa objeto de ella, o en que en virtud de la limitación al ejercicio de la acción popular no faculta la ley para promover la reivindicación a nombre del Estado, es una excepción que, por el primer fundamento, no es simplemente dilatoria, porque atañe al fondo de la acción, a considerar si tiene la acción o no el actor o la entidad para la cual se pide; y en cuanto al segundo fundamento que se le da, es éste una cuestión que está dentro de lo que comprende la excepción antes estudiada. Por estas razones, no es el caso de declarar establecida esta última excepción.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, revoca el auto apelado y de que se ha hecho mérito, y en su lugar declara establecidas las excepciones dilatorias de ilegitimidad de la personería de la parte demandante y de inepta demanda, ésta última en relación con la acción por la cual se pide la condenación al Municipio de Armero a entregar la zona de terreno de que trata la demanda.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Jorge García M., Oficial Mayor.

PRACTICA DE PRUEBAS

Las pruebas, en nuestro procedimiento, no pueden presentarse con carácter sigiloso, pues es preciso que sean públicas y controvertidas.

Para la Sala no es necesario que un documento esté presente materialmente en el momento de decretar las pruebas, pues lo esencial es que venga a los autos por el procedimiento legal que puede ser ordenando se haga el desglose, como lo prescribe el artículo 313 del Código Judicial.

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

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor apoderado del Departamento de Nariño en el juicio que adelanta el señor Clemente del Mónaco, pidió, en el incidente de excepciones, la práctica de varias pruebas, como va a verse:

En memorial visible al folio 24 del cuaderno 3º, solicitó, entre otras, la siguiente:

Que se ordene tomar por la Secretaría del Tribunal una copia de todos los paleles, documentos o comprobantes, inclusive los relativos a guías de tránsito, que existan en el fenecido juicio ordinario, causa del juicio ejecutivo, y que se certificara sobre el hecho de no haber más comprobantes presentados por el señor del Mónaco acerca de entrega de mercancías.

El Tribunal, en auto de 16 de octubre de 1945, resolvió lo siguiente:

"No se puede ordenar se agregue copia de los documentos indicados en el punto 2º, porque no se le ha señalado y las copias deben versar sobre documentos concretos y determinados".

En otro memorial se pidió que el ejecutante absolviera posiciones y que por conducto del señor Gobernador se obtuviera que la gerencia o el administrador de Rentas remitieran, con carácter devolutivo, un informe original que había rendido el señor del Mónaco y que él debía reconocer.

El Tribunal, en auto de 16 de octubre de 1945, dijo:

"No puede pedirse el original con carácter devolutivo, indicado en el punto 3º, porque no existe disposición legal que faculte este procedimiento.

"Para decretar lo solicitado en el punto 1º debe indicar el doctor López si quiere que el Tribunal califique las posiciones pedidas por el señor del Mónaco".

En otro memorial, impetró lo que sigue:

"Que se ordene tener en cuenta para efectos legales la declaración que hago de no reconocer como auténticos todos los documentos que Clemente del Mónaco exhibe como supuestos comprobantes de entrega de mercaderías correspondientes a las figuradas facturas números 891, 892, 893 y 894..., así como de todos los demás papeles que en són de comprobar la dicha entrega, presentó en el juicio ordinario...".

En el punto 4º de dicho memorial solicitó que el señor Cardenio Luna, como poseedor de ciertos documentos relativos a ciertos negocios entre el gerente Eladio Polo y Clemente del Mónaco, los exhibiera, para sacar copia de ellos, si el señor Cardenio se negaba a entregar los originales.

En el punto 4º solicitó, también, que se recibiera declaración a todas las personas que resultaren haber sido subalternas de la Gerencia de Rentas, así como al personal de la Fábrica de éstas, y en el 6º, que se ordenara al Magistrado doctor Ponce Muriel, de la Sala Penal del Tribunal, enviara copia de varios documentos y diligencias obrantes en un sumario que se sigue contra Clemente del Mónaco y Eladio Polo Arias.

En providencia de 16 de octubre de 1945, se expresó así el Tribunal:

"Recíbanse declaraciones al señor Carlos J. Moncayo, de acuerdo con lo pedido en el punto 3º; y al señor José Ignacio Jurado de acuerdo con el punto 4º, y no a los demás porque no se conocen...

"Lo pedido en el punto 1º no es propiamente prueba, y por eso se le niega.

"Lo solicitado en el punto 6º no puede decretarse por prohibirlo la reserva sumaria.

"Lo pedido en el punto 4º de acuerdo con el artículo 299 del C. J. es materia de una articulación, y por lo mismo no puede decretarse en este memorial porque tiene distinto procedimiento judicial, de conformidad con el numeral 2º del artículo 209".

En posterior memorial pidió el mismo doctor López que por medio de los trámites de una acción exhibitoria el señor Clemente del Mónaco presentara ciertos comprobantes que estaban en su poder, lo mismo que los documentos integrantes de sus facturas y las notas concernientes a las mismas facturas, todo ello con el fin de obtener una copia.

El Tribunal resolvió así:

"Lo pedido en los puntos 1º y 2º no puede decretarse en este memorial por lo que se dijo en el auto anterior en relación con el punto 4º".

El doctor Foción López no se conformó con las resoluciones del Tribunal, y pidió reposición, la que contestó el Tribunal en providencia de 21 de noviembre de 1945, decidiendo que se absolvieran las posiciones, previa calificación, y que se aceptaran los peritos designados por parte del Departamento, pero no accedió a reponer los autos en lo demás, y, en consecuencia, concedió el recurso de apelación, que ya está legalmente tramitado.

Razonó el Tribunal de esta manera:

"En el auto de fs. 25 vto. no se ordenó agregar las copias indicadas en el punto 2º de ese memorial, porque no se habían indicado las copias que debían compulsarse. Confiesa el doctor López que "es verdad que la copia de documentos debe referirse a documentos determinados o determinables" y que no ha hecho esa determinación; por consiguiente, ¿quién es el llamado a determinar esos documentos para expedir las copias? No puede ser el Magistrado ni tampoco el Secretario, porque no es esa su función, no lo ha hecho la parte que solicita ni lo puede hacer la contraria, luego se concluye que la providencia del Tribunal es legal. Agrega el doctor López que en el juicio sólo existe un documento comprobante del recibo de unos bultos de botellas, pero no lo ha indicado tampoco, con lo que está demostrando la sinrazón de su pedimento".

La Sala podría agregar que era necesario que a la contraparte se le determinara, de un modo menos general, cuáles eran las copias que se pretendía obtener. Las pruebas, en nuestro procedimiento, no pueden presentarse con carácter sigiloso, pues es preciso que sean públicas y controvertidas. De ahí la necesidad de que las partes requieran que ellas sean determinadas.

Dijo el Tribunal:

"En el auto que aparece a fs. 31 vto. del cuaderno 3º se negó lo pedido en el punto 3º del respectivo memorial, o sea solicitar, por conducto de la Gobernación, a la Gerencia de Rentas, con carácter devolutivo, unos documetnos. El Tribunal dijo que no había disposición alguna que facultase emplear este procedimiento. El doctor López manifiesta que siendo el Departamento parte en el negocio, no encuentra inconveniente en entregar esos papeles. A este respecto responde el Tribunal: si el Departamento tiene voluntad de presentar los documentos originales ha debido hacerlo así y no pedir a la justicia que ella los solicite, pues el C. J. permite a las partes la exhibición de las pruebas que están en su poder y que deben figurar en el juicio. El doctor López arguye: "Si no los presenté directa o indirectamente fue porque no los tengo a manos, porque los están buscando en el archivo de las dependencias respectivas". Con este antecedente el doctor López confirma el pensamiento del Tribunal, pues si la parte no tiene los documentos, mal puede la justicia solicitarlos, y es muy raro que el litigante solicite que a su poderdante, o al subalterno de su poderdante se le pidan las pruebas que han de favorecer su derecho".

Para la Sala no es, en verdad, necesario que un documento esté presente materialmente en el momento de decretar las pruebas, pues lo esencial es que venga a los autos por el procedimiento legal, que puede ser ordenando se haga el desglose, como lo prescribe el artículo 313 del C. J., si es el caso; pero la ley no autoriza el procedimiento que sugiere el señor apoderado del Departamento de Nariño.

Dijo el Tribunal:

"En el punto 1º de ese memorial no se pidió ninguna prueba, y por esto no se decretó favorablemente, y el doctor López está de acuerdo que este punto evidentemente no es para prueba". Esta razón es suficiente.

En cuanto a la orden de que se remitieran copias de las piezas del sumario, el Tribunal, con prudente juicio, anota que esto lo veda la reserva del informativo.

Respecto de las declaraciones que se piden a personas que no se citan, es jurídico lo resuelto por el Tribunal, pues es obvio que para hacer el llamamiento a los testigos es preciso determinarlos.

Además, la contraparte debe saber quiénes son para preparar su defensa, pues litigar no es emplear vías sorpresivas.

Con relación a la exhibición de documentos, el Tribunal negó, porque la petición se hizo en el memorial de pruebas, lo que hacía difícil la tramitación del incidente en cuaderno separado.

La acción exhibitoria consiste en pedir se presenten cosas o documentos que alguien tiene en su poder y que son precisos para probar hechos fundamentales de una acción principal.

La exhibición es una acción especial que se tramita conforme lo dispone el artículo 299 del Código Judicial.

Por las razones expuestas, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA los autos apelados, que han sido materia de esta providencia.

Notifíquese el presente auto al señor Gobernador del Departamento de Nariño. Comisiónase a uno de los jueces de Circuito en lo Civil de Pasto (reparto), para cuyo efecto se librarán los insertos correspondientes.

Notifíquese y cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

FORMA DEL MANDATO JUDICIAL. — REPRESENTACION DE LOS DEPARTAMENTOS

1—El mandato civil, según el artículo 2149 del código de la materia, puede constituírse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente y aun por aquiescencia tácita. En cambio, el mandato procesal exige una forma solemne al tenor de los artículos 255 y 256 del Código Judicial. Como fluye de estas disposiciones, un poder especial para pleitos requiere la escritura pública, la que puede ser sustituída por un memorial presentado personalmente, de la misma manera que se ordena la presentación de las demandas. (Artículo 223 C. J.). Lo anterior está significando que las normas del mandato judicial son especiales y, por consiguiente, de preferente aplicación y que sólo puede darse cabida a disposiciones del Código Civil cuando en el de Procedimiento se noten vacíos.

La norma del artículo 251 del Código Judicial consagra una prohibición para ejercer poderes, mas no impide el que un poder se otorgue para el solo efecto de sustituírlo en persona de capacidad legal para ejercerlo.

2.—De conformidad con el numeral 4º del artículo 194 de la Constitución actual los Gobernadores representan a los Departamentos en asuntos judiciales, pudiendo delegar esta representación. Este artículo sólo entró a regir el 16 de febrero de 1945, de suerte que la cuestión relacionada con la representación de los Departamentos, antes de la enmienda constitucional, se rige por lo que disponen los artículos 173 y 252 del C. J. Se ha discutido si en el evento del artículo 173 correspondía a los Gobernadores conferir los poderes o si era ésta una atribución de los Agentes del Ministerio Público. Los sostenedores de la primera tesis dicen que, en casos determinados, los Agentes del Ministerio Público quedan desinvestidos de la representación judicial, y que, por consiguiente, no es lógico que la conserven solamente para desprenderse de ella. Arguyen, también, que el artículo 24 de la ley 100 de 1892, en que se definía con autoridad la cuestión, no fue reproducido expresamente en la ley 105 de 1931. En contraposición a la anterior opinión existe una doctrina de la Corte Suprema, según la cual son los Fiscales de los Departamentos los que pueden conferir los poderes para la representación de ellos. El numeral 3º del artículo 176 del C. J. señala, entre las funciones de los Fiscales, la de "representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirigen y que deben ventilarse" ante los Tribunales Superiores. Vale tanto como decir que esa representación es inherente a la función de dichos agentes, y que, por regla general, es indelegable. Armonizando la aludida disposición con el artículo 173 del mismo Código, se llega a la conclusión de que la función de representación pueden ejercerla tales agentes por medio de apoderados, pero sólo en casos especiales. Es, por tanto, lógico afirmar que quien tenía la función es quien podía desprenderse de su ejercicio, de acuerdo con la ley. Por consiguiente, en el numeral 3º del artículo 176 está implícita la facultad de delegación cuando, en determinadas circunstancias, la ley lo autorice. Implícito es lo que se entiende incluído en otra cosa sin expresarlo.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, seis de noviembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

Los señores Manuel Guillermo Manjarrés y Manuel D. Varela, celebraron un contrato privado en virtud del cual el segundo de éstos cedió al primero el cincuenta por ciento líquido de las sumas que se obtuvieran como indemnización de perjuicios que les hubiera causado el Departamento del Magdalena, al cual se le atribuye el

hecho de haber captado por el canal Goenaga una porción considerable de las aguas del río Riofrío, sin respetar el mínimum de 1.017 litros por segundo que debían continuar corriendo por el cauce abajo, según lo dispuesto por una resolución del Gobierno nacional.

Importa transcribir la cláusula d) de dicha convención: "Para exigir la indemnización de los perjuicios que el Departamento del Magdalena, como dueño del Canal 'Goenaga', debe pagar, Manuel D. Varela confiere amplio poder al señor Manuel Guillermo Manjarrés para que se encargue de las acciones conducentes y necesarias para obtener judicial, o extrajudicialmente, el valor de la citada indemnización, pudiendo sustituír el poder que se le confiere por este contrato en un abogado de su confianza, quien quedará encargado de ejercitar las acciones que, en juicio o fuera de juicio, considere convenientes para eficacia de la cobranza".

El documento está inscrito en la oficina de Registro de Ciénaga, pero no se halla estampillado.

En términos semejantes el señor Manjarrés contrató con los señores Rafael D. Granados, Feliciano García, Andrés Polo, José Antonio Fernández de Castro, José Francisco D. Granados Galindo, Sara Fernández de Castro, Carlos Fernández de Castro y José Manuel del Gordo, quien dijo ser apoderado de las señoras Ana I. de del Gordo y Ana H. Fernández de Castro.

En memorial dirigido al Tribunal del Distrito Judicial de Santa Marta, el señor Joaquín Fernández de Castro sustituyó en el doctor Abraham H. Mora C. el poder escriturario que le había conferido la señora Ana H. de Fernández de Castro.

Por su parte el señor Manjarrés, en su nombre, confirió poder especial al doctor Antonio Escobar Camargo, y sustituyó en éste mismo el que le habían conferido las personas antes mencionadas. El doctor Escobar Camargo, hizo la sustitución de su mandato en el doctor H. Mora.

Revestido con esta personería, el doctor Mora demandó al Departamento del Magdalena para que se le condenara a pagar a sus poderdantes los perjuicios que les hubieran sido causados por la entidad demandada, "por no haber dejado correr el canal Goenaga, por el cauce natural del río Riofrío, la cantidad de mil diez y siete (1.017) litros de agua por segundo, como está ordenado por Resolución número 33 de 20 de enero de 1934, del Ministerio de Industrias, debidamente aprobada por el Poder Ejecutivo".

La demanda fue contestada por el doctor Julio Dangond O., a quien constituyó como apoderado el señor Gobernador del Departamento.

La Sala de Negocios Generales, antes de proferir la decisión definitiva, está obligada a observar las irregularidades que en el proceso puedan generar alguna nulidad, conforme lo dispone el ordenamiento del artículo 455 del Código Judicial.

El mandato civil, según el artículo 2149 del código de la materia, puede constituírse por escritura pública o privada, por carta, verbalmente y aun por aquiescencia tácita. En cambio, el mandato procesal exige una forma solemne. En efecto, prescribe el artículo 255 del Código Judicial:

"Los poderes generales para toda clase de pleitos y los especiales para varios juicios que se sigan o no por cuerda separada, sólo pueden conferirse por escritura pública. En los especiales, los asuntos deben determinarse claramente, de modo que no puedan confundirse con otros".

Y el 256 ibídem, dice: "El poder especial para un juicio puede conferirse por escritura pública o por memorial presentado como se dispone para las demandas".

Como fluye de las disposiciones transcritas, un poder especial para pleitos, requiere la escritura pública, la que puede ser sustituída por un memorial presentado personalmente, de la misma manera que se ordena la presentación de las demandas (artículo 223 del C. Judicial).

Lo anterior está significando que las normas del mandato judicial son especiales, y, por consiguiente, de preferente aplicación, y que sólo puede darse cabida a disposiciones del Código Civil, cuando en el de Procedimiento se notan vacíos.

La Sala de Casación, en sentencia de 17 de marzo de 1945, sostiene al respecto la misma doctrina que se sustenta en el presente auto. Se dice en ella, lo que sigue:

"Esta especie de mandato, de naturaleza solemne, vinculado particularmente al derecho procesal, se rige especial y preferencialmente por las disposiciones legales que el código de procedimiento civil establece en el capítulo segundo, título 4º, del Libro Segundo, bajo el epígrafe "Apoderados", sobre su celebración y forma, capacidad, terminación y demás condiciones que lo caracterizan como un mandato específico, sin perjuicio de quedar sometido, en lo demás, a la normación general del contrato".

Al considerarse los contratos del señor Manjarrés, se observa cómo el poder conferido a éste,

para cobrar en juicio las indemnizaciones, no reviste las formas solemnes procesales, pues sólo consta tal mandato en un simple documento privado. Y no siendo ésta la manera legal de constituírlo, las sustituciones del señor Manjarrés y la que de allí se origina, tienen una fuente que ilegitima la personería.

Hay otro punto de vista que es conveniente considerar brevemente. Dice el artículo 251 del C. J.: "La persona que por convenio se encargue de representar a otra en juicio, se llama apoderado judicial. Parágrafo. Todo lo dispuesto en este capítulo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones legales que reglamentan la profesión de abogado".

La norma transcrita consagra una prohibición para ejercer poderes judiciales, mas no impide el que un poder se otorgue para el solo efecto de sustituírlo en persona de capacidad legal para ejercerlo. En el caso ocurrente, no se sabe a ciencia cierta si el señor Manjarrés es abogado inscrito, pero tal cosa no es necesario investigarla, supuesto que el señor Manjarrés no se ha presentado en ejercicio de la personería que pretende. En consecuencia, sólo se anotan las fallas que antes se indicaron en relación con el mandato para este juicio.

Personería del Departamento

De conformidad con el numeral 4º del artículo 194 de la Constitución actual, los Gobernadores representan a los Departamentos en asuntos judiciales, pudiendo delegar esta representación.

Este artículo sólo entró a regir en 16 de febrero de 1945, de suerte que la cuestión relacionada con la representación de los Departamentos, antes de la enmienda constitucional, se rige por lo que disponen los artículos 173 y 252 del Código Judicial. Dice el 252: "El Estado, los Departamentos y los Municipios no pueden ser representados por apoderados sino en la forma y condiciones establecídas en el artículo 173". Y el 173, está concebido así:

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

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

Se ha discutido si correspondía en este evento a los Gobernadores conferir los poderes o si era ésta una atribución de los Agentes del Ministerio Público. Los sostenedores de la primera tesis dicen que, en casos determinados, los Agentes del Ministerio Público quedan desinvestidos de la representación judicial, y que, por consiguiente, no es lógico que la conserven solamente para desprenderse de ella. Arguyen, también, que el artículo 24 de la ley 100 de 1892, en que se definía con autoridad la cuestión, no fue reproducida expresamente en la ley 105 de 1931. En contraposición a la anterior opinión, existe la siguiente doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia, en providencia de 17 de marzo de 1933:

"Con arreglo al artículo 250 del C. J., las personas jurídicas deben comparecer en juicio por medio de sus representantes constitucionales, legales o convencionales, según el caso. El representante de un Departamento, tanto en las acciones judiciales que éste debe promover como las en que contra él se inician, es el Fiscal de dicho Tribunal (numeral 3º, artículo 176 C. de Organización Judicial).

"El Gobernador del Departamento no lo representa sino en los asuntos políticos y administrativos (ordinal 3º, artículo 59, Acto Legislativo número 3 de 1910; numeral 4º, artículo 127, Código Político y Municipal).

"Síguese de lo dicho que aunque sea el Gobernador quien pueda celebrar contrato con un abogado para que represente al Departamento en juicio, quien debe poner en ejecución el contrato, confiriendo o suscribiendo el correspondiente poder, es quien tiene la representación del Departamento, es decir, el respectivo Agente del Ministerio Público, siguiendo las instrucciones que se le den.

"Esto lo establecía de manera categórica el artículo 24 de la ley 100 de 1892, disposición que aunque no ha sido reproducida en el nuevo Código Judicial, está implícitamente contenida en el numeral 3º, artículo 176 de esta obra".

El numeral 3º del artículo 176 del Código Judicial señala, entre las funciones de los Fiscales, la de "representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirijan y deban

ventilarse" ante los Tribunales Superiores. Vale tanto como decir que esa representación es inherente a la función de dichos agentes, y que, por regla general, es indelegable.

Armonizando la aludida disposición con el artículo 173 del mismo código, se llega a la conclusión de que la función de representación pueden ejercerla tales agentes por medio de apoderados, pero sólo en casos especiales.

Es, por tanto, lógico afirmar que quien tenía la función es quien podía desprenderse de su ejercicio, de acuerdo con la ley. Por consiguiente, en el numeral 3º del artículo 176, está implícita la facultad de delegación, cuando, en determinadas circunstancias, la ley lo autorice. Implícito es lo que se entiende incluído en otra cosa sin expresarlo.

Hay otras consideraciones que conviene hacer: Según el artículo 231 del Código Judicial "el que pide a nombre de otro está obligado a probar la facultad para representarlo. El Juez no da curso a la demanda si no está acreditada dicha representación". Es obvio que si a pesar de tal deficiencia, la demanda se admite, al demandado le quedan expeditas estas vías: presentar la excepción dilatoria correspondiente a promover una articulación de nulidad, teniendo en cuenta los artículos 448 y 450 del C. J. Todavía más: al Juez le incumbe, antes de decidir sobre lo principal, poner en conocimiento de las partes las causales de nulidad que observe.

Hay otra norma relacionada con la cuestión de personería y es el artículo 232, que dice:

"El demandante no está obligado a presentar con la demanda la prueba de que la persona a quien designa como representante del demandado, lo es en realidad; si el designado se da por tal sin serlo y sin hacer objeción alguna, se hace responsable de los perjuicios que por el engaño se ocasionen a las partes".

Ese artículo establece que no es necesario al iniciar la demanda exhibir la prueba de la personería del demandado, así como no es tampoco obligatorio acompañar al libelo los comprobantes de los hechos fundamentales; pero todo, incluso la personería, debe acreditarse oportunamente.

Es claro que lo anterior no impide que el que sea demandado considerándosele como representante de otro, sin serlo, pueda defenderse con la correspondiente excepción dilatoria.

En el caso ocurrente se señaló al Fiscal del Tribunal como representante del Departamento, pero luego fue éste sustituído por un apoderado constituído por el señor Gobernador. En esas circunstancias, es indispensable, de acuerdo con el artículo 448, ordinal 2º, del Código Judicial, en armonía con el 455 ibídem, ver si la personería es legítima o no.

Para la Sala es indudable que no incumbía al señor Gobernador conferir el poder, no obstante que en algunas providencias de la Corte este asunto se había decidido, dejando lugar a ciertas vacilaciones. Con todo, en tales decisiones había factores especiales de los cuales podía inferirse que no era muy evidente la ilegitimidad de la personería.

Si la argumentación precedente no convenciera, bastaría recordar la sentencia de 9 de noviembre de 1944, en la que la Corte Plena, estudiando el artículo 138 de la Constitución anterior (igual, en lo fundamental, al 142 de la actual), expresó el siguiente concepto:

"El Estado, los Departamentos y los Municipios, no pueden ser representados en juicio sino por los respectivos Agentes del Ministerio Público, salvo los casos contemplados en dicho artículo 173 (C. J.), casos excepcionales en que pueden hacerse representar por medio de abogados, mediante la celebración del contrato respectivo".

En el negocio que se cuestiona, no aparece la Resolución del señor Gobernador en que se expresen las circunstancias excepcionales que permitan el apartamiento de la norma general.

En consecuencia de todo lo anterior, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, pone en conocimiento de las partes la nulidad consistente en la ilegitimidad de la personería que existe en el apoderado de los actores y en la representación de la entidad demandada a partir de la admisión de la demanda y del auto de mayo 15 de 1941, en que se reconoció personería al doctor Moisés Méndez Barreneche, apoderado sustituto del Departamento.

Notifíquese personalmente esta providencia a los señores José Antonio Fernández de Castro, José Francisco Díaz Granados Galindo, Adriana Díaz Granados, Zarina Díaz Granados, Sara de Fernández de Castro, Carlos Fernández de Castro, Manuel D. Varela, Rafael Díaz Granados, Feliciano García, Andrés Polo, y Ana del Gordo.

Para la notificación de esta providencia a los señores antes mencionados, se comisiona a uno de los jueces del Circuito en lo Civil de Ciénaga (reparto).

Para la notificación al señor Gobernador del Departamento del Magdalena, se comisiona al señor Juez Unico Civil del Circuito de Santa Marta.

Líbrense los correspondientes despachos. Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio.

PRUEBA DE ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL

Para probar los hechos que puedan configurar los conceptos de error grave en el peritazgo puede hacerse uso de todos los medios de prueba legales, con las solas restricciones del artículo 596 del Código Judicial, sobre conducencia y eficacia legal de la prueba. Las partes tienen derecho a probar los hechos que constituyen sus afirmaciones, y como ellas son las que conocen los elementos probatorios, tienen la libertad, emanada de su derecho, para escoger los medios de prueba legales, que en la resolución correspondiente se aprecian por el juzgador. La conducencia consiste en que aproveche a las pretensiones de quien aduce la prueba o perjudique las de la parte contraria, según la doctrina del artículo 544 del C. J. Para decretar las pruebas es difícil apreciarlas tomando la prueba aisladamente, y es muy delicado porque con ello se pueden adelantar conceptos sólo oportunos en la decisión, lo que puede ocurrir también respecto a la eficacia, por lo cual es preferible ordenar la prueba y practicarla, como garantía a la libertad del derecho de probar que tienen las partes. La influencia o pertinencia de la prueba se refiere al hecho o circunstancia que se quiere establecer con ella y basta que esa relación exista en parte para decretarla, ya que un hecho se puede demostrar con varias pruebas, que cada una de ellas contribuya a probarlo. Por lo demás, las pruebas pueden tener efectos más o menos remotos, que en combinación con otras llegan a constituír elementos de convicción. Luego bien puede decretarse la prueba de otro dictamen pericial para demostrar el error grave en que pudieron incurrir los primeros peritos.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada)

En este juicio ordinario promovido por Ester Montero Torres contra el Departamento de Cundinamarca ante el Tribunal Superior de Bogotá, contra el dictamen pericial que la parte actora solicitó se practicara como prueba, esta misma parte, con fundamento en el artículo 720 del C. Judicial, ha propuesto la objeción de error grave.

Tramitada por el Tribunal la articulación ordenada por la disposición citada, la demandante pidió como prueba en el incidente, entre otras, un dictamen pericial, prueba cuya práctica ha sido negada por el Tribunal, por auto de seis de julio último. De esta providencia, en relación con la negativa de esa prueba, ha interpuesto el recurso de apelación la demandante, recurso que, concedido por el Tribunal, se ha tramitado ante la Sala de la Corte en debida forma.

El Tribunal ha basado su negativa en lo siguiente, que se transcribe: "Se trata de probar el error grave en que incurrieron unos peritos, y éste no se puede probar en otro dictamen igualmente susceptible de error, y de la consiguiente objeción; b) Porque la prueba pericial sólo se admite para la comprobación de hecho, y la demostración del error, aun cuando sea de hecho, lo que requiere es que se acredite la confusión esencial u objetiva de apreciación de los peritos en presencia de hechos ya conocidos; y c) Porque, si se admitiera esa prueba en casos como el que se trata, ningún objeto tendría la intervención pericial que pudiera ordenarse como consecuencia de la declaración del error, a más que, de admitirla, habría de incurrirse en el círculo vicioso de las objeciones sucesivas".

La ley ha dispuesto como procedimiento para tramitar las objeciones, el de la articulación reglamentada por el artículo 395 del C. Judicial, que prevé que si hay hechos que probar, el incidente se abre a prueba por nueve días.

Sobre la restricción de los medios de prueba que pueden emplearse en esta clase de incidentes, no hay disposición especial, y por esto se somete el incidente a las normas generales sobre pruebas.

Para la admisión de las pruebas, el principio general es que ellas se ciñan a la materia de la decisión, y son inadmisibles las inconducentes y las legalmente ineficaces, conforme lo expresa el artículo 596 del C. Judicial.

Para probar los hechos que puedan configurar los conceptos de error grave en el peritazgo, puede hacerse uso de todos los medios de prueba legales, con las solas restricciones del artículo antes mencionado del C. Judicial, sobre conducencia y eficacia legal.

Las partes tienen derecho a probar los hechos que constituyen sus afirmaciones, y como ellas son las que conocen los elementos probatorios, tienen la libertad, emanada de su derecho, para escoger los medios de prueba legales, que en la resolución correspondiente se aprecian por el juzgador. La conducencia consiste en que aproveche a las pretensiones de quien aduce la prueba o perjudique los de la parte contraria, según la doctrina del artículo 544 del antiguo C. Judicial. Para decretar las pruebas es difícil apreciarlas tomando la prueba aisladamente, y es muy delicado porque con ello, se pueden adelantar conceptos sólo oportunos en la decisión, lo que puede ocurrir también respecto a la eficacia, por lo cual es preferible ordenar la prueba y practicarla, como garantía a la libertad del derecho de probar que tienen las partes. Bonnier, dice que: "Existen ciertas circunstancias insignificantes si se las toma aisladamente, pero que en concurso pueden entrañar la convicción". La influencia o pertinencia de la prueba hace relación al hecho o circunstancia que se quiere establecer con ella y basta que esa relación exista en parte, para decretarla, ya que un hecho se puede demostrar por varias pruebas, que cada una de ellas contribuya a probarlo. Por lo demás, las pruebas pueden tener efectos más o menos remotos, que en combinación con otras, llegan a constituír elementos de convicción.

El Tribunal desecha la prueba porque al admitir en la articulación de objeciones, puede prestarse a una serie de peritazgos y de incidencias sobre objeciones a los dictámenes, que harían interminables los procesos. Es necesario considerar que en la controversia de las pruebas la ley permite procedimientos incidentales, cuyo uso sanciona cuando no dan fundamento plausible los proponentes, o cuando obran temerariamente al proponerlos; y así, según el artículo 720 citado antes, si el incidente de objeciones a un dictamen pericial se declara infundado, o se aprecia que al proponerlo ha obrado temeriamente, se ordena al articulante no sólo el pago de las costas del incidente, sino también el de una multa cuya cuantía se gradúa por la importancia del asunto. Tratándose de documentos privados, éstos pueden ser tachados de falsedad, y para probar ésta en la incidencia correspondiente, puede ser aducido como elemento probatorio otro u otros documentos privados. El testimonio puede ser tachado y la demostración de la tacha puede hacerse con otros testimonios, que a la vez pueden ser objeto de una nueva tacha. La admisión de las pruebas no puede restringirse por temor a las tachas infundadas e inoficiosas que en su producción puedan proponer las partes; lo que corresponde al juzgador es dar estricto cumplimiento a las sanciones legales, para evitar con éstas el mal uso que de las incidencias puedan hacer los interesados en el proceso.

Con las pruebas se trata de comprobar hechos, y el dictamen pericial tiene por objeto hacer examinar hechos, o apreciar la naturaleza de éstos, sus antecedentes o cualidades, por personas que se supone tienen conocimientos especiales sobre la materia que es objeto del peritazgo. El error grave puede ser constituído por hechos o circunstancias no apreciados o mal apreciados por los expertos, por lo cual no puede negarse la eficacia que puede tener éste medio dé prueba en el caso presente.

Podría argüirse que un peritazgo en la articulación, que tenga por objeto lo mismo que fue motivo del objetado, sería improducente o inoportuno, porque esto es precisamente lo que se hace si la objeción triunfa; y porque sobre un mismo punto no puede pedirse esta prueba sino una vez en cada instancia (artículo 718 C. Judicial); pero el peritazgo que se solicita en la articulación no tiene exactamente el mismo contenido al pedido en el juicio, ya que aquí se pide el avalúo del costo de lo que la peticionaria afirma que fue destruído de la casa, teniendo en cuenta todos los elementos que existían en esa parte destruída; y el experticio en el proceso versa sobre la verificación de los daños y el avalúo de los perjuicios que alega la parte demandante se le han ocasionado por la destrucción de parte del edificio, comprendiendo en éstos no sólo el valor de la edificación nueva que dicha parte tenga que levantar, sino la reparación en general de la casa y el mon-

to del valor de los cánones de arrendamiento, que ha dejado de percibir.

Por lo expuesto la Sala de Negocios Generales de la Corte revoca la providencia apelada en lo que es objeto del recurso, en su lugar resuelve que se practique también la prueba pericial solicitada por el demandante en memorial presentado el siete de junio último.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al Tribunal Superior de Bogotá.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Jorge García M., Oficial Mayor.

HONORARIOS DE LOS PERITOS

El artículo 60 de la ley 63 de 1936 consagra para el juzgador una norma de poder para la dirección del proceso, según la cual tiene el libre arbitrio para determinar el valor de la remuneración debida a los peritos, aplicando para ello su propio criterio y sus conocimientos personales, midiendo el grado de importancia del trabajo que han efectuado los expertos y la calidad y categoría de éstos, según el género de la materia cuyos conocimientos se han requerido para el examen y exposición. Contiene el artículo un deber del juzgador, que tiene que cumplir oficiosamente, pesando todas las circunstancias del caso que puedan servirle para hacer la estimación prudencialmente. Este poder de dirección procesal está condicionado a la cuantía en que deban apreciarse los honorarios, pues si éstos se han de avaluar en suma mayor de doscientos pesos, para determinarlos debe tramitarse una articulación, incidencia que tiene por objeto oír a los interesados y dar ocasión a la producción de pruebas apreciables que puedan guiar el criterio del juzgador. Si éste tiene el deber formal de obrar haciendo la estimación de la remuneración que se deba a los peritos, cuando de la articulación no resulte la prueba plena, siempre tiene que estimar los honorarios de los peritos, teniendo en cuenta los elementos del proceso y las circunstancias que indica en la primera parte el artículo citado.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada)

Guillermo Kopp Castello pidió al Tribunal Superior de Bogotá la práctica de una diligencia de inspección ocular extrajudicial, con intervención de peritos, y con citación y audiencia de la Nación, representada por el Fiscal del Tribunal; de la entidad que denominó Junta Administradora de la Compuerta de la Ramada, representada por su Presidente, y de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, Sociedad Anónima, de las que indicó como Gerente a Eduardo Cuéllar. El peticionario apoyó su solicitud en los artículos 724 y 731 del C. Judicial. Para esta diligencia el solicitante nombró como perito al doctor Saulo Vicente Medina, y el Fiscal y la Compañía de Empresas Unidas de Energía Eléctrica, a Francisco Wiesner Rozo.

La práctica de la diligencia pedida fue ordenada por la Sala Plural del Tribunal y se llevó a cabo por esta misma Sala, teniendo en cuenta para ello, no sólo el cuestionario sometido por Kopp Castello, sino los pliegos de cuestiones propuestas por las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y por el Fiscal del Tribunal Superior, para ser sometidas a los peritos, según escritos presentados el seis de julio del año próximo pasado (a folios 62 a 65 del cuaderno número primero).

Como el Tribunal considera que el valor de los honorarios de los peritos debía estimarse en una suma mayor de doscientos pesos, con fundamento en el artículo 60 de la Ley 63 de 1936 abrió una articulación por auto de veintidós de enero de 1945.

La apertura de la articulación fue también pedida por el perito doctor Wiesner Rozo posteriormente a la iniciación de su tramitación, manifestando en tal solicitud que estima sus emolumentos en la suma de ocho mil pesos. El perito Medina coadyuvó la solicitud de Wiesner Rozo para que tramitara el incidente, manifestando además, que había arreglado con Kopp Castello lo relativo a sus honorarios. El Tribunal resolvió el incidente en mención en Sala de Decisión, por providencia de veinticinco de julio de ese mismo año, cuya parte resolutiva dice: "Fíjese en ocho mil pesos el valor de los honorarios por cada uno de los peritos doctores Francisco Wiesner Rozo y Saulo Vicente Medina; y en quinientos pesos el valor del honorario del perito tercero Dr. Julio Carrizosa Valenzuela. Téngase en cuenta la manifestación hecha por el perito Dr. Medina en el escrito de fecha veintisiete de abril de mil novecientos

cuarenta y cinco, que corre al folio quinto de este cuaderno, en el que hace constar que ha arreglado ya con el señor Kopp Castello lo relativo a sus honorarios en cuanto a él corresponden. El pago de los honorarios respectivos corresponde a ambas partes, por mitad; en otros términos, cada parte paga su perito, y el tercero entre ambas, por cuotas iguales. 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)". Contra este auto apeló el Fiscal del Tribunal; pidieron reposición y en subsidio apelación quienes han figurado como apoderados de la Junta Administradora de la Compuerta de la Ramada y de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica; reposición el apoderado del perito Wiesner Rozo en cuanto debía declararse que la parte demandada (sic) sólo está compuesta por la Nación y las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y disponerse que los honorarios de su poderdante deben dividirse por iguales partes entre estas dos entidades; y por último, el apoderado de Kopp Castello interpuso el recurso de alzada contra el mencionado auto, en lo que le fuere desfavorable.

El Tribunal, con fecha diez de noviembre del mismo año pasado, al resolver sobre la reposición solicitada contra el auto de julio, dispuso: "No se accede a reponer el auto de fecha veinticinco de julio pasado y a que se refiere el escrito del doctor Hernán Iglesias Benoit, pero se modifica en cuanto se dijo que el grupo de presuntos interesados demandados estaba formado por tres entidades, y cada una de éstas debía contribuír al pago del perito en igual proporción (tercera parte); la modificación se hace en el sentido de declarar que ese grupo sólo está constituído por dos personas, la Nación y las Empresas Unidas de Energía Eléctrica, para efectos del pago de los honorarios (por mitad)".

Ya en esta Corte el negocio, por providencia de veintinueve de marzo último, con fundamento en el artículo 353 del C. Judicial, se declaró ejecutoriado el auto de 25 de julio de 1945 en cuanto a la apelación interpuesta por el apoderado de Kopp Castello.

Habiéndose tramitado el recurso en debida forma, entra la Sala a resolver del mérito de lo que ha sido materia de la apelación.

En primer lugar es necesario observar, que según los decretos 1.116 de 1942 y 816 de 1943, expedidos por el Presidente de la República, la "Junta Administradora de la Compuerta de la Ramada" es una dependencia de la administración pública, subordinada al Ministerio de la Economía Nacional, por lo cual, como lo ha dicho el Tribunal, no se trata en tal Junta de entidad autónoma e independiente de la nación y ésta aparece representada por el Fiscal del Tribunal Superior, en estas diligencias; los intereses de la Junta en mención, son por tanto intereses nacionales.

Dos cuestiones principales constituyen el motivo del recurso de apelación, según la exposición que en su vista ha hecho el señor Procurador Delegado en lo Civil, y según también los memoriales dirigidos al Tribunal por los distintos interesados: una de ellas versa sobre el monto de la remuneración para los peritos, y otra sobre a quiénes corresponde hacer el pago de esos honorarios.

El auto apelado determinó en $ 8.000.00 la remuneración para cada perito principal y en $ 500 la del perito tercero.

El artículo 60 de la Ley 63 de 1936, aplicable a la materia de que aquí se trata, dice textualmente: "El artículo 568 del C. Judicial quedará así: Cuando se trate de intérpretes o de peritos, y excepcionalmente cuando se les conceda término para rendir su dictamen, el juez puede aumentar las asignaciones prudencialmente, teniendo en cuenta la importancia del trabajo y la categoría de los expertos. Cuando a juicio del Juez, los honorarios deban estimarse en una suma mayor de doscientos pesos, la cuantía de ellos se regula mediante los trámites de una articulación". "Pero la regulación, en tratándose de avalúos, no subirá del dos y medio por mil del monto del avalúo. El juez determinará de oficio el valor de los honorarios en el auto por medio del cual ordene correr el traslado a las partes de la diligencia de avalúos, y ellos sólo se deben a partir de la fecha de dicho auto. Pero no podrá aprobarse ninguna diligencia de avalúos en juicio mortuorio, ni tenerse como prueba la que se practique en otro juicio, sin que haya constancia en autos del pago o arreglo satisfactorio de los honorarios periciales".

Esta disposición consagra para el juzgador una norma de poder para la dirección del proceso, según la cual tiene el libre arbitrio para determinar el valor de la remuneración debida a los peritos, aplicando para ello su propio criterio y sus conocimientos personales, midiendo el grado de importancia del trabajo que han efectuado los ex-

pertos y la calidad y categoría de éstos, según el género de la materia cuyos conocimientos se han requerido para el examen y exposición. Contiene el artículo un deber del juzgador, que tiene que cumplir oficiosamente, pesando todas las circunstancias del caso que puedan servirle para hacer la estimación prudencialmente. Este poder de dirección procesal está condicionado a la cuantía en que deban apreciarse los honorarios, pues si éstos se han de avaluar en suma mayor de doscientos pesos, para determinarlos debe tramitarse una articulación, incidencia que tiene por objeto oír a los interesados y dar ocasión a la producción de pruebas apreciables que puedan guiar el criterio del juzgador. Si el juzgador tiene el deber formal de obrar haciendo la estimación de la remuneración que se deba a los peritos, cuando de la articulación no resulte la prueba plena, siempre tiene que estimar los honorarios de los peritos, teniendo en cuenta los elementos del proceso y las circunstancias que indica en la primera parte el artículo 60, transcrito.

A petición del perito Wiesner Rozo se produjo un avalúo por peritos, quienes apreciaron en ocho mil pesos el honorario de cada uno de los expertos principales. Este dictamen ha sido considerado falto de fundamento y excesivo en su cuantía, por los interesados en la práctica de la prueba.

El señor Procurador Delegado en lo Civil, en su vista se expresó en los términos siguientes en relación con el avalúo que se estudia: "La Procuraduría no halla una estrecha vinculación entre las premisas o fundamentos del dictamen rendido por los doctores Lobo Guerrero y García y su conclusión. Es cierto que los peritos Wiesner Rozo y Medina tuvieron que hacer numerosos estudios en varios archivos; analizar planes y trabajos topográficos; estudiar zonas y terrenos afectados por la inundación; etc., etc.; y también que rindieron un dictamen extenso, meditado y científico; es cierto que un trabajo como el realizado por ellos acarrea notables responsabilidades y que se trata de verdaderos expertos, de altísima solvencia profesional y moral. Pero estima este despacho que, aunque ciertas y evidentes todas estas consideraciones, no tienen relación alguna con la cifra de ocho mil pesos dada por los peritos. Cree esta Procuraduría que el avalúo de los honorarios periciales ha debido fundarse, entre otras, en bases como estas: ganancia real, más o menos aproximada, de un técnico tal como los doctores Wiesner Rozo y Medina, por mes; tiempo indispensable para realizar un trabajo como el experticio efectuado por los dos peritos mencionados; avalúo de trabajos similares en otros asuntos judiciales; pago por trabajos semejantes hechos por particulares, en algunos casos concretos, etc. Estos datos, en mi opinión indispensables, no fueron los que, debidamente relacionados, llevaron a los peritos Lobo Guerrero y García a emitir su dictamen, por lo cual la determinación de los honorarios de los peritos Wiesner Rozo y Medina me parece desprovista de sólidos fundamentos. Y puede estimarse además excesiva.

Observo, simplemente, que los fundamentos dados por los doctores Lobo Guerrero y García a su dictamen pudo llevarlos, con la misma lógica, a fijar los honorarios de los peritos Wiesner Rozo y Medina en la mitad o en el doble de ocho mil pesos, ya que no tuvieron como base ningún dato exacto ni ninguna cifra precisa".

Las observaciones del señor Procurador son muy razonables respecto a la falta de base para el dictamen.

Los peritos ponen como fundamento no otra cosa que el recuento de lo que según el expediente hicieron los expertos cuya asignación se trata de fijar.

Para que un dictamen haga plena prueba es necesario que sea debidamente fundamentado, como lo exige el artículo 721 del C. Judicial. Las bases tomadas para el dictamen son la fuente de convicción del juzgador; la exposición pericial debe estar fundada en un razonamiento lógico, en un orden de ideas del cual resulte clara la conclusión del concepto.

De la afirmación que hacen los peritos de que han tenido en cuenta el dictamen rendido por los primeros expertos que intervinieron en la inspección ocular y la calidad de esos peritos, no se deduce cuál sea el verdadero valor de su remuneración. Los peritos del incidente no calculan ni dicen qué tiempo fue necesario para hacer el experticio; ni cuánto tiempo diariamente, si hubo trabajo diario, fue necesario para que ellos pudieran cumplir su cometido; ni cuánto debieron restarle al ejercicio de su profesión en otros asuntos o si no debieron tener otra ocupación que la de preparar el dictamen, durante el tiempo concedido para ello por el Tribunal; ni manifiestan cuánto devenga un profesional de la categoría de los que intervinieron en el peritazgo, en la preparación y estudio de un concepto como el rendido

por los mencionados ingenieros. No han manifestado los avaluadores que hubieran tomado un dato respaldado por una demostración real para fijar el avalúo de los honorarios, de manera que lógicamente deba tenerse que el monto de éstos sea el determinado por dichos avaluadores y no otra suma diferente. Ni siquiera expresan los referidos avaluadores que hubieran hecho alguna relación de valores con otros trabajos similares, que les pudiera servir como punto de comparación para el avalúo. Por lo demás, si se tomara como base para el avalúo la relación del valor en que los peritos estimaron los perjuicios que alega haber sufrido el solicitante Kopp Castello, resultaría desproporcionado el valor de los honorarios, pues ese valor casi llegaría a la mitad en que apreciaron el de los daños. Careciendo el dictamen de fundamento, no puede estimarse como prueba completa para hacer con base en él la apreciación de los honorarios de los peritos, y ante esta falta de demostración, se hace necesario entrar a determinar el monto de la asignación directamente por las razones ya expresadas.

El apoderado de Kopp Castello ha estimado que es excesiva la cantidad en que han fijado los peritos el valor de los honorarios, y el perito que fue nombrado por éste para la inspección manifestó que ha arreglado con Kopp Castello el valor de su remuneración. De esto se concluye lógicamente que ese arreglo directo fue hecho por suma menor a la fijada por los avaluadores, porque de otra manera el interesado no hubiera tachado de excesivo el valor fijado por los peritos.

Considerando que los expertos son de muy alta categoría profesional, que el trabajo por ellos efectuado ha sido de importancia, que la materia a que se contrajo su estudio requiere conocimientos especiales, que se les concedió por el Tribunal un término de casi cinco meses para rendir su exposición, la sola estima que el valor de las asignaciones a ellos debidas puede medirse teniendo como base lo que reciben en la administración los ingenieros jefes de sección del Ministerio de Obras Públicas, según los sueldos fijados a éstos por los decretos correspondientes, remuneración que es de seiscientos pesos mensualmente. Haciendo el cómputo por el tiempo concedido para rendir el informe, más un aumento prudencial, teniendo en cuenta que se trata de un trabajo profesional aislado e importante, la Sala determina el valor de la asignación de los peritos Wiesner Rozo y Medina en la suma de cuatro mil pesos para cada uno de ellos.

No hay prueba alguna para hacer por ella la estimación del honorario del perito tercero que concurrió a la diligencia de inspección ocular, pero que no tuvo ocasión de rendir concepto, por haber estado los expertos principales de acuerdo en el dictamen. El Tribunal hizo la tasación de esta asignación directamente y contra esta determinación no se ha expresado queja alguna.

La providencia del Tribunal define que los honorarios sean pagados la mitad por quien pidió la prueba y la otra mitad por iguales partes entre las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y la Nación.

El señor Procurador sostiene que el pago a los peritos sólo es de cargo de quien pidió la prueba y a cuyo favor se ha decretado.

Kopp Castello fue quien pidió la práctica de la prueba extrajudicial, fundándose para ello en el artículo 731 del C. Judicial. El fin de la prueba así pedida es el de hacer constar en lo futuro hechos o circunstancias que le interesen a quien la solicita, respecto de los cuales el transcurso del tiempo haga difícil su esclarecimiento. La prueba se hace sobre hechos o cosas que determina el que la pide.

No habiendo juicio en este caso, ni un debate sobre la necesidad de la información, las costas deben ser, como regla general, de quien pide la práctica de las diligencias, pues pretende preconstituir la prueba no en defensa de un derecho actualmente atacado, sino como garantía de una defensa o de un ataque eventuales, pero de cuya eventualidad no es posible hacer de una vez responsable al presunto adversario. Planteado el juicio y finalizada la controversia, ya la cuestión de estas expensas procesales, serán de cargo del condenado a su pago en la respectiva sentencia o providencia que finalice la actuación.

Si los citados a comparecer a las diligencias sólo asumen el carácter pasivo que les corresponde, sin pedir de su parte prueba alguna o complemento o extensión de la pedida por el solicitante de la inspección, nada les corresponde pagar de los gastos. Pero si los citados toman un carácter activo, y piden de su parte que la prueba se extienda a otros hechos y circunstancias, y proponen nuevas cuestiones a que la prueba dicha deba extenderse, como ésta se vuelve de interés común, más costosa y compleja, la persona citada que así obra debe contribuír al pago de los gastos de la prueba. El citado pidió de su parte la demostración de nuevos hechos o circunstancias,

queriendo con ello prevenir la defensa de sus propios derechos, intereses éstos que son ya ajenos a los derechos e intereses que quiere proteger la persona que ha solicitado la inspección.

El artículo 562 del C. Judicial preceptúa que: "cada parte debe pagar los gastos que se causen en la práctica de las diligencias que solicite, y contribuír a prorrata al pago de los gastos comunes". Y el 570 del mismo Código: "Los derechos que se causen en una diligencia los pagan las partes que la solicitan, o a cuyo favor se decreta, tan pronto como se fijen por el juez, quien ha de hacer la regulación a más tardar el día siguiente de presentado el servicio".

La práctica de la diligencia la había solicitado Kopp Castello, pero luego los otros dos interesados elevaron también solicitud para que la prueba se hiciera además sobre otros hechos y otras cuestiones diferentes a las propuestas por el primer peticionario, y conforme con lo pedido por las partes citadas se dispuso practicar la inspección y el peritazgo. De modo que hubo solicitudes tanto de Kopp como de la Nación y de las Empresas Unidas de Energía Eléctrica y resultó la diligencia, por esto común para efecto de los gastos, pues el interés no estuvo sólo de parte de Kopp sino de las otras dos entidades en cuanto a los nuevos puntos por ellas sometidos a ser probados.

La distribución a prorrata de los gastos comunes debía serlo con base en el trabajo y complejidad de las cuestiones que cada cual somete para la prueba, pero ante la dificultad de poder medir estas circunstancias, se busca la manera equitativa de la división por mitad de las asignaciones para los peritos.

Por las razones expuestas, en desacuerdo con la muy interesante exposición del señor Procurador, lléga la Sala a la conclusión de que debe ser modificada la providencia apelada, en cuanto a la cuantía de los honorarios de los peritos.

En mérito de lo estudiado, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, confirma el auto apelado en cuanto es materia del recurso, con la modificación de que la asignación para los peritos Francisco Wiesner Rozo y Saulo Vicente Medina, se determina en cuatro mil pesos para cada uno de dichos peritos.

Cópiese, notifíquese y devuélvase el negocio al Tribunal de origen.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Jorge García M., Oficial Mayor.

BIENES VACANTES.—QUE DEBE ENTENDERSE POR "PROPIETARIO APARENTE"

Las cosas sin dueño —RES NULLIUS—de que habla el artículo 673 del Código Civil, han sido catalogadas en dos categorías: las que jamás han tenido dueño y las que han dejado de tenerlo. La caza y la pesca son una especie de ocupación de cosas que no han tenido dueño. El hallazgo de un tesoro es un ejemplo de ocupación de cosas que, habiendo tenido dueño, la noticia de éste ha llegado a perderse. A causa del predominio conocido no pueden adquirirse por ocupación los animales sujetos a domesticidad, ni son TESORO, susceptible de ser adquirido por simple ocupación, las joyas u otros efectos preciosos que muestren indicios de pertenecer a un determinado señor. En la categoría de los bienes que no están actualmente bajo dominio, pero que sí lo estuvieron, coloca el Código Civil a los bienes vacantes. (Artículo 706).

Hay diferencia entre bienes vacantes y bienes baldíos, como lo ha dicho la Corte.

Insistiendo en desentrañar el alcance de la disposición legal que define lo que legalmente debe entenderse como un bien vacante en el Derecho Civil colombiano, hay que ver que lo esencial allí es la ausencia de dueño conocido o siquiera aparente. Como la ley no da definición expresa de "dominio aparente", hay que tomar la noción de acuerdo con el uso general que tiene la palabra "aparente". Apariencia es el parecer exterior, o el exterior de una cosa. De modo que como dueño aparente de una cosa debe tenerse a quien figura como amo y señor de ella, que la usa, la disfruta y dispone de ella. Luis Josserand da esta definición: "Propietario aparente es aquel que ante el público pasa como dueño de un bien que en realidad pertenece a otra persona. En otros términos: es aquel que tiene la posesión del estado de propietario, sin estar investido de tal estado".

Si al ventilarse el denuncio de bienes vacantes resulta que a la declaración de vacancia se opone quien ha tenido todas las apariencias de dueño y que, a fuer de poseedor, se le debe reputar dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 762 C. C.), entonces al opositor hay que darle el tratamiento de poseedor con todas las ventajas que a éste le reconocen la ley y la doctrina.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, noviembre quince de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

Don Pedro A. Rebollo, mayor y vecino de Bogotá, le dirigió al señor Juez Civil del Circuito del mismo nombre este denuncio:

"Demando como bien vacante un lote de terreno situado en esta ciudad, en la carrera 19-A, marcado con el número 19-90. De figura irregular, y alinderado así: Norte con la calle 20 y finca de Mario A. Camargo; Sur y Oriente, con las Empresas Unidas de Energía Eléctrica S. A. y Occidente con la carrera 12-A. Esta finca se halla sin título de dominio traslaticio del mismo y en tenencia de ella el señor Juan Saza, antes N. Dávila.

"En consecuencia, y en mi propio nombre, demando como vacante dicho bien, para que por su Juzgado y previas las formalidades contenidas en el Título 23, Libro 2º del Código Judicial y por sentencia definitiva, se declare que el indicado bien es vacante por no tener dueño inscrito, y por tanto pertenece al Municipio de Bogotá por encontrarse dentro de sus límites, y a mí como demandante, que tengo derecho a la mitad de dicho bien".

Tres hechos invoca como fundamento de su denuncio-demanda:

1º Que la finca denunciada no tiene título inscrito y se ignora quién haya sido su dueño;

2º Que se encuentra dentro de los límites del Municipio de Bogotá; y

3º Que debe el impuesto predial desde hace algunos años.

En derecho se funda en las disposiciones de los artículos 706 a 712 del Código Civil; 82 de la Ley 153 de 1887, y 195 de la 4ª de 1913, y en el Acuerdo número 1º de 1931 —artículo 14— del Concejo Municipal de Bogotá.

La demanda concluye con la petición de que en el fallo se declare que la mitad de dicho bien le pertenece al demandante, conforme a las disposiciones legales.

El señor Juez 7º del Circuito de Bogotá, a quien se repartió el negocio, ordenó, por primera providencia, que se emplazara al señor Juan Saza para que se pusiera a derecho en el juicio como tenedor u ocupante; que se diera traslado al señor Personero Municipal de Bogotá, y que al público se le diera conocimiento mediante edicto que debía publicarse en el periódico oficial y en carteles, todo de acuerdo con lo que dispone el Código Judicial en sus artículos 838 a 840. En el mismo auto decretó el secuestro del inmueble.

El Personero del Municipio, al ser noticiado de la demanda, manifestó que se abstiene de coadyuvar la acción intentada por el señor Rebollo por no existir en el Municipio datos sobre la vacancia del bien. Hizo reserva sí, de los derechos que la ley reconoce a la entidad sobre los bienes vacantes que se hallen dentro de sus términos, para el caso de que el denunciante demuestre que el señalado por él reúne las condiciones de bien vacante.

El tenedor Juan Saza, quien dijo ser mayor y vecino de Bogotá, contestó la demanda así: Rechazó el hecho 1º por tener el inmueble denunciado en calidad de arrendamiento, según contrato celebrado con el Administrador del Ferrocarril Central del Norte, Sección 2ª. El referido inmueble —añade Saza— es de propiedad de la Empresa del Ferrocarril, la cual pertenece a la Nación. Aceptó el hecho 2º diciendo que es indudable que el lote materia de la demanda está dentro de los límites del Municipio de Bogotá. En cuanto al tercer hecho, manifestó que en su entender los bienes de propiedad de la Nación Colombiana están exceptuados por las leyes de impuestos nacionales, departamentales y municipales.

Conviene destacar los siguientes apartes de la contestación de la demanda:

"Niego el derecho, causa o razón para iniciar la demanda, pues como dejo dicho no soy ocupante de hecho del referido inmueble, sino a título de arrendamiento, por lo cual pondré el hecho de la denuncia en conocimiento del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, y del correspondiente Agente del Ministerio Público para que acuda en defensa de los intereses de la Nación.

Declaro al señor Juez que la demanda que contesto abarca dentro de los linderos ya citados otro lote de propiedad de la Nación, que tiene en arrendamiento por cuenta del Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda, Agapito Agray, según se desprende del croquis y del contrato de arrendamiento que acompaño al presenté memorial. Sin perjuicio de la anterior contestación a la demanda, y haciendo uso del derecho que otorga a todo demandado el artículo 741 del Código Judicial, hago formal denuncia de la referida demanda al señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales, doctor Jorge Lobo Guerrero, varón, mayor, vecino de Bogotá, quien representa a la entidad denominada Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad encargada de las Empresas Férreas del Estado en virtud de lo dispuesto por la Ley 29 de 1931, adicionada por la Ley 83 de 1935.

En apoyo de la anterior denuncia de pleito, presento el contrato de arrendamiento de una parte del lote a que se refiere la demanda, celebrado con el Administrador del Ferrocarril Central del Norte —Sección Segunda— que es de propiedad de la Nación, de acuerdo con el contrato aprobado por la Ley 29 de 1927, según el cual el Gobierno Nacional adquirió la empresa que se llamó The Colombian Northern Railway Company Limited".

La denuncia del señor Saza se puso en conocimiento del señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales el veintidós de julio de mil novecientos cuarenta, es decir, después de transcurrido más de un año de presentada la demanda. Pero es de anotar que el curso del juicio estuvo suspendido para dicho funcionario mientras se le hacía la notificación, por haberlo dispuesto así el auto que acogió la denuncia.

A pesar de ello, la oposición formulada por el señor Personero de Bogotá fue rechazada por el señor Juez, por no reputar a aquél como representante legal de la Nación, y como de tal resolución apelara el Personero, el Tribunal se abstuvo de conocer del recurso por la razón antes expuesta de que, suspendido el curso del juicio, el Juzgado no tuvo jurisdicción para conceder el

recurso, ni el Tribunal para revisar el auto apelado.

Después, se surtió otra apelación, y el Tribunal dijo: "es evidente que el señor Personero Municipal no es el representante legal de la Nación, pero también lo es que como Agente del Ministerio Público tiene la obligación de solicitar la práctica de las diligencias judiciales que convengan a los intereses nacionales, de conformidad con el numeral 5º del artículo 179 del C. Judicial". Esa providencia del Tribunal fechada el veinticuatro de mayo de mil novecientos cuarenta, terminó con la admisión de la oposición formulada por el Personero Municipal y con la orden de que se constituyera la caución prescrita en el artículo 844 del C. Judicial.

Apersonado el señor Administrador de los Ferrocarriles Nacionales, contestó la demanda oponiéndose a que se declare como bien vacante el lote de terreno materia del denuncio. En cuanto a los hechos, negó el 1º, aceptó el 2º, y del 3º dijo que muy bien puede aparecer en los registros municipales que el lote denunciado no ha pagado impuestos, debido a que lós bienes de propiedad nacional no lo pagan. A su turno denunció el pleito a la Nación como propietaria del inmueble.

Ante esta denuncia el señor Juez 7º Civil del Circuito, atento a lo que disponen los artículos 76, 150 y 151 del C. Judicial armonizados, ordenó remitir el proceso al Tribunal. Allí se admitió la denuncia nueva y se ordenó la citación del señor Fiscal para adelantar con él el juicio. El señor Fiscal del Tribunal dijo en su contestación que coadyuva la que oportunamente presentó el señor Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales. Y en lo demás se conformó con tal contestación, rechazando los hechos y el derecho invocado por el actor.

Siguiéronse los trámites de pruebas y alegatos, y el Tribunal, después de citar a las partes para sentencia, dictó la que le correspondía con fecha cuatro de noviembre de mil novecientos cuarenta y cuatro. En ella niega las peticiones de la demanda y condena a los actores Pedro A. Rebollo y Adolfo Carrizosa al pago de las costas del juicio.

El apoderado del señor Rebollo, doctor Eliécer Vargas, ha traído el negocio a la Corte por vía de apelación. En el término de la fijación en lista pidieron que hubiera debate probatorio. En ese debate ambas partes produjeron pruebas. Alegatos produjeron el señor Procurador Delegado en lo Civil y el señor abogado de la Administración General de los Ferrocarriles Nacionales. El doctor Vargas no alegó por escrito, pero en la audiencia se hizo presente e hizo agregar un resumen de sus alegaciones orales.

Agotados los trámites y purgado el proceso de todo vicio de nulidad, la Corte entra a expedir el fallo que le corresponde, y al efecto

Considera:

Al tratar el Código Civil Colombiano del dominio, dice en el artículo 673 que uno de los modos de adquirirlo es la ocupación. Da luego la definición de ésta, diciendo que por ella "se adquiere el dominio de las **cosas que no pertenecen a nadie**".

Estas cosas sin dueño —**res nullius**— han sido catalogadas en dos categorías: las de las cosas que jamás han tenido dueño, y las de las cosas que han dejado de tenerlo. La caza y la pesca son una especie de ocupación de cosas que no han tenido dueño. El hallazgo de un tesoro es un ejemplo de ocupación de cosas que, habiendo tenido dueño, la noticia de éste ha llegado a perderse. A causa del predominio conocido no pueden adquirirse por ocupación los animales sujetos a domesticidad, ni son **tesoro,** susceptible de ser adquirido por simple ocupación, las joyas u otros efectos preciosos que muestren indicios de pertenecer a un determinado señor.

En la categoría de los bienes que no están actualmente bajo dominio, pero que sí lo estuvieron, coloca el C. Civil a los bienes vacantes. De ellos habla en el artículo 706, así: "Estímanse bienes vacantes los bienes inmuebles que se encuentran dentro del territorio respectivo a cargo de la Nación, sin dueño aparente o conocido; y mostrencos los bienes muebles que se hallen en el mismo caso".

En la sentencia que esta Sala pronunció el 10 de octubre de 1942, se contiene un estudio sobre la trayectoria que ha tenido esa institución entre nosotros desde la época colonial. Recuerda allí la Corte cómo los bienes abandonados por sus dueños, así fueran muebles o inmuebles venían a constituír una regalía de la Corona, y que, ocurrido el tránsito del régimen monárquico al republicano, y subrogada la Nación independiente en los bienes y derechos de la monarquía, los bienes vacantes y mostrencos ingresaron al patrimonio de la República. Esa condición de bienes

nacionales mantuvieron, aun a través de las leyes que en 1850 y 1851 les dieron una destinación especial: la de acrecentar los fondos dedicados a la gradual liberación de los esclavos.

Como de los Municipios unas veces, otras como de la Nación, se ven figurar luego en las legislaciones sucesivas, anteriores a la de 1887. Así, en 1887 hubo leyes que en cabeza de los Municipios radicaron los bienes vacantes y mostrencos que se hallaran dentro de determinada extensión de límites. Y en el Código Civil expedido en 1873, se halla el artículo 707 (hoy derogado) que dice: "los bienes vacantes y los mostrencos de los Territorios pertenecen a la Unión". Definitivamente pudieron incluírlos los Municipios en su patrimonio desde la vigencia de la Ley 153 de 1887. (Esa destinación ha sido refrendada después por las leyes 4ª de 1913 y 110 de 1912).

La circunstancia de que el Código Civil hubiera dicho que la enajenación y aplicación de tales bienes se arreglaría a lo que dispone el Código Fiscal, pudo dar margen a equivocación entre los bienes vacantes y los baldíos, porque estos últimos sí son materia de reglamentación del Código Fiscal. Por eso la Corte desde 1907, se ha propuesto dejar claramente establecida la diferencia que hay entre unos y otros:

"Los baldíos —dice la Corte en la sentencia primeramente citada— son aquellas tierras a que alude el artículo 675 del C. C., y los vacantes aquellos a que se refieren los artículos 706 a 709 del mismo Código. La institución de los bienes vacantes es conocida entre nosotros desde la legislación española como institución distinta de los baldíos; las Reales Cédulas estatuían que los bienes mostrencos (y bajo esta denominación se incluían los vacantes), cuyos dueños no se presentaren hechas las necesarias diligencias de publicidad prescritas por las leyes, pertenecían al Fisco. Las tierras realengas, que hoy equivalen a los baldíos, obedecían a otro concepto. Tales diligencias tenían por objeto, como también sucedió, después y sucede hoy, darle oportunidad al dueño de reclamar el bien y recuperar su derecho. Y en las leyes de la República, los vacantes adquirían el carácter real de tales, mediante decisión judicial que así los declarase, previo el juicio o la investigación correspondiente en que, si el dueño aparecía, recobraba el bien. Y declarado vacante un inmueble, se adjudicaba al Municipio o se remataba para destinar su producto a los fines que la misma ley establecía, por ejemplo, aumentar el fondo de manumisión de esclavos, según la ley 22 de junio de 1850. Otro tanto disponía la ley de 7 de febrero de 1857, en su artículo 1º. De consiguiente, desde la época colonial, los vacantes y mostrencos forman una institución jurídica inconfundible con los baldíos". (Gaceta Judicial números 1933 a 1995).

La investigación de que habla la doctrina la ordena el C. Judicial en sus artículos 838 a 840. Empieza por ordenar que se cite al tenedor del bien y por emplazar al representante del Municipio presuntivamente favorecido, para que coadyuve la acción de declaratoria de vacancia; y la misma citación la hace extensiva al público en general. Y como en todo juicio en que se ventilen cuestiones atinentes a la posesión, el dominio u otro derecho real constituído sobre inmuebles, el demandante de un bien vacante debe especificarlo por linderos y las demás circunstancias que lo distinguen de otros con que pueda confundirse. (Artículo 222 C. J.). Especificación "con señales inequívocas", para que estén apercibidos y se presenten a reclamarlos quienes "se crean con derecho a los bienes denunciados y demandados como vacantes", ordena el artículo 840 que se haga en los edictos.

Todo eso se cumplió en este juicio motivado por el denuncio dado por don Pedro A. Rebollo.

De la publicación del denuncio le resultó como opositor el Consejo de los Ferrocarriles Nacionales, entidad a la cual ha encomendado la ley la administración de los bienes de ese servicio. La Nación ha intervenido también, como dueño de la empresa, por medio de representante judicial. Las entidades intervinientes pretenden que el lote denunciado pertenece a la Nación, y en esa actitud se han visto apoyados por el mismo Municipio de Bogotá, a quien el denuncio podría favorecer. En el escrito agregado al folio 12 del cuaderno principal, afirma el Personero del Municipio que el lote denunciado es de propiedad de la Nación, que está poseído por ésta, y que lo administra la Empresa de los Ferrocarriles.

Examínense ahora los medios probatorios que el denunciante empleó para salir avante en su empeño:

Pruebas del denunciante.—En la primera instancia la parte actora adujo como pruebas los testimonios de los señores Marco A. Camargo y Luis A. Baños. Ambos se declararon ante el Magistrado sustanciador conocedores desde hace más de

quince años del lote número 19-90, situado en la carrera 19-A de Bogotá.

El uno, conoce el lote por haber estado dentro de él jugando tejo y el otro "por haber pasado por ahí". Camargo dice: "Yo no he visto el lote en abandono, porque allí ha habido y existe actualmente un juego de tejo; sé que el lote fue de propiedad de un señor Joaquín González, porque así consta en el título de Posidio Guevara, al dar cuenta del lindero sur de la finca de Guevara y últimamente supe que dicho lote estaba en poder de Juan Saza, pero no me consta desde cuándo. Cuando conocí el lote estaba cerrado por paredes de tapia pisada y en la actualidad (septiembre de 1941) lo he visto cerca de ladrillo por la calle 20; no me consta quién la mandara a construír o la construyera ni he visto hacerle otras mejoras. Aclaro: al decir que no he visto el lote abandonado, me refería a un abandono absoluto por lo que ha existido allí el juego de tejo y la pared de ladrillo referida. Pero yo sí lo juzgo en un estado relativo de abandono porque no han hecho en dicho lote ninguna otra obra ni mejora que indique la actividad de un dueño sobre su predio.

"Hace más de quince años que conozco el mencionado lote como abandonado" —dice Baños en su primera declaración. Y luego: "hace unos dos años pasé por ahí y observé que por la parte occidental había una pared de ladrillo que parecía recientemente construída, encerrando el lote por esa parte". Y, como para dar la razón de su dicho sobre el abandono, agrega: "parece que dentro del lote no se haya hecho mejora alguna, ni que persona alguna haya ejercitado derecho o actos de dueño".

Los mismos señores Baños y Camargo fueron los testigos traídos a la segunda instancia, según lo delatan las respectivas cédulas de identificación. El cuestionario que se les propuso en la segunda ocasión, y la misma exposición de los señores Camargo y Baños, revelan que a la Corte vinieron a mejorar o a aclarar el testimonio que rindieron ante el Tribunal. Preciso es advertir que si ese objeto tuvo el testimonio repetido, tal manera de aclarar o rectificar, no se aviene con lo preceptuado en el artículo 692 del C. Judicial.

Tomando, sin embargo, como testimonios diferentes los que esos señores rindieron en las dos instancias, cumple hacerles estas observaciones:

El testigo Baños no es consecuente al afirmar ante la Corte que conoció el lote en mil novecientos treinta y ocho (un año antes de haberse propuesto la demanda), después de haber dicho en la declaración que rindió ante el Tribunal, en septiembre de mil novecientos cuarenta y uno, que hacía quince años que lo había conocido. Esa circunstancia, y la de la vaguedad que caracteriza la declaración del señor Baños en lo que concierne al abandono, le resta eficacia.

El testigo Camargo en su declaración ante la Corte parece preocupado por rectificar la época en que iba a jugar tejo al lote. Mas no por eso deja de relatar, como lo había hecho ante el Tribunal, hechos positivos como el del encerramiento del lote por paredes de tapia pisada, la existencia de enramadas, y la tenencia del inmueble por persona muy conocida para él como lo es Juan Saza.

Juan Saza —de quien habla el testigo Camargo— fue llamado al juicio por indicación del actor, y al aceptar la condición de ocupante que éste le asigna, dice en el escrito de acatamiento a la orden de comparecencia fechada el 27 de febrero de 1939: —"el inmueble denunciado lo tengo en arrendamiento, según contrato celebrado con el señor Administrador del Ferrocarril Central del Norte —Sección 2ª— por ser el referido inmueble de propiedad de esta empresa, la cual pertenece a la Nación". Dio con ello un testimonio de que su ocupación está respaldada en un contrato celebrado con la empresa del ferrocarril. Y para reafirmar su dicho, exhibió el documento que figura al folio 3 del cuaderno principal, documento que aparece con la aprobación del Jefe de Control de la empresa ferroviaria.

Puede, pues, afirmarse que hay elementos probatorios aducidos por el actor que sirven para establecer que la empresa del ferrocarril y la Nación, de cuyo patrimonio forma parte esa empresa, han ejercido en el lote de la litis actos de los que delatan el dominio, de acuerdo con el artículo 981 del C. Civil.

Véase ahora si con las otras pruebas consiguió el actor comprobar el abandono del inmueble.

Pruebas escritas.—El instrumento número 1970, traído por la parte actora, apenas sirve para que se tenga como cierto que ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá compareció don Ignacio Gutiérrez a expresar su voluntad de venderle a Francisco Sánchez el lote número sesenta y seis de los terrenos de San Facon, barrio de San Victorino de Bogotá, por linderos; que al lote le asignó el vendedor una extensión de mil varas y que desde la fecha de la venta (diciembre 15 de

1906) quiso entregárselo al comprador. Por parte de éste consta que compareció y que aceptó el contrato con las obligaciones consiguientes. (Artículo 1759 C. C.).

La nota del Registrador, puesta allí mismo, acredita la libertad del lote y es una referencia al modo como se dio término en catorce de noviembre de mil ochocientos noventa y seis a una comunidad que tuvieron los señores Ignacio y Agustín Gutiérrez; y da cuenta de la tradición, pues dice que los nombrados Gutiérrez adquirieron de Rosas y Moncada el 12 de marzo de 1894.

El lote número sesenta y seis, materia de la venta de Gutiérrez a Sánchez, tiene esta alinderación: "Por el occidente, con la calle que va a dar a las paredes de propiedad de la Compañía del Ferrocarril de la Sabana; por el Sur, con el lote número 65 de propiedad del señor Joaquín González Pizano; y por el Oriente con el mismo número 65". Nótese que la descripción del lote vendido por la escritura número 1790 citada, es muy distinta de la que la demanda le asigna al lote denunciado como vacante.

Inspecciones oculares.—Dos inspecciones oculares se llevaron a efecto a solicitud del actor: la una, para verificar sobre el terreno la existencia física del lote que se dice vacante y las mejoras en él visibles. La otra inspección había de verificarse "sobre el protocolo del año de 1891, tomo segundo, folio 109 de la Notaría 4ª de Bogotá, que se encuentra en la Biblioteca Nacional (calle 24) para ver el plano protocolizado en el año aludido y comparar dicho plano con la escritura pública número 1790 del año de 1906, otorgada ante el Notario de Bogotá, y tomar la alinderación de la escritura número 220 de fecha 25 de febrero de 1891 de la Notaría 4ª de Bogotá".

Primera inspección—Al personal inspector se le puso a la vista un terreno con puerta sobre la carrera 19-A de la ciudad capital. Como linderos indicáronsele la calle 20 y la carrera 19-A, que por el Norte y el Occidente respectivamente encierran el lote. No ofrecen dificultad para su reconocimiento tales linderos, por cuanto a que la nomenclatura es conocida y está marcada en tablas y letreros colocados a lo largo del tránsito urbano. Que los predios por los otros costados colindantes, pertenezcan a la Compañía de Energía Eléctrica, lo afirmó la parte promotora de la diligencia, sin reclamo de la contraparte. Ahora: la alinderación así puesta a la vista del personal inspector, y que nominalmente corresponde con la que la demanda le asigna al bien denunciado como vacante, nada tiene de común —al menos a primera vista— con la alinderación que el instrumento número 1790 le da al lote allí descrito.

En efecto: la propiedad llamada "La Floresta" dice el instrumento número 1790 que es el lindero norte. Y lo que el Magistrado vio por el norte colinda con el lote cuya vacancia se ventila es la calle 20 y una finca que se dice de Mario A. Camargo.

¿Se confunden, son una misma cosa, la llamada propiedad de "La Floresta" con la de Mario A. Camargo y con la calle 20? Al Magistrado inspector no se le demostró la confusión o identidad entre tales cosas. Lo propio sucede con las propiedades particulares que al Sur y al Oriente se dan como colindancias del predio denunciado: no se llevó elemento ninguno de convicción que dejara a aquél racionalmente persuadido de que lo indicado sobre el terreno como propiedades de la Energía Eléctrica equivalgan o se confundan con las propiedades de Joaquín González Pizano de que habla el instrumento número 1790.

Segunda inspección.—En órden a esta inspección importa observar que ninguno de los hechos de la demanda dice que del lote denunciado como bien vacante se haya levantado plano topográfico. El memorial de pruebas petitorio de la inspección, tampoco afirma en ninguna parte esa circunstancia. Conviene también observar que la demanda no determina por cabida el lote materia de tal denuncio. Solamente en el acto de la inspección ocular hizo mención de la cabida el apoderado del actor en estos términos: "la cabida total del lote de terreno denunciado como bien vacante, es mayor de mil varas, y como los Ferrocarriles Nacionales sólo han presentado títulos por mil varas, el resto de esta extensión o cabida es la parte a que se refiere el denuncio de bien vacante".

Antes de firmar el acta de inspección, el doctor Eliécer Vargas, apoderado del actor, presentó un memorial del cual conviene destacar el siguiente aparte: "dejo constancia que el lote demandado tiene una extensión superficiaria de más de dos mil varas y que el lote número 65 debe ser superpuesto (como el 67 del mismo plano), sino el 64 si es que la numeración debe guardarse en orden estricto y no saltando del número 63 al 65, siendo de advertir igualmente que el 66 que figura en el plano, no tiene correspondencia ninguna con la escritura aducida, pues allí se dice que colinda por el Norte con finca denominada

'La Floresta' y con lote que no aparece con número alguno en el plano, y por tanto considero también que el número 67 está superpuesto como el 65, al cual debía corresponderle el 64 del mismo plano porque el número 67 del plano lo hizo notar el doctor Julio Garzón Nieto en la diligencia que era superpuesto y tanto es así, que en la escritura está perfectamente aclarado".

La parte actora pidió el examen y reconocimiento del plano protocolizado en la oficina del Archivo Histórico Nacional para que el juzgador examine y haga observaciones que lo lleven a "juzgar con más acierto", porque esa es la finalidad de la prueba de inspección (artículo 724 del C. J.). Pero resulta aquí que dentro de la diligencia la parte que la propuso le opone tachas al plano o documento materia de la inspección, que hasta darían base para dudar de su operancia. En tales condiciones practicada la inspección, ¿podrá aceptarse que ella disipó toda duda acerca de la identidad del predio? ¿Y podrá afirmarse, como lo hace el señor apoderado del actor, que al juzgador de segundo grado se le convenció de que los linderos indicados por el demandante en el libelo de demanda concuerdan perfectamente con los de la escritura número 1790 de 15 de diciembre de 1906?

Dictamen pericial—Los peritos principales, que en las dos instancias surtidas ante la Corte, fueron los doctores Abel Cruz Santos y Emilio Preciado Garzón, rindieron dictamen así:

En relación con el terreno inspeccionado: a) "el lote está situado en la carrera 19-A, distinguido en su puerta de entrada con el número 19-90, que es de figura irregular, y que sus linderos son estos: Por el Norte, con la calle 20 y con la finca de Marco A. Camargo; por el Sur y Oriente, con lotes pertenecientes a las Empresas Unidas de Energía Eléctrica; y por el Occidente, con la carrera 19-A, o sea, la zona que separa la línea del Ferrocarril de Cundinamarca. b) Se observa, a simple vista, que ha habido mejoras recientes en dicho lote, con posterioridad a la fecha de la presentación de la demanda, como son los caedizos, techados con teja Eternit, y que hay también otras edificaciones antiguas que, a simple vista, se observa que son anteriores a la fecha de la demanda".

En relación con el plano:

"Se encuentra protocolizado el plano de los terrenos denominado San Facon, y cotejamos dicho plano con la copia de la escritura número 1790 de 1906, Notaría 2ª de Bogotá, presentada ese mismo día como prueba pedida por la parte demandante y agregada al expediente. De dicho cotejo resulta que el lote vendido por dicha escritura por el señor Ignacio Gutiérrez U. al señor Francisco Sánchez, lote número 66 del plano, tiene los siguientes linderos: por el Norte, la finca denominada La Floresta y lote no marcado en el plano, perteneciente a Pedro P. Posada; por el Occidente, con la calle que va a dar a las paredes del Ferrocarril de la Sabana; por el Sur, con el lote número 65 del plano, de propiedad del señor Joaquín González Pizarro; y por el Oriente, con el mismo lote número 65. Cabe observar que al hacer el cotejo del plano con los linderos señalados en la escritura número 1790 de 1906, resultó que el lindero Norte donde aparece un lote no marcado en el plano, de propiedad de Pedro P. Posada, figura hoy dicho lote en el plano con el número 67, lote pequeño, de figura triangular, para cuya numeración se empleó un estilo de números distinto al empleado por el autor del plano en la numeración de los demás lotes del mismo".

Pruebas de la parte demandada. — El Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales presentó con la contestación de la demanda y como para demostrar que sí tiene título traslaticio que contrarresta la afirmación de vacancia, una copia registrada de la escritura número 1358 otorgada ante el Notario 2º del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 1914. Al tenor de esa escritura, el Gerente de la Compañía The Colombian Northern Railway Company Limited hizo ante el mencionado Notario las siguientes declaraciones:

1ª Que para la construcción del Ferrocarril del Norte el Gobierno se comprometió a suministrar las zonas de terreno que fueran necesarias para la vía, estaciones, apartaderos, etc., y para tal objeto compró varios lotes de los cuales resultaron sobrantes, una vez terminado el ferrocarril, tres que miden juntos una superficie de 1.920 metros, ubicados en el barrio de San Victorino de esta ciudad en el punto denominado San Facon, y que forman un solo globo alinderado.

2ª "Que como los referidos lotes son excedentes de los terrenos suministrados por el Gobierno para la obra del ferrocarril, la cual se encuentra terminada desde hace varios años, y no necesita de ellos para nada; y que habiéndose otorgado la escritura expresada en cabeza del señor Juan M. Dávila en su carácter de cesionario de la Compa-

ñía, para evitar así el otorgamiento, por parte del Gobierno de una nueva escritura a favor de Dávila, cede y traspasa a perpetuidad al Gobierno Nacional la propiedad de los lotes descritos, por los linderos, situación y medidas expresadas".

También con la contestación de la demanda presentó copia de la escritura número 414, otorgada en la Notaría Quinta del Circuito de Bogotá de fecha 23 de marzo de 1938, por medio de la cual el doctor Jorge Lobo Guerrero, en su carácter de Administrador General de los Ferrocarriles Nacionales y representante legal del Consejo Administrativo de los mismos, presenta para su protocolización un ejemplar del **Diario Oficial** número 20622 de 18 de octubre de 1927, en el que aparece publicada la Ley 29 de 1927, que aprueba "el contrato celebrado en Londres por el doctor Alejandro López a nombre del Gobierno Nacional, con The Colombian Northern Railway Company Limited y Ernest Alfred Green", éste último como representante de la empresa.

Y en la misma ocasión presentó la parte demandada un documento de arrendamiento de fecha 14 de abril de 1937, por medio del cual el Administrador del Ferrocarril Central del Norte, Sección Segunda y Sur, da en arrendamiento a Juan Saza "un lote de propiedad de la Empresa, ubicado en Bogotá, situado en la avenida del Ferrocarril de Cundinamarca, marcado con el número 19-90 en su puerta de entrada y alinderado así: Por el occidente, con la avenida del Ferrocarril de Cundinamarca, en una longitud de 28,60 metros; por el Norte, con casa y solar de Marco A. Camargo en longitud de 30,50 metros; por el Oriente, con lote del Ferrocarril del Norte, arrendado a Agapito Agray, en una longitud de 31 metros; por el Sur, con propiedad de la Compañía Eléctrica, en una longitud de 30,50 metros, hasta dar con la avenida del Ferrocarril de Cundinamarca, punto de partida de esta alinderación".

Y un mapa o croquis de dos lotes de terreno marcados con los nombres de Juan Saza y Agapito Agray.

A la segunda instancia se trajeron las copias de los contratos de arrendamiento fechados el 6 de mayo de 1943 y el 17 de julio de 1944, por medio de los cuales, la misma Empresa del Ferrocarril da en arrendamiento a Juan Saza el lote de terreno que se acaba de alinderar.

Es oportuno observar que la demanda afirma que a la tenencia de Juan Saza precedió la de N. Dávila. Y que en la escritura de 22 de julio de 1914 citada ya, Juan N. Dávila fue cesionario de la The Colombian Northern Railway Company Limited.

Como la sentencia debe pronunciarse en forma tal que guarde consonancia con la demanda, hay que volver a ésta para determinar con toda precisión qué ha sido lo propuesto por el actor. El libelo reza: "demanda como bien vacante un lote de terreno situado en esta ciudad, en la carrera 19-A, marcado con el número 19-90, de figura irregular", para que "se declare que el indicado bien es vacante por no tener dueño inscrito, y por tanto pertenece al Municipio de Bogotá por encontrarse dentro de sus límites, y a mí como demandante, que tengo derecho a la mitad de dicho bien". Esencial es, por tanto, para el progreso de la acción que se determine el lote en forma tan precisa que lo haga inconfundible con cualquiera otro, como esencial es el que se demuestre que el lote que la demanda designa como vacante carece de dueño aparente o conocido.

"No se trata en el presente negocio —como lo alega el señor Procurador— de saber si el carácter del bien denunciado, en lo que se refiere a su propiedad, se ha hecho oscuro hasta el punto de que haya que ejercitar acciones en juicio para que retorne al patrimonio nacional, porque no se trata de la denuncia de un bien oculto, sino de un bien vacante. La cuestión debatida en este juicio radica en saber si el inmueble denunciado como vacante tiene o no dueño conocido o aparente".

Los términos de la demanda, en efecto, no dan margen a otras interpretaciones. La noción legal de bienes vacantes la da el artículo 706 del C. Judicial en términos tan claros, que no es preciso buscar otra intención que al expedirlo tuviera el Legislador.

Y resultando de los testimonios de la parte actora; de la inspección ocular que sobre el terreno se practicó; de los dictámenes periciales que ese inmueble revela que ha sido dominado; y que desde el momento de trabarse la litis se ha señalado la entidad que ha sido reputada como dueño, resulta entonces la improcedencia de la acción, improcedencia anotada por el señor Procurador y por el señor abogado de los Ferrocarriles en sus alegatos de conclusión.

Pero insistiendo en desentrañar el alcance de la disposición legal que define lo que legalmente debe entenderse como un bien vacante en el Derecho Civil Colombiano, hay que ver que lo esen-

cial allí es la ausencia de dueño conocido o siquiera aparente.

Como la ley no da definición expresa de "dominio aparente", hay que tomar la noción de acuerdo con el uso general que tiene la palabra "aparente". Apariencia es el parecer exterior, o el exterior de una cosa. De modo que como dueño aparente de una cosa debe tenerse a quien figura como amo y señor de ella, que la usa, la disfruta y dispone de ella. Louis Josserand da esta definición: "propietario aparente es aquel que ante el público pasa como dueño de un bien que en realidad pertenece a otra persona. En otros términos: es aquel que tiene la posesión de estado de propietario, sin estar investido de tal estado".

En el tan conocido Tratado sobre Derecho Civil Francés, dice el citado autor que lo que reproduce exactamente la imagen de la propiedad, lo que la imita y aun la aventaja en los numerosos y enérgicos efectos que produce, es la posesión. Hace notar luego las ventajas que da la investidura de poseedor, y tomando una sentencia de Ihering, concluye que la posesión es una obra avanzada de la propiedad, ella constituye una excelente trinchera para el combate judicial. Por eso la posesión es una verdadera presunción de propiedad.

Claro está que el denuncio de bienes vacantes no puede confundirse con la acción reivindicatoria. Pero si al ventilarse aquél resulta, como en el caso de autos, que a la declaración de vacancia se opone quien ha tenido todas las apariencias de dueño, y que, a fuer de poseedor, se le debe reputar dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 762 C. J.), entonces al opositor hay que darle el tratamiento de poseedor con todas las ventajas que a éste le reconocen la ley y la doctrina.

Si la posesión notoria del estado de propietario o el dominio aparente de que habla el artículo 706 del C. Civil está aquí demostrado, viene muy al caso aceptar la doctrina de la Sala de Casación, que el Tribunal trajo como apoyo en su sentencia, y que aquí importa reproducir:

"Resulta que la acción de vacancia no puede tener viabilidad y eficacia ni aun tratándose de un poseedor irregular de la cosa, porque si es verdad que tal clase de poseedor carece de título justo e inscrito y de buena fe para el acto de la posesión, sí tiene una posición ventajosa que lo coloca en condición de adquirir la cosa por usucapión extraordinaria; y el denunciante de la finca vacante no puede desconocer esa situación, por lo mismo que el poseedor se reputa dueño y habría que aceptarle el carácter de dueño aparente, y, en tal evento, una de las características esenciales y dominantes de la finca vacante, esto es, que aparezca abandonada y sin dueño aparente o conocido, desaparecería". (Casaciones de julio 15 de 1939 y febrero 25 de 1941).

En resolución:

No está probado, como ha debido probarlo el actor, que el lote materia de la litis, tal como lo describe la demanda, es inmueble abandonado al cual se le pueda aplicar el dictado de vacante conforme a la ley y a la doctrina. Y como ese es requisito indispensable para la prosperidad del denuncio de bien vacante, se impone la confirmación del fallo de primera instancia.

El señor Procurador pide que se condene al actor al pago de perjuicios. Pero no está demostrado que esos perjuicios se hayan causado. Ni cabe hacer la condenación en abstracto, porque ese punto no fue objeto del debate. Tampoco es el caso de condenar en costas.

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 en cuanto niega las peticiones de la demanda, y la REVOCA en cuanto condena en costas a los actores Pedro A. Rebollo y Adolfo Carrizosa.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Tulio Gómez Estrada—Eleuterio Serna R.—Jorge García Merlano, Oficial Mayor de la Sala.

AUXILIO DE CESANTIA

1.—El parágrafo del artículo 1º de la ley 71 de 1945 constituye una sola unidad dispositiva con el inciso que le precede.

2.—El beneficio que el parágrafo en cuestión concede no es una pensión porque no tiene la condición de periodicidad que caracteriza a las pensiones; él constituye un derecho concurrente con el que emana de haber servido por largo tiempo en aquellas dependencias oficiales que ese artículo indica, pero no se confunde con la pensión.

3.—La concesión de ese auxilio corresponde decretarla a la misma autoridad que decreta la jubilación.

4.—La cesantía de que habla ese parágrafo no es la misma que el artículo 6º de la Ley 22 de 1942 establece y cuyo reconocimiento atribuye el artículo 11 al Gobierno Nacional. Esa cesantía no la concede la ley sino a los funcionarios que habiendo estado al servicio de la República en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en lo Contencioso Administrativo por más de veinte años, completen además la edad de cincuenta y cinco años.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre diez y nueve de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

El H. Tribunal Superior de Bogotá, en providencia de diez y nueve de octubre del corriente año, reconoció "a favor del doctor Guillermo Neira Matéus y a cargo de la Caja de Previsión Social Judicial, una pensión de jubilación mensual vitalicia por la suma de quinientos pesos ($ 500), a partir de la fecha en que se retire de Consejero de Estado que actualmente se encuentra desempeñando. Esta pensión queda sujeta a las causas de suspensión y pérdida establecidas por la ley". Igualmente reconoció y decretó a favor del doctor Guillermo Neira Matéus y a cargo de la Caja de Previsión Social Judicial, "el auxilio de cesantía especial a que se refiere el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945, auxilio de cesantía especial que se contará y liquidará desde el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940), fecha en que el doctor Guillermo Neira Matéus cumplió los primeros veinte (20) años de servicio que prestó en la Rama Jurisdiccional y en lo Contencioso Administrativo, hasta el día de su retiro del cargo de Consejero de Estado, retiro que se acreditará ante este Tribunal; hecho lo cual se verificará la liquidación del mencionado auxilio de cesantía, para que sea pagado por la Caja de Previsión Social Judicial, a la cual se comunicará para tal efecto".

Esta providencia, que fue consentida por las partes, ha venido a esta Superioridad en consulta. Aquí recibió el juicio los trámites de rigor correspondientes a esta clase de negocios, y no hallándose causal de nulidad que invalide lo actuado, es del caso considerar:

El doctor Luis F. Latorre U., con poder que le otorgó el doctor Guillermo Neira Matéus, se presentó ante el Tribunal de Bogotá, solicitando que previos los trámites legales, se decrete a favor de su poderdante doctor Neira Matéus y a cargo de la Caja de Previsión Social Judicial, lo siguiente:

"1º El pago de una pensión mensual vitalicia de jubilación por la suma de quinientos pesos ($ 500.00) por haber servido el doctor Neira Matéus al país por más de veinte años en puestos o cargos de la Rama Jurisdiccional y de lo Contencioso Administrativo, siendo el último cargo el de Consejero de Estado, con una asignación mensual de mil pesos ($ 1.000.00), por lo cual le corresponde a mi poderdante una pensión de la cuantía expresada, artículo 1º de la Ley 71 de 1945;

"2º El pago de la cesantía especial que otorga el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945, por haber servido mi poderdante doctor Neira Matéus en los cargos dichos por más de veinte años (26 años, 1 mes y 15 días), habiendo cumplido los veinte años de servicio el 23 de agosto de 1940, hecho éste que pido se haga constar en la sentencia; y

"3º Solicito que la cesantía expresada se decrete a favor de mi poderdante doctor Neira Matéus, tomando como base el tiempo transcurrido entre el 23 de agosto de 1940 y la fecha en que se retire, para lo cual el H. Tribunal verificará la correspondiente liquidación legal, previo acreditamiento de la fecha del retiro de mi poderdante doctor Neira Matéus".

Como hechos adujo el actor los siguientes:

a) Que el doctor Neira Matéus ha servido 26 años, 1 mes y 15 días, en diversos cargos de la Rama Jurisdiccional y de lo Contencioso Administrativo, habiendo cumplido los veinte años de servicios el día 23 de agosto de 1940; b) Que el doctor Neira Matéus es mayor de sesenta años; c) Que su último sueldo devengado es el de mil pesos ($ 1.000.00); d) Que no ha gozado ni goza de pensión pagadera por el Estado; e) y f) Que "devengó los siguientes sueldos en los años excedentes, de los primeros veinte servidos: agosto a diciembre de 1940, a $ 252.00 mensuales; en el año de 1941, a $ 252.00 mensuales, todo el año; durante los años de 1942, 1943 y 1944, a $ 252.00 mensuales; año de 1945, a $ 400 mensuales, todo el año; año de 1946, a $ 400.00 mensuales, hasta el 10 de septiembre, inclusive. Todos estos sueldos fueron devengados así: hasta el año de 1941, inclusive, como Magistrado del Tribunal Administrativo de Bogotá; y durante los años de 1942 a 1946, 10 de septiembre de este año, inclusive, como Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca; g) e i) Que solicitó licencia para separarse del cargo de Magistrado del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, y luego renunció irrevocablemente, renuncia que le fue aceptada; y h) Que en 11 de septiembre de 1946 fue nombrado Consejero de Estado y ese mismo día tomó posesión del cargo.

Pensión de retiro

De las pruebas en autos operantes, resulta:

Tiempo de servicio—El lapso mayor de servicio del doctor Neira Matéus ha sido el comprendido entre el 1º de esptiembre de 1936 y el 1º de septiembre de 1946. Durante ese lapso desempeñó el cargo de Magistrado Principal en los Tribunales Administrativo de Bogotá y Administrativo de Cundinamarca. Las Actas del Consejo de Estado, relativas a las sesiones celebradas con el objeto de elegir Magistrados seccionales, y las diligencias de las posesiones respectivas tomadas por el doctor Neira ante el señor Gobernador de Cundinamarca, así como las certificaciones sobre ejercicio de los cargos, visibles a los folios 63 a 71, establecen de manera fehaciente la prestación de los servicios del doctor Neira en el lapso de diez años y diez días.

En duración, sigue el servicio prestado por el doctor Neira Matéus como oficial escribiente del Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, pues abarca el término comprendido entre el 1º de julio de 1905 y el 7 de julio de 1911, o sean, seis años y seis días. Los comprobantes de esa etapa están constituídos por los Decretos de nombramiento y las correspondientes actas de posesión tomados de los libros del Juzgado 4º Civil del Circuito de Bogotá, y la certificación sobre servicio expedida por la misma entidad. Estos comprobantes pueden consultarse del folio 3 al folio 4 del expediente.

El doctor Neira Matéus fue elegido Juez Municipal de Bogotá el 28 de julio de 1914, y desde el 1º de agosto de ese año hasta el 31 de julio de 1920, es decir, ininterrumpidamente por seis años, sirvió en la capital de la República el cargo de Juez Municipal. Los comprobantes de esa época los constituyen ejemplares autenticados del órgano oficial del Municipio en los cuales corren publicadas las Actas de las sesiones celebradas por el Cabildo para hacer nombramientos de Jueces; las copias de las diligencias de posesión surtidas ante el Alcalde de la ciudad, y un certificado del mismo funcionario sobre el ejercicio efectivo de las funciones de Juez Municipal por el doctor Neira Matéus. Este servicio, por razón de su duración, ocupa el tercer lugar entre los prestados por el doctor Neira; y con los seis años que duró, tiene más que cumplidos los veinte de la exigencia legal.

Detalladamente hace la providencia consultada el repaso de los demás puestos servidos por el doctor Neira al frente de Juzgados de Circuito y Municipales, como Jefe de las oficinas y como subalterno de ellas. Ese repaso termina con la anotación de que el doctor Neira en el momento de la presentación de la demanda, estaba ejerciendo el cargo de Consejero de Estado. Sumados los diversos períodos servidos en las distintas posiciones, sube el cómputo a veintiseis años, un mes y quince días, sin hacer cuenta del tiempo de servicio prestado como Magistrado del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Tunja.

Puede, pues, asegurarse que el doctor Neira Ma-

téus tiene acreditado el primero de los requisitos que para la pensión de jubilación exige el artículo 1º de la Ley 71 de 1945.

La edad.—Los señores Salomón Correal Torres y Marco S. de Urbina, de manera conteste han declarado ante el Juez 7º Civil del Circuito de Bogotá, que por haber concurrido con el doctor Neira Matéus a recibir enseñanzas de humanidades en el Colegio Nacional de San Bartolomé, han tenido ocasión de conocerlo desde el año de 1901. Por ese conocimiento afirman que, cuando aquel hecho tuvo lugar, el doctor Neira revelaba una edad de quince años. Testimonios contestes sobre hechos tan notorios, dejan en el ánimo la convicción de que el doctor Neira pasa de los cincuenta años de edad.

No tratándose de establecer cosa distinta de la edad, son admisibles esos testimonios, que, por lo demás, no han sido tachados por el Ministerio Público. Por el contrario, a la afirmación que hace la demanda en el hecho b) de que "el doctor Guillermo Neira Matéus tiene actualmente más de sesenta años de edad", contesta el señor Fiscal del Tribunal: "Lo acepto".

Con lo dicho hasta aquí hay base suficiente para confirmar la parte de la providencia consultada en lo que se refiere a la pensión por tiempo suficiente de servicios prestados. Y puede la Corte hacer suyas las siguientes expresiones del fallo consultado: "De la documentación adjunta resulta evidenciada la lucidez, consagración y competencia con que el doctor Neira Matéus sirvió al país en los distintos cargos públicos que ha desempeñado en su meritoria y larga carrera profesional. Da fe de esto el mismo Consejo de Estado, entidad que al aceptar la renuncia irrevocable que el doctor Neira Matéus presentó del cargo de Magistrado Principal del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dijo: 'Se reconocen los servicios valiosísimos prestados en su ya larga carrera judicial, especialmente en la jurisdicción contencioso administrativa, y recomienda sus actuaciones como ejemplo de rectitud y competencia' ".

La cesantía

El señor Procurador dice en su vista de fondo: "En lo relativo al auxilio de cesantía las partes no sólo no apelaron, sino que expresamente consintieron el fallo del H. Tribunal; y éste no ordenó consultar la sentencia mencionada en lo concernientes al auxilio de cesantía decretado. Por ello considera este despacho que el fallo se encuentra ejecutoriado en lo referente al auxilio de cesantía, y que el concepto de la Procuraduría debe contraerse al estudio de la pensión reconocida".

Con todo, ya en la parte final de la vista, observa el señor Procurador: "este negocio suscita algunos problemas del mayor interés en relación con el auxilio de cesantía especial solicitado con base en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945: saber si el Tribunal Superior es competente para decretar ese auxilio especial de cesantía, o si es competente para ello, exclusivamente, la respectiva entidad administrativa, como lo es para decretar el auxilio general de cesantía; saber si el mencionado auxilio especial de cesantía puede solicitarse antes de hacer dejación del cargo, y si puede decretarse, como lo hace el H. Tribunal, antes de que el peticionario haya abandonado el puesto, es decir, antes de quedar cesante; saber si pierde el derecho a tal auxilio especial de cesantía el funcionario que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el parágrafo 2º del artículo 6º de la Ley 22 de 1942; saber si la competencia para decretar la cesantía establecida por el artículo 1º de la Ley 71 de 1945 (parágrafo) pudo ser o no fijada por una ley anterior, como fue la Ley 22 de 1942 (artículo 10); etc."

La Sala cree de su deber detenerse en el estudio de las cuestiones que el señor Procurador plantea, en cuanto ellas se relacionen con la competencia de la Rama Jurisdiccional.

La solución de la cuestión sobre competencia suscitada por el señor Procurador depende, en concepto de la Sala, de la interpretación que se le dé a la disposición contenida en el parágrafo 1º de la Ley 71 citada.

A) Primeramente se advierte en el Legislador el ánimo de que los apartes que componen la disposición del artículo 1º de la Ley 71 no se interpreten dislocadamente, sino que el parágrafo se tome como cosa conjunta con el inciso que le precede.

Lo que gramaticalmente se denomina "parágrafo", tiene su aplicación cuando se quiere advertir que se continúa una exposición o se prolonga el desarrollo de un tema. El signo § ortográfico correspondiente sirve para llamar la atención sobre esa circunstancia de que la exposición continúa, o de que el tema que actualmente se trata no está agotado.

No sólo en la Ley 71 de 1945 ha empleado el Legislador la palabra parágrafo con el propósito que queda expresado. Pueden citarse muchas leyes y muchos reglamentos administrativos en que está usada la palabra con el mismo propósito. El artículo 55 de la Ley 57 de 1931 (que trata de establecimientos bancarios); los artículos 8º, 12º, 17º y 25º de la llamada Ley de Tierras (200 de 1936); el artículo 3º de la Ley 4ª de 1921 que trata de higiene en las explotaciones petrolíferas; el artículo 35 del Decreto número 1.270, reglamentario de la Ley 37 de 1931 (sobre petróleos), son otras tantas disposiciones en que el Legislador y el Gobierno usan la expresión parágrafo con el marcado ánimo de llamar la atención hacia la circunstancia de que en él se continúa o amplía el tema tratado.

Por éste aspecto cabe la conclusión de que el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945 constituye una sola unidad dispositiva con el inciso que le precede.

B) El beneficio que el parágrafo en cuestión concede, no es una pensión, porque no tiene la condición de periodicidad que caracteriza a las pensiones. El Legislador de 1945 lo otorga por una sola vez a quienes hayan servido por más de veinte años en la Rama Jurisdiccional, en lo Contencioso Administrativo o en el Ministerio Público, y que tengan la edad de cincuenta y cinco años. Conclusión lógica es ésta: el beneficio que el parágrafo contempla constituye un derecho concurrente con el que emana de haber servido por largo tiempo en aquellas dependencias oficiales, pero no se confunde con la pensión. Por eso, emplea el Legislador la expresión **además,** que equivale, según la Real Academia Española, a ésta otra: "a más de ésto o de aquello".

C) Aquí se perfila ya la solución que debe darse a la dificultad sobre competencia planteada por el señor Procurador. Porque si el nuevo beneficio, acordado a los funcionarios que han completado los veinte años de servicio, se apoya y fundamenta en las mismas causas que movieron al Legislador a concederles el derecho a la jubilación, no se ve por qué hayan de intervenir dos autoridades distintas para estudiar y decidir sobre derechos que el Legislador de 1945 tan intencionadamente ha querido refundir y permitido acumular.

D) La llamada **cesantía** en el parágrafo que se viene estudiando, no es la misma que el artículo 6º de la Ley 22 de 1942 establece, y cuyo reconocimiento atribuye el artículo 11 al Gobierno Nacional.

La cesantía que la Ley 22 contempla, tiene analogía con el auxilio que a todo empleado que queda cesante en el ejercicio de sus funciones le reconocen las leyes sociales. Las leyes de esa índole, expedidas con anterioridad a 1942, lo habían acordado para empleados particulares y para empleados del orden Administrativo". La Ley 22 quiso consagrarlo como prestación que se debe a los funcionarios del Organo Judicial, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo. El auxilio general de cesantía está inspirado en un concepto de protección individual y social. Ese derecho, como lo ha anotado la Corte, capacita a quien lo obtiene para atender a sus propias necesidades y las de su familia, mientras consigue nuevo trabajo: lo ampara contra el desempleo (Casación 30 de agosto de 1940).

La del parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 no la concede la ley sino a los funcionarios que habiendo estado al servicio de la República en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en lo Contencioso Administrativo por más de veinte años, completen además la edad de cincuenta y cinco años. Salta a la vista que es un auxilio distinto de la cesantía ordinaria, como salta también a la vista que para ser reconocida se requieren condiciones distintas también.

E) Así interpretada la disposición contenida en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71, puede decirse que el Tribunal de Bogotá tenía jurisdicción para conocer y decidir sobre el auxilio contenido en ese parágrafo. La Ley 71 no les arrebató a los Tribunales la competencia que les había dado para conocer de las pensiones de retiro. Y como a esa pensión, debida exclusivamente a los servidores de la Rama Jurisdiccional, del Ministerio Público y de lo Contencioso Administrativo, le dio forma especial el Legislador de 1945, a esa forma deben atenerse los Tribunales al estudiar las solicitudes sobre reconocimiento (artículo 14 Ley 153 de 1887 **in finem**).

Aclarada la cuestión de competencia y despejado el proceso del vicio que la falta de ella hubiera podido acarrear, y aceptado que por la especialidad de la disposición, el cobro del auxilio previsto en el parágrafo del artículo 1º de la Ley 71 de 1945 puede hacerse coetáneamente con el de la pensión de retiro, no se ve la dificultad para que la demanda del doctor Neira Mateus pudiera ser

resuelta en la forma en que lo hizo el H. Tribunal de Bogotá.

Porque el fallo se limita a reconocer **en abstracto** el derecho que el doctor Neira Mateus tiene para cobrar el nuevo auxilio que la ley concede a los funcionarios designados en el artículo 1º de la Ley 71 cuando se hallan en el caso especialmente previsto allí. Y no puede decirse que el Tribunal anticipa el auxilio sin estar aún en firme su reconocimiento, porque pone como condición la de que, al tiempo de la ejecución del fallo, se establezca previamente que el doctor Neira Mateus ha cesado en sus funciones. Conviene aquí repetir la transcripción hecha atrás de lo pertinente de la parte resolutiva del fallo consultado:

El auxilio de cesantía especial "se contará y liquidará desde el veintitrés (23) de agosto de mil novecientos cuarenta (1940), fecha en que el doctor Guillermo Neira Mateus cumplió los primeros veinte (20) años de servicio que prestó en la Rama Jurisdiccional y en lo Contencioso Administrativo, hasta el día de su retiro del cargo de Consejero de Estado, retiro que se acreditará ante este Tribunal; hecho lo cual se verificará la liquidación del mencionado auxilio de cesantía, para que sea pagado por la Caja de Previsión Social Judicial, a la cual se comunicará para tal efecto".

Por lo demás, es entendido que el doctor Neira Mateus no entrará a disfrutar de la pensión de jubilación, mientras se halle en el ejercicio del cargo, ni cuando, por cualquiera otra circunstancia, esté devengando otro sueldo del Tesoro Público (artículo 64 de la Constitución Nacional).

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia —Sala de Negocios Generales— administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CONFIRMA la providencia de diez y nueve de octubre del presente año, materia de la consulta.

Publíquese, cópiese, notifíquese y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán — Víctor Cock — Eleuterio Serna R. — Jorge García Merlano, Oficial Mayor.

NOTIFICACION DEL AUTO QUE ORDENA EL TRASLADO DE LA DEMANDA.—REPRESENTACION PROCESAL.

1.—Lo que se notifica a las partes en juicio no son las demandas, sino las providencias que el juzgador dicta y que en el caso concreto del traslado de una demanda técnicamente no es ésta la que se notifica, sino el auto por medio del cual se ordena el traslado de la misma; en otras palabras, el conocimiento que se da al demandado del libelo de demanda que es en lo que consiste el traslado, se efectúa notificándole el correspondiente auto y entregándole la demanda o poniéndola a su disposición en la secretaría, según el caso.

2.—La representación procesal se realiza por medio de un contrato judicial, sometido a los requisitos señalados en los artículos: 255, 256 y 259 del Código Judicial. El artículo 258 ibídem exige el reconocimiento del poder, pero la omisión de esta formalidad no vicia la personería, pues según el ordinal 2º del artículo 450 de la misma obra, no hay nulidad por ilegitimidad de la personería cuando en los autos figura un poder conferido legalmente, aunque el apoderado no lo haya admitido expresamente. Con tanto mayor razón ocurre el caso si éste lo ha aceptado y sólo falta el reconocimiento del juez. La pretermisión de esta formalidad será una ilegalidad en el trámite, pero hay muchas ilegalidades procesales que no constituyen vicios de efectos anulatorios.

Corte Suprema de Justicia — Sala de Negocios Generales — Bogotá, noviembre veintiseis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.)

El señor Fiscal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, debidamente autorizado por el poder Ejecutivo, según resolución número 52 de 5 de marzo de 1942, en nombre de la Nación, promovió demanda en juicio ordinario, con citación y audiencia de la Sociedad Colectiva denominada Francisco Vargas y Hermanos, y de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, ante el Tribunal para que se hiciesen las siguientes

Que son de propiedad de la Nación los yacimientos de petróleo y demás hidrocarburos que se encuentren o puedan encontrarse en la finca llamada "Buen Retiro, Hidalgo y Hatogrande", conforme a los linderos determinados en el libelo; que subsidiariamente se haga la anterior declaración respecto de una parte, al menos, del subsuelo del predio expresado.

Para ambos casos, pidió que se dispusiese que los opositores debían abstenerse de hacer exploraciones con taladro y de realizar explotaciones.

La demanda se admitió el 13 de marzo de 1942, y en el respectivo auto se ordenó dar traslado a los demandados.

Para dar cumplimiento a dicho traslado, el Secretario sentó diligencias de este tenor: "Notifiqué personalmente, por medio del empleado que suscribe, la demanda anterior al señor N, le corrí el traslado por él ordenado, para lo cual puse los autos a su disposición aquí en la Secretaría".

El doctor Benjamín Acosta, como apoderado de la Compañía Shell de Colombia, solicitó que se declarasen sin valor las notificaciones verificadas en tal forma, por estimar que éllas no estaban conformes al artículo 199 de Código Judicial, puesto que en la razón secretarial sólo consta que se notificó la demanda y no el auto que la admitió.

El Tribunal a quo, en providencia de 19 de febrero de 1945, negó tal solicitud, y del auto pidió reposición el doctor Acosta, e interpuso apelación subsidiaria. Se le concedió el recurso de alzada, más no se accedió a la reposición mediante este razonamiento:

"Si se considera, como lo pretende el recurrente, que la constancia de notificación no se refiere al auto admisorio de la demanda, entonces el empleo del vocablo él, en la frase "le corrí el traslado por él ordenado", no tendría explicación; el uso del pronombre él, que en este caso sustituye el nom-

bre auto, sería insignificante. Es obvio que tal consideración se pronuncia contra la realidad de lo ocurrido, según aparece de la notificación".

Preparado el negocio en esta segunda instancia, la Sala procede a decidirlo.

El señor Procurador, en su alegación, conceptúa que la cuestión contravert[illegible] sólo puede referirse a la Compañía que repre[illegible] doctor Acosta en la primera instancia, [illegible]a no tenía personería par[illegible]daciones que se relacionaban con [illegible]ndados.

Los siguientes argumen[illegible] Agente del Ministerio Público, los pr[illegible], porque son muy fundados:

"1º—La notificación hech[illegible] señor Mackenzie Burns no está hecha de a[illegible] con lo dispuesto por el artículo 199 del C[illegible], porque en élla no aparece que se haya not[illegible]do el auto de admisión de la demanda y en [illegible] cual se ordenó el traslado, sino que apenas hay constancia de que se notificó la **Demanda** y no el **Auto.**

"A esto se observa que según nuestro sistema procesal, lo que se notifica a las partes en juicio, no son las demandas sino las providencias que el juzgador dicta y que en el caso concreto del traslado de una demanda, técnicamente no es ésta la que se notifica sino el auto por medio del cual se ordena el traslado de la misma, o en otras palabras, el conocimiento que se da al demandado del libelo de demanda que es en lo que consiste el traslado, se efectúa notificándole el correspondiente auto y entregándole la demanda o poniéndola a su disposición en la secretaría, según el caso. Siendo esto así, hay que concluir que la notificación que en el caso de autos se hizo de la demanda, no puede tener otro significado que ponerla en conocimiento de los demandados, e implícitamente notificarles el respectivo auto, sin que la realidad jurídica alcance a ser cambiada por los términos un tanto imprecisos usados en la correspondiente diligencia, pues si se lee ella detenidamente se verá que si en las primeras frases se dice que lo que se notifica es la demanda, en la parte final claramente se expresa que, además, se corrió "el traslado **por él ordenado**", o sea, que el empleado notificador estaba refiriéndose al auto admisorio de la demanda que era el que ordenaba el traslado.

"Pero, además, respecto de la Compañía a cuyo nombre habla el doctor Acosta Sánchez, y aún en la hipótesis de que la notificación hubiera sido hecha en forma ilegal, esa presunta irregularidad ha quedado subsanada desde el 13 de junio de 1942, pues al folio 28 del cuaderno Nº I aparece un escrito firmado por el señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, en el cual afirma que "el día 2 de los corrientes **fui notificado personalmente del auto por medio del cual se admitió la demanda y se ordenó el traslado correspondiente**" y solicita que para constatar el traslado y puesto que no hay copias de la demanda, se disponga que se le entreguen originales los autos.

"El contenido de este memorial realiza a cabalidad la hipótesis del artículo 321 del Código Judicial, según el cual si la persona a quien debe notificarse una providencia manifiesta que la conoce, por medio de escrito firmado por ella, no a ruego, se entienden surtidos en lo que a élla se refiere **los efectos de la notificación.** El señor Mackenzie Burns, representante legal de la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, manifestó en escrito firmado por él que conocía el auto de admisión de la demanda; por consiguiente, respecto de él y aun en la hipótesis de que la primera notificación a la cual se refiere sin hacerle objeción alguna, hubiera sido hecha en forma irregular, se entenderán surtidos respecto de él, los efectos de la notificación.

"2º Al ordenar el Tribunal una nueva notificación del auto de 13 de marzo el señor Antonio Vargas 'debió tener en cuenta que el traslado que le fue conferido a dicho demandado no se había surtido en forma legal'.

"Esta razón es todavía menos fundada que la anterior, porque el mismo Tribunal expresamente afirma que esa nueva notificación no se ordenó porque se considerara que la primera había sido hecha en forma ilegal, sino porque por una equivocación en la cual se incurrió 'en razón de que no está escrita la constancia correspondiente en el orden en que se encuentran las demás notificaciones', se creyó que a ese señor no se le había notificado el auto de admisión de la demanda. Esta explicación hay que aceptarla puesto que no hay razón alguna para creer que los señores Magistrados están haciendo una afirmación inexacta y porque, además, de ser cierto lo sostenido por el apoderado de la Shell, no se explicaría por qué razón, siendo todas las notificaciones iguales, sólo se ordenaba repetir la de uno de los demandados y no la de los demás.

"Se impone, pues, la conclusión de que esa nueva orden de notificar el auto al señor Antonio Vargas tuvo como causa una simple equivocación

y no la creencia, por parte del Tribunal, de que había sido mal hecha la anterior.

"Es sabido que en el derecho procesal colombiano, por regla general, no hay términos sacramentales y que basta con que los fines buscados por el Legislador se cumplan, aunque las palabras usadas no sean las más exactas y precisas y como en realidad el fin primordial que con las notificaciones se busca, es dar conocimiento a las partes de las providencias que dictan los Jueces, en este caso aparece de manera muy clara que esa finalidad se realizó, porque no hay duda de que el Gerente de la Compañía Shell tuvo conocimiento del auto en que se admitía la demanda que contra su representado había presentado la Nación y, por ende, de la demanda misma, pues no otra cosa significan las solicitudes presentadas con posterioridad de las cuales se hizo mención al principio de este escrito.

"Aceptar el punto de vista del recurrente sería sacrificar el fondo de una simple imperfección de la forma, fuera de que es muy discutible que pueda decretarse la nulidad de una notificación, porque el procedimiento legal habría sido proponer el incidente de nulidad de todo lo actuado, por mala notificación o por falta de ella".

Se observa que la personería conferida por el señor Hendry Stuart Mackenzie Burns, Gerente de la Shell, al doctor Acosta no fue reconocida de conformidad con el artículo 258 del Código Judicial.

¿Qué efectos se producen, por no haberse dictado esa providencia judicial?

La representación procesal se realiza por medio de un contrato judicial, sometido a los requisitos señalados en los artículos 255, 256 y 259 del Código Judicial. El artículo 258 ibídem exige el reconocimiento del poder, pero la omisión de esta formalidad no vicia la personería, pues según el ordinal 2º del artículo 450 de la misma obra, no hay nulidad por ilegitimidad de la personería cuando en los autos figura un poder conferido legalmente, aunque el apoderado no lo haya admitido expresamente. Con tanto mayor razón ocurre si éste lo ha aceptado y sólo falta el reconocimiento del Juez. La pretermisión de esta formalidad será una ilegalidad en el trámite, pero hay muchas ilegalidades procesales que no constituyen vicios de defectos anulatorios.

No son precisas más consideraciones, y por tanto la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, CONFIRMA el auto recurrido.

Notifíquese, cópiese.

Ramón Miranda. — Germán Alvarado — Víctor Cock—Eleuterio Serna R.—El Conjuez, **Humberto Gómez Naranjo — Nicolás Llinás Pimienta,** Srio. en ppdad.

REPRESENTACION EN JUICIO DE LOS DEPARTAMENTOS POR LOS GOBERNADORES

El artículo 194 de la Constitución Nacional prevalece sobre el 40 del mismo Estatuto y sobre la Ley 69 de 1945, pues él otorga personería a los Gobernadores para representar al Departamento, aun sin ser abogados inscritos, porque si así no fuese, ellos no podrían llevar su voz ni representarlo en los negocios administrativos y judiciales; si tuvieran que delegar siempre esa representación no serían ellos quienes llevarían la voz de la entidad departamental en los juicios.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales. — Bogotá, diciembre siete de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

En el juicio ordinario de Clementina Zúñiga de Astudillo contra el Departamento del Cauca el señor Gobernador del Departamento propuso al Tribunal la nulidad de lo actuado considerando que la falta de autorización legal del poder de la señora Clementina Zúñiga de Astudillo con la firma de un abogado inscrito, acarrea la nulidad de toda la actuación del juicio por encajar esa irregularidad dentro de las causales de nulidad previstas en el artículo 448 del C. J., pues el poder conferido por la señora de Astudillo al abogado doctor José Enrique Arboleda V. está firmado a ruego por persona que no es abogado inscrito, contra lo que previene el artículo 19, ley 21 de 1931, que reza: "las personas que no sepan leer y escribir deberán autorizar con la firma de un abogado inscrito".

El Tribunal decidió en auto del seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco absteniéndose de decretar la nulidad pedida. De esta providencia apeló el señor Gobernador del Departamento del Cauca, al ser notificado de ella, y el Tribunal concedió el recurso para ante la Corte. El abogado Arboleda V. solicitó entonces al Tribunal que revocara su auto en cuya virtud concede apelación al Gobernador del Departamento, basándose en que el Gobernador carece de personería para interponer dicho recurso porque no es abogado en ejercicio, pues con ello se quebranta el artículo 40 de la Constitución nacional que dice: "En adelante sólo podrán ser inscritos como abogados los que tengan título profesional. Nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito. Sin embargo, la ley establecerá excepciones". Y porque el Gobernador del Cauca no es abogado inscrito. El Tribunal al resolver sobre la petición últimamente relacionada dispuso declarar nulo lo actuado en el juicio a partir de la notificación hecha al doctor Alvaro Orejuela el 20 de marzo de 1945. De esta decisión del Tribunal solicitó el doctor Benjamín Arboleda, con poder del Gobernador del Departamento, que se repusiera y revocara, a lo cual se negó el Tribunal, manteniendo así su providencia que decretó la nulidad de lo actuado, y concedió apelación ante la Corte.

Cumplido el trámite propio del recurso ha llegado la oportunidad de pronunciarse sobre las dos apelaciones que son objeto de la alzada.

En primer lugar debe considerarse el auto del Tribunal que declaró la nulidad de lo actuado por la falta de personería del señor Gobernador del Cauca para litigar en representación de la entidad departamental. La cuestión se concreta a estos términos: Para litigar en causa propia o ajena se exige ser abogado inscrito (artículo 40 de la Constitución), a menos que se trate de una excepción establecida por medio de la ley; la 69 de 1945, que desarrolla el artículo 40 de la Constitución, no estableció la excepción a favor de los Gobernadores que les permita estar en juicio sin ser abogados; y los señores Alberto Albán Liévano, Francisco Lemos A. y Alvaro Simonds, que han actuado en el juicio como Gobernadores no figuran como abogados inscritos ante el Tribunal, ni tampoco el doctor Alvaro Orejuela, por lo cual no pueden ser oídos legítimamente en el proceso; a lo cual se contrapone el argumento que se desprende del artículo 194 de la Constitución Nacional, que consagra como atribución del Gobernador (la 3ª), "llevar la voz del Departamento y

representarlo en los negocios administrativos y judiciales, pudiendo delegar esta representación conforme a la ley".

Para la Corte el precepto de la Carta prevalece y debe tener el alcance y la fuerza que le dan sus propios términos y la jerarquía superior de disposición constitucional, expresa y especial. Es cierto que otro texto también constitucional, el 40 del Estatuto ya citado, establece como norma general la de que nadie podrá litigar en causa propia o ajena si no es abogado inscrito. Y que la ley 69 citada no establece excepción para los Gobernadores. Pero el precepto del artículo 194 de la Carta es muy claro y expreso en el sentido de facultar al Gobernador para llevar la voz del Departamento y representarlo en toda clase de negocios administrativos y judiciales, y la delegación que él prevé es potestativa: "pudiendo delegar esta representación", y no obligatoria. Es pues norma básica la de que el Gobernador represente al Departamento en juicio, y la que lo autoriza para delegar su mandato. Este se lo confiere o impone la disposición al Gobernador para que sea él quien represente al Departamento y lo autoriza para que delegue esa representación conforme a la ley. La delegación es potestativa, y la ley misma no podría hacerla obligatoria ya que la Constitución la establece con aquel carácter. De donde se infiere que una interpretación que llevase a la delegación obligatoria en estos casos sería contraria al Estatuto.

Pretender que la excepción para que sea operante debe hacerla la ley equivale a olvidar los términos de la atribución conferida a los Gobernadores por el numeral 3º del artículo 194, que no puede ser más categórica y clara al decir que el Gobernador lleva la voz del Departamento y lo representa en juicio. Como las disposiciones de la Carta son congruentes y así han de entenderse, no cabe, en el parecer de la Sala, una interpretación distinta en la contraposición aparente que pudiera verse entre los artículos 40 y 194 de la Constitución. Para que produzca efecto el ordenamiento del artículo 194 hay que admitir que él otorga personería a los Gobernadores para representar al Departamento, aun sin ser abogados inscritos, porque si así no fuese, ellos no podrían llevar su voz ni representarlo en los negocios administrativos y judiciales; si tuvieran que delegar siempre esa representación, no serían ellos quienes llevarían la voz de la entidad departamental en los juicios.

Estas breves consideraciones conducen a la conclusión de que debe revocarse el auto del Tribunal fechado el cinco de marzo y que declaró la nulidad de lo actuado en el juicio en los términos que en él se indican.

Revocado como va a serlo por esta providencia el auto del Tribunal que negó la personería al señor Gobernador del Cauca, cabe estudiar el proveído del mismo Tribunal dictado el seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco contra el cual el señor Gobernador interpuso también el recurso de apelación.

Como ya se expresó, el Gobernador propuso al Tribunal la nulidad de lo actuado por estimar que el poder conferido por la señora Clementina Zúñiga de Astudillo al doctor Jorge Enrique Arboleda V. adolecía de faltas de autorización legal por haberlo firmado a ruego una persona que no es abogado inscrito.

Está de acuerdo la Corte con el Tribunal cuando expresa que el hecho de otorgar un poder no implica propiamente el ejercicio de él ni es litigar en causa propia personalmente, sino el perfeccionamiento de un mandato, para que sea precisamente el apoderado quien llevé la personería de la parte en el pleito, ni tampoco una solicitud que se hace a un funcionario, sino el conocimiento que se le da para que el apoderado lleve la representación del poderdante. Las personas que no sepan leer y escribir —dice el artículo 19 de la ley 21 de 1931— deberán autorizar sus solicitudes, cuando litigan en causa propia personalmente, con la firma de un abogado inscrito. Conferir un poder no es litigar en causa propia personalmente; al contrario, el poder se otorga para no litigar personalmente. Además debe observarse que el artículo 19 de la ley 21 citado quedó derogado por la ley 69 de 1945, artículo 18. El auto de que aquí se trata debe pues confirmarse.

En atención a lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, revoca el auto del Tribunal fechado el cinco de marzo de mil novecientos cuarenta y seis (1946), que declara una nulidad en el juicio; y confirma el auto de la misma entidad dictado el seis de diciembre de mil novecientos cuarenta y cinco (1945), que declaró no ser el caso de decretar otra nulidad de lo actuado en el proceso.

Notifíquese, cópiese, insértese en la GACETA JUDICIAL y devuélvase el expediente.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION REIVINDICATORIA

La acción de dominio, al tenor del artículo 946 del Código Civil, está configurada por cuatro elementos fundamentales para que pueda prosperar. Son ellos: a) Cosa SINGULAR reivindicable o CUOTA DETERMINADA de cosa singular. b) Derecho de dominio en el demandante. c) Posesión material en el demandado. d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre once de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en sentencia de veintiseis de enero de mil novecientos cuarenta y dos, pronunciada en el juicio ordinario instaurado por Pacífico Pérez contra Raimundo Moreno (denuncia del pleito al Departamento de Antioquia), decidió: "No hay lugar a hacer las declaraciones solicitadas en el libelo de demanda. En consecuencia se absuelve al demandado de los cargos...".

Hechos

Los expuso así el peticionario en su libelo de demanda presentado ante el Juez Cuarto Civil del Circuito de Medellín, quien hubo de declararse impedido para conocer del negocio por la denuncia del pleito que en la misma demanda hace el actor al Departamento:

"Primero. Por escritura pública número 1.022 de 3 de junio de 1930 de la Notaría cuarta de este Circuito, debidamente registrada, el Departamento de Antioquia, representado por el Gobernador doctor Camilo C. Restrepo, me vendió una finca territorial, situada en el paraje 'Miserengo', Corregimiento de San Sebastián de este Municipio y que linda: 'por el pie con predios del compareciente Pacífico Pérez y Manuel Bastidas; por un costado con propiedad de Luis Londoño y otro y Lisandro Velásquez y por el otro costado, pues tiene figura triangular, por la quebrada de Miserengo, hasta donde ésta se acaba; siguiendo de allí para arriba a dar a un volcán que está en la cordillerita".

"Segundo. El señor Raimundo Moreno, por escritura número 167 de 5 de febrero de 1925 de la Notaría cuarta de este circuito, compró a la señora Carlina Amador de Uribe la mitad de una finca territorial denominada 'El Castillo', situada en el paraje de Boquerón de este Municipio y la ha venido ocupando estableciendo mejoras de alguna consideración.

"Tercero. El señor Moreno fundado en los derechos que le confiere la escritura número 167 de 5 de febrero de 1925 ha venido ocupando parte de los terrenos que el Departamento de Antioquia me vendió cinco años después o sea el 3 de junio de 1930 de la escritura citada en el numeral primero de los hechos fundamentales de esta demanda.

"Cuarto. El señor Moreno retiene indebidamente un lote de terreno de quince cuadras de cabida aproximadamente y cuya cabida definitiva se fijará por medio de peritos en el término probatorio, que hace parte integrante de la finca territorial que el Departamento me vendió por la escritura número 1.022 de 3 de junio de 1930 y que se determina así: por un costado con la quebrada Miserengo en sus nacimientos y por los otros tres costados con terrenos de mi propiedad.

"Quinto. El señor Moreno aunque ha hecho manifestaciones por escrito de que respeta y no ataca los linderos del inmueble que me vendió el Departamento, sostiene que el lote de terreno descrito y que ocupa le pertenece por virtud de la compra que hizo a la señora Amador de Uribe en el año de 1925, siendo poseedor de mala fe. Por lo expuesto, yo, Pacífico Pérez, de las condiciones civiles expresadas, en mi propio nombre, demando al señor Raimundo Moreno, mayor de edad y vecino (sic), para que previos los trámites del juicio ordinario de mayor cuantía, ya que ésta excede de quinientos pesos, se hagan por usted las siguientes declaraciones: a) El lote de terreno situado en el paraje Miserengo, del Corregimiento de San Sebastián en este Municipio, en una ex-

tensión o cabida de quince cuadras aproximadamente y que linda: por un costado con la quebrada Miserengo en sus nacimientos y por otros costados con terrenos del señor Pacífico Pérez, es de su exclusiva propiedad y dominio. b) Dicho terreno debe restituírlo el señor Raimundo Moreno al señor Pacífico Pérez, seis días después de ejecutoriada la sentencia con sus frutos naturales y civiles, como poseedor de mala fe. Los frutos se avaluarán en juicio aparte. Y c) El señor Moreno pagará además las costas y costos judiciales, si afrontare la litis, por su temeridad notoria....".

Apoyó el demandante su acción en los artículos 946, 947, 949, 950, 952, del C. Civil. Denunció el pleito al Departamento y fundó su denuncio en lo dispuesto en el artículo 1899 del Código Civil, en relación con el artículo 235 del Código Judicial. Presentó la escritura número 1.022 de 3 de junio de 1930 y un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Medellín sobre la "suficiencia del título" y para que se tenga como prueba. (Folios 5 y 6 del cuaderno Nº 1).

Habiéndose declarado incompetente el Juez del Circuito el actor recurrió al Tribunal, entidad que avocó el conocimiento del juicio y falló absolviendo al demandado. Para fundamentar el proveído respectivo tuvo en cuenta el Tribunal:

Que la acción que hace valer el demandante es la de reivindicación, es decir, la que se concede al propietario de la cosa singular de la cual ha perdido la posesión, para que se obligue al poseedor a restituírsela. Los elementos de esta acción dice el Tribunal, son: "que el reivindicante sea dueño o que pruebe un mejor derecho para poseer la cosa; que se trate de una cosa singular; que el dueño o que el que poseía con carácter de tal, haya perdido la posesión; que el demandado sea el poseedor y que haya identidad entre la cosa perdida y la poseída por el demandado." Hace notar el Tribunal que el principal elemento en esta clase de acciones es el que el demandante sea dueño de la cosa o al menos que tenga un mejor derecho a poseer la cosa discutida. Y como no encontrara debidamente acreditado este derecho ni siquiera identificado, no obstante las pruebas que presentó el actor, la más importante una inspección ocular, esta entidad hubo de pronunciarse en los términos que antes se han visto.

Apeló del fallo el demandante, y es así como la Corte conoce de este juicio y entra a decidirlo una vez cumplidos los trámites procesales de la segunda instancia.

Consideraciones:

En la primera instancia el peticionario allegó a los autos las siguientes pruebas:

Primera.—La escritura número 1.022 (folio 1º, y 2 del C. número 1 del Tribunal), por la cual el señor Pacífico Pérez compró al Departamento de Antioquia una finca ubicada en el paraje de Miserengo, en el Corregimiento de San Sebastián, jurisdicción del Municipio de Medellín, y con las siguientes alinderaciones: "Por el pie, con predios del compareciente Pacífico Pérez y Manuel Bastidas; por un costado, con propiedad de Luis Londoño y otro y Lisandro Velásquez; y por el otro costado, pues tiene figura triangular, por la quebrada Miserengo, hasta donde se acaba, siguiendo de allí para arriba a dar a un volcán que está en la cordillerita...

Segunda. — Un certificado del Registrador de Instrumentos Públicos del Circuito de Medellín, en el cual se afirma que el demandante señor Pacífico Pérez "no ha transmitido en ninguna forma el derecho de dominio sobre el inmueble descrito, el cual adquirió por compra al Departamento de Antioquia según escritura número 1.022, de 3 de junio de 1930...

Tercera.—Declaraciones de los señores José C. Gallego, Francisco Luis Ortiz, Antonio J. Gallego, Manuel S. Caño C., Esteban Gallego y Mario A. Suárez, quienes fueron interrogados por el demandante en relación con linderos y buena fe del demandado en la tenencia de un lote de terreno (folios 16 y 17 del cuaderno de pruebas del Tribunal).

En esta segunda instancia el demandante presentó como pruebas las copias de las escrituras públicas números 1.206 de 30 de julio de 1869 de la Notaría Segunda de Medellín y 1.261 de abril de 1927 de la misma Notaría, relativas a la tradición de un terreno adquirido por el demandante; y una inspección ocular, practicada por el Juez 2º del Circuito Civil de Medellín, funcionario comisionado por la Corte. (Folios 9, 10 y 11 del cuaderno número 5).

El demandante ha incoado la acción reivindicatoria. Esta, al tenor del artículo 946 del Código Civil, "es la que tiene el dueño de una cosa singular, de que no está en posesión para que el poseedor de ella sea condenado a restituírla". Llámase también acción de dominio". Está configurada por cuatro elementos fundamentales para que pueda prosperar. Son ellos: a) Cosa **singular**

reivindicable o **cuota determinada** de cosa singular; b) Derecho de dominio en el demandante; c) Posesión material en el demandado. d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída.

En el concepto pericial rendido en la primera instancia por los señores José Efraín Uribe y Juan Pablo Puerta, peritos principal y tercero, respectivamente (folios 19, 20 y 21 v. del c. de pruebas del Tribunal), se dice que los terrenos que ocupa el demandado no hacen parte de los que tiene el demandante.

En el dictamen pericial producido en la segunda instancia por los señores Jaime Tobón Obregón y César Amaya (folios 15, 16, 17 y 18 del cuaderno de pruebas del actor, número 5), ante el señor Juez 2º Civil del Circuito de Medellín, funcionario comisionado por esta Superioridad para la práctica de una inspección ocular, los expertos dijeron: Que sobre el terreno identificaron o localizaron un inmueble rural, ubicado en jurisdicción del municipio de Medellín, en la fracción de San Sebastián, hoy "Palmitas", paraje "Miserengo", terreno que según la escritura pública número 1.022 de junio 3 de 1930 otorgada ante la Notaría 4ª de Medellín, adquirió Pacífico Pérez por compra que de él hizo el Departamento de Antioquia, y cuyos linderos según la escritura mencionada son: "por el pie, con predios del compareciente Pacífico Pérez y Manuel Bastidas; por un costado, con propiedad de Luis Londoño y otro y Lisandro Velásquez; y por otro costado, pues tiene figura triangular, por la quebrada 'Miserengo', hasta donde ésta acaba, siguiendo de allí para arriba a dar a un volcán que está en la cordillerita".

Hacen después los peritos una relación muy detallada de su recorrido para identificar los linderos respectivos, dando la longitud de algunos de éstos. Dice además, que, "Se hallaron los cultivos siguientes dentro del lote de terreno demarcado en el croquis con líneas paralelas y que **parece ser el del litigio,** pues que no se encuentra en el legajo sometido a conocimiento de los suscritos ningún pliego de demanda o documento análogo que dé certeza a los abajo firmantes para hacer la afirmación de cuál sea el lote disputado, por lo que se repite, apenas se dirá al respecto que en el extremo norte —parte superior— del terreno encerrado por los lindes de que da cuenta la escritura 1.022 mentada se encontró una abertura de unas 16 cuadras cultivada con pastos denominado "poa"; sobre el lindero oriental se halló otra con la misma plantación cuya extensión próxima se calcula en unas cinco (5) cuadras cuadradas de superficie en la parte que queda comprendida en la margen derecha de 'La Miserengo', es decir, dentro del lindero demarcado de la misma escritura y que ocupa por lo tanto tierras que deben pertenecer, o pertenecen si se atiende al referido instrumento, a Pacífico Pérez..." Al contestar el tercer punto dijeron: "Ya se ha dicho que por la carencia de pliegos que sitúen precisamente la faja o lote en disputa, no es posible a los peritos hacer afirmación categórica y absoluta de cuál sea el globo de terreno en litigio, pero según se desprende de los datos que obran en el pequeño cuaderno que se presentó por el Juzgado a los suscritos, **se puede concluír que ese lote cuyo dominio se discute es el que aparece en el croquis o dibujo adjunto, en su parte superior, marcado con líneas paralelas.** La afirmación que sí pueden hacer los signatarios de este dictamen, **es la de que, toda la superficie sombreada en el croquis está comprendida dentro de los linderos que corresponden —según escritura 1.022 de 3 de junio de 1930 de la Notaría 4ª de Medellín— a la propiedad que por ese instrumento adquirió Pacífico Pérez del Departamento de Antioquia...".** (Subraya la Sala).

Análisis de las pruebas del demandante

De las probanzas presentadas por el señor Pacífico Pérez a través de todo el debate es muy interesante la inspección ocular que practicó el funcionario comisionado por la Corte; y como consecuencia de ella, el dictamen pericial rendido por los señores Jaime Tobón Obregón y César Amaya, al que se acaba de hacer referencia transcribiendo algunos apartes. Estima la Sala como base para la decisión de la controversia este dictamen junto con el croquis que lo ilustra. El croquis es una figura triangular irregular, pues presenta en su parte posterior un segmento de circunferencia, y tiene los siguientes límites: por la parte noroeste, con terreno de Lisandro Velásquez; por la parte oriental, la quebrada Miserengo; por el oeste con terrenos de Luis Londoño; y por el sur, con terrenos de Manuel Bastidas y del señor Pacífico Pérez. Como puntos de referencia en la determinación de los linderos están marcados el "volcán" en la parte final del lindero norte; el Chorro, sobre el lado oriental y en la quebrada Miserengo, la cual para los peritos constituye el lindero arcifinio hasta "donde se acaba"

(folio 18 del C. número 5). Según los peritos que hicieron el croquis, y lo acordado en sus puntos de referencia en el dictamen, encuéntrase que el área comprendida por el triángulo en el croquis presentado, es la misma que Pacífico Pérez compró al Departamento de Antioquia por escritura pública número 1.022 de 3 de junio de 1930. En efecto: Los linderos pertinentes que la mentada escritura trae del terreno que el Departamento vendió al demandante en este juicio son los siguientes: "por el pie con predios del compareciente Pacífico Pérez y Manuel Bastidas; por un costado con propiedad de Luis Londoño y otro y Lisandro Velásquez y por el otro costado, pues tiene figura triangular, por la quebrada Miserengo, hasta donde se acaba siguiendo para arriba a dar a un volcán que está en la cordillerita...." (Folio 1 del C. número 1). Los peritos identificaron pues lo que el Departamento le vendió a Pérez; y en el croquis señalan como líneas paralelas el lote de terreno en litigio. Por el pie de estas líneas en la dirección de oriente a occidente pasa una línea imaginaria que según los testigos que fueron interrogados durante la inspección ocular, viene a limitar el terreno en su parte inferior (según el croquis), y de consiguiente a encerrar el terreno ocupado por Raimundo Moreno. Dicha línea arranca del punto demarcado en el plano con el nombre de "El Chorro" y busca rectamente el lindero de Lisandro Velásquez, "El Chuscal". En tal virtud, Raimundo Moreno ocupa la parte sombreada en el croquis y marcada con líneas paralelas dentro de los terrenos que Pacífico Pérez compró por escritura pública 1.022 de 3 de junio de 1930. Dicha parte ocupada se describe así: Partiendo del punto el "volcán" en dirección sur hasta "El Chorro"; de aquí por la línea imaginaria hasta el lindero de Lisandro Velásquez llamado "El Chuscal"; y de aquí en dirección noreste hasta el punto de partida. Conviene transcribir seguidamente lo que al respecto dijeron los testigos interrogados durante la inspección ocular que decretó la Corte. Fueron ellos los señores Recaredo Montoya, Castor Ma. Guerra, Gonzalo Velásquez y Carlos Arturo Suárez: "Conocemos personalmente, desde hace muchos años, la finca de que se trata en esta diligencia y podemos aseverar que el terreno comprendido entre el volcán a que hacen referencia los linderos de la mentada finca siguiendo por línea recta a los nacimientos de la quebrada Miserengo; ésta abajo hasta el punto de la misma quebrada denominada el "Chorro"; volteando a la derecha, en línea imaginaria hasta el lindero opuesto y de allí a la derecha hasta el aludido volcán, perteneciente, como se dijo, a la finca dicha (la comprada por Pacífico Pérez al Departamento) **lo posee actualmente el señor Raimundo Moreno, quien tiene en él establecidos potreros de yerba poa, y los ocupa con ganados de su propiedad.** Interrogados los testigos sobre el nombre del punto donde termina la línea imaginaria que arranca del Chorro mencionado, manifestaron que se denominaba "El Chuscal", nombre que el señor Moreno varió por el de 'La Chuscala"... (Subraya la Sala. Folios 9, 10 y 11 del C. número 5). Las anteriores declaraciones están de acuerdo con el concepto pericial de los señores Jaime Tobón Obregón y César Amaya, por lo que ha de admitirse que Moreno posee la parte del croquis sombreada y marcada con líneas paralelas. Tiénese pues demostrado que el señor Pacífico Pérez es dueño de determinado predio; que parte de éste se halla ocupado por el señor Raimundo Moreno; que la parte que éste último ocupa se ha individualizado en el proceso, es singular y está plenamente identificada en el lote general que Pérez adquirió.

Análisis de las pruebas del demandado

Al contestar la demanda el señor Moreno propuso la excepción de prescripción o pérdida del derecho reclamado por el demandante. Al efecto trajo al expediente las copias de las escrituras números 167 de 5 de febrero de 1925, por la cual el demandado compró unas tierras a la señora Carlina Amador de Uribe, y la 299 de 23 de febrero de 1906, por la cual el señor Carlos C. Amador vende unos terrenos al señor Rafael Cadavid S. En estas dos escrituras se constata la venta de un mismo predio, pues los linderos son los mismos. En la escritura número 299, que lleva fecha 23 de febrero de 1906, figura como vendedor el señor Carlos C. Amador, y es comprador Rafael Cadavid S. En la número 167 es comprador el señor Raimundo Moreno, y es vendedora Carlina Amador de Uribe. No se sabe de quién hubo la señora Carlina Amador de Uribe el predio que vendió a Moreno; presume la Corte que lo compraría al señor Cadavid, pero tal caso no está constatado en el juicio. Además adujo el demandado señor Moreno otros elementos probatorios: la copia de la demanda de la querella de Policía instaurada por Joaquín Restrepo y otros ante el Alcalde Municipal de San Jerónimo; la copia de la demanda propuesta contra Moreno por Pacífi-

co Pérez ante el Inspector de la fracción de Palmitas, del fallo de primera instancia y del de segunda instancia, dictados por la Inspección de Policía de Palmitas y el Juzgado Departamental de Policía, respectivamente. Presenta también copia de la demanda contra Raimundo Moreno propuesta por el señor Pacífico Pérez ante el Juzgado 2º del Circuito en lo Civil de Medellín, y del proveído respectivo que sobre ella se dictó por el mismo Juzgado. (Folios antes expresados, cuaderno de pruebas del demandado). Trajo también el demandado señor Moreno las declaraciones de los señores Federico Carmona, Rubén Patiño, Antonio Carmona y Félix A. Bedoya. Son éstas todas las probanzas aducidas por Moreno, decretadas y practicadas en la primera instancia, pues ante la Corte no presentó ninguna prueba.

Del material probatorio allegado por el señor Raimundo Moreno se concluye que sea él el propietario de los terrenos que ocupa en predios de Pacífico Pérez. Con las dos escrituras aludidas, números 167 y 299, demuestra el señor Moreno que es propietario de un predio, y que éste fue el mismo que Amador vendió a Cadavid. Dicho predio es la mitad proindiviso de la finca de "El Castillo". Empero, comparando los linderos que se indican en estas escrituras de Moreno con los que figuran en la escritura número 1.022 de 3 de junio de 1930 por la cual el Departamento de Antioquia vendió a Pacífico Pérez el lote de terreno tantas veces referido, se encuentra que las primeras no citan ningún nombre de las colindancias que cita Pérez; vale decir que, los linderos que trae cada uno de los títulos de los litigantes en este juicio son perfectamente distintos en sus denominaciones; y desde este punto de vista, el título del demandado no incluye los terrenos que ocupa en predios del demandante o a lo menos no aparece tal cosa del texto de las escrituras. Pérez sí ha demostrado que los terrenos que ocupa el demandado están comprendidos en el lote general que aquél le compró al Departamento. Si el título que aduce Moreno sirviese para demostrar lo que él pretende, faltó hacer en el juicio la verificación de esa circunstancia sobre el terreno, en inspección ocular, como sí se hizo con el título de Pérez. Con los solos documentos que exhibe Moreno, en los cuales los nombres difieren totalmente de los linderos y nombres que figuran en el título de Pérez, es imposible para el Juez saber si aquéllos están amparando el terreno que es materia de la controversia. Lo que Moreno compró se indica de este modo: "La mitad proindiviso de una finca raíz, situada en el Distrito de Medellín, en el paraje denominado 'Boquerón', llamado 'El Castillo', alindado así: Del alto de Boquerón, siguiendo los visos de la Meseta de Ulcana, tomando de ésta por la mayor corriente de aguas que se encuentran al pie de la citada meseta, hasta los yacimientos de dicha agua, de allí a los visos de la cordillerita de Ovejas y Sabanalarga, hasta volver al alto de Boquerón, primer lindero". Que fue también lo que Cadavid compró a Amador por escritura 299. Igualmente compró Moreno dentro de esta misma finca un globo de terreno que se incluyó en la venta general que Carlina Amador de Uribe le hizo, y que tiene las alinderaciones que se transcriben: "De un árbol grande llamado 'Pata de Gallina', que queda poco más o menos a una cuadra de distancia de una casa que Vieca está construyendo en el camino que comunica la casa del Castillo con la citada casa en construcción línea recta al lado sur tumbado y, siguiendo esta recta hasta el lindero del vendedor (Carlos E. Amador) con el señor Alejandro Naranjo; y siguiendo el lindero hacia el Norte, con dicho Naranjo y los herederos de don Hermenegildo Gaviria y otros, hasta el punto en que la quebrada García sale de los terrenos del vendedor; quebrada García arriba, hasta el punto en que dé sobre la quebrada la prolongación de la línea recta que tiene por punto de partida el árbol de la pata de gallina, primer lindero". Y lo que el señor Pacífico Pérez compró al Departamento de Antioquia, y dentro de lo cual Moreno se encuentra poseyendo, está situado en el paraje "Miserengo", Corregimiento de San Sebastián del Municipio de Medellín, y linda así: "por el pie con predios del compareciente Pacífico Pérez y Manuel Bastidas; por un costado con propiedad de Luis Londoño y otro y Lisandro Velásquez y por el otro costado, pues tiene figura triangular, por la quebrada de Miserengo, hasta donde ésta se acaba; siguiendo de allí arriba a dar a un volcán que está en la cordillerita".

Por las razones expuestas anteriormente deduce la Sala que son distintas las propiedades de que aparecen dueños Pérez y Moreno según los títulos examinados.

La otra prueba presentada por Moreno la forman las declaracionse de los señores Rubén Patiño, Antonio y Federico Carmona y Félix A. Bedoya, quienes sostienen que la finca de Pacífico Pérez está a gran distancia de la perteneciente al señor Lisandro Velásquez, pues se interponen entre ellas otras fincas. Esta afirmación común de

los señores que se nombran ha sido destruída por el dictamen pericial que constató cosa diferente: que no hay fincas que se interpongan, y que la que Pacífico Pérez compró al Departamento sí linda con la del señor Lisandro Velásquez. Los declarantes bien pudieron referirse en sus deposiciones a la primitiva finca del demandante, que por lo visto en el croquis que los peritos allegaron, no linda con los predios de dicho señor Velásquez.

Las demás probanzas no mejoran la situación jurídica del señor Moreno. Las querellas de Policía, las providencias de la Inspección de Policía de Palmitas y del Juzgado Departamental de Policía, la del Juzgado Segundo del Circuito Civil de Medellín, se pronunciaron sin previa identificación del terreno; y resolvieron una acción posesoria que dice relación únicamente al hecho de la posesión.

Resta por último estudiar la excepción de prescripción alegada por el demandado señor Moreno en su contestación a la demanda. Sobre el particular se observa que para la ordinaria, al tenor del artículo 2529 del Código Civil, se exige justo título y diez años para consumarse. Si bien es verdad que el demandado ha poseído quieta y pacíficamente durante más de diez años, según consta en el proceso, pues hasta 1938 no reclamó el señor Pérez su derecho ante las autoridades de policía, es incuestionable que el título del señor Moreno no le sirve para obrar en razón de la prescripción ordinaria de los bienes inmuebles. Dice el artículo 2526 del Código Civil: "Contra un título inscrito no tendrá lugar la prescripción adquisitiva de bienes raíces, o derechos reales constituídos en éstos, sino en virtud de otro título inscrito, ni empezará a correr sino desde la inscripción del segundo". Ya antes la Sala hizo estudio del título presentado por el señor Moreno y lo encontró insuficiente por no haberse traído al debate prueba alguna respecto a las colindancias del título del señor Pérez, reforzado éste sí notablemente en su contenido con las probanzas practicadas en el proceso para tal fin. De manera que siendo el título del demandado inoperante, pues no se ha demostrado que ampare los terrenos discutidos, la prescripción ordinaria no puede prosperar con base en él.

En cuanto a la prescripción extraordinaria, el juicio es claro para deducir de él que el señor Raimundo Moreno no ha poseído por el tiempo de veinte años necesario para que ella pueda declararse.

El señor Moreno no ha comprobado, pues, dominio sobre los terrenos que ocupa, materia del litigio que se estudia; y tampoco ha demostrado que dichos terrenos estén dentro de una propiedad que él hubiese comprado al Departamento de Antioquia en virtud de anterior o posterior título al de Pacífico Pérez, cuestión ésta que el demandante al instaurar su demanda planteó y por la cual hizo la denuncia del pleito al Departamento. La ocupación por Moreno de parte de los terrenos que Pérez compró al Departamento de Antioquia no tiene pues origen en ningún título de venta que éste le hiciera, ni tampoco en otro título de venta que el antecesor jurídico del Departamento le hubiese hecho, o a lo menos así no está demostrado en el juicio. Queda en esta forma demostrada la ninguna responsabilidad de parte del Departamento de Antioquia en el presente pleito.

Respecto del pedimento que hace el demandante de que el lote de terreno que ocupa Raimundo Moreno debe restituírsele "con sus frutos naturales y civiles, como poseedor de mala fe", considera la Corte que como la mala fe no se presume y ella no aparece comprobada en el demandado, procede tan sólo la declaración a partir de la contestación de la demanda. (Artículo 964 C. C.).

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 objeto de la apelación y en su lugar decide:

El demandado Raimundo Moreno hará entrega al demandante Pacífico Pérez, una vez ejecutoriada esta sentencia, del predio ubicado en el paraje Miserengo del Corregimiento de San Sebastián, Municipio de Medellín, comprendido dentro de estos linderos: "Partiendo del punto 'el volcán' en dirección sur hasta 'El Chorro'; de aquí en línea recta hacia el occidente hasta el lindero de Lisandro Velásquez, también llamado 'El Chuscal' o 'La Chuscala'; y de aquí en dirección noreste hasta el punto de partida".

Pagará también Moreno a Pérez los frutos naturales y civiles percibidos por aquél en el mismo predio del demandante, a partir del veintisiete de julio de mil novecientos cuarenta (1940), fecha de la contestación de la demanda originaria del litigio que aquí se decide.

Sin costas.

Publíquese, notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—El Conjuez, José Joaquín Castro Martínez—Eleuterio Serna R.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

ACCION SOBRE DEVOLUCION DE UNAS SUMAS DE DINERO

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, dieciséis de diciembre de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor José María Riveira Daza, obrando en calidad de apoderado de los señores Ricardo A. González y otros relacionados en los respectivos poderes a él otorgados, solicitó en la demanda que ha dado origen a este juicio, presentada ante el H. Tribunal Superior de Santa Marta, que previa la tramitación propia del juicio ordinario se hiciera la siguiente declaración:

"Que la Nación debe reintegrar a mis mandantes las siguientes cantidades: (aquí una relación de los peticionarios y la suma por cada uno de ellos reclamada) o devolverles, como indebidamente pagadas, las sumas mayores o menores que aparezcan en el juicio debidamente comprobadas".

Los hechos fundamentales de esta solicitud son:

"1º Durante los meses (51) comprendidos entre el 1º de octubre de 1933 y el 1º de enero de 1938, mis mandantes fueron empleados, primero de la United Fruit Company y luego de su sucesora la Magdalena Fruit Company, sociedades anónimas con domicilio en Santa Marta.

"2º En tal lapso a mis mandantes, como retribución por su trabajo, se les pagó el sueldo que devengaban, ya por la United Fruit Company, ya posteriormente por su sucesora la Magdalena Fruit Company, en cheques por dólares girados por estas compañías contra el Banco de la República —Sucursal de Santa Marta— imputables a la cuenta corriente abierta en dicho Banco con arreglo al convenio de fecha 28 de octubre de 1931, celebrado por la Junta de Control de Exportaciones con la United Fruit Company.

"3º Al cubrirse esos cheques por el Banco de la República, la conversión a moneda colombiana se hizo, en las respectivas épocas, de acuerdo con lo preceptuado, ya en la Resolución de fecha 25 de septiembre de 1933, expedida por la Junta Directiva del Banco de la República y la Junta Consultiva de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, ya en el Decreto Legislativo número 643 de 26 de marzo de 1934, ora en el Decreto Nº 1291 de 22 de junio del mismo año de 1934, bien en el art. 1º de la Ley 21 de 1935; o en otros términos al cubrir el Banco en moneda colombiana a mis mandantes sus cheques por dólares, correspondientes a sus sueldos, les retuvo o descontó la diferencia entre el tipo de cambio del día y el 113% respecto del porcentaje previsto en la norma vigente a la época de los pagos.

"4º Esa retención o descuento en el período comprendido entre el 1º de octubre de 1933 y el 1º de enero de 1938 ascendió a las sumas cuya devolución se pide en esta demanda en relación con cada uno de mis poderdantes.

"5º La misma retención o descuento se hizo por el Banco de la República para el Gobierno Nacional, al tenor de los preceptos legales relacionados con el hecho tercero (3º).

"6º La misma retención o descuento fue utilizada por el Gobierno Nacional en su beneficio, habiendo ingresado a los fondos nacionales entregados por el Banco de la República.

"7º Los cheques por dólares de mis mandantes, equivalentes a sus sueldos como empleados de la empresa bananera, no estaban sujetos a la retención o descuento que contemplaban las normas citadas en el hecho tercero (3º), pues ni eran giros representativos de cambio internacional, ni eran giros sobre el Exterior, ni menos eran giros procedentes de exportación alguna por parte de mis representados.

"8º Por lo dicho anteriormente, mis mandantes no debían las sumas que pagaron al Banco de la República para el Gobierno Nacional equivalentes al descuento o retención que se les hizo por esta entidad al cubrirles los cheques por dólares que les giraba la empresa bananera en pago de sus sueldos, en los 51 meses de que se ha hablado".

Invoca el actor los artículos 2313 y 2315 del C. C. y las demás disposiciones que sean pertinentes, en apoyo de sus pretensiones. El Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta al descorrer el

traslado que del libelo se le dio, como representante de la Nación colombiana, negó categóricamente los hechos que allí se refieren como fundamento de la declaración pedida. Sin embargo, al formular su alegación conclusional, admitió que "la Nación sólo está obligada a reintegrar lo que descontó a partir de la vigencia de la Ley 21 de 1935 que se halle justificado y reclamado, toda vez de que se trata de un pago indebido". (Fol. 29, C. 1).

Finalizó la primera instancia de este litigio con la sentencia de 26 de mayo de 1945 en la cual el Tribunal Superior de Santa Marta reconoció a favor de los actores y a cargo de la Nación las sumas que de conformidad con una inspección ocular practicada por el Magistrado ponente en los libros de contabilidad llevados por la Sucursal del Banco de la República en Santa Marta se halló habían sido descontadas de los sueldos pagados a los actores durante el tiempo en que permanecieron prestando sus servicios a la United Fruit Company y a la Magdalena Fruit Company, por concepto del impuesto de que tratan las disposiciones mencionadas en el hecho tercero (3º) de la demanda, en el lapso comprendido entre el 1º de octubre de 1933 y el 31 de diciembre de 1937 que es el tiempo a que se contrae la solicitud de reembolso que se ventila en el presente negocio.

La Sala pasa a resolver, por hallarse agotada la tramitación correspondiente, la consulta de la sentencia de primer grado.

La situación legal y contractual dentro de la cual se llevaron a cabo los hechos a que alude la demanda, es la siguiente:

En el año de 1931 (septiembre 24), el Ministerio de Hacienda y Crédito Público expidió el Decreto número 1683 de aquel año, "por el cual se prohibe temporalmente el libre comercio de oro y se toman otras providencias". (**Diario Oficial** número 21799 de 25 de septiembre de 1931).

Entre los considerandos de esta disposición está el marcado con el numeral 3º que dice: "Que esta medida aislada (la suspensión temporal del libre comercio de oro) no produciría los resultados que se buscan si no viene acompañada de otras disposiciones que establezcan el control de las operaciones de compras y ventas de monedas extranjeras semejantes a las adoptadas por la mayoría de los países...".

En consecuencia, se dispone en el artículo 5º de dicho Decreto: "El Banco de la República será la única entidad que puede comprar y a la cual se pueden vender cambios internacionales".

Y en el artículo 7º se dice: "Para los efectos del presente Decreto se entenderá por cambios internacionales toda clase de operaciones relacionadas con letras, cheques, giros, cartas de crédito, traspaso de fondos u órdenes de pago en moneda extranjera o en moneda nacional, si éstos últimos fueren pagados o debieran cumplirse en el Exterior y toda clase de operaciones con billetes o monedas acuñados extranjeros, con créditos existentes en el Exterior a favor de personas domiciliadas o residentes en Colombia o con valores mobiliarios en moneda extranjera emitidos por empresas domiciliadas fuera del país".

El 28 de octubre de 1931 se celebró entre la Junta de Control de Cambios y Exportaciones y la United Fruit Company un convenio que consta en el Acta número 2 de la misma fecha. En ese convenio se expresó: "Previa consulta verbal hecha a la Comisión de Control de Cambios sobre la manera de controlar los pagos en dólares que hace la United Fruit Company por compras de fruta y otros gastos.....se llegó al convenio siguiente: ...La United Fruit Company adquiere el compromiso de abrir en la Sucursal del Banco de la República en Santa Marta una cuenta corriente por dólares a la vista, sobre la cual la United girará sus cheques para atender al pago de la fruta que compra a los productores nacionales, así como para atender al pago de los gastos que hace hoy en oro americano, en cheques sobre New York. En cambio, y con el asentimiento de la Comisión de Control de Cambios, la United Fruit queda autorizada para girar contra esa cuenta todo saldo sobrante que tenga, sin dificultad de ninguna clase, prèvia la comprobación expedida por la Junta o por el Comité de Santa Marta, de que el saldo es remanente del pago de gastos hechos por ella, si fuere necesario". (Folio 8 v. C. 2).

La Junta Directiva del Banco de la República y la Junta Consultiva de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones dictaron el 25 de septiembre de 1933 la Resolución según la cual "el 85% de los giros representativos de cambio internacional podrá ser vendido por sus dueños, por conducto del Banco de la República, al precio que libremente convengan con los compradores", con la condición de vender al propio Banco el 15% restante al cambio del 113%, en forma

que quedara para las necesidades del Gobierno Nacional la utilidad proveniente de la diferencia del 113% con la proporción de cambio existente entre el peso colombiano y las divisas extranjeras. El 15% en referencia fue elevado al 20% por medio del Decreto Legislativo número 643 de 26 de marzo de 1934, pero posteriormente el Decreto 1291 del mismo año de 1934 restableció al 15% la parte de los giros representativos de cambio internacional cuya venta era obligatoria al Banco de la República para el Gobierno Nacional al cambio del 113%. En estas operaciones el Banco era un mero intermediario entre el Gobierno y los tenedores de tales valores, que no deducía ganancia alguna para sí.

Estas disposiciones cuya vigencia obedeció a la situación creada por el conflicto amazónico, fueron reemplazadas para la época de la normalidad subsiguiente al levantamiento del estado de sitio y el restablecimiento del orden público, por la Ley 21 de 1935 que rigió desde el 27 de septiembre de 1935, fecha en que se dictó el Decreto Legislativo número 1735 de aquel año que declaró el regreso de la Nación a la normalidad. La mencionada Ley limitó las restricciones del control de cambios a "un impuesto sobre la venta de giros procedentes de la exportación o sobre el producto de las exportaciones" (artículo 1º). El monto de este gravamen se fijó en el 12% del valor de dichos giros o del producto de las exportaciones que el Gobierno seguiría comprando por conducto del Banco de la República al 113% para los dólares y en proporción equivalente para las otras monedas sin tener en cuenta la tasa de cambio vigente el día de la transacción.

Como de los términos de la demanda se desprende, en el período comprendido entre el 1º de octubre de 1933 y el 1º de enero de 1938, las empresas bananeras United Fruit Company y Magdalena Fruit Company, sucesivamente, giraron a sus empleados los cheques correspondientes a sus sueldos en dólares americanos, que en virtud de las disposiciones antes relacionadas sufrieron un descuento al ser pagados en pesos colombianos por la sucursal del Banco de la República en Santa Marta. El presente juicio se encamina a obtener la devolución de las sumas descontadas por la entidad bancaria encargada de hacer efectivos los gravámenes decretados sobre las operaciones representativas de cambio internacional. Se alega al efecto que los cheques girados a los actores por las empresas antedichas no eran valores representativos de cambio internacional y que por lo tanto fue ilegalmente deducido de tales cheques por el Banco de la República el porcentaje ordenado por las reglamentaciones atinentes al control de cambios, a favor del Gobierno Nacional.

El debate jurídico se ha desarrollado a favor de dos tesis opuestas planteadas desde la primera instancia: el apoderado de los demandantes ha sostenido que a los pagos hechos a sus representantes no les cabe la calificación de operaciones de cambio internacional; el Fiscal del Tribunal Superior de Santa Marta, en representación de la Nación, parte demandada, y el señor Procurador Delegado en lo Civil ejerciendo esta misma representación, han concretado sus afirmaciones a sostener que sí hay en tales pagos la calidad que les niegan los autores y que por lo tanto el descuento sufrido por sus tenedores fue legalmente hecho hasta el momento en que se inició la vigencia de la Ley 21 de 1935, por cuanto desde entonces solamente quedaron afectas a impuestos las operaciones relativas a la exportación o al producto de las exportaciones. Y como en esta clase de giros no estaban comprendidos los pagos a los actores, no era procedente la aplicación a ellos de las disposiciones de aquella Ley. En la devolución de lo deducido a partir de la vigencia de la Ley 21 están acordes, pues, los litigantes. Su divergencia estriba en la legalidad de la deducción hecha con anterioridad a la Ley 21.

Durante el término probatorio de la primera instancia se recibieron por el Magistrado sustanciador las declaraciones de los señores Oscar D. Honiball, auditor de la Magdalena Fruit Company (fols. 6 y 6, v., 16 a 113 del C. número 2) y Reginal H. Hamer, Gerente de la misma Compañía (fols. 115, 117 a 213 v. del C. 2), quienes con vista de los libros y planillas de contabilidad llevados por la Magdalena Fruit Company y su antecesora la United Fruit Company, constataron la calidad de empleados de esas empresas que tuvieron los actores en el tiempo a que se hace relación en el libelo, y la cuantía de los sueldos por ellos devengados. Coincidiendo esas comprobaciones con las constancias halladas en los libros de la Sucursal del Banco de la República en Santa Marta, según la diligencia de inspección ocular practicada en la primera instancia (fols. 1 a 5, C. número 3) no aparece reparo alguno que hacer al punto aceptado por las partes de que los giros hechos a los demandantes no provenían de

la exportación o del producto de las exportaciones, y por lo tanto también la Corte encuentra injustificado el descuento que se hizo por el Banco al pagar los sueldos correspondientes, y mal aplicadas a ese respecto las disposiciones de la Ley 21 de 1935 en el período de su imperio a que se contrae la acción restitutiva, es decir, desde el 27 de septiembre de 1935 hasta el 1º de enero de 1938.

En cuanto a la legalidad del cobro del gravamen impuesto a los giros representativos de cambio internacional hecho a los peticionarios durante el tiempo anterior al 27 de septiembre de 1935, la Sala considera:

El alcance del régimen de control de cambios se fijó primeramente en el Decreto 1683 de 1931 antes transcrito en lo pertinente. Se dijo allí que "toda clase de operaciones relacionadas con letras, cheques, giros, cartas de crédito, traspaso de fondos, u órdenes de pago en moneda extranjera o en moneda nacional, si éstos últimos fueren pagados o debieran cumplirse en el Exterior se considerarían como "cambios internacionales". Al tenor de este mandato, no solamente por su aspecto estrictamente literal sino por el sentido práctico o mercantil con que se debe interpretar, los giros hechos a los empleados de la United Fruit Company y de la Magdalena Fruit Company eran operaciones representativas de cambio internacional, por cuanto se hacían en moneda extranjera contra un depósito constituído en moneda extranjera en el Banco de la República. Y no es óbice a esta conclusión el hecho de que no tuvieron efecto en el Exterior como lo entendió el Tribunal y lo ha sostenido el apoderado de la parte actora, puesto que esta condición, como lo afirma el señor Procurador Delegado en lo Civil, solamente hacía referencia en la disposición, a las operaciones últimamente allí enumeradas cuales eran las órdenes de pago en moneda nacional. No puede sin embargo atenerse la Corte a esta sola circunstancia de ser los cheques girados en dólares a los empleados, vale decir, en moneda extranjera, para que se halle por tanto justificado el descuento que como a operaciones de cambio internacional se hizo, puesto que con anterioridad al 1º de octubre de 1933, como se ha visto, la United Fruit Co. celebró un convenio con las entidades de control y el Banco de la República en virtud del cual la empresa bananera se comprometía a constituír un depósito en dólares a la vista para servir de respaldo a los giros que con motivo de sus actividades comerciales tuviera que hacer en oro americano, ya fuera por compras de fruta o por otros conceptos. ¿Entonces debiera pensarse, como lo insinuó el apoderado de los actores, que al introducir al Banco de la República los dólares que formarían en lo futuro la cuenta corriente sobre la cual se girarían los cheques que se originaran en gastos de la Compañía, ella vendería directamente al Banco esa moneda extranjera al cambio del 113 % impuesto por las disposiciones de control, primero en relación con el 15%, posteriormente sobre el 20% y por último para el 15% del monto total de la transacción en moneda extranjera? Pues en esta forma los giros posteriormente hechos imputables a esa cuenta corriente estarían exentos del gravamen, ya que de lo contrario se haría efectivo éste en dos ocasiones, una al introducir la moneda y otra al pagar los cheques girados contra este depósito.

Se observa que de los términos del convenio referido parece indicarse que la finalidad del depósito por dólares a la vista fue la de obviar los inconvenientes de solicitar para cada operación, para cada giro, el permiso de la Junta de Control, obtener la correspondiente licencia, etc., mediante la comprobación de que el cambio se iba a verificar por intermedio del Banco de la República y con una finalidad que no ofreciera peligro alguno para la balanza de pagos; como se expresó en el mencionado acuerdo, en lo futuro la United atendería los gastos que hasta ese momento había hecho en oro americano por medio de cheques sobre New York, girando sobre el depósito que constituía en el Banco de la República. Pero de la segunda parte del convenio se deduce también que aquel depósito o cuenta corriente no tendría la calidad de un traspaso definitivo de los fondos que con tales fines incorporara la United al Banco, puesto que se hizo constar que a la Compañía quedaba el derecho de "girar contra esa cuenta todo saldo sobrante" previa la comprobación de que dicho saldo fuera remanente del pago de gastos hechos por ella, es decir, que solamente quedarían sometidas a las reglamentaciones del control e incorporadas al comercio interior, las sumas pagadas por la consignante por compras de fruta y otros gastos, y si algún excedente hubiera en cualquier momento podría ser retirado por la empresa. En esta forma se ve cómo sí eran representativos de cambio internacional los cheques girados a la United Fruit Company y luego de la Magdalena Fruit Company, cesionaria de aquélla, puesto que eran un medio de introducir al país

dinero extranjero depositado transitoriamente en un Banco nacional.

Claro aparece en consecuencia que la verdadera operación de cambio internacional se realizaba al presentar los cheques de los empleados para su conversión en moneda nacional. Y como la situación interna del país había impuesto la deducción a favor del erario público de una parte de la ventaja que se obtenía por quienes negociaran en divisas extranjeras, por causa de la inferioridad en que se hallaba el peso colombiano con relación a ellas, principalmente el dólar, era procedente hacer esta deducción en cuanto la moneda extranjera entrara a figurar en el comercio interno.

El motivo de duda que ha suscitado discusión en ambas instancias entre las partes contendientes de este litigio es la frase colocada en el artículo 7º del Decreto 1683 de 1931, "traspaso de fondos u órdenes de pago en moneda extranjera o en moneda nacional, si éstos últimos fueren pagados o debieran cumplirse en el Exterior". En el parecer de la Corte, en esta especie de las operaciones calificadas por la disposición de "cambio internacional" se hizo una aclaración muy sencilla: comoquiera que las transacciones en moneda nacional nada tendrían que ver con lo que comercialmente se comprende por "cambio", que implica siempre, tratándose de monedas o valores, la permuta o conversión de una especie de estas por otra, y cuando se hace en divisas de países distintos tiene el carácter de "cambio internacional", se previó la contingencia de giros en moneda nacional destinados a surtir sus efectos fuera del país y con estricta lógica se incluyeron ellos dentro de la materia de las medidas de control de cambios.

El apoderado de los actores sostiene (fols. 29 v. C. número 5), que tanto el Decreto 643 de 1934 como el 1291 del mismo año y la Resolución de 25 de septiembre de 1933 se refirieron a las "letras y giros sobre el Exterior", y que no siendo los cheques cobrados por sus mandantes valores de esta clase, no encajan dentro de las operaciones de cambio internacional.

Es cierto lo afirmado por el doctor Riveira Daza de que en los decretos citados, como en el 404 de 1933, por el cual se aprobó el contrato celebrado entre el Gobierno Nacional y el Banco de la República para que éste obrara como único intermediario en la efectividad de las medidas de control, se habla solamente de "giros o letras sobre el Exterior". Pero no es menos cierto que todas esas disposiciones se dictaron teniendo en cuenta el régimen de control existente y sin hacer derogación alguna de las normas anteriormente dictadas para fijar el campo de acción a las disposiciones del control de cambios y exportaciones, entre las cuales figura principalmente el artículo 7º del Decreto 1683 de 1931. De conformidad con este precepto estarían sujetas al control: a) toda clase de operaciones relacionadas con letras, cheques, giros, cartas de crédito, traspaso de fondos u órdenes de pago en moneda extranjera o en moneda nacional, si éstos últimos fueren pagados o debieran cumplirse en el Exterior; b) toda clase de operaciones con billetes acuñados extranjeros; c) toda clase de operaciones relacionadas con créditos existentes en el Exterior a favor de personas domiciliadas o residentes en Colombia; d) toda clase de operaciones con valores mobiliarios en moneda extranjera emitidos por empresas domiciliadas fuera del país.

Se refiere también el actor a la Resolución de 24 de octubre de 1933, en cuyo artículo 1º se dispuso que "los depósitos en monedas extranjeras constituídos en los Bancos establecidos en el país deberán pagarse por su equivalente en moneda legal entregando el 15% al cambio del 113% y el saldo al cambio del día que se convenga entre comprador y vendedor". Se pretende deducir de este precepto que una vez hecho el pago en moneda nacional a los dueños de tales disponibilidades en moneda extranjera, los giros hechos contra los depósitos allí mencionados quedaban exentos de la deducción ordenada por los Decretos 643 y 1291. Pero como lo observa la Procuraduría, desde el momento en que la United continuó haciendo sus giros en dólares, los depósitos de aquella empresa y de la Magdalena Fruit Company continuaron en moneda extranjera, seguramente por estar vigente el convenio de 28 de octubre antes transcrito. Y por tanto, sus giros siguieron sometidos a las reglamentaciones dictadas para los valores representativos de cambio internacional.

Acoge la Corte el siguiente párrafo de la vista fiscal de la segunda instancia: "Por otra parte el H. Tribunal cita la Resolución número 49 de 10 de junio de 1936 de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones; una sentencia del H. Consejo de Estado fechada el 20 de mayo de 1928 y un concepto emitido por la Junta de Control de Cambios en relación con el impuesto de residen-

tes. De tales documentos aparece que las entidades citadas han considerado como operaciones constitutivas de 'cambio internacional' aquellas que tienen por objeto colocar valores en el Exterio, situar fuera de Colombia el sueldo o salario de determinados empleados, consumir en el Exterior dineros provenientes de trabajos efectuados en el país, o trasladar al extranjero una parte de las utilidades de una compañía. Ello nada comprueba en relación con el caso de autos, pues nadie discute que esas operaciones tendientes a producir efectos en el Exterior constituyen operaciones de 'cambio internacional'.

"Pero de ahí no puede concluírse, argumentando a **contrario sensu**, que todas las operaciones que producen efecto dentro del país quedan libres del impuesto mencionado por no constituír operaciones de 'cambio internacional'. (Fol. 16, C. número 5)". Y esto por cuanto antes se ha visto cómo sí eran los cheques girados a los actores valores representativos de cambio internacional, y cómo tales cheques quedaban comprendidos en el campo de acción de los ordenamientos del control de cambios vigentes antes de la Ley 21 de 1935.

La Corte encuentra pues ajustada a la legalidad la manera como el Banco de la República compró a los actores los cheques girados en pago de los servicios prestados por ellos a las empresas bananeras mencionadas durante la vigencia de la Resolución de 25 de septiembre de 1933 de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, el Decreto Legislativo 643 de 1934 y el Decreto 1291 del mismo año de 1934, y estima ilegalmente verificada esa operación a partir del 27 de septiembre de 1935, fecha en que se inició la vigencia de la ley 21 de aquel año. Habiéndose dictado esta reglamentación para circunscribir, como allí se expresó, las restricciones del Control a "la venta de giros provenientes de la exportación o sobre el producto de las exportaciones" ha de admitirse que las sumas giradas en dólares a los demandantes no encajan dentro de la materia de esta reglamentación de 1935 y que por consiguiente la deducción hecha so pretexto de esta Ley 21 a quienes poseían giros en dólares originados en la prestación de servicios a una empresa extranjera debe reembolsarse por haberse hecho con ella un pago de lo no debido. (Artículos 2313 y 2315 del C. C.).

No puede pasar inadvertida para la Corte la finalidad social de la acción ejercitada en el presente pleito. Con plausible habilidad se ha pretendido obtener la devolución de una cuota del salario ganado por ciudadanos colombianos al servicio de empresas extranjeras por considerarse injusta la aplicación de un gravamen financiero al producto del esfuerzo de simples empleados particulares. No obstante esta consideración, el juzgador ha de sujetarse a los claros preceptos en virtud de los cuales se realizó el descuento y que ya fueron analizados. No está de más recordar que las medidas extraordinarias sobre restricciones al comercio en divisas extranjeras dictadas con ocasión del conflicto internacional que en la época anterior a la Ley 21 de 1935 perturbó la normalidad del país, estuvieron encaminadas a obtener en forma ventajosa para el Estado divisas de esa clase, con las cuales pudiese atender a las múltiples obligaciones que implicaba la defensa nacional.

En mérito de las anteriores razones, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, y de acuerdo con el concepto del señor Procurador Delegado en lo Civil, REVOCA la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Santa Marta el 26 de mayo de 1945, y en su lugar DECIDE:

1º Antonio B. Avello, Luis D. Acosta, Azaél Admadé, José M. Arvilla, Manuel Antonio Barranco, Emilio S. Barros, Roberto Bermúdez, Roberto Cantillo, José Urbano Camargo, Julio Carbené, Juan Castañeda, Manuel Cantillo Cotes, Abraham Correa, Agustín Correa, Jr., Rodrigo A. Correa, José A. Corbacho, Alberto Cotes, Daniel Cotes, Juan H. Cubillos, José J. Cuza, Pedro De Andreis, y demás personas que figuran como reclamantes en la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia de este juicio, tienen derecho a que el Estado colombiano les reembolse las sumas descontadas de los cheques cobrados por ellos como empleados de la United Fruit Company y de la Magdalena Fruit Company por intermedio del Banco de la República, Sucursal de Santa Marta, so pretexto de lo mandado por la Ley 21 de 1935, desde el veintisiete de septiembre de mil novecientos treinta y cinco hasta el primero de enero de mil novecientos treinta y ocho. El monto de tales devoluciones se fijará en la forma prevista en el artículo 553 del Código Judicial con vista de los libros de comercio de la mencionada sucursal bancaria.

2º Niégase la devolución de las sumas que por concepto de lo ordenado en la Resolución de 25 de septiembre de 1933, de la Oficina de Control de Cambios y Exportaciones, y los decretos 643 y 1291 de 1934 se dejaron de entregar a los actores desde el 1º de octubre de mil novecientos treinta y tres hasta el veintisiéte de septiembre de mil novecientos treinta y cinco, al verificar el pago de los cheques en dólares a que el ordinal anterior hace referencia.

Publíquese, cópiese, notifíquese, 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.—Nicolás Llinás Pimienta, Srio. en ppdad.

SE DIRIME UNA COMPETENCIA ENTRE DOS JUECES DE DIVERSOS DISTRITOS JUDICIALES PARA EL CONOCIMIENTO DEL JUICIO DE SUCESION DE QUIEN, TENIENDO DOS DOMICILIOS, TENIA EN UNO DE ELLOS EL ASIENTO PRINCIPAL DE SUS NEGOCIOS

En presencia de circunstancias constitutivas de domicilio civil de una persona en dos secciones territoriales, el caso, para los efectos de la jurisdicción del juez que debe conocer del juicio de sucesión de una persona que tuvo varios domicilios, se regla por el numeral 5º del artículo 152 del Código Judicial, según el cual el conocimiento del juicio corresponde, de modo privativo, al Juez del domicilio donde el causante tuvo EL ASIENTO PRINCIPAL DE SUS NEGOCIOS.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales — Bogotá, diciembre diez y seis de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán)

El doctor Florentino Ramírez Coronado, obrando como apoderado de la señora Berta Borrero de Valenzuela, pidió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Gigante que declarara abierto y radicado en ese despacho el juicio de sucesión testada de la señora Sinforosa Solano v. de Borrero, y así lo dispuso el Juez en auto fechado el 22 de enero de 1946.

Igualmente el doctor Gilberto Rincón Gómez, obrando como legatario de la misma señora Solano v. de Borrero, y como apoderado de Leonidas Solano Durán, Enriqueta Solano Durán y Berta Solano Durán hizo la misma petición al Juez Primero del Circuito Civil de Bogotá y solicitó que provocara competencia negativa al Juez Promiscuo de Gigante.

El Juez de Bogotá provocó la competencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 416 en auto de 4 de abril pasado; el Juez de Gigante declaró no aceptar la "inhibición propuesta" y en vista de esta negativa el Juez de Bogotá resolvió insistir en la competencia impositiva, por lo cual las actuaciones adelantadas ante los Juzgados llegaron a esta Sala de la Corte. Se ha oído ya en ella al señor Procurador Delegado en lo Civil y se procede a decidir el conflicto en referencia.

El Juez Primero del Circuito de Bogotá se expresa así al sostener los puntos de vista tendientes a determinar su competencia para el conocimiento de este juicio: "Buena parte del alegato del doctor Ramírez Coronado se endereza a demostrar que el domicilio de doña Sinforosa estaba en el Gigante, pues allí lo tuvo, mientras vivió, su esposo, señor Simón Borrero. Empero, ninguna de tales afirmaciones se encuentra demostrada en autos, de manera que si el domicilio de origen "...es el que se tiene en el momento en que se tiene (sic) la capacidad de tener uno que sea personal y que se conserve hasta cuando se adquiere otro...", ha de concluírse que tal domicilio no puede determinarse en el presente caso, porque no habiéndose comprobado de manera clara y completa según la ley cuál era el anterior al evento previsto (muerte del esposo), mal puede deducirse si la causante lo conservó o no. Es evidente, como lo anota el doctor Ramírez, que la causante no hizo la manifestación de su ánimo de avecindarse en esta ciudad ante el funcionario competente según el artículo 82 del C. C., pero no puede olvidarse que en este caso se trata de un ánimo de permanecer en el lugar de la residencia, manifestado expresamente, como ya se dijo y se deduce del artículo 76 ibídem, ese ánimo también puede ser presunto. En consecuencia, no es requisito especial para el cambio de domicilio, o mejor, para la adquisición de uno voluntario distinto del de origen, que ese factor anímico sea expresamente manifestado ante el funcionario a que alude el artículo 82. Ante la falta de manifestación expresa que echa de menos el doctor Ramírez Coronado, debe apelarse al sistema de presunciones establecido en los artículos 79 y ss. del mismo Código. No se demostró en forma alguna que la residencia de la causante en esta ciudad fuera accidental (aunque así lo afirma el mismo abogado en su memorial de folios 16 a 18) ni ninguno de los otros eventos que contempla el

artículo 79 citado como presunción en contrario del ánimo de permanecer en determinado lugar; por otra parte, la enumeración de las circunstancias que sí configuran la presunción anímica indicada que trae el artículo 80 no es limitativa, puesto que habla de "...otras circunstancias análogas", y finalmente la causante manifestó expresamente al Notario que era vecina de Bogotá, éste compareció a recibirle el testamento a su casa de habitación, y en la misma memoria testamentaria se lee: "..,domiciliada actualmente en el municipio de Bogotá...", luego es de toda evidencia que ese elemento subjetivo, volitivo, que nuestra ley denomina ánimo de permanecer en el lugar de la residencia", se halla plenamente establecido en el caso de autos, ya que ésta última (residencia en Bogotá), no ha sido materia de discusión, como lo han aceptado todas las partes".

Por su parte el señor Juez de Gigante al no aceptar la inhibición que se le propuso expone lo siguiente: "Pero ocurre que las pruebas llegadas al incidente conducen a una situación de hecho de notoria evidencia en sentido contrario. Es decir, que es aquí, en este municipio, y en el de Carnicerías, de este Circuito, donde ha radicado por muchos años atrás y con las consecuencias civiles correspondientes, la mayor parte de los bienes, que fueron primero de la Sociedad conyugal Borrero Solano, que pasaron luego en parte a la cónyuge supérstite por muerte de su esposo, cuyo juicio sucesorio se ventiló en este circuito, donde han continuado esos bienes, tanto en vida de la causante, constituyendo ellos y su producción su positivo negocio, como después, en su carácter actual de bienes relictos; al paso que ninguno solo de ellos ha correspondido al Circuito requiriente. Aparece también en evidencia que en este Circuito estuvo radicado el hogar de los cónyuges, que en él continuó viviendo la causante, y que su traslado a Bogotá, verificado poco antes de su muerte, obedeció a motivos transitorios, mas no a desvinculación radical de su domicilio, donde continuaron sus haberes, sus negocios y rentas".

El señor Procurador Delegado en lo Civil en su vista fiscal, luego de advertir que presenta mucha dificultad el caso de autos, manifiesta que estudiando el problema a la luz del concepto de domicilio "la competencia del negocio corresponde al señor Juez Civil del Circuito de Bogotá". En apoyo de este concepto el señor Procurador aduce la disposición contenida en el artículo 1012 del C. C. que dice: "la sucesión de una persona se abre en el momento de su muerte en su último domicilio, salvo los casos expresamente exceptuados". Y relaciona esta disposición con la que en el C. J. establece que "en el juicio de sucesión, es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en el caso de que, a su muerte, lo hubiere tenido en distintos municipios, el que corresponda al asiento principal de sus negocios". Y advierte que la manifestación hecha por la señora Solano de Borrero en su testamento de que está domiciliada actualmente en el municipio de Bogotá" es prueba inequívoca de que en esta ciudad tenía ella al tiempo de morir, su domicilio "acompañado del ánimo o la intención de permanecer en la misma ciudad en la cual la testadora se consideraba domiciliada".

La Sala considera:

Para la definición de competencia en el juicio de sucesión se sigue la regla establecida en el inciso 5º del artículo 152 del C. J. que dice: "En el juicio de sucesión es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional..." Es decir, el domicilio de la persona que murió es el elemento que señala la competencia; por esto, en el caso que se estudia, debe examinarse cuál fue el último domicilio de la señora Solano de Borrero.

Domicilio, de acuerdo con el artículo 76 del C. C. es "la residencia acompañada, real o presuntivamente, del ánimo de permanecer en ella", el lugar en donde un individuo está de asiento, o donde ejerce habitualmente su profesión u oficio, determina el domicilio civil o vecindad (artículo 78); y en armonía con el 79 de la misma obra "no se presume ánimo de permanecer, ni se adquiere consiguientemente domicilio civil en un lugar por el solo hecho de habitar un individuo casa propia o ajena en él, si tiene en otra parte su hogar doméstico, o por otras circunstancias aparece que la residencia es accidental...".

En el caso de autos, la controversia puede reducirse a lo siguiente: para quienes pretenden que el juicio debe seguirse en Bogotá, la señora Sinforosa Solano v. de Borrero tenía su domicilio en Bogotá; y para quienes pretenden que la competencia en el juicio corresponde al Juzgado de Gigante, la señora Solano de Borrero se hallaba en Bogotá transitoriamente, por motivo de enfermedad, y nunca tuvo ánimo de domiciliarse en esta ciudad.

Como prueba de que la causante estaba domiciliada en Bogotá está su propia declaración hecha en el testamento.

Con respecto a su domicilio en el municipio de Gigante se hallan en los autos varias pruebas e indicios: aparece en el expediente una certificación del doctor Rafael Luque en la que consta que el 24 de marzo de 1945 "examinó en su consultorio a la señora Sinforosa Solano v. de Borrero y... que a petición de dicha señora le dio una carta de recomendación, que le entregó al día siguiente, para un cirujano de Bogotá..."; a partir de esta fecha, hasta la de la muerte (julio 25 de 1945) aparecen fórmulas médicas dadas en Bogotá por los doctores César Augusto Pantoja, Elías Borrero Durán, J. Corredor Ramos, Manuel José Luque y Antonio Trías; y exámenes y cuentas de los laboratorios de P. J. Almánzar V., C. A. Sánchez, y del Laboratorio de Rayos X de Eduardo Ricaurte Medina. Se halla también agregada a los autos la escritura número 214 de 1946 que contiene la hijuela de la señora Sinforosa S. de Borrero tomada del juicio de sucesión de don Simón Borrero (quien fue esposo de la causante), de la que aparece que dicho señor era vecino del municipio de Gigante, y donde puede verse que casi todos los bienes que correspondieron a la viuda en la sucesión están ubicados en jurisdicción de ese municipio y del de Carnicerías, que pertenece al mismo circuito judicial. Hay también declaraciones de los señores Marco A. Pastrana y Rubén Rojas: el primero se expresa así: "me consta... que el señor Simón Borrero D. vivió aquí, en este municipio desde el año de 1930, hasta pocos días antes de su muerte, que por razón de su enfermedad se trasladó al municipio de Garzón; me consta también que el citado señor Borrero vivía aquí con su esposa la señora Sinforosa Solano de Borrero, que aquí tenía su casa de habitación y el asiento principal de sus negocios. Es igualmente cierto y me consta por haberlo visto, que después de muerto el señor Simón Borrero, su esposa siguió viviendo aquí en el Gigante, saliendo por temporadas a la ciudad de Garzón, a donde su hija Berta, pero teniendo, como antes lo manifesté, su casa de habitación en este municipio". En términos análogos se expresa el señor Rubén Rojas.

La Sala encuentra atendibles las razones expuestas por el señor Procurador y por el señor Juez del Circuito de Bogotá en cuanto a que la declaración hecha por la señora Solano de Borrero en un acto solemne como el testamento sirve para determinar domicilio. Pero no está igualmente de acuerdo con los funcionarios nombrados en la estimación que ellos hacen sobre que la competencia corresponde al circuito de Bogotá.

Hay en los autos pruebas suficientes, arriba relacionadas, que demuestran claramente que la señora Solano de Borrero tenía su domicilio también en el municipio de Gigante; así se desprende de las declaraciones de los señores Rojas y Pastrana, ésta última transcrita en su parte esencial, testimonios que unidos a los indicios que proporcionan los certificados médicos expedidos durante los meses inmediatamente anteriores a la muerte de la señora Solano de Borrero y con posterioridad a la fecha en que fue examinada en Neiva por el doctor Luque, ponen de manifiesto que tenía también la causante domicilio en la ciudad de Gigante.

Se halla pues la Sala en presencia de circunstancias constitutivas de domicilio para la señora Solano de Borrero en dos secciones territoriales: Bogotá y Gigante.

Planteado el caso como se deja expuesto, no presenta dificultad su solución, pues se halla expresamente contemplado en la ley. El artículo 152 del C. J. en su numeral 5º dice así: "5º En el juicio de sucesión, es competente de modo privativo el Juez del último domicilio del causante en el territorio nacional, y en caso de que a su muerte, lo hubiera tenido en distintos municipios, **el que corresponda al asiento principal de sus negocios**". Es decir, al aplicar al caso de autos la disposición transcrita debe investigarse cuál era el asiento principal de los negocios de la causante: Bogotá, o Gigante, para decidir a cuál de estas dos jurisdicciones corresponde la sucesión de la señora Solano de Borrero.

Aparece en los autos, dentro de la actuación adelantada por el Juzgado Promiscuo de Gigante, una copia auténtica de la escritura número 214 de 1946 que contiene "la hijuela de la señora Sinforosa Solano v. de Borrero tomada del juicio de sucesión de don Simón Borrero" (marido de la causante), expedida por el Notario del Circuito de Garzón, señor José María Orozco. De la copia de esta hijuela aparece que el doctor José Ignacio Valenzuela presentó para su protocolización y custodia "el juicio de sucesión del señor Simón Borrero, vecino que fue del municipio de Gigante"; de esta hijuela aparece que en jurisdicción de los municipios de Gigante y Carnicerías se ha-

llan ubicados la mayor parte de los bienes de la causante: las fincas denominadas "La Honda", "La Angostura", "Las Peñas", "El Espinal", "Los Limones", "Volador", etc., y algunas casas de habitación situadas también en Gigante y Carnicerías. Algunos otros bienes están situados en los municipios de Neiva y Garzón. Ninguno en Bogotá. Debe pues admitirse que el asiento principal de los negocios de la señora Solano de Borrero era el municipio de Gigante, y que habiendo tenido su domicilio en este municipio y el de Bogotá se debe dar aplicación al artículo 152 del C. J., numeral 5º, y disponer que la competencia para el juicio de sucesión la tenga aquél.

En consecuencia, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia dirime la competencia planteada entre los jueces de Circuito de Gigante y Bogotá en forma afirmativa para el primero, a quien se declara que le compete el conocimiento del juicio de sucesión de la señora Sinforosa Solano v. de Borrero.

Notifíquese, cópiese y devuélvase.

Ramón Miranda — **Germán Alvarado** — **Aníbal Cardoso Gaitán**—**Víctor Cock**—**Eleuterio Serna R.** **Nicolás Llinás Pimienta,** Srio. en ppdad.

A QUIEN CORRESPONDE DERIMIR LAS COMPETENCIAS SUSCITADAS ENTRE JUECES PERTENECIENTES A DISTINTOS DISTRITOS JUDICIALES

Es privativa de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia la facultad de dirimir los conflictos en que se ven comprometidos Jueces de Distritos diferentes. La ley le ha otorgado esa facultad, que se aparta de lo que es común en los procesos judiciales, porque el salto por sobre el inmediato superior no es practicable en ninguna otra incidencia de los juicios comunes. Cabe recordar aquí lo que enseña el profesor Chiovenda en su tratado sobre Derecho Procesal Civil: "Un conflicto de competencia es un conflicto de ACTIVIDADES, no de fallos. La actividad superior que lo dirige es por sí misma un acto administrativo que se convierte en acto jurisdiccional porque se dirige al fin jurisdiccional, pero no obliga a los Jueces inferiores como fallo, sino como acto de AUTORIDAD SUPERIOR.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, diciembre diez y ocho de mil novecientos cuarenta y seis.

(Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado)

El señor Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla le remite a la Corte una actuación relacionada con un incidente sobre competencia surgido dentro del juicio de expropiación que adelanta el Municipio de Cali contra la Compañía Colombiana de Electricidad.

Al señor Procurador Delegado se le dio conocimiento de la llegada del negocio y dél objeto que lo trae ante la Corte. Dicho funcionario ha emitido el concepto que le corresponde y en él se declara partidario de que se cierre el incidente con la decisión de que el competente para conocer del negocio es el señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cali.

A la Sala de Negocios Generales le corresponde dirimir la competencia, de acuerdo con el artículo 38 del Código Judicial, y para cumplir con esa ordenación,

Considera:

Ante el señor Juez Civil del Circuito de Cali presentó el señor Personero Municipal del mismo lugar un libelo cuya parte petitoria dice:

"Yo, Ignacio Santamaría Lenis, abogado, mayor de edad y vecino de este Municipio, cedulado con el número 2390240, obrando en mi condición de Personero Municipal del Distrito de Cali, Departamento del Valle del Cauca, atentamente pido a usted que, con citación y audiencia de las entidades y personas que adelante menciono y contra quienes dirijo esta demanda, y por los trámites especiales del Título XXV, del Libro 2º del Código Judicial y de las leyes complementarias y reformatorias correspondientes, se sirva decretar la expropiación y consiguiente adjudicación a favor del Municipio de Cali, de la empresa de luz y energía eléctrica que presta sus servicios en la ciudad de Cali y el Municipio del mismo nombre, y constituída por los bienes que se detallan en el hecho noveno de esta demanda, adjudicación que debe inscribirse en el libro 1º de Registro y en el Libro Duplicado del mismo en la oficina de registro de instrumentos públicos de este circuito".

La Empresa objeto de la expropiación está integrada por edificios, plantas eléctricas con todos sus adherentes de maquinarias, líneas de transmisión, redes de distribución, equipos de transformación, etc., y unos lotes de terreno ubicados en el Municipio de Cali y determinados por su situación y linderos.

Como son varios los demandados, el señor Juez ordenó que se les diera traslado a todos ellos, y que se hiciera la citación de los demandados señalados como inciertos o de residencias desconocidas en la forma para ello prescrita en el Código Judicial.

En el mismo auto de admisión de la demanda, fechado en Cali el 25 de julio de 1944, designó peritos el señor Juez para el avalúo provisional de los bienes que constituyen la empresa de luz y energía eléctrica. Esos peritos designados por el Juez fueron los doctores Carlos Boshell Manri-

que y José Otoya R., a quienes en auto de 11 de agosto de 1944 se les señaló término para que tomaran posesión. El segundo de los nombrados es vecino de Bogotá y el señor Juez de la causa tuvo que comisionar a uno de los Jueces del Circuito de Bogotá para prevenirlo de que debía acudir a Cali a tomar posesión del cargo. Ocurrió, sin embargo, que el señor Boshell Manrique dándose por informado del nombramiento en él recaído, se excusó de aceptarlo.

El señor Juez procedió inmediatamente a sustituír al señor Boshell con el doctor Vicente Pizano, también domiciliado en Bogotá, siendo preciso comisionar al Juez de esta última ciudad para que lo citara a Cali. El auto de nuevo nombramiento tiene fecha 11 de septiembre de 1944. No se ordena en él la notificación de las partes sino que se ordena simplemente el cumplimiento del proveído.

También de "cúmplase" es el auto de 25 de septiembre de 1944 en el cual hace el señor Juez señalamiento para dar principio a la diligencia de avalúo provisional de los bienes de propiedad de la Compañía Colombiana de Electricidad.

También de "cúmplase" es el auto de 9 de octubre de 1944 en el cual resuelve el señor Juez un memorial de reposición que le elevó el apoderado de la Compañía Colombiana de Electricidad. Este auto termina así: "El Juzgado se abstiene de admitir la anterior solicitud".

De la misma contextura son los tres autos de 9 de octubre de 1944 recaídos sobre sendas peticiones del mismo apoderado; y lo son los cuatro de 18 de octubre del mismo año y de la misma procedencia; y tres de fecha 6 de noviembre del mismo año de 1944.

No puede pasarse por alto la circunstancia de que los autos que ordenaban el trámite de poner a disposición de la contraparte por dos días los distintos memoriales de reclamo, sí eran notificados, y que, en cambio, las resoluciones provocadas por tales solicitudes no eran notificadas sino que el Juez ordenaba simplemente que fueran cumplidas.

Estas anomalías en el procedimiento seguido por el Juzgado de Cali, aunque no han pasado inadvertidas para la Corte no han de ser calificadas por ella, ya que el asunto tan sólo ha venido a su conocimiento para decidir acerca de la competencia. El propio Juzgado o el Tribunal, en su caso, procederá acertadamente al tenerlas en cuenta antes de fallar en definitiva, para librar el juicio de posibles causas de nulidad procesal.

En lo que sí convino el señor Juez de Cali fue en ordenar la expedición de copias solicitadas por el apoderado de la Compañía con el objeto de recurrir de hecho el Tribunal. La entidad ad quem concedió el recurso de apelación en auto de 18 de abril de 1945. No pudo, sin embargo, desatarse la alzada, porque el H. Tribunal de Cali en providencia ulterior reconoció que el Juez Segundo de aquel lugar carecía de jurisdicción por existir un incidente de competencia positiva provocada por el Juez Segundo del Circuito de Barranquilla.

Relatado lo ocurrido en el Juzgado de Cali, cabe relatar ahora lo ocurrido en el Tribunal de Barranquilla.

El señor Juez del Circuito de Barranquilla en providencia de 26 de agosto de 1944, resolvió: "no es el caso de acceder a provocar la competencia positiva solicitada por el memorialista doctor Mendoza Amarís". Para tomar tal resolución consideró el señor Juez de Barranquilla que la demanda había "sido intentada contra varios demandados, entre otros, 'la Nación Colombiana' ". Y estimó "que las disposiciones legales aplicables al caso en materia de competencia, son el ordinal 5º del artículo 109 y el 15 del 152 del Código Judicial que estatuye: 'En los juicios que se sigan contra varios demandados es Juez competente el del domicilio de cualquiera de ellos a elección del demandante' ".

Esa primera providencia del señor Juez de Barranquilla fue revocada el 23 de octubre de 1944 por el Tribunal de ese Distrito, a quien recurrió el doctor Mendoza Amarís en vía de apelación. De esa suerte la competencia positiva promovida por el Juez de Barranquilla al de Cali, fue impuesta por el Tribunal del Distrito Judicial de Barranquilla.

Caben, entonces, estas reflexiones:

Cuando el señor Juez Segundo del Circuito de Barranquilla pronunció su auto de 26 de agosto de 1944, y en él resolvió que no era el caso de provocarle competencia al de Cali, obró dentro de sus facultades legales. Pero no podía dejar de prestar obediencia a lo que dispuso el inmediato superior. Hasta entonces el Juez de Cali no tenía conocimiento de que el de Barranquilla le provocaba competencia.

El conflicto entre los dos Jueces surgió en el momento en que provocado el señor Juez Segun-

do del Circuito de Cali por el señor Juez del Circuito de Barranquilla, determinó, en el auto de 20 de marzo de 1945 no inhibirse del conocimiento del juicio especial de expropiación. Desde entonces tuvieron que darse cuenta los dos Jueces de que lo que por el momento se discutía era la facultad cognoscitiva de ellos, su autoridad para adelantar el juicio.

La condición de ese conflicto entre dos Jueces está sujeta a normas especiales para su solución, y esas normas son las contenidas en el Capítulo IV, Título XII, Libro 2º del Código Judicial. Eso en cuanto a los trámites. Porque en cuanto a la autoridad que deba resolver el conflicto, es cuestión de organización judicial, y el código de la materia tiene sus disposiciones concretas.

El artículo 38 del Código de Organización Judicial, dice: "La Sala de Negocios Generales tiene las siguientes atribuciones: 1ª Decidir las competencias que en asuntos civiles o se susciten entre los Tribunales de dos o más Distritos Judiciales; entre un Tribunal de Distrito Judicial y uno Seccional Administrativo; entre un Tribunal y un Juzgado de otro Distrito Judicial; entre dos Juzgados de distintos Distritos Judiciales".

De manera que el Juez competente para dirimir el conflicto surgido entre el Juez del Circuito de Barranquilla y el Juez del Circuito de Cali, es la Sala de Negocios Generales de la Corte, por tratarse de Juzgados de distintos Distritos Judiciales.

Es privativa de la Sala de Negocios Generales la facultad de dirimir los conflictos en que se ven comprometidos Jueces de Distritos diferentes. La ley ha otorgado esa facultad que se aparta de lo que es común en los procesos judiciales, porque el salto por sobre el inmediato superior no es practicable en ninguna otra incidencia de los juicios comunes.

Cabe aquí recordar lo que enseña el profesor Chiovenda en su tratado sobre Derecho Procesal Civil: "Un conflicto de competencia es un conflicto de **actividades,** no de fallos. La actividad superior que lo dirime es por sí misma un acto administrativo que se convierte en acto jurisdiccional porque se dirige al fin jurisdiccional pero no obliga a los Jueces inferiores como fallo sino como acto de **autoridad superior**".

Esta doctrina tiene, para el caso de autos, la siguiente aplicación: Como el señor Juez de Cali, provocado por el de Barranquilla no cedió y así se lo manifestó al último, a éste le tocaba decir la última palabra. Si el de Barranquilla no hubiera desistido de provocar la competencia, entonces el camino señalado por la ley era el de acudir a la Corte como a Juez del conflicto, de acuerdo con el inciso 2º del artículo 421 del C. Judicial.

Cuando a noticia del señor Juez de Barranquilla llegó la resolución del señor Juez de Cali, y convencido aquél de la legalidad de las razones expuestas por el provocado señor Juez de Cali, expresó su desistencia, el conflicto desapareció para los dos funcionarios, ya que ambos llegaron a la conclusión de que el competente era el señor Juez de Cali.

Los reclamos del abogado de la Compañía lograron, sin embargo, que el Tribunal de Barranquilla concediera una apelación y que el Sr. Juez del Circuito de aquel lugar había negado insistentemente. Propuso dicho apoderado un recurso de hecho, y por la alzada concedida por el Tribunal el asunto fue a conocimiento de éste. De esa alzada resultó la declaración de nulidad del auto por el cual el Juez de Barranquilla desistió de provocarle competencia al de Cali.

Para la Corte la intervención del Tribunal de Barranquilla, después de que el Juez del mismo lugar desistió de provocar la competencia, tiene todos los síntomas de una usurpación de jurisdicción. La disposición del artículo 38 del C. Judicial es terminante: conflictos de la naturaleza del que se estudia, suscitados entre jueces de distintos Distritos Judiciales, demandan la intervención de la Corte para dirimirlos, y no cabe la interposición de recursos ante los Tribunales, como que no se trata de conflicto de fallos, sino de actividades entre funcionarios de la Rama Jurisdiccional.

Patente en el presente caso la usurpación de jurisdicción en que incurrió el Tribunal de Barranquilla cuando se inmiscuyó en materia que no era de su resorte, se impone aquí la correspondiente declaratoria de nulidad de la actuación.

Y en esa virtud, la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, DECLARA NULO lo actuado a partir de la expedición del auto de veintiseis de marzo de mil novecientos cuarenta y seis, auto en el cual el H. Tribunal Superior de Barranquilla concede una apelación

denegada por el Juez Segundo Civil del Circuito del mismo lugar en resolución de un recurso de hecho.

Envíese el proceso al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Cali, y por medio de oficio avísese al señor Juez Segundo Civil del Circuito de Barranquilla, lo resuelto en esta providencia.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

Eleuterio Serna R.—Germán Alvarado—Aníbal Cardoso Gaitán—El Conjuez, **José Joaquín Castro Martínez—Víctor Cock**—El Oficial Mayor, **Jorge García Merlano**.

INCOMPETENCIA DE LA SALA DE NEGOCIOS GENERALES DE LA CORTE PARA CONOCER DE CIERTAS EJECUCIONES POR JURISDICCION COACTIVA

Acusados de inconstitucionalidad el art. 3º y el 4º de la ley 67 de 1943, declaró la Sala Plena de la Corte que son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º — A INCIDENTES DE EXCEPCIONES cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º — A TERCERIAS, cuando la que se propusiera, o alguna de ellas se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares.

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, marzo veinte de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

Según lo manifiesta en escrito sobre **recurso de hecho** presentado ante la Corte por el doctor Alejandro Hernández Rodríguez en calidad de apoderado de las señoras: Isabel, Antonia, Josefa María, Cecilia, González Vengochea y de Roberto Echeverría en la ejecución que la Nación les adelanta en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales: "el Juez de Ejecuciones Fiscales se trasladó de Bogotá a Barranquilla, a depositar los bienes embargados, o sean tres quintas partes de una casa que poseen en proindiviso varios comuneros dueños. El Juez depositó toda la finca, y así lo dice en la diligencia en este pasaje: '...procediéndose en seguida a hacerle entrega real y material del inmueble de que se trata por los siguientes linderos:...'. En estas condiciones entregó toda la finca al secuestre que él nombró, y este secuestre procedió a tomar a su cargo toda la casa con prescindencia de los comuneros ocupantes, cobrándoles los arrendamientos, amenazándoles de lanzamiento, con el visto bueno del Juez de Ejecuciones, como se ve de los autos y notas enviadas al dicho secuestre por el Juzgado. El día de la diligencia en Barranquilla, hubo oposiciones de los tenedores y de los poseedores comuneros del inmueble, que no **fueron oídos,** y solamente se les resolvieron negativamente sus peticiones en Bogotá al regreso del funcionario'.

Y agrega el doctor Hernández Rodríguez:

"Como se han pretermitido las fórmulas legales en este juicio con relación al embargo, al secuestro, a la notificación de títulos a los herederos de los ejecutados, y han continuado el juicio involucrando el procedimiento, como actuar sin esa formalidad de la notificación, reconociendo en parte la nulidad, salvando las diligencias o diligencia de secuestro, pero nombrando después de todo curador **ad-litem** a los herederos para allanar las nulidades que el Juez no puede allanar en ningún caso, hube de reclamar contra las providencias del Juzgado para poner las cosas en carril legal, con el objeto de atraer más bien postores al remate y no alejarlos por virtud de procedimientos que dejan nulidades que se pueden ventilar ahora y después por la vía ordinaria. Estos reclamos **han sido negados sistemáticamente,** cerrando todas las puertas a la defensa".

Aparece de manifiesto en la transcripción precedente que el juicio en el cual fueron dictados los autos que han motivado el recurso de hecho es un juicio seguido por jurisdicción coactiva por el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales; y que tocan aquellas providencias con el adelantamiento de la tramitación ejecutiva.

Ahora bien: de acuerdo con lo estatuído en el artículo 3º de la Ley 67 de 1943, "el conocimiento de las apelaciones y de los incidentes de excepciones y tercerías que se susciten en los juicios por jurisdicción coactiva en asuntos nacionales, corresponde al Consejo de Estado cuando la cuantía del negocio en su acción principal, sea de quinientos pesos ($ 500) o más. En los demás casos corresponde en única instancia al Tribunal Administrativo de la vecindad del funcionario ejecutor".

Acusado de inexequibilidad ante la Corte el precepto transcrito, así como el artículo 4º de la misma Ley (éste último se refiere a asuntos Departamentales y Municipales), la Sala Plena de

esta Corporación, en sentencia de 26 de julio de 1944, hubo de decidir:

"Segundo. Los artículos 3º y 4º de la mencionada Ley (67 de 1943) son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º A **incidentes de excepciones,** cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º A **tercerías,** cuando la que se propusiera, o alguna de ellas, se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares". (Véase GACETA JUDICIAL, T. LVII, marzo a septiembre de 1944, números 2010 a 2014).

No estando comprendido, como es obvio que no lo está, el caso actual entre los casos de **excepciones** y de **tercerías** contemplados en la transcripción que se acaba de hacer, es incontrovertible que el conocimiento del recurso de hecho aquí interpuesto no es de competencia de la Corte.

Habrá que agregarse a lo que se acaba de expresar que en la parte motiva del fallo mencionado, de la Corte Plena, se hallan los siguientes pasajes que contribuyen a dejar plenamente esclarecido que el presente asunto no es hoy de competencia de la Sala.

Son del siguiente tenor literal: "Apelaciones. Ahora bien: en los juicios ejecutivos por jurisdicción coactiva, todos los actos que dan origen a contención, provienen de los autos proferidos por el empleado que ejerce aquella jurisdicción. Sin el mandamiento ejecutivo proferido por dicho funcionario, no se habría originado la contención, siendo de observar además, como lo indica el Consejo de Estado, que al mandamiento ejecutivo proferido por la jurisdicción coactiva, precede generalmente otro acto de poder de la Administración.

"Llevado el examen a este punto, resta por estudiar la siguiente importante cuestión: ¿el mandamiento ejecutivo y demás autos proferidos por un funcionario investido de jurisdicción coactiva, son o no son actos de poder de la Administración?

"Si la respuesta es afirmativa, esto es, si los actos dictados en un juicio por jurisdicción coactiva son actos de poder de la Administración, síguese que la contención respecto de ellos es de conocimiento propio de los Tribunales Contencioso-Administrativos, y no de los Tribunales ordinarios. Si la respuesta fuere negativa ocurre lo contrario".

Y después de los correspondientes razonamientos a propósito de estos interrogantes, concluye así la Corte: "En fuerza de las razones que preceden, admite la Corte que los autos dictados por los funcionarios con jurisdicción coactiva son actos de poder de la Administración, y que de la contención acerca de ellos corresponde conocer a los Tribunales Contencioso-Administrativos, sin excepción alguna, ya se trate del mandamiento ejecutivo; o de lo resuelto respecto a la solicitud de embargo de un bien, formulada por un tercero; de lo dispuesto sobre rebaja de intereses pedida por el ejecutado, etc.".

En virtud de lo que se deja expuesto, y sin necesidad de otras consideraciones, la Sala de Negocios Generales de la Corte se inhibe de conocer del recurso de hecho del cual se ha hecho mérito en la presente providencia por carecer de competencia jurisdiccional para hacerlo.

Notifíquese, cópiese y archívese el expediente.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

SE NIEGA UNA SOLICITUD

Corte Suprema de Justicia—Sala de Negocios Generales—Bogotá, mayo seis de mil novecientos cuarenta y siete.

(Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock)

En providencia de 20 de marzo último hubo de inhibirse la Corte de conocer el presente recurso de hecho "por carecer de competencia jurisdiccional para hacerlo".

En el memorial precedente, suscrito por el doctor Alejandro Hernández Rodríguez, apoderado de la parte recurrente, se solicita de la Corte que, merced a la incompetencia por ella declarada, sea enviado el negocio al conocimiento del Consejo de Estado a fin de que avoque el conocimiento de él "impidiendo así que el recurso quede interpuesto fuera del término. Así se procedió, agrega el solicitante, en el ejecutivo de la Nación contra Juan de Dios Franco y Luis y Santiago Escrucería".

Se observa ahora de parte de la Corte que la solicitud mencionada, hecha por el señor apoderado, contraría desde luego el contenido del auto citado de 20 de marzo dictado en el presente asunto, toda vez que de él aparece que la Corte no sólo se abstuvo de disponer el envío del proceso al conocimiento del Consejo de Estado sino que, finaliza dicha providencia con la orden expresa de archivar el proceso, esto es de hacerlo en la Corte misma.

Pero aun en el supuesto de que tal providencia por el aspecto que se acaba de mencionar no estuviera hoy ejecutoriada, es lo cierto que la solicitud hecha sobre envío del negocio al conocimiento del H. Consejo de Estado, carece de fundamento jurídico, especialmente tratándose de un recurso de hecho.

En efecto, de conformidad con los artículos 513 y 514 del Código Judicial, el recurso de hecho se tramita en forma autónoma por lo que hace al recurrente y en el sentido de que es él la persona inicialmente llamada a precisar quién sea la entidad jurisdiccional ante la cual, y en calidad de superior competente para conocer del recurso, ha de presentarse acompañando la documentación pertinente.

Supuesto el anterior que, por consiguiente, no puede confundirse siquiera, con lo que ocurre en el caso de una apelación, caso este último en el cual corresponde al Juez inferior conceder la apelación ante el superior competente, y tomando así a su cargo en tal virtud la correspondiente iniciativa cerca de quién puede ser ese superior.

De donde se sigue que en el recurso de hecho el error del recurrente acerca de la entidad ante la cual debe presentarse para tratar de hacer efectivo su derecho es error del cual sólo a aquél ha de culparse sufriendo sus consecuencias.

En cuanto a la cita que hace el peticionario del antecedente del juicio ejecutivo ya mencionado, se tiene que en verdad el 6 de octubre de 1945 dictó esta Sala de la Corte una providencia en la cual hubo de declararse incompetente para conocer de un incidente de excepciones en juicio ejecutivo seguido en el Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales, y ya que por la naturaleza de tales excepciones, y no obstante que el Juez de Ejecuciones Fiscales había enviado el proceso a la Corte para su conocimiento, no era esta Entidad la llamada a conocer de aquéllas.

Y la Sala, en vez de disponer en aquella providencia que se enviara el proceso al correspondiente Tribunal Administrativo, ordenó que se devolviera el proceso a la oficina de origen, es decir, al Juzgado Nacional de Ejecuciones Fiscales.

De manera que esta solución, en lugar de poder servir de sustento jurisprudencial a lo solicitado por el peticionario en el presente asunto, bien pudiera alegarse en oposición a lo pretendido en tal solicitud.

Y si ella fue la solución adoptada en dicha ejecución por la Corte, con mayor razón, por tratarse en el presente caso de un recurso de hecho y según lo que hubo de ser expuesto antes acerca de este recurso, no procedería lo solicitado por el doctor Hernández Rodríguez.

En virtud de lo considerado se niega la solicitud de que se ha venido hablando acerca del envío del presente proceso, sobre recurso de hecho, al conocimiento del H. Consejo de Estado.

Notifíquese.

Ramón Miranda — Germán Alvarado — Aníbal Cardoso Gaitán—Víctor Cock—Eleuterio Serna R. Nicolás Llinás Pimienta, Secretario.

INDICE

Págs.

SALA PLENA

Decreto número 1480 de 22 de julio de 1922, sobre comercio y exportación de caucho, balata, etc., acusado como inconstitucional. Declara la Corte que el conocimiento de esta clase de decretos le corresponde a la jurisdicción de lo contencioso-administrativo. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo 615

Decreto ejecutivo número 554 de 1942, acusado como inconstitucional. — Se declara inexequible ese decreto en uno de sus artículos y exequible en otros. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 619

Acusación de inconstitucionalidad de los artículos 1º y 3º de la Ley 44 de 1928 y 1º de la Ley 110 de 1937, sobre el Colegio de San Bartolomé.—Declara la Corte que no le corresponde decidir, en una acción como la instaurada, quién sea el titular del derecho de dominio sobre el edificio del Colegio de San Bartolomé, ni decidir, por tanto, sobre la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes aludidas. Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 622

Acusación de inconstitucionalidad del artículo 2º de la Ley 94 de 1938.—Se declara inexequible el artículo acusado. Magistrado ponente: Dr. Agustín Gómez Prada... 650

Exequibilidad de los artículos 3º y 4º del proyecto de Ley "por la cual se ordena la adquisición de un edificio y se dictan otras disposiciones"—Se declaran exequibles los artículos acusados. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 656

SALA DE CASACION CIVIL

Acción de responsabilidad por accidente aéreo—Sentido jurídico de la cláusula "De adhesión" en los tiquetes de pasajes aéreos. Apreciación de los indicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida en el juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios promovido por las señoras Isabel Pereira v. de Martínez Pereira y Mercedes Pereira v. de Martínez Pereira y otras contra la sociedad denominada "Scadta". Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta..... 662

Acción de responsabilidad. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Marco Naranjo López contra Alfonso Samper Ortega, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 675

Reivindicación—Deslinde. — Se casa la sentencia del Tribunal de Buga, proferida en el juicio ordinario seguido por Arcesio Jaramillo Isaza y su esposa Belén Ocampo de Jaramillo contra Alberto, Carlos y Eduardo Vélez sobre oposición a un deslinde. Magistrado ponente: Dr. Arturo Tapias Pilonieta 680

Reivindicación—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Julia Barrera de Rodríguez, en nombre e interés de la sociedad conyugal formada con Luis Francisco Rodríguez, contra Custodio Colorado, sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca..... 687

Acción de nulidad de un contrato y de reivindicación.—Enajenaciones de bienes sociales hechas por uno solo de los cónyuges bajo el imperio de la Ley 28 de 1932. Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Barranquilla en el juicio seguido por Raquel Gómez, viuda de

Págs.

Caro, contra la sociedad Inversiones Muvdi, S. A. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 693

Reconocimiento de hijos naturales fallecidos. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en el juicio ordinario seguido por Pedro León Moreno contra Lucrecia Vargas v. de Mantilla en juicio sobre declaración de una paternidad natural. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 700

Acción de nulidad de un juicio de venta de bienes hipotecados y de restitución de bienes.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Isabel Gómez de Escobar contra el Banco Hipotecario de Bogotá, Luis Rosendo Escobar R. y otro. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 707

Acción petitoria de pago de una suma de dinero.—Causal 6ª de casación.—Legitimación para obrar.—Ilegitimidad de la personería. — Acusación por error de hecho. No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Conchita Candia de Barbosa contra Leonardo Lourido sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 712

Acción petitoria de pago de perjuicios.—Causal 2ª de casación—Contratos de adhesión—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Ricardo Castañeda Moreno contra The Telephone Company, Ltd., sobre pago de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas..... 716

Estimación de la cuantía del pleito para el recurso de casación.—Se declara bien de negado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia del Tribunal Superior de Medellín en el juicio ordinario seguido por Joaquín Ochoa contra Bernardo Mora, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza 722

Págs.

Acción de dominio—Inspección ocular—Certificado del Registrador a que alude el artículo 635 del Código Judicial—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Barranquilla, proferida en el juicio ordinario promovido por Rafael Castro Salcedo contra Julio R. Páez sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 725

Influencia de la sentencia de revisión dada en juicio penal sobre la acción de indemnización de perjuicios promovida en juicio civil. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Araceli Martínez contra el Municipio de Bogotá, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 730

Influencia de la decisión del proceso penal sobre el proceso civil en el juicio referente a reparación de perjuicios.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario seguido por Benigna Rubio de Charry contra la Naviera Colombiana, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 733

Acción de responsabilidad por presunta culpa.—Prueba testimonial del proceso penal trasladada al proceso civil—Requisitos para la admisión de la prueba testimonial.—Su valor probatorio—Apreciación de pruebas. Prueba incompleta. — Atendibilidad y eficacia de la prueba.—Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario seguido por Cecilia Ramírez de Zapata contra el Municipio de Armenia, sobre indemnización de perjuicios—Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales..... 737

Acción de nulidad de la cancelación de una hipoteca y otras—Reconvención sobre pago de perjuicios. — Se casa la sentencia del Tribunal Superior de Pereira, proferida en el juicio ordinario promovido por Pastor Cano contra Eliseo Bedoya, sobre nulidad de la cancelación de una escritura

Págs.

de hipoteca. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza..... 743

Oposición a un deslinde.—Naturaleza jurídica de la acción de deslinde.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de San Gil, proferida en el juicio ordinario seguido por Luis José Gómez Azuero contra la sociedad denominada Ricardo Rueda e Hijos, sobre oposición a un deslinde. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 747

Acción de nulidad de un remate y de reivindicación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario promovido por Paulina Bernal de Cuéllar contra Secundino Cuéllar, Juan C. Osorio y Jesús Perilla V. sobre nulidad de un remate. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Hinestrosa Daza.... 757

Acción de dominio.—Técnica de casación.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Cali, proferida en el juicio ordinario promovido por Ruperto Muriel Salazar contra Jorge Garcés B. sobre reivindicación. Magistrado ponente: Dr. Hernán Salamanca 759

Acción petitoria de indemnización de perjuicios.—Doctrinas sobre técnica de casación.—Cláusula penal.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por María Teresa Gracia de Moyano contra los herederos de Ezequiela Cortés v. de Ramírez sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Manuel José Vargas 764

Acción petitoria de cumplimiento de un contrato y de pago de perjuicios.—Naturaleza jurídica del contrato.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por la Cooperativa de Empleados de Bogotá, Limitada, contra Carlos Portocarrero C. sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. Alvaro Leal Morales 768

Acción de responsabilidad civil por culpa extracontractual.—No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Ana Luisa Otero y Elvia Otero v. de Meléndez contra el Municipio de Usaquén, sobre indemnización de perjuicios. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo..... 771

Acción petitoria de pago de una suma de pesos.—Técnica de casación.—Solidaridad de los socios, ante terceros, en las sociedades de hecho. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, proferida en el juicio ordinario seguido por Rogelio Suárez contra Jorge Rojas, sobre pago de una suma de pesos. Magistrado ponente: Dr. José Antonio Montalvo..... 782

SALA DE CASACION PENAL

Condenación en perjuicios. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Tunja, proferida en la causa contra Fortunato Cuervo, por homicidio. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 789

Prevaricato.—Se confirma el auto proferido por el Tribunal de Medellín en la causa contra el doctor Pedro Luis Gómez Z. por el delito de prevaricato. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 798

Nulidades del proceso penal—Veredicto contradictorio. — No se casa la sentencia del Tribunal Superior de Bucaramanga, proferida en la causa por homicidio contra Pablo Antonio Suárez. Magistrado ponente: Dr. Domingo Sarasty M..... 818

Nulidad de lo actuado por infracción del artículo 26 de la Constitución Nacional. — Se declara nulo lo actuado en el juicio seguido contra Ignacio Yoposa. Magistrado ponente: Dr. Jorge E. Gutiérrez Anzola.. 823

Testimonio—Su valoración jurídica—Invocación de la causal 2ª de casación—Se casa la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá en la causa contra José J. Mendoza Montaña por el delito de lesiones personales y abuso de autoridad. Magistrado ponente: Dr. Ricardo Jordán Jiménez 825

Págs.

SALA DE NEGOCIOS GENERALES

Acción petitoria de declaración de dominio de una zona de tierra a favor de la Nación.—Límites de la acción popular reconocida por el artículo 1005 del Código Civil.—Se revoca el auto apelado en el juicio seguido por Alvaro González Sierra contra el Municipio de Armero. Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada.... 834

Práctica de pruebas.—Se confirman los autos apelados en el juicio seguido por Clemente del Mónaco contra el Departamento de Nariño. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R. 839

Forma del mandato judicial—Representación de los Departamentos. — Se ordena poner en conocimiento de las partes una nulidad ocurrida en el juicio seguido por el doctor Abraham H. Mora contra el Departamento del Magdalena, sobre indemnización de perjuicios a sus mandantes. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R.. 842

Prueba de error grave en el dictamen pericial.—Se revoca el auto apelado en el juicio seguido por Ester Montero de Torres contra el Departamento de Cundinamarca. Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada 847

Honorarios de los peritos. — Se confirma el auto apelado en las diligencias sobre inspección ocular promovida por Guillermo Kopp Castello, con audiencia de la Nación. Magistrado ponente: Dr. Tulio Gómez Estrada 850

Bienes vacantes — Qué debe entenderse por "propietario aparente". — Se confirma en unos puntos la providencia apelada y se revoca en otras, en el juicio referente a bienes vacantes promovido por Pedro A. Rebollo contra el Municipio de Bogotá. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado 855

Auxilio de cesantía.—Se confirma la sentencia consultada por el Tribunal Superior de Bogotá, en lo referente a una pensión de jubilación. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 864

Notificación del autó que ordena el traslado de la demanda.—Representación procesal. Se confirma el auto recurrido en el juicio ordinario promovido por el Fiscal del Tribunal Superior de Bogotá contra la sociedad colectiva Francisco Vargas y Hermanos y contra la Compañía de Petróleos Shell de Colombia, sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos. Magistrado ponente: Dr. Eleuterio Serna R..... 869

Representación en juicio de los Departamentos por los Gobernadores.—Se confirma el auto dictado por el Tribunal Superior de Popayán en el juicio ordinario seguido por Clementina Zúñiga de Astudillo contra el Departamento del Cauca. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 872

Acción reivindicatoria. — Se revoca la sentencia recurrida del Tribunal Superior de Medellín, proferida en el juicio ordinario instaurado por Pacífico Pérez contra Raimundo Moreno sobre reivindicación. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 874

Acción sobre devolución de unas sumas de dinero.—Se revoca la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Santa Marta en el juicio ordinario seguido por el doctor José María Riveira Daza como apoderado de Ricardo A. González y otros contra la Nación. Magistrado ponente: Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 880

Se dirime una competencia entre dos jueces de diversos distritos judiciales para el conocimiento del juicio de sucesión de quien, teniendo dos domicilios, tenía en uno de ellos el asiento principal de sus negocios. Se dirime a favor del Juez de Circuito del Gigante la competencia promovida por el Juez 1º del Circuito de Bogotá para el conocimiento de un juicio de sucesión. Magistrado ponente, Dr. Aníbal Cardoso Gaitán 887

Págs.

A quién corresponde dirimir las competencias suscitadas entre jueces pertenecientes a distintos distritos judiciales.—Se declara nulo lo actuado en la actuación remitida a la Corte por el Juez 2º del Circuito en lo Civil de Barranquilla sobre una competencia surgida con otro Juez. Magistrado ponente: Dr. Germán Alvarado..... 891

Incompetencia de la Sala de Negocios Generales de la Corte para conocer de ciertas ejecuciones por jurisdicción coactiva. Se inhibe la Corte para conocer del recurso de hecho presentado por el doctor Alejandro Hernández Rodríguez. Magistrado ponente: Dr. Víctor Cock..... 895

Se niega una solicitud.—Se niega la solicitud presentada por el doctor Alejandro Hernández Rodríguez referente al asunto anterior. Magistrado ponente: Doctor Víctor Cock 897

NOTA IMPORTANTE

Con el presente número de la "GACETA JUDICIAL" termina el Tomo LXI de la misma. El número 2045 está destinado a INDICE Y JURISPRUDENCIA de ese tomo.

El Relator de la Corte

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS TALLERES GRAFICOS "MUNDO AL DIA" BOGOTA

GACETA JUDICIAL

ORGANO DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

DIRECTOR: JESUS MEDARDO RIVAS SACCONI

RELATOR DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

TOMO LXI — BOGOTA — 1949 — NUMERO 2045

EXTRACTO DE LAS DOCTRINAS CONTENIDAS EN EL TOMO LXI (NUMEROS 2038 A 2044) DE LA "GACETA JUDICIAL"

— A —

ABUSO DE AUTORIDAD

(*por abandono del cargo*)

- 1 -

Para que se configure el delito de abuso de autoridad, por abandono que un funcionario público hace de su cargo, es indispensable que con dicho acto, que implica dejación del puesto, se cause como consecuencia lógica un perjuicio, bien sea para la sociedad o para las partes que tienen interés en el negocio o pleito que cursa en el despacho. La falta ocasional del empleado a su oficina, sin intención dolosa de abandonar el cargo y sin perjuicio directo o indirecto en el despacho de los asuntos, no constituye delito.

La ley sólo exige a los funcionarios de la rama jurisdiccional la asistencia a sus oficinas por un número determinado de horas (artículo 180 del C. J.), tiempo necesario para que los negocios no acusen retardo y para que las providencias que ellos requieren, en orden a su normal tramitación, se dicten dentro de los términos legales, para que se tenga por cumplida su misión y se descarte el posible delito de abuso de autoridad, por abandono de sus funciones. (Auto, Sala de Casación Penal, LXI, números 2038 y 2039, junio 7 de 1946).....126, 1ª

ABUSO DE AUTORIDAD (POR INTERVENCION EN POLITICA)

- 2 -

El Código Penal considera como abuso de autoridad el hecho de que un funcionario o empleado público "forme parte de directorios políticos o intervenga en debates de ese carácter". Los elementos de esta especie de delito son, pues, los siguientes: a) Ser el infractor funcionario o empleado público, y b) Formar parte de directorios políticos o intervenir en debates de carácter político. La ley colombiana ha sido severa y no transige con la intervención de los funcionarios públicos en la política.

No incurren en el delito de abuso de autoridad por intervención en política los funcionarios que como escritores o catedráticos enseñan en sus producciones o en sus cáte-

dras determinadas doctrinas que profesan los adictos a un partido político, ni aun critiquen las actuaciones o las ideas del contrario, ni los jueces o magistrados que al interpretar la Constitución o las leyes siguen las enseñanzas filosóficas de su partido.

El debate político por definición es el electoral, porque es cuando los partidos políticos luchan de manera directa o inmediata por el predominio de sus fuerzas y programas y a los comicios tiende mediata o indirectamente la agitación de los partidos. Por tanto, los discursos en reuniones de partidarios, la asistencia a las convenciones preelectorales, los escritos que miren más o menos próximamente a unas elecciones populares, pueden considerarse como intervencines ilícitas. Pero constituyen también debate político cualesquiera actividades en que haya pugna encendida, manifestación apasionada de las ideas, propósitos o intereses de algún partido, aunque no se realicen con miras próximas a los comicios. Y el funcionario que tome parte en esas manifestaciones vehementes quebranta la ley penal, porque estaría demostrando que no es capaz de conservar la imparcialidad necesaria para ejercer las funciones de su cargo.

En el caso del proceso la mayoría de la Sala estima que hubo intervención en la política por parte de los funcionarios acusados. (Casación Penal, octubre 14 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....516, 1ª y 2ª

ACCION POPULAR

- 3 -

El ejercicio de la acción popular de que trata el artículo 1005 del Código Civil tiene por fundamento la protección de un interés general, cual es la seguridad de los transeúntes por caminos, plazas u otros lugares de uso público, y el propio interés del vecino que lo propone, transeúnte o interesado en el bien colectivo. Esta acción protege el derecho que al uso de las vías públicas tienen los habitantes en general. La persona que va a ejercitar la acción pública tiene que reducirse al contenido de ésta y someterse al procedimiento especial previsto para su ejercicio. So pretexto de ejercitar la acción que tiene como órbita evitar el daño contingente que amenace en general a todos los transeúntes, no puede el demandante extenderse al ejercicio de otras acciones distintas, para las cuales no le alcanza su derecho de intervención procesal, por lo cual para esas otras acciones es ilegítima su personería, pues el actor no puede asumir la representación de la Nación para proponer acciones que sólo interesan a ésta directamente, distintas a la popular, con la que se protege la vida de los transeúntes, no los derechos reales que la Nación tenga sobre el bien de uso público. (Negocios Generales, octubre 1º de 1946. LXI, Nos. 2042-2043, 2044) 838, 1ª

ACCION PUBLICA DE INEXEQUIBILIDAD.—NO PUEDE SER MATERIA DE ELLA LA PROPIEDAD DE UN BIEN

- 4 -

No puede definirse en la acción pública de inexequibilidad la de propiedad de un bien, pues las controversias referentes al derecho de propiedad individual son completamente ajenas a los fallos de inexequibilidad de leyes y decretos de que trata el artículo 214 de la Carta, aun en los casos en que el reclamo se dirija contra la Nación. En tal caso no existe acción popular. Es el mismo interesado en hacer prevalecer su

derecho quien privativamente tiene la potestad de demandarlo en juicio seguido con la plenitud de las formas legales creadas a fin de garantizar la respectiva defensa de cada una de las partes contendoras. Por consiguiente, la Corte carece de competencia para decidir quién es el titular del derecho de dominio sobre el edificio de San Bartolomé, y por ende, dada la naturaleza del negocio, acerca de la exequibilidad o inexequibilidad de las leyes acusadas. (Sala Plena, diciembre 9 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) 643, 2ª

ACCIÓN REIVINDICATORIA

- 5 -

La acción de dominio, al tenor del artículo 946 del Código Civil, está configurada por cuatro elementos fundamentales para que pueda prosperar. Son ellos: a) Cosa *singular* reivindicable o *cuota determinada* de cosa singular. b) Derecho de dominio en el demandante. c) Posesión material en el demandado. d) Identidad entre la cosa que se pretende y la poseída. (Negocios Generales, diciembre 11 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) 875, 2ª

ACUMULACION DE ACCIONES

- 6 -

Cuando el título que sirve para reivindicar una finca de varios demandados es uno mismo, no hay indebida acumulación de acciones, pues este caso es muy distinto de aquel en que, siendo varios poseedores demandados, la reivindicación se basa en títulos divergentes con relación a cada lote. Tal ha sido la doctrina tradicional de la Corte. (Casación Civil, noviembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 440, 1ª

ADMINISTRACION (*de los bienes de una sociedad conyugal*)

- 7 -

Véase: *Sociedad conyugal.* Casación, octubre 15 de 1946). Nos. 2040-2041, página 340).

ADMINISTRAR (*noción jurídica de*)

- 8 -

La palabra *administrar* no equivale necesaria y únicamente a *emplear* o a *invertir* en transacciones para las cuales se está facultado, puesto que también significa *cuidar*. Que es lo que hace un Juez con los elementos que llegan a su Despacho. Y los valores en efectivo que se envían a una oficina judicial como dependientes de una determinada acción, quedan bajo la custodia del Juez, de la misma manera que el juicio se somete a su dirección y aun puede decirse a su administración, cuya etapa final es el fenómeno de la distribución. (Casación Penal, septiembre 3 de 1946. T. LXI, números 2038 y 2039) ..... 169.

AGENCIA OFICIOSA — INTERPRETACION DEL ARTICULO 270 DEL C. J.

- 9 -

Aparece del artículo 270 del C. J. que el caso allí contemplado es aquel en que el interesado en cuyo nombre ha sido instaurada la demanda es una sola persona, es decir, que no se considera allí directamente el caso de litis consortes en calidad de demandantes o, lo que es lo mismo, de pluralidad de demandantes. Parece natural colegir de los términos de la disposición citada que aparte del punto tocante a la indemnización de perjuicios consagrada en ese precepto,

si no viene la ratificación oportuna, procede el que el juez declare desierta la actuación iniciada. Solución llana cuando es una sola persona la demandante, pero que no logra un pleno acomodo cuando son varios los demandantes, ya que en tal caso la declaración que se acaba de mencionar no podría comprender sino al codemandante que no ratificó lo actuado por el agente oficioso, mas no a los otros litisconsortes. La solución en tal evento parece que habría de consistir en eliminar de entre los demandantes a la persona que dijo representar el agente oficioso. Ahora fija la Corte el alcance que, a su juicio, tiene el artículo 270 del Código Judicial en relación con el caso de que no ocurra la ratificación dentro del término de dos meses, plazo que señala dicha disposición legal, y cuando tal ratificación llegue siempre aunque más tarde. Cabe observar, en primer término, que vencidos los dos meses está llamado el juez a dictar la correspondiente providencia declarando desierta la demanda instaurada por falta de la oportuna ratificación del directo interesado en el asunto, y al consiguiente reconocimiento de que el agente oficioso ha incurrido en la sanción de pagar perjuicios al demandado. Si una vez en firme tal providencia, y en calidad de ley del proceso, llega a presentar el interesado su ratificación a la gestión inicial del agente oficioso, es obvio que tal ratificación ha de resultar baldía e inoperante, ya que la demanda incoada tenía perdida para ese momento toda virtualidad jurídica mer ced a la providencia antes proferida por el juez en cumplimiento y ejecución del precepto mismo del artículo 270 citado. Empero, si cuando viene la ratificación está viva aún la actuación judicial iniciada, por faltar la expedición de la providencia de que se viene hablando, o aún por falta de ejecutoria de la misma, en tal evento puede operar válidamente la ratificación sus propios resultados y con el consiguiente efecto retroactivo. (Negocios Generales, julio 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) . . . 241, 1ª

AGUAS

- 10 -

Tratándose de reglamentación del uso de aguas por parte de los riberanos, el conocimiento de la demanda corresponde a la Rama Administrativa y no a la Jurisdiccional. (Casación, LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 7 de 1946) 423, 1ª

ANOMALIA PSIQUICA — CELOS

- 11 -

Los celos, inclinación de ánimo, forma de la envidia, temor de haber perdido lo que se quiere, transformados en pasión, pueden obnubilar la voluntad y suprimir su dominio, tornándose la personalidad en una verdadera fuerza incontrolable. Desde este punto de vista ya puede afirmarse que el sujeto que ha obrado a través de un desequilibrio de sus fuerzas anímicas está procediendo de manera anormal. (Casación Penal, julio 31 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 154, 1ª

APODERADO DE LA PARTE CIVIL EN EL PROCESO

- 12 -

El hecho de no posesionar al doctor Romero B. del cargo de apoderado de la parte civil, fundándose en la circunstancia de que el auto que le reconocía esa calidad no estaba ejecutoriado, no constituye delito de abuso de autoridad, porque el ejercicio del poder, proveniente de una relación privada,

para reclamar perjuicios civiles emanados de un ilícito penal, no se sujeta a las disposiciones del Código de Procedimiento Penal, sino a las reglas del procedimiento civil.

La ley condiciona al acto de la posesión el ejercicio del cargo de apoderado o defensor en el proceso penal, para efecto de recibir la promesa juratoria de que se cumplirá con las obligaciones inherentes al mismo; pero esta formalidad necesaria, de indispensable cumplimiento en el ejercicio de la acción penal, que es pública, no tiene razón de ser en cuanto al apoderado de la parte civil, cuya constitución es de orden privado. Por esto en el Título IV, Capítulos I y II del C. J., que trata de la representación judicial, no hay disposición alguna que exija la posesión del apoderado, como formalidad previa, para el ejercicio del cargo, pues sólo es indispensable el reconocimiento de esa calidad. (Artículo 258 del C. J.) (Auto, Sala de Casación Penal, LXI, Nos. 2038 y 2039, junio 5 de 1946) 123, 1ª

APODERAMIENTO Y SUSTRACCION DE LO HURTADO O ROBADO

- 13 -

Como lo ha dicho exactamente y de manera jurídica el señor Procurador, "apoderarse de la cosa o sustraerla son expresiones sinónimas que se predican igualmente del hurto y del robo y que, por lo mismo, no marcan la zona de deslinde entre una y otra infracción. De suerte que, por este aspecto, jamás puede encontrarse contradicción entre el hurto y el robo". (Casación Penal, octubre 8 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 498, 2ª

APRECIACION DE LA "GRAVEDAD Y MODALIDADES DEL HECHO DELICTUOSO"

- 14 -

El hecho de que la Corte recalque la importancia de dar una severa aplicación al artículo 36 del C. P. no implica la necesidad de extremar el rigor de la ley. Mucho menos si se considera que el tener en cuenta "la gravedad y modalidades del hecho delictuoso" no consiste en asignarle al acto ilícito una "gravedad" de por sí, independiente de sus modalidades y circunstancias relevantes, porque ya se sabe que la infracción de la ley es en sí misma un hecho peligroso. Cuando la ley dice "tener en cuenta" la gravedad y modalidades del hecho delictuoso, no se refiere a la gravedad intrínseca que comporta todo delito, sino a las especiales circunstancias que rodeen su comisión, las cuales pueden demostrar una gravedad protuberante, ya sea por los medios insidiosos usados, o por las personas que fueron protagonistas del hecho, o por las particularidades subjetivas y objetivas de la consumación del acto. (Casación Penal, junio 19 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 128, 1ª

APRECIACION DE INDICIOS

- 15 -

La Corte ha explicado en varias ocasiones que no resulta viable como motivo de casación el cargo de error en la apreciación de los indicios (salvo que se trate de indicios necesarios), pues mal podría decírsele al Tribunal que erró al no sentirse convencido por una prueba que la ley ha entregado a la apreciación personal del juzgador. (Casación, LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 25 de 1946) 96, 2ª

APRECIACION DE PRUEBAS

- 16 -

Apreciar una prueba en juicio y fundar en ella una decisión es bien distinto de mencionarla; la valoración de los elementos probatorios implica análisis sobre la admisibilidad de la prueba, sobre su regular advenimiento al juicio, sobre su alcance legal, sobre su mérito probatorio. (Casación Civil, febrero 12 de 1947. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 740, 1ª

ARTICULO 105 DE LA CONSTITUCION NACIONAL (*interpretación del*)

- 17 -

El precepto del artículo 105 de la Constitución Nacional es una pauta o derrotero que deben seguir los congresistas, pero su naturaleza abstracta no permite afirmar en un caso concreto si ha sido quebrantado, pues apenas formalmente tiene carácter imperativo u obligatorio. (Sala Plena, noviembre 15 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 326, 1ª

AUMENTO DE SUELDO A LOS INSTITUTORES-ORDENANZA Nº 13 DE 1939, DE LA ASAMBLEA DE ANTIOQUIA

- 18 -

La Ordenanza número 13 del 29 de mayo de 1939 en que se apoya el actor para cobrar la suma que reclama por concepto de sueldos devengados es un acto de la administración creador de una situación jurídica general, impersonal y objetiva; es una ley departamental. El aumento se decretó para todos los maestros de instrucción primaria del Departamento, no para uno solo. No fue una gracia, un auxilio o concesión a título gratuito, sino un ordenamiento de la Asamblea dirigido a mejorar la remuneración o sueldo de los maestros en razón de sus servicios. Si a la Ordenanza que así señalaba el aumento y fijaba indirectamente la asignación total para los maestros, se agrega el desempeño del empleo, se origina o produce una situación jurídica concreta, personal o individual a su favor, que da nacimiento a un derecho que es preciso reconocer. (Negocios Generales, septiembre 1º de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039). 271, 1ª

AUXILIO DE CESANTIA DE QUE TRATA EL PARAGRAFO DEL ARTICULO 1º DE LA LEY 71 DE 1945

- 19 -

El parágrafo del artículo 1º de la ley 71 de 1945 constituye una sola unidad dispositiva con el inciso que le precede.

El beneficio que el parágrafo en cuestión concede no es una pensión porque no tiene la condición de periodicidad que caracteriza a las pensiones; él constituye un derecho concurrente con el que emana de haber servido por largo tiempo en aquellas dependencias oficiales que ese artículo indica, pero no se confunde con la pensión.

La concesión de ese auxilio corresponde decretarla a la misma autoridad que decreta la jubilación.

La cesantía de que habla ese parágrafo no es la misma que el artículo 6º de la Ley 22 de 1942 establece y cuyo reconocimiento atribuye el artículo 11 al Gobierno Nacional. Esa cesantía no la concede la ley sino a los funcionarios que habiendo estado al servicio de la República en la Rama Jurisdiccional, en el Ministerio Público o en el Contencioso Administrativo por más de

veinte años, completen además la edad de cincuenta y cinco años. (Negocios Generales, noviembre 19 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) 867, 1ª

— B —

BALDIOS

- 20 -

Para adquirir derecho de propiedad sobre terrenos baldíos se necesita título de adjudicación, el cual se obtiene a cambio de bonos de baldíos o mediante la ocupación del terreno y el cultivo del mismo. (Casación Civil, noviembre 26 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 458, 2ª

BIENES REALENGOS

- 21 -

(Véase *Posesión de tierras realengas*").

BIENES VACANTES — QUE DEBE ENTENDERSE POR "PROPIETARIO APARENTE"

- 22 -

Las cosas sin dueño —*res nullius*— de que habla el artículo 673 del Código Civil, han sido catalogadas en dos categorías: las que jamás han tenido dueño y las que han dejado de tenerlo. La caza y la pesca son una especie de ocupación de cosas que no han tenido dueño. El hallazgo de un tesoro es un ejemplo de ocupación de cosas que, habiendo tenido dueño, la noticia de éste ha llegado a perderse. A causa del predominio conocido no pueden adquirirse por ocupación los animales sujetos a domesticidad, ni son *tesoro,* susceptible de ser adquirido por simple ocupación, las joyas u otros efectos preciosos que muestren indicios de pertenecer a un determinado señor. En la categoría de los bienes que no están actualmente bajo dominio, pero que sí lo estuvieron, coloca el Código Civil a los bienes vacantes. (Artículo 706).

Hay diferencia entre bienes vacantes y bienes baldíos, como lo ha dicho la Corte.

Insistiendo en desentrañar el alcance de la disposición legal que define lo que legalmente debe entenderse como un bien vacante en el Derecho Civil colombiano, hay que ver que lo esencial allí es la ausencia de dueño conocido o siquiera aparente. Como la ley no da definición expresa de "dominio aparente", hay que tomar la noción de acuerdo con el uso general que tiene la palabra "aparente". Apariencia es el parecer exterior, o el exterior de una cosa. De modo que como dueño aparente de una cosa debe tenerse a quien figura como amo y señor de ella, que la usa, la disfruta y dispone de ella. Luis Josserand da esta definición: "Propietario aparente es aquel que ante el público pasa como dueño de un bien que en realidad pertenece a otra persona. En otros términos: es aquel que tiene la posesión del estado de propietario, sin estar investido de tal estado".

Si al ventilarse el denuncio de bienes vacantes resulta que a la declaración de vacancia se opone quien ha tenido todas las apariencias de dueño y que, a fuer de poseedor, se le debe reputar dueño mientras otra persona no justifique serlo (artículo 762, C. C.), entonces al opositor hay que darle el tratamiento de poseedor con todas las ventajas que a éste le reconocen la ley y la doctrina. (Negocios Generales, noviembre 15 de 1946. T. LXI, números 2042-2043 y 2044) 857, 2ª

BUENA FE — SUS EFECTOS EN CONTRA DEL DUEÑO REIVINDICANTE

- 23 -

La buena fe con que obra uno de los contratantes está prevista en la ley colombiana con efectos a la restitución de frutos, según los artículos 963 y siguientes del Código Civil, y al fenómeno de la prescripción ordinaria adquisitiva de dominio, según el artículo 2548, en armonía con el 764 de la misma obra. La buena fe de quien compra a quien no es dueño una cosa ajena sirve para ganar por prescripción ordinaria la propiedad de la cosa, en virtud de que el adquirente es poseedor regular, posesión que supone *justo título* y *buena fe* (artículos 764 y 2528, C. C.), pero esta buena fe, antes de consumada la prescripción por el adquirente, no es útil contra el *verum dominum* en reivindicación. (Casación Civil, agosto 23 de 1946. T. LXI, números 2038 y 2039).....27, 1ª y 2ª

— C —

CADUCIDAD Y PRESCRIPCION. DIFERENCIAS

- 24 -

Al lado de la prescripción liberatoria, como medio de extinguir las acciones en juicio, se admite desde hace algún tiempo y con mayores o menores reservas por parte de los tribunales de justicia, el de la caducidad o término perentorio, el cual puede producir —es verdad— los mismos efectos, pero cuyos fundamentos esenciales así como su régimen en la actuación positiva del derecho son muy distintos de los que integran aquella figura jurídica. En otras palabras, y de acuerdo con esta concepción, la prescripción civil no viene a ser único medio —sino simplemente uno de los medios jurídicos— de extinguir las acciones por el transcurso del tiempo. Si la caducidad—según la definición de los expertos—es la extinción del derecho o la acción por cualquier causa —como el transcurso del tiempo— muy claro resulta su diferencia sustancial con la prescripción extintiva o liberatoria, pues ésta, al menos dentro del lenguaje de nuestro Código Civil, sólo admite como causa para producirse cierto lapso de tiempo durante el cual no hayan sido ejercitadas las acciones por el interesado. (Artículo 2535). La caducidad es toda extinción; en tanto que la prescripción liberatoria únicamente puede sobrevenir por el transcurso del tiempo; de donde se sigue que no es prescripción tampoco la caducidad que se produce por el simple hecho de transcurrir el término preestablecido para el ejercicio de la acción civil, aunque por este aspecto pueda admitirse que tengan caracteres comunes y que, por ende, exista entre ellas cierta analogía. Las líneas generales de diferenciación entre los dos medios de extinguir las acciones y derechos según la concepción de los técnicos y el desenvolvimiento del Código Civil y de las normas generales contenidas en otras leyes, son estas:

A) Aunque excepción de naturaleza perentoria, la prescripción debe ser propuesta o alegada por quien quiera aprovecharse de ella, pues no es susceptible de ser declarada de oficio (artículos 253 C. C. y 343 C. J.). Es, por consiguiente, un medio de defensa al alcance de la parte demandada, lo que quiere decir que no puede operar sino cuando se ha conformado la relación procesal, o sea una vez que se promueve la acción y el adversario se propone extinguirla por tal vía. De ahí que la prescripción extintiva no

tiene cabida sino *ope exceptionis.* Por el contrario, la caducidad puede ser declarada de oficio por el juez, pues sería inadmisible que vencido el plazo señalado por la ley para el ejercicio de la acción o del recurso, sin embargo se oyera al promotor de la una o del otro. Aparecen como ejemplos de estas caducidades los términos señalados en el Código de Procedimiento para el cumplimiento de ciertos actos, la interposición de recursos, etc., los cuales no pueden producir resultado de ningún género si no se cumplen dentro de la oportunidad prevista, pues de otro modo se surte con respecto a ellos un efecto preclusivo. En este sentido la caducidad opera *ipso jure,* vale decir que no es necesario instancia de parte para ser reconocida.

B) La prescripción es renunciable de modo expreso o tácito, en las condiciones previstas en los artículos 2514 y 2515 del Código Civil. La caducidad no lo es nunca, lo cual se explica por la naturaleza de orden público que en ésta última tiene el término preestablecido por la ley positiva para la realización del acto jurídico.

C) Los términos de prescripción admiten suspensión y pueden ser interrumpidos. Es la regla general que domina el fenómeno, si bien es cierto que algunas prescripciones breves —las señaladas en los artículos 2542 y 2543— corren contra toda clase de personas y no son, por tanto, susceptibles de suspensión. Pero tal circunstancia no altera ni disminuye la diferencia apuntada, puesto que los plazos de caducidad no comportan jamás la posibilidad de ser ampliados por medio de la suspensión y deben ser cumplidos rigurosamente so pena de que el derecho a la acción se extinga de modo irrevocable. La interrupción de la prescripción impide que ésta se produzca. En la extintiva o liberatoria la interrupción civil por la notificación judicial de la demanda hace legalmente eficaz el ejercicio del derecho o de la acción. Con respecto a la caducidad no puede hablarse de interrupción, desde luego que en el mismo supuesto —la presentación de la demanda dentro del término preestablecido— es el ejercicio mismo de la acción, el adecuado acomodamiento al precepto que instituye el plazo.

D) La prescripción corre o empieza a contarse desde que "la obligación se hace exigible", lo que implica siempre la existencia de una obligación que extinguir. (Artículo 2533, inciso 2º). La caducidad por el trancurso del tiempo no la supone necesariamente, ya que la consagra la ley en forma objetiva para la realización de un acto jurídico o un hecho, de suerte que el plazo prefijado sólo indica el límite de tiempo dentro del cual puede válidamente expresarse la voluntad inclinada a producir el efecto de derecho previsto. (Negocios Generales, octubre 1º de 1946. T. LXI, números 2040-2041) ..... 590, 1ª y 2ª

CADUCIDAD DE LA ACCION ORDINARIA SOBRE PETROLEOS

- 25 -

(Véase en *Petróleos* este subtítulo).

CAMBIO DE RADICACION DE PROCESOS

- 26 -

Así como para que una causal de impedimento o recusación prospere, exige la ley que el parentesco sea próximo, la amistad íntima, la enemistad grave, el interés directo, el prejuzgamiento concreto, la vincu-

lación, en fin, inmediata, también debe reclamarse que las causas que han de inducir a sustraer un proceso del conocimiento de sus jueces ordinarios sean poderosas; así en tratándose de las influencias sociales, políticas o económicas de una familia, que son las que generalmente se invocan, deben ser tan sobresalientes y visibles, que hagan temer que la honestidad de los jueces, sometida a ellas, no habrá de salir airosa de la prueba, según acontece de ordinario; porque a la posibilidad de faltar al cumplimiento de sus deberes debe oponerse la presunción de rectitud que ampara con mayor eficacia a los administradores de justicia, por las funciones de su ministerio, que al común de los ciudadanos.

La Corte insiste en pensar que la sola preeminencia social, demostrado que existe, pero no en forma dinámica de influencia sobre los administradores de justicia, no puede autorizar un cambio de radicación. (Auto, Sala de Casación Penal, LXI, números 2038 y 2039, septiembre 27 de 1946). 201, 2ª

CARGA DE LA PRUEBA

- 27 -

Es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho, o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida o se equivoca en su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones. (Casación Civil, agosto 30 de 1946. T. LXI, números 2038 y 2039) 47, 1ª

CASACION

- 28 -

La acusación por violación directa de la ley en casación, sólo es procedente a virtud de la interpretación equivocada o errónea del contenido de un precepto legal, en sí mismo considerado, esto es, independientemente de la cuestión de hecho que se trata de regular. (Casación, LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 25 de 1946) 454, 1ª

CASACION

- 29 -

Es jurisprudencia conocidísima y constante la de que la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas, cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción. (Casación, LXI, números 2040 y 2041, noviembre 22 de 1946) 437, 2ª

CASO FORTUITO

- 30 -

Es requisito para que haya caso fortuito, de acuerdo con el artículo 1º de la ley 95 de 1890, que no se pueda prever, porque si puede serlo y por ello evitarse el daño, desplegando prudencia, no existe. Si no se puede prever, pero sí resistir, obrando con cierta diligencia, tampoco existe. (Negocios Generales, septiembre 27 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 576, 2ª

CAUCION DE SANEAMIENTO

- 31 -

Claramente se deduce del artículo 1016 del C. J. que la facultad que la ley otorga

l demandado en el juicio ejecutivo tiene or fin darle un medio de defensa, a fin de mpedir que le sean embargados bienes en antidad mayor a la necesaria para cumlir con la obligación que se reclama; y de tra parte, constituye la caución de saneamiento una garantía para el ejecutante en l sentido de que con ella el demandado responde por la propiedad de los bienes manifestados por él y de que éstos son suficientes para cubrir el monto de la ejecución y las costas procesales. Si el demandado no hace uso de su derecho de manifestar bienes para atender a las resultas del juicio o lo hace deficientemente, no puede privarse al ejecutante de la facultad de denunciar los que estime convenientes para asegurar el cumplimiento efectivo del crédito objeto del cobro; ni mucho menos resulta jurídico aplazar el ejercicio de esta facultad bajo pretexto de que no se hubiera otorgado término para que el deudor preste la garantía de saneamiento. (Auto, Sala de Negocios Generales, noviembre 9 de 1945. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 205, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 32 -

La primera causal de casación consagrada en el numeral 1º del artículo 520 del C. J. es siempre la de violación de ley sustantiva, en la cual puede incurrir el fallador de tres maneras diferentes: por infracción directa; por interpretación errónea y por aplicación indebida, y como cada uno de esos cargos deriva de fuentes distintas se ha exigido, para el mejor éxito del recurso y atendiendo a la limitada libertad con que la Corte actúa en casación, que el recurrente exprese con claridad y precisión por cuál de los tres casos de violación de la ley acusa la sentencia. De allí que se haya llegado hasta sostener que "la Corte no puede tener en cuenta los motivos de casación consistentes en infracción de determinadas disposiciones sustantivas cuando el recurrente no expresa el concepto de la infracción" o cuando, expresando alguno, no acierta con el que en realidad correspondía y debía invocar. (Casación, LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 30 de 1946) 398, 2ª

CAUSAL 1ª DE CASACION — ERROR EN LA APRECIACION DE PRUEBAS

- 33 -

Ha dicho la Corte que cuando se alega error en la apreciación de las pruebas y aun llega a demostrarse, pero no se hace ver luego que tal error indujo a una violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente en casación que así procede se ha quedado en mitad del camino, su recurso no ha culminado y, por consiguiente, no puede prosperar. La tesis complementaria de ésta podría enunciarse así: cuando se acusa en casación una sentencia *únicamente* por violación directa de la ley sustantiva, se presupone que no hay cargos de error en la apreciación de las pruebas, pues si los hubiera, lo procedente sería alegar violación indirecta de la ley sustantiva por dicho error, ya que no es dable llegar al fin sin emplear los medios y recorrer el camino que a él conduce. (Casación Civil, octubre 30 de 1946 T. LXI, números 2040-2041) .. 405, 1ª

CAUSAL 1ª DE CASACION

- 34 -

Cuando el recurrente se apoya en la primera causal de casación, invocando el quebrantamiento de normas sustantivas por mala apreciación de pruebas, no debe olvidarse que el motivo preciso de tal violación ha de ser determinada disposición de la índole expresada, que debe señalarse indicando el concepto en que se ha infringido.

Igualmente en innumerables fallos ha ex-

presado la Corte que en la acusación por indebida apreciación de la prueba es necesario demostrar un error evidente de hecho que aparezca de modo manifiesto en los autos y que envuelva un quebrantamiento de la ley sustantiva, o un error que implique ese mismo quebrantamiento. (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 766, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 35 -

La causal de casación consistente en falta de consonancia entre lo pedido y lo fallado —ha dicho la Corte— no tiene cabida sino cuando el juzgador ha deducido una acción distinta de la ejercitada, variando los términos de la demanda o cuando ha fallado en más de lo pedido, o cuando no ha desatado uno de los puntos sobre que versa la controversia. Unicamente en estas circunstancias puede prosperar el cargo por falta de consonancia, pero no cuando la sentencia es absolutoria, "pues el fallo absolutorio resuelve todas las cuestiones contenidas en la demanda y en la contestación y guarda congruencia entre lo pedido y lo sentenciado". Es la parte resolutiva del fallo la que obliga, la que fija las relaciones jurídicas emanadas de la sentencia. La simple amplitud en el examen del negocio y la consideración de aspectos singulares de éste no puede representar por sí sola el desconocimiento de lo pretendido por las partes. Es necesario que en la parte resolutiva se haya resuelto sobre puntos ajenos a la controversia, o no se haya decidido sobre alguno 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. Dos extremos sirven, por consiguiente, de manera exclusiva, para estudiar esta causal: los pedimentos de la demanda y su contestación, y la parte resolutiva de la sentencia. Cuando se presenta una sentencia absolutoria no hay lugar a decretar la infirmación del fallo por la causal segunda invocada. (Casación Civil, 31 de enero de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 718, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 36 -

La invocación de la causal 2ª del artículo 567 del Código de Procedimiento Penal implica el estudio completo de los elementos que obran en el proceso: de ahí que se haya dicho que al considerar esa causal la Corte de Casación asume funciones de Tribunal de instancia. Se asemeja apenas, pero sin convertirse realmente en una tercera instancia. Porque la casación es un juicio sobre la sentencia. Si el ataque a ella, a su construcción jurídica, resulta comprobado, la sentencia cae y debe reemplazarse por la que corresponda. Pero esto no quiere decir que si la crítica es desacertada o mal enfocada, porque se dirigió, por ejemplo, a un aspecto del proceso no susceptible de reparo, dejando intacto otro combatible, o si los argumentos del recurrente respecto de cuestiones planteadas en la sentencia y debatidas en el recurso son eficaces para obtener la invalidación de aquélla, existiendo, sin embargo, otras, que no fueron materia ni de la primera (sentencia) ni del segundo (recurso) y conforme a las cuales proceda una solución distinta a la pedida, la Corte está obligada a sustituír al fallador y al demandante llenando los vacíos de ambos. La razón es muy clara: el procedimiento de oficio le está vedado a la Corte. Su actuación está circunscrita a una controversia, enmarcada por los fundamentos del recurso respecto de la estructura jurídica del fallo. (Casación Penal, octubre 16 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 833, 1ª

CAUSAL 2ª DE CASACION

- 37 -

La simple discrepancia del fallo con las pretensiones de las partes no justifica el ataque por la causal segunda. Se necesita que el Tribunal se haya abstenido en absoluto de considerar algún punto esencial y petitorio de la litis, o que no haya pronunciado decisión acerca del mismo. Pero cuando la sentencia es absolutoria respecto de todas las acciones incoadas y se ha pronunciado expresamente sobre ellas, no puede calificarse de incongruente con la demanda. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 25 de 1946).....98, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 38 -

En variadas ocasiones ha repetido la Corte que en los juicios ventilados ante el Jurado es inadmisible la causal segunda, porque si lo fuera el análisis de las pruebas y la discriminación de los hechos implicaría el entrar a estudiar una causal abolida: la de injusticia notoria. (Auto, Sala de Casación Penal, LXI, Nos. 2038 y 2039, julio 10 de 1946).....137, 2ª

CAUSAL 2ª DE CASACION EN MATERIA PENAL

- 39 -

Como lo ha dicho la Corte en numerosos fallos, la causal 2ª no es procedente en los juicios en que interviene el Jurado, porque la apreciación de las pruebas en esos casos la hace el tribunal popular y la declaración de injusticia notoria del veredicto o de contraevidencia de los hechos es cuestión propia de las instancias y no de este recurso extraordinario. (Casación Penal, septiembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039). 180, 1ª

La Corte Suprema ha establecido que en los juicios sometidos a intervención del jurado no es procedente la alegación de la causal segunda de casación, pues si ella se admitiera este recurso de tan estricta técnica se vería convertido en una tercera instancia. (Casación Penal, septiembre 12 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039)...182, 1ª

CAUSAL 3ª DE CASACION

- 40 -

Para invocar útilmente la causal 3ª ante la Corte se requiere, como se desprende del propio tenor del numeral 3º del artículo 520 del C. J., que el recurrente haya pedido en tiempo oportuno aclaración de la sentencia y que a pesar de ello subsistan en la parte resolutiva declaraciones o disposiciones contradictorias. (Casación, LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 30 de 1946).....107, 2ª

CAUSAL 6ª DE CASACION. — LEGITIMACION PARA OBRAR

- 41 -

La causal 6ª, reconocida por el artículo 520 del C. J., como lo ha dicho la Corte en numerosas oportunidades, en cuanto se refiere a ilegitimidad de personería, no puede aducirse como reparo a la existencia del derecho o de la acción en cabeza del demandante; tal circunstancia configura el fenómeno conocido con el nombre de legitimación para obrar, y es una de las condiciones de la acción, o sea, los requisitos indispensables para alcanzar sentencia favorable. Difieren estas condiciones de los pre-

supuestos procesales, precisamente en la misma medida en que debe distinguirse la acción de la relación procesal. Las cuestiones de fondo (*meritae causae*) se llaman así en frente a los presupuestos procesales que son apenas necesarios para que en el proceso sobrevenga un fallo estimatorio de la demanda, ora rechazando, ora acogiendo sus peticiones. La personería cuya ilegitimidad anula lo actuado es la tradicionalmente llamada adjetiva, presupuesto procesal denominado comúnmente *legitimatio ad processum*; la identidad de la persona del actor con la persona a la cúal la ley le concede la acción, condición de aquélla, llamada *legitimatio ad causam*, y por algunos personería sustantiva, es cuestión de fondo que debe dilucidarse en el fallo, y cuya existencia condiciona el éxito de la gestión actora, pero no la validez o regularidad del procedimiento. (Casación Civil, enero 31 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044). 713, 1ª

CAUSAL 6ª DE CASACION

- 42 -

La ilegitimidad de la personería a que se refiere el sexto de los motivos de casación, erigida en causal de nulidad en todos los juicios por el numeral 2º del artículo 448 del C. J., es la que se refiere a la facultad de representar en juicio o personería simplemente adjetiva y no a la personería sustantiva, que se refiere al fondo mismo de la cuestión debatida y cuya ilegitimidad se confunde con la inexistencia misma del derecho demandado o de la acción incoada. (Casación Civil, noviembre 22 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 436, 1ª

CAUSAL 6ª DE CASACION

- 43 -

(Véase *Nulidad por falta de citación o emplazamientó o por indebida representación*).

CELOS — SU INFLUENCIA SOBRE LA VOLUNTAD

- 44 -

Los celos, inclinación de ánimo, forma de la envidia, temor de haber perdido lo que se quiere, transformados en pasión, pueden obnubilar la voluntad y suprimir su dominio, tornándose la personalidad en una verdadera fuerza incontrolable. Desde este punto de vista ya puede afirmarse que el sujeto que ha obrado a través de un desequilibrio de sus fuerzas anímicas está procediendo de manera anormal. (Casación, LXI, Nos. 2038 y 2039, julio 31 de 1946). 156, 2ª

CERTIFICADO DEL REGISTRADOR

- 45 -

El certificado de que habla el artículo 635 del Código Judicial no se exige para los juicios de reivindicación, porque la ley no lo ha dispuesto especialmente así y porque en tales juicios lo que debe hacerse es la comparación de títulos entre los presentados por demandante y demandado, para darle preferencia al más antiguo, sin que sea necesario remontar la cadena hasta llegar al más antiguo o primitivo, y así, para que la acción prospere, es suficiente que el actor acompañe un título, en debida forma otorgado, anterior al del demandado. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 22 de 1946) 439, 2ª

CERTIFICADO DEL REGISTRADOR

- 46 -

En numerosas decisiones y de modo uniforme ha sostenido la Corte que para el ejercicio de la acción de dominio no se re-

quiere la exhibición del certificado a que se refiere el artículo 635 del Código Judicial, porque esta especie de controversias no está destinada a demostrar la validez de sucesivas transferencias de la propiedad de la finca reivindicada en lapso mayor de treinta años, sino a confrontar el título del actor con el del demandado, o con la posesión que éste alega, para decidir en cada caso y sólo con efecto entre las partes litigantes, cuál de esas situaciones debe respetarse por ser jurídicamente prevaleciente. (Casación Civil, febrero 7 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 728, 2ª

CESION DE CREDITOS

- 47 -

De conformidad con el artículo 33 de la ley 87 de 1887 para que la cesión de un crédito se realice es necesario, además de entregar el título, la anotación del traspaso del derecho con la designación del cesionario; y para que produzca efectos contra el deudor y contra terceros, la notificación hecha por el cesionario al deudor y la aceptación de éste. (Artículos 1960 y 1961 C. C.). (Negocios Generales, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 582, 1ª

CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

- 48 -

(Véase *"Complicidad previamente concertada"* como circunstancia de mayor peligrosidad).

CLAUSULA DE NO RESPONSABILIDAD EN EL TRANSPORTE AEREO. SU VALIDEZ

- 49 -

La cláusula de no responsabilidad, admisible en el Derecho marítimo, lo es también en el Derecho aéreo, en relación con los llamados riesgos del aire; sólo que esa cláusula tiene únicamente el efecto de permitirle al transportador la prueba de la ausencia de culpa. Esa cláusula de no responsabilidad, inserta en los tiquetes de viajes aéreos, consistente en que el empresario no asume los riesgos del vuelo, no es válida sino para exonerar al transportador en cuanto se le pretenda exigir la prueba del caso fortuito y de la fuerza mayor en caso de accidente, aplicándole el ordinal 4º del artículo 322 del Código de Comercio, o el 2072 del Código Civil, o las disposiciones del Derecho marítimo, con un alcance mayor del indicado por la Corte en los numerales D y E. Y esto, en razón de que siendo entre nosotros el Derecho aéreo un derecho nuevo, apenas en formación jurisprudencial, comoquiera que nada se ha logrado en el particular, no es natural que se le impida al transportador aéreo estipular cláusulas autorizadas de modo general por el derecho común. En efecto, el artículo 1604 del Código Civil determina la responsabilidad del deudor por la culpa en la inejecución del contrato, y lo hace responsable del caso fortuito durante la mora. No habiendo ley especial que haga de cargo del transportador aéreo el caso fortuito, sería arbitrario negarle el derecho a incluír en el pasaje la cláusula de adhesión de que en caso de accidente se liberta de responsabilidad probando meramente la ausencia de culpa, que es el sentido que la Corte le asigna a la mentada cláusula de no responsabilidad, o no asunción de riesgos, y sentido —un término medio que concilia los intereses del empresario con los del pasajero —en el cual tienen plena validez. (Casación Civil, noviembre 29 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 668, 2ª

CLAUSULA PENAL

- 50 -

La cláusula penal o pena convencional es un pacto por el cual se obliga el deudor a una determinada prestación o indemnización si deja de cumplir una obligación contractual, o si la cumple con atraso; de modo que la estipulación es al mismo tiempo un modo de coacción contra el deudor y una indemnización debida al acreedor, no sólo por incumplimiento, sino aun por la morosidad en que haya podido incurrir. En los contratos bilaterales en que existen obligaciones recíprocas de las partes, se puede pactar tal pena o multa a cargo del incumplido. La pena es la estimación anticipada del perjuicio que se causa a la otra parte por el incumplimiento de lo pactado o por el mero retardo. (Artículo 1600 C. C.). (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI. Nos. 2042-2043-2044) 767, 1ª

COMPETENCIA PARA EL CONOCIMIENTO DE LA ACCION DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR CULPA

- 51 -

Cuando la culpa se produce en las relaciones propias del derecho privado, la justicia ordinaria es la competente para desatar las controversias que de ello resulten. Cuando la culpa se origina en un hecho o acto de la administración que afecta a particulares, es la justicia especializada, la administrativa, la que debe fallar en las litis que se produzcan. (Negocios Generales, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 536, 2ª

COMPETENCIA PARA CONOCER DE LAS CAUSAS DE RESPONSABILIDAD SEGUIDAS CONTRA LOS MAGISTRADOS DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

- 52 -

La Corte tiene competencia para juzgar a los Magistrados de lo Contencioso Administrativo. (Artículos 151 Constitución Nacional; 42, ordinal 6º del C. de P. P. y 45 L. 167 de 1941). El precepto que les dio a esos Magistrados la misma categoría que a los de los Tribunales Superiores, encierra la jurisdicción y competencia necesarias para juzgarlos por responsabilidad, de acuerdo con dicha categoría. (Casación Penal. octubre 14 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041). 512, 2ª

COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE LOS FISCALES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES POR DELITOS DE RESPONSABILIDAD

- 53 -

Si de conformidad con el artículo 142 de la Constitución Nacional los Fiscales de los Tribunales Superiores deben llenar las mismas condiciones de los Magistrados de los Tribunales para ser nombrados, se sigue que tienen la misma categoría y que, correspondiendo a la Corte el juzgamiento de éstos, también le corresponde el de aquéllos. En consecuencia, los Fiscales de los Tribunales no pueden ser juzgados por un Juez Superior, que no tiene la categoría de aquéllos. Es necesario concluír, dice el Procurador Delegado en lo Penal, que el Código de Procedimiento Penal no rige en lo concerniente a la competencia para conocer de los negocios penales contra los Fiscales de los

Tribunales Superiores, sino la Constitución misma. (Casación Penal, agosto 12 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....167, 2ª

COMPETENCIA DE LA JUSTICIA ORDINARIA PARA CONOCER DE INCIDENTES DE EXCEPCIONES Y TERCERIAS EN JUICIOS POR JURISDICCION COACTIVA

- 54 -

Acusados de inconstitucionalidad el artículo 3º y el 4º de la ley 67 de 1943, declaró la Sala Plena de la Corte que son exequibles, salvo en cuanto dichas disposiciones se refieran: 1º *A incidentes de excepciones* cuando el juicio por jurisdicción coactiva se funda en un acto de gestión de la Administración; y 2º *A tercerías,* cuando la que se propusiera, o alguna de ellas se fundare en acto de gestión de la Administración o en un acto entre particulares. (Negocios Generales, marzo 20 de 1947, LXI, Nos. 2042-2043-2044).....896, 1º

COMPETENCIA PARA CONOCER DEL JUICIO DE SUCESION

- 55 -

En presencia de circunstancias constitutivas de domicilio civil de una persona en dos secciones territoriales, el caso, para los efectos de la jurisdicción del juez que debe conocer del juicio de sucesión de una persona que tuvo varios domicilios, se regla por el numeral 5º del artículo 152 del Código Judicial, según el cual el conocimiento del juicio corresponde, de modo privativo, al juez del domicilio donde el causante tuvo *el asiento principal de sus negocios.* (Negocios Generales, diciembre 16 de 1946. LXI, Nos. 2042-2043-2044).....889, 2ª

COMPLICIDAD

- 56 -

Sobre el fenómeno de la complicidad, bajo el ámbito clásico del antiguo Código, se había analizado la diversidad de fases y valores que puede tener en relación con el delito como entidad objetiva, pero no con el delincuente como entidad subjetiva. Todavía se venía poniendo en práctica la tesis de que el hecho de la participación de varios sujetos en la consumación del delito sólo se tenía en cuenta únicamente para calcular la responsabilidad merecida en cuanto a la importancia o cantidad de su participación. Este era el origen de la diferencia de las formas de concurso: autor, el que ejecutaba el acto consumativo; correos o coautores, los que cooperaban directamente en la consumación del ilícito, y cómplices los demás que no participaban directa, actual o inmediatamente sino lejana, remota o indirectamente. La distinción de la ciencia tradicional sobre el concepto de complicidad en los elementos de cualidad, grado, modo, tiempo, eficacia, se dirige exclusivamente a medir la responsabilidad de los copartícipes, esto es, a establecer que al dividir los concursantes en correos y cómplices, a éstos se les debe aplicar una pena menor. La escuela positiva vino a imponer un criterio nuevo referido ante todo a la necesidad de destacar la importancia que tiene el fenómeno de la complicidad respecto del delincuente, como entidad subjetiva. El infinito cúmulo de apreciaciones, fases, distinciones y teorías de la complicidad de la escuela clásica, para llegar a distinguir el grado de culpabilidad según la importancia o eficacia de la participación —criterio proveniente de la concepción objetiva del delito—, vino a ser reemplazado por el concepto de la coparticipación basado sobre la intención uni-

ficada del propósito delictuoso, índice de la peligrosidad del sujeto activo.

Analizando las disposiciones del Código Colombiano respecto del fenómeno de la complicidad se observa que se estableció un criterio ecléctico, tomando el factor coparticipación genérica como grado para establecer la responsabilidad del concursante (concepto positivo), artículo 19, y discriminando al mismo tiempo en el artículo 20 la acción del coparticipante no necesario, como digna de una menor responsabilidad (escuela tradicional). En tal forma, dentro del Código aparece el fenómeno de la complicidad tomado en sus tres aspectos primordiales: a) Como concurso de acciones voluntarias, coparticipación estatuída como elemento específico de un delito, así el ilícito tipo denominado en nuestro Código asociación para delinquir (artículo 208); b) Como concurso de acciones voluntarias que participan en diferente grado de eficacia en la realización del delito por lo cual la responsabilidad estará proporcionada a la diferente cantidad de participación (artículos 19 y 20); y c) Como simple pluralidad de sujetos activos que, por esa misma circunstancia, hacen más peligrosa su actitud, modalidad incluída en el numeral noveno del artículo de las circunstancias de mayor peligrosidad. (Casación Penal, septiembre 30 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) .....484, 1ª y 2ª

"COMPLICIDAD PREVIAMENTE CONCERTADA" COMO CIRCUNSTANCIA DE MAYOR PELIGROSIDAD

- 57 -

La circunstancia de mayor peligrosidad que habla de "el obrar con la complicidad de otro, previamente concertada" no se refiere a la complicidad genérica de los artículos 19 y 20 del Código Penal, sino que tiene su verdadero fundamento jurídico en la mera pluralidad de sujetos activos del delito, esto es, su aplicación se hace imperativa, por el solo hecho de ser dos los participantes en el hecho ilícito. Sin embargo, del texto del numeral 9º del artículo tantas veces nombrado surge una duda. Al hablar el Código de "obrar con la complicidad de otro, "previamente concertada", ¿esta locución *previamente concertada* se referirá al fenómeno jurídico de la premeditación y, por tanto, excluirá la aplicación de la circunstancia del numeral 5º que habla de la preparación ponderada del delito? Indudablemente no. Cuando en el numeral noveno se habla de complicidad previamente concertada se está especificando el acuerdo previo para diferenciarlo del acuerdo instantáneo de dos delincuentes ocasionales que coincidencialmente perpetran un delito conjuntamente pero sin haberse puesto de acuerdo para ello. Naturalmente aquí la pluralidad de sujetos activos no tiene el significado de peligrosidad que representa la típica "pareja de criminales". Por eso, dondequiera que aparezca la complicidad, esto es, la coparticipación instantánea y coincidencial de dos delincuentes no se les puede aplicar la agravante aludida. Por otro aspecto, la locución *previamente concertada* no se refiere al acuerdo previo sobre los móviles, determinantes, antecedentes, circunstancias y preparación y ejecución del delito. El previo acuerdo o concierto se predica de la pluralidad, esto es, que las dos voluntades se hayan unificado antes de la realización del delito, sin que sea necesario que se armonicen sobre los hechos y circunstancias de preparación del mismo. Aceptado, pues, que el concierto previo sólo se refiere a la antecedencia de la pluralidad de las voluntades con respecto al delito, es necesario deducir que el fenómeno de la preparación

ponderada del delito es agravante diferente y de forzosa aplicación siempre que ella aparezca. Además, el concierto previo se refiere a la unificación de voluntades sobre un determinado hecho y la preparación ponderada al modo de ejecución del hecho ilícito. (Casación Penal, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 486, 2ª

COMPRAVENTA

- 58 -

Ningún texto legal le otorga al comprador de un inmueble derecho para retener *manu militari* una parte o la totalidad del precio, sin exponerse a las contingencias legales correspondientes, y sólo en las circunstancias excepcionales previstas en el inciso 2º del artículo 1929 del C. C. tiene facultad para depositarlo, pero mediante previa autorización de la justicia. (Casación, LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 23 de 1946) 366, 2ª

COMPRAVENTA

- 59 -

Por medio de la compraventa una de las partes transfiere una cosa determinada a la otra, y ésta ha de dar una suma de dinero, que es su precio. Esto configura el contrato de compraventa tal como lo define el artículo 1849 del C. C., sin que la estipulación de que esa suma se aplique a pagar una deuda del vendedor a favor de un tercero altere la esencia ni la naturaleza del contrato. (Casación Civil, agosto 22 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....19, 1ª

COMPRAVENTA — ARTICULO 1934

- 59-bis -

El artículo 1934 del Código Civil se refiere a los terceros y no a los contratantes. (Casación Civil, agosto 22 de 1946. Tomo LXI, Nos. 2038 y 2039).....19, 1ª

COMUNIDAD

- 60 -

La comunidad es un cuasicontrato y se forma de hecho sin que las personas que en él aparecen celebren convención alguna para constituír una entidad autónoma, v. gr., una sociedad. De donde se infiere que la comunidad no es una persona jurídica, en rigor legal, pero sí constituye una entidad con capacidad de adquirir derechos y contraer obligaciones. El comunero puede pedir para la comunidad, pero no es por la razón de que los comuneros se representen unos a otros o a la comunidad, sino en virtud de que el comunero, cuando litiga en favor de la comunidad, tiene un interés propio que se confunde con el de ésta. Tal cuestión es sustantiva o de fondo. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 567, 1ª

CONCURRENCIA DE CULPAS

- 61 -

El artículo 2357 del C. C. no contiene una tarifa o indicación precisa de la reducción en él autorizada cuando hay concurrencia de culpas, lo que significa que en este caso implícitamente, como explícitamente en otros análogos, el legislador defiere a la prudencia del Juez, es decir, que en casación no es posible infirmar un fallo porque la Corte crea que, a haber sido fallador de instancia, habría aumentado o disminuído la reducción señalada por el Tribunal. (Casación Civil, septiembre 11 de 1946. Tomo LXI, Nos. 2038 y 2039).....58, 1ª

CONCURSO DE DELITOS — SISTEMA DE LA ACUMULACION JURIDICA

- 62 -

Es bien sabido que el sistema legal adoptado entre nosotros en caso de concurso de delitos es el de la llamada acumulación jurídica, de conformidad con el cual establecida la pena para el delito más grave, ésta se puede aumentar hasta en otro tanto; pero es natural que el aumento por razón del delito de menor entidad no puede sobrepasar a la cantidad máxima de pena señalada para la más leve infracción, pues de lo contrario se incurriría en el error de sumar aritméticamente la pena para acumularla, violando la ley en el sentido de que la pena del delito menor podría llegar a ser superior a la cuantía máxima para él prefijada en la ley. Es claro que para hacer las correspondientes operaciones el Juez debe partir de la pena correspondiente al delito más grave para luego acumular la del delito o delitos más leves, según el caso. Pero no es dable hacer la operación hablando simplemente de la existencia de los dos delitos y señalando la pena sin que se haya dicho previamente cuál sea la pena básica a la que deba sumarse el aumento a que se refiere el artículo 33. (Casación Penal, julio 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039). 140, 2ª

CONDENA EN COSTAS

- 63 -

(Véase *"Costas"* en los Nos. 71 y 72).

CONDENACION EN PERJUICIOS

- 64 -

Las normas sobre condenación en perjuicios son de obligatorio cumplimiento, de suerte que toda sentencia condenatoria, sin excepción alguna, debe contener dicho pronunciamiento, por exigirlo así el artículo 92 de la ley penal, bien sea que para llegar a tal conclusión intervenga el ofendido o sus herederos, o el Agente del Ministerio Público, en ausencia de ellos.

El Juez de derecho no puede eludir la condena en perjuicios a pretexto de que no se determinaron en la respectiva investigación, porque cuando esto ocurre, la condena se hace en forma abstracta y no en concreto como sucede cuando los interesados intervienen en la regulación de ellos. Tampoco puede prescindir de condenar en perjuicios, alegando que el hecho fue realizado por un anormal, porque no hay disposición legal que lo autorice. Si el Código Penal estableció como base de la imputabilidad el criterio de la responsabilidad legal, toda persona que infrinja la ley debe responder, no sólo de esta violación, sino también de todas las consecuencias derivadas de su acto, o sea de los perjuicios causados al ofendido. (Artículos 11 y 92).

Todo delito produce un daño, que es de dos órdenes: público y privado. El primero, es el que sufre la sociedad y por consecuencia lógica el Estado, como producto del acto antisocial del hombre que infringe la ley penal; el segundo, es el que recae sobre el sujeto pasivo del delito, como resultado del hecho ejecutado por el agente activo del mismo, daño privado que origina el derecho a favor de la víctima o de sus herederos para pedir la indemnización o resarcimiento de perjuicios causados por el ilícito.

La indemnización de daños y perjuicios no tiene propiamente el carácter de pena, sino de medida accesoria o reparadora, derivada de un delito o de una culpa penal. Si fuera sanción principal, se denominaría pena pecuniaria, tal como la contempló la Comisión Redactora del Código Penal en su

respectivo proyecto, y terminaría o se extinguiría con la muerte del reo o procesado. Pero como la indemnización de daños y perjuicios no tiene dicho carácter, ella puede hacerse efectiva sobre los bienes del causante. (Artículo 100 del C. P.). (Casación Penal, junio 26 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) 792, 2ª

CONDICION POTESTATIVA

- 65 -

La condición potestativa o la potestativa mixta no es nula; sólo lo es la simplemente potestativa que consista en la mera voluntad de la persona que se obliga, es decir, del deudor. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 30 de 1946).....401, 2ª

CONFESION EXTRAJUDICIAL

- 66 -

El artículo 608 del Código Judicial confía al sentenciador de instancia la facultad de otorgarle o no a la confesión extrajudicial el valor de plena prueba, según sean las circunstancias que la rodean y cuando no haya duda acerca de la confesión misma. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 7 de 1946).....428, 2ª

CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE JUECES DE DIFERENTES DISTRITOS JUDICIALES

- 67 -

Es privativa de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia la facultad de dirimir los conflictos en que se ven comprometidos Jueces de Distritos diferentes. La ley le ha otorgado esa facultad, que se aparta de lo que es común en los procesos judiciales, porque el salto por sobre el inmediato superior no es practicable en ninguna otra incidencia de los juicios comunes. Cabe recordar aquí lo que enseña el profesor Chiovenda en su tratado sobre Derecho Procesal Civil: "Un conflicto de competencia es un conflicto de *actividades*, no de fallos. La actividad superior que lo dirime es por sí misma un acto administrativo que se convierte en acto jurisdiccional porque se dirige al fin jurisdiccional, pero no obliga a los Jueces inferiores como fallo, sino como acto de *autoridad superior*". (Negocios Generales, diciembre 18 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044).....893, 1ª

CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

- 68 -

(Véase "Demanda contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales" en el Nº 86).

CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- 69 -

La Corte ha acogido la doctrina de que en Colombia no están instituídos los *contratos administrativos* del tipo puro francés y, por consiguiente, los tribunales nacionales no pueden guiarse ciegamente, y sin reserva, en la interpretación y aplicación de los contratos que celebre el Estado colombiano por las conclusiones a las cuales llegan, para Francia, los expositores de aquel país europeo. Y fue doctrina de la Sala Civil de Unica Instancia la de que "en cuanto a la ejecución y cumplimiento de los contratos administrativos y a las consecuencias jurídicas que de ellos se derivan, quedan sometidos a las disposiciones relativas a los con-

tratos civiles". Empero, fácilmente se comprende que, según esa misma jurisprudencia, bien puede ocurrir, y ocurre, que normas especiales del derecho colombiano coloquen por ciertos aspectos a los contratos celebrados por el Estado fuera del régimen del derecho común civil o privado, como sucede, a juicio de la Sala, en relación con el campo de aplicación del artículo 18 de la ley 153 de 1887, precepto que armoniza con el contenido en el artículo 30 de la Nueva Codificación Constitucional en cuanto están inspirados uno y otro en el respeto de los derechos adquiridos, que cumple atender al legislador mismo, en tales términos que para el mejor respeto del derecho de dominio llegan hasta el punto esos preceptos de estatuír, como regla general, que cuando la ley determina expropiaciones, no sólo ha de existir una indemnización sino que ella ha de ser objeto de un pago previo. Aparece así que, sin menoscabo de cualquier indemnización o resarcimiento que pueda solicitarse del Estado en cuanto una nueva ley afecte un derecho adquirido, se consagra en primer término en Colombia el principio fundamental del citado artículo 18. (Negocios Generales, agosto 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....251, 1ª

CONTRATOS DE ADHESION — SUSCRIPTORES DE TELEFONOS

- 70 -

El suscriptor de un teléfono queda sometido al rigor de cláusulas que no le es posible desconocer, ni siquiera discutir. Es ésta una de las más serias objeciones que se hacen a los llamados contratos de adhesión, que permiten el que empresas que disfrutan de un monopolio o de un gran poder económico impongan al contratante que se ve precisado a usar de sus servicios, una serie de estipulaciones cuyo texto no está sometido a discusión y que, por lo tanto, colocan en una situación de innegable superioridad a quienes las dictan. Dificultad que los tratadistas han pretendido solucionar en muchas ocasiones, especialmente en el sentido de interpretar favorablemente al adherente las cláusulas ambiguas o aquellas que por ser accesorias no pudieron ser consideradas, ni siquiera ligeramente en el instante de celebrarse el contrato. Sin embargo, lo anterior apenas ha logrado suavizar un tanto la situación del adherente, pero nunca librarlo de la sujeción que el solo hecho de realizar el contrato presupone respecto de las cláusulas unilateralmente dictadas por las empresas. (Casación Civil, enero 31 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044).....719, 2ª

COSTAS

- 71 -

En copiosa jurisprudencia ha decidido la Corte, de manera constante, que la condena en costas es asunto que escapa a la casación, cuando ella se hace depender de la temeridad con que el litigante sostiene una acción o defensa, pues esa es cuestión que aprecia el Tribunal con absoluta libertad. Sólo por excepción, en el concepto de ser una parte de la reparación del daño, puede dar lugar la condena en costas al estudio de casación como cargo por violación legal contra una sentencia. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 30 de 1946). 107, 2ª

COSTAS

- 72 -

La condenación en costas no da, de suyo, materia para el recurso de casación, no puede considerarse como punto principal ni imulica violación directa o indirecta de ley

sustantiva. La Corte puede variar lo resuelto sobre costas pero en función de Tribunal de instancia, lo cual supone previa invalidación del fallo por otras razones, y la apreciación relativa a la temeridad no es susceptible de normas previas, por lo cual queda al buen criterio de los juzgadores de instancia. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 23 de 1946).....377, 2ª

CUANTIA DEL PLEITO PARA EL RECURSO DE CASACION

- 73 -

Efectivamente la orden de estimar pericialmente la cuantía no es de darse sino cuando "haya verdadero motivo de duda acerca de este punto" (la cuantía), según el texto del artículo 524 del C. J. De aquí se deduce que, en no habiendo tal motivo, no hay razón para esa orden; pero no puede deducirse que por habérsela dado haya ineludiblemente de concederse el recurso, en indicando el experticio aquella cifra, a pesar de señalar inequívocamente otra el libelo. El error de haber decretado el avalúo sin motivo no puede prevalecer sobre la situación real del proceso, que es a la que debe ajustarse la providencia sobre concesión del recurso. (Casación Civil, T. LXI, Nos. 2042-2043-2044, febrero 1º de 1947). 722, 2ª

- 74 -

CULPA

La expresión culpa, empleada en el artículo 2346 del Código Civil, se entiende cuando la obligación demandada personalmente de un menor de diez años surge de un hecho de éste y del cual pudiera exigírsele responsabilidad. La ley ha determinado que los menores y los dementes no son capaces de cometer delito o culpa. La responsabilidad recae sobre sus guardadores o personas a cuya custodia están, si a ellas pudiera imputárseles negligencia. Corresponde tal palabra en el mencionado artículo a actividad del menor que causa daño, y no de la que lo causa; como en el caso de autos. (Casación Civil, 29 de noviembre de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .677, 1ª

CUOTA DE COMPENSACION MILITAR

- 75 -

(Sala Plena, octubre 28 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 322

CHOFERES OFICIALES

- 76 -

El oficio de chofer de una entidad pública no implica necesariamente carácter de empleado; en muchos casos pueden figurar como tales los choferes, para los efectos del pago de su salario en forma de sueldo, pues sus servicios pueden conseguirse a otro título. (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044).....777, 2ª

— D —

DEBATE POLITICO

- 77 -

El texto completo del artículo 178 de la Carta no circunscribe el debate político al debate electoral, antes por el contrario, comprende en su prohibición todos los actos de política beligerante. Que por debate político se entienda no sólo el electoral, sino toda lucha, contienda u oposición en que se manifieste ostensiblemente la pasión política, esto es, todas las actividades en que ha-

ya pugna encendida, manifestaciones vehementes de las ideas, propósitos e intereses de una fracción contra otra, es tesis que le parece clara y jurídica a la Corte porque para deducirla no tuvo presente sino el propósito que guió al legislador en el particular. (Casación Penal; abril 28 de 1947. Tomo LXI, Nos. 2040-2041).....524. 1ª

DECRETO Nº 672 DE 1942, ART. 4º, ACUSADO DE INCONSTITUCIONALIDAD

- 78 -

La simple lectura de la ley 75 de 1945 y del artículo 4º del Decreto acusado no dejan duda alguna sobre la extralimitación de las facultades conferidas por el Congreso al Gobierno. El artículo 1º de la ley 75 citada estableció exactamente la órbita de las facultades que por medio de esa disposición legislativa se confirieron al Gobierno. Esas facultades se limitaron al señalamiento del personal y asignaciones de los Juzgados Municipales y a la organización y funcionamiento de los mismos Juzgados en los territorios nacionales y lazaretos. Pero aún más: el inciso último del artículo sobre facultades limitó todavía más el campo de acción del Ejecutivo al establecer ciertas condiciones en el señalamiento del número de jueces, personal subalterno y monto de las asignaciones. La ley 75 es, pues, un ejemplo de fidelidad a los preceptos constitucionales contenidos en el ordinal 12 del artículo 76 de la Carta. Según el parecer de la Corte la ley en cuestión obedeció, para su expedición, a las condiciones de necesidad y conveniencia y supo limitar, en cuanto al tiempo y al contenido, las facultades que otorgó al Gobierno. El Ejecutivo, por muchas que fuesen sus funciones para considerar conveniente la fijación de fecha en que debía comenzar el nuevo período de los Jueces Municipales, ha debido abstenerse de regular tal asunto, porque el Congreso no consideró del caso facultarlo para eso. Además, la reforma constitucional de 1945, al elevar el período de los Jueces Municipales a dos años y al no establecer ningún aplazamiento para la aplicación de esa disposición, está ordenando imperativamente que ella debe regir para los nombramientos de jueces en el período inmediatamente siguiente. Existe también la especial circunstancia de que el artículo 117 del C. J. fijó el día primero de agosto para la iniciación del período de los Jueces Municipales, y como la reforma constitucional entró a regir el 16 de febrero de 1945, es de todo punto evidente que el período que se inició el primero de agosto de ese año para tales funcionarios es de dos años y, en consecuencia, al disponer el Decreto 672, en su artículo 4º, que los dos años no se contarían sino desde el 1º de agosto de 1946, se adoptaron disposiciones sin facultad constitucional para ello. (Sala Plena, septiembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).

4, 1ª y 2ª

DECRETO Nº 1480 DE 22 DE JULIO DE 1942, SOBRE COMERCIO Y EXPORTACION DE CAUCHO, BALATA, ETC., ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

- 79 -

Habiendo sido derogado el Decreto acusado por el Decreto número 2813 del 17 de octubre de 1945, no sería el caso de decidir acerca de la inconstitucionalidad o constitucionalidad de él, según jurisprudencia reiterada de la Corte en Sala Plena; pero como se trata de un Decreto meramente ejecutivo el conocimiento de la demanda corresponde, por mandato del artículo 41 del Acto Legislativo Nº 1º de 1945, 216 de la actual Constitución, a la jurisdicción contencioso-administrativa. (Sala Plena, diciembre 3

de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044). 618, 1ª y 2ª

DECRETO EJECUTIVO Nº 554 DE 1942, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

- 80 -

El artículo 14 del Decreto acusado es inexequible, porque claramente contraría lo dispuesto por los artículos 80, 102 y 214 de la Constitución Nacional. (Sala Plena, diciembre 6 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 620, 2ª

DÉCRETO Nº 1361 DE 1942, ACUSADO COMO INEXEQUIBLE EN SU ART. 5º

- 81 -

Habiendo desaparecido el texto legal acusado por derogación expresa que de él hizo el artículo 14 de la ley 45 de 1942, no hay base para resolver sobre la petición hecha. (Sala Plena, septiembre 12 de 1946. Tomo LXI, Nos. 2040-2041) 307

DECRETO Nº 200 DE 1942, SOBRE TARIFAS DE LAS COMPAÑIAS DE ENERGIA ELECTRICA

- 82 -

El Decreto-ley número 200 de 1942 constituye una disposición con carácter de ley, fundada esencialmente en razones de utilidad pública o de interés social y que toca con la naturaleza misma del objeto del contrato que se menciona en el juicio. (Negocios Generales, agosto 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2038-2039) 251, 1ª

DELIMITACION ENTRE EL PERIODO DE EXPLORACION Y EL DE EXPLOTACION DE LAS CONCESIONES PETROLIFERAS

- 83 -

(Véase en "Petróleos", donde aparece este subtítulo).

DELITOS DE RESPONSABILIDAD. — DELITOS COMUNES COMETIDOS POR FUNCIONARIOS PUBLICOS. — COMPETENCIA PARA EL JUZGAMIENTO DE ESTA ULTIMA CLASE DE DELITOS

- 84 -

El nuevo Código de Procedimiento Penal, en su artículo 42, numeral 6º, atribuye competencia a la Corte Suprema, Sala Penal, para conocer de las causas que por motivos de responsabilidad por infracciones de la Constitución o las leyes o por mal desempeño de sus funciones se promuevan, entre otros, contra los Magistrados de los Tribunales Superiores de Distrito Judicial; es decir, que sólo para aquellos casos en los cuales se imputa a un Magistrado la comisión de un delito realizado por razón de su cargo o en ejercicio de funciones judiciales, debe conocer la Corte, pero en ningún caso, de las infracciones que cometa sin tener en cuenta para nada esa calidad de funcionario de la rama jurisdiccional.

Las imputaciones falsas de un hecho personal concreto que la ley ha erigido en delito (calumnia), o el ataque al honor, la reputación o la dignidad de una persona (injuria), no son delitos de responsabilidad, sino delitos comunes. La circunstancia de que la calumnia o injuria se hubiera cometido por un Magistrado de Tribunal, no le imprime al hecho el carácter de delito oficial o de responsabilidad, porque el acto no se realiza por razón del ejercicio de atribuciones judiciales o de funciones como administrador de justicia, sino como simple particular. (Casación Penal, 8 de julio de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) ... 131, 1ª

DEMANDA CONTRA LA NACION Y EL CONSEJO ADMINISTRATIVO DE LOS FERROCARRILES NACIONALES

- 85 -

Habiendo sido señalados como demanda-

dos la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, a lo cual no se opone ningún texto legal, cada parte puede hacerse representar por su respectivo mandatario legal, teniendo en cuenta que la Nación, como entidad de derecho público, es persona distinta del Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales. (Negocios Generales, octubre 11 de 1945. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....202, 1ª

DEMANDAS DE INCONSTITUCIONALIDAD (*De decretos legislativos—Competencia de la Corte para conocer de ellos*)

- 86 -

La Corte ha emitido concepto sobre su jurisdicción para conocer de demandas de inexequibilidad que, propuestas durante el estado de sitio, no fueron consideradas o no se pudieron considerar en tal época, viniendo a decidir respecto de su constitucionalidad o inconstitucionalidad restablecido el orden público y agotada la vigencia de las disposiciones acusadas. Sólo que la demanda debe proponerse cuando está vigente el estado de sitio. (Sala Plena noviembre 15 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041)..323, 1ª

DESLINDE

- 87 -

El juicio de deslinde y amojonamiento no es declarativo, sino distributivo de la propiedad, como que emana del dominio; de consiguiente, no es un juicio de reivindicación que sirva de suyo para recuperar los predios cuya posesión se ha perdido. Su objeto se dirige a fijar la línea divisoria de las heredades colindantes, es decir, a determinar hasta dónde se extiende cada uno de los dueños de esos predios.

En el juicio ordinario de oposición al deslinde bien pueden proponerse a controversia, claro que de manera expresa, hechos referentes al dominio como serían, la nulidad o ineficacia de un título, con el fin de descartarlo, o la simple posesión material, con el fin de obtener que prevalezca sobre los títulos. En estos casos, la discusión sobre estos extremos, distintos del contenido espacial de los título, versaría sobre el dominio y su definición en la sentencia haría tránsito a cosa juzgada en juicio de reivindicación.

El fallo dictado en el juicio de deslinde en que se ha decidido sobre la extensión territorial de los títulos, impide un nuevo pronunciamiento en otro juicio, sobre la misma cuestión, por virtud de la cosa juzgada, ya que el nuevo juicio no sería de dominio o reivindicación, sino simple repetición del planteamiento de la cuestión de linderos. E igualmente, la sentencia que defina el juicio ordinario de oposición al deslinde, a que haya precedido controversia sobre hechos referentes al dominio, planteados expresamente al contradecir la línea señalada en el juicio sumario, impide, para los efectos de la cosa juzgada, nuevo pronunciamiento en otro juicio acerca de las cuestiones de dominio debatidas en el juicio de oposición y falladas en razón de su influencia en el deslinde. (Casación Civil, noviembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .....683, 1ª y 2ª

DESLINDE Y AMOJONAMIENTO

(*Acción y juicio de*)

- 88 -

La acción de deslinde y amojonamiento tiende esencialmente a que se determine o fije la línea de separación de dos heredades contiguas. Tales juicios son apenas declarativos de la propiedad o dominio de los

colindantes. Por medio de él se determina el contenido espacial de cada inmueble, se establece cuál es su término: dirígese a solucionar las controversias suscitadas por cada una de las partes al pretender para su fundo mayor extensión de la que la otra está dispuesta a concederle. Los autores sostienen que el deslinde es tan sólo la determinación de un hecho y no el reconocimiento de un derecho; las cuestiones de propiedad y posesión le son extrañas. Tratándose, pues, de una cuestión de hecho nada más oportuno y apropiado al fin propuesto que el reconocimiento judicial ordenado por la ley y practicado por el juez en asocio o no de peritos. La diligencia consiste esencialmente en el acto por el cual este funcionario se traslada al lugar a que se refiere la controversia, o en que se encuentran las cosas que la motivan, para obtener el examen personal, elementos de convicción que lo han de guiar en el señalamiento de la línea divisoria. En esta clase de juicio de determinación de linderos el reconocimiento que el juez haga personalmente de los puntos litigiosos, es elemento de primordial importancia. Si las necesidades de hecho obligan por lo común al juzgador a decidir sobre las declaraciones de las partes (actos públicos judiciales o extrajudiciales, documentos privados, confesiones simples o en juicio), o de terceros (testigos o peritos), es claro que al hacerlo en estas circunstancias con la observación personal de las cosas, cuando sea posible, presenta los mejores caracteres para un juicio superior subjetivamente considerado; juicio que será también, como debe ser, óptimo desde el punto de vista objetivo, cuando a la observación personal de las cosas le acompañen las necesarias garantías para las partes.

En toda cuestión de límites de inmuebles rurales hay una cuestión geográfica, o sea la determinación de los puntos que fijan los alindamientos en los cuales la inspección local muestra por el solo golpe de vista un conjunto de combinaciones y de datos que difícilmente se obtienen por los escritos. De tal manera que en los juicios de alindamiento no sólo tiene importancia el que el juez se imponga de los títulos o documentos presentados por las partes y los que las mismas exhiben durante la diligencia en que se reciba la deposición de los testigos y oigan los peritos, sino del conocimiento personal y objetivo de los puntos materia de la disputa. (Casación Civil, febrero 15 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 751, 2ª

DETENCION ARBITRARIA

- 89 -

Los funcionarios que ejercen autoridad y jurisdicción pueden imponer sin juicio previo penas de multa o arresto a quienes los injurien o falten al respeto en el acto en que están desempeñando las funciones de su cargo. Pero para imponer estas sanciones han de hacerlo dentro de los casos y dentro de los precisos términos que señala la ley, para que su acción se cumpla legalmente y no vulnere ningún interés particular. Si no se llenan esas formalidades, entonces sí puede decirse que el funcionario ha cometido el abuso o se ha extralimitado en sus funciones. De modo, pues, que como este delito consiste en privar a alguien de la libertad o en prolongarla, abusando el empleado de sus atribuciones, tendrá que haberse demostrado lo siguiente: que no hubo falta del sancionado disciplinariamente; o que el prodedimiento adoptado para imponerla fue contrario a la ley; o que se excedió en la medida que ella permite. Solamente así resulta arbitraria la detención. (Casación Penal, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) .....494, 1ª y 2ª

DEUDAS DE LOS HEREDEROS

- 90 -

Si se ha demandado de cada heredero el pago de su cuota, la demanda se ha ajustado a los artículos 1155, 1581, 1411 y 1412 del Código Civil, y como en nada afecta a tal o cual heredero demandado el que tales o cuales de sus coherederos lo sean también o dejen de ser sujetos de la demanda, puesto que la ausencia o presencia de éstos en nada altera su cuota, es claro que bien puede el acreedor, renunciando a su derecho conforme al artículo 15 del C. C., abstenerse de cobrar una o más de las cuotas de los herederos en la deuda, sin que legalmente quepa echar menos a aquél o aquéllos de quienes el acreedor ha prescindido. Así las cosas, no se ve razón para que por la falta de dos de los herederos en el elenco de los demandados no sea viable la acción, como si ninguno de los demandados pudiera defenderse sin la concurrencia de todos los otros herederos. La presencia de todos éstos no puede tenerse como indispensable para la viabilidad de un juicio de esta clase. Por el contrario, disposiciones legales expresas autorizan la validez de las controversias no seguidas contra todos y la eficacia de las sentencias respectivas, naturalmente sin alcance contra los que no han litigado. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, agosto 30 de 1946) 42, 2ª

DEUDAS DE LA SOCIEDAD CONYUGAL

- 91 -

(Véase "Sociedad conyugal—Deudas").

DICTAMEN PERICIAL — SU APRECIACION

- 92 -

La apreciación de si un dictamen pericial está o no fundado, condición que es la esencial de la prueba pericial, queda en manos del juez. (Casación Civil, enero 31 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 720, 2ª

— E —

ERROR DE HECHO

- 93 -

Donde existe duda no cabe el error de hecho evidente, como así lo ha declarado la Corte en reiterada jurisprudencia. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 30 de 1946) 400, 1ª

ERROR DE HECHO

- 94 -

En el caso de acusación por error de hecho, la discrepancia del entendimiento con la realidad objetiva sólo es de recibo en casación, como lo tiene advertido la Corte, "cuando se aplica la norma sustantiva", sobre el supuesto de que ocurrió un hecho que en realidad no ocurrió, o de que no aconteció uno que manifiestamente sí aconteció". (Casación Civil, enero 31 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 714, 1ª

ERROR EN LA APRECIACION DE INDICIOS (*No constituye causal de casación*)

- 95 -

La Corte ha explicado en varias ocasiones que no resulta viable como motivo de casación el cargo de error en la apreciación de los indicios (salvo que se trate de indicios necesarios), pues mal podría decírsele al Tribunal que erró al no sentirse convencido por una prueba que la ley ha entregado a la apreciación personal del juzgador. (Ca-

sación Civil, septiembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 90, 1ª

ERROR (*en la apreciación de pruebas*)

- 96 -

Ha dicho la Corte que cuando se alega error en la apreciación de las pruebas y aun llega a demostrarse, pero no se hace ver luego que tal error indujo a una violación indirecta de la ley sustantiva, el recurrente en casación que así procede se ha quedado en mitad del camino, su recurso no ha culminado y, por consiguiente, no puede prosperar. La tesis complementaria de ésta podría enunciarse así: cuando se acusa en casación una sentencia *únicamente* por violación directa de la ley sustantiva, se presupone que no hay cargos de error en la apreciación de las pruebas, pues si los hubiera, lo procedente sería alegar violación indirecta de la ley sustantiva por dicho error, ya que no es dable llegar al fin sin emplear los medios y recorrer el camino que a él conduce. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 31 de 1946) 407, 1ª

ESCRITURAS PUBLICAS (*simulación*)

- 97 -

Muchas veces ha hecho presente la Corte que la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas implica que para destruír, en un caso concreto, las declaraciones hechas por los contratantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturario, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza de que fue simulado. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 25 de 1946). 95, 2ª

ESTABLECIMIENTOS PUBLICOS. — CARACTERISTICAS—DIFERENCIAS CON LAS INSTITUCIONES DE UTILIDAD PUBLICA

- 98 -

Ha sido doctrina de la Corte la de que los establecimientos públicos son desmembraciones del Estado, emanaciones de un servicio público o de autoridad pública, o creaciones del Estado; mientras que las instituciones de utilidad pública son creaciones de iniciativa privada, pero dedicadas al servicio de la comunidad social. En nuestro régimen de derecho público los establecimientos públicos son también dependencias administrativas del Estado (en su acepción genérica que comprende a la Nación los Departamentos, o los Municipios), dotados de patrimonio especial y de personalidad jurídica. Estas entidades, aunque partes del engranaje general de la administración, tienen individualidad propia y en defensa de los intereses para cuya guarda han sido creadas poseen las acciones que pudieran corresponderle a un particular. (Sala Plena, diciembre 9 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 538, 2ª

EXCEPCION DE DECLINATORIA DE JURISDICCION

- 99 -

Fallada como dilatoria la excepción de declinatoria de jurisdicción, no puede insistirse después sobre la misma excepción alegándola como perentoria. (Casación Civil, noviembre 19 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 430, 1ª

EXENCION DE IMPUESTOS DEPARTAMENTALES Y MUNICIPALES PARA LA INDUSTRIA MINERA

- 100 -

(Véase "Ley 34 de 1945, acusada de inconstitucionalidad").

— F —

FALSEDAD EN DOCUMENTO PUBLICO

- 101 -

Al mudar un Juez el sentido de una respuesta dada en posiciones, comete el delito de falsedad. (Casación Penal, octubre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) ..507, 1ª

FILIACION NATURAL

- 102 -

Es errada la opinión consistente en afirmar que el Ministerio Público es siempre parte en todos los juicios sobre filiación natural, pues cada una de las tres personas que menciona el artículo 12 puede intervenir en esa clase de juicios, pero nunca sucede que tomen parte simultáneamente. Si la acción se ejerce por quien ejerce la patria potestad no puede tomar parte entidad o persona que haya cuidado de la crianza o de la educación del menor o viceversa, pues las primeras excluyen a las segundas, como excluyen al Ministerio Público. No se explica la presencia de dos representantes de una persona en un juicio y menos aún de tres. El inciso 2º confirma esta interpretación puesto que exige que sea un abogado titulado quien instaure las demandas, menos cuando las siga el Ministerio Público. Esto demuestra que hay casos en que el Ministerio Público inicia los juicios y casos en que no. En los casos en que los inicia y sigue, es naturalmente parte. En los demás no. (Auto, Sala de Casación Civil, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 4 de 1946) 413, 2ª

FILIACION NATURAL

- 103 -

La Corte, en sentencia de fecha 1º de octubre de 1945, tras extensos razonamientos, acogió por unanimidad la doctrina de que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél. Rectificó así la Sala de Casación su anterior jurisprudencia que, a partir de la sentencia de 26 de abril de 1940, había sostenido en varias sentencias, de que muerto el padre no era viable la acción de filiación natural, tesis que dividió siempre el personal de la Corte y dio ocasión a encontrados pareceres entre los juristas. La nueva jurisprudencia, prohijada en dos fallos que han venido después, tiene la ventaja de la unanimidad de la Sala y, dado el asentimiento que ha tenido en la conciencia del país, pues hasta hoy que se sepa ninguna voz autorizada se ha alzado para replicarla, cobra así mayor valor como expresión de la verdadera doctrina jurídica sobre esa debatida cuestión legal que tanto anarquizó la opinión de abogados, jueces y magistrados. (Casación, T. LXI, Nos. 2038-2039, septiembre 23 de 1946).....68, 2ª

FILIACION NATURAL — INVESTIGACION DE LA PATERNIDAD

- 104 -

Estima la Corte que la investigación de la paternidad natural, prohibida antes y

autorizada ahora por la ley 45 de 1936, no puede considerarse, para efectos probatorios, como cualquiera otro hecho jurídico y menos como algo meramente convencional. Y esto por la sencilla razón de que el estado civil de las personas, además de interesar al Derecho Privado por razones patrimoniales, es también cuestión de orden público no susceptible de arreglo entre las partes, ni de resiliaciones, revocaciones, renuncias, etc., como otros hechos civiles. De ahí que la ley sobre filiación natural haya hecho una reglamentación probatoria propia o exclusiva para el hecho jurídico de la filiación natural. (Casación Civil, septiembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).

81, 1ª

FILIACION NATURAL — PRESUNCION DE PATERNIDAD

- 105 -

La comprobación del comercio carnal con diferentes hombres sólo es admisible para desvirtuar la presunción del numeral 4º, artículo 4º de la ley 45 de 1936, la cual está fundada en la existencia de relaciones sexuales estables entre el presunto padre y la madre; pero con esa contraprueba no es dable contrarrestar las presunciones de paternidad establecidas por los numerales 2º y 3º de la precitada disposición legal. (Casación Civil, septiembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....81, 1ª

FILIACION NATURAL — CARGA DE LA PRUEBA

- 106 -

Cuando está plenamente probado cualquiera de los hechos en virtud de los cuales dice la ley que hay lugar a declarar judicialmente la paternidad natural, el actor no necesita probar nada más. Si el demandado niega, a éste incumbe dar la prueba en contrario. Si hay confesión inequívoca en cartas que el pretendido podre reconoce haber sido escritas de su puño y letra, el hecho confesado en ellas debe tenerse como plenamente probado. Y el que lo niega tiene que dar la prueba de lo contrario que sería, en este caso, la de que otra persona distinta es el padre del pretendido hijo. En síntesis: para derribar la confesión escrita e inequívoca de paternidad no basta con tratar de probar que *pudo haber sido errónea;* es menester demostrar que es errónea. (Casación Civil, septiembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....81, 1ª

FILIACION NATURAL

- 107 -

Por unanimidad ha decidido últimamente la Corte, abrogando su anterior doctrina, que muerto el padre es posible que prospere la acción de filiación natural propuesta por el hijo contra los causahabientes de aquél. Rectificó así la Corte la anterior jurisprudencia que a partir de la sentencia del 26 de abril de 1940 había sostenido en varias sentencias, acordadas siempre con votos disidentes, de que muerto el padre no era viable la acción de filiación natural. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 5 de 1946).....416, 1ª

FORMACION DE LAS LEYES

- 108 -

(Véase "Ley 7ª de 1943, acusada por inconstitucional").

FUNDACION. — CARACTERISTICAS. IMPOSIBILIDAD DE QUE EL ESTADO LAS CREE O CAMBIE SU FINALIDAD

- 109 -

En lenguaje jurídico la palabra *fundación* representa hoy "la constitución de cierto patrimonio con el objeto de dedicar el capital, renta, o ambas conjuntamente, al cumplimiento de fines lícitos y permitidos por la ley, con carácter permanente". Las *fundaciones* nacen de un acto de voluntad individual, aislado o asociado a otras voluntades, acto que traduce en obra un fin social, como la educación, el cultivo de las ciencias y de las artes, la caridad, etc. Toda *fundación* por su naturaleza jurídica debe tener como impulso creador el de voluntades privadas. Puede un poder del Estado crean un hospital, un asilo, un instituto de artes, un colegio, etc. Un establecimiento así formado no podrá ofrecerse con los caracteres jurídicos de una *fundación,* porque el establecimiento pertenecerá al Estado, quien puede gobernarlo a su arbitrio, transformarlo, extinguirlo, etc.; en tanto que la *fundación* no pertenece sino a ella misma y el Estado, mientras la reconozca, no le puede cambiar sus fines lícitos. En el establecimiento falta la nota especial que ya advertía Savigny en la persona jurídica *fundación,* o sea la de ser persona ideal, consistente en la constitución de un patrimonio privado con destino o fin especial. En la *fundación,* según teoría unánime del derecho contemporáneo, la voluntad de aquélla no es el resultado de la deliberación o representación de individuos que convierten sus opiniones personales en actos colectivos, como en la corporación, sino la misma voluntad del fundador, en su inmanencia directiva de la personalidad moral que representa el fin fundacional, y que viene a formar la regla de administración y de destinación del patrimonio. El fundador prefija la norma de vida del ente, la cual aparece como límite de la voluntad de los que administran las instituciones. (Sala Plena, diciembre 9 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-1043-2044) 639, 640 1ª

FUSION DE SOCIEDADES

- 110 -

El fenómeno jurídico de la fusión de sociedades no está reglamentado especialmente en nuestra legislación, pero no es opuesto a ella, y se rige por las reglas generales que gobiernan los contratos y que tienen relación principalmente con la formación y extinción de sociedades. Según la doctrina generalmente aceptada por los expositores y seguida por la Corte, la fusión se cumple mediante la celebración de una convención y asume dos formas: la creación de una sociedad nueva que reúne y engloba las entidades fusionadas que desaparecen completamente, o la anexión o absorción, en que se refunden una o más sociedades, que también desaparecen, en otra preexistente que continúa su vida legalmente, modificada apenas en sus estatutos con el aumento de capital necesario para la adquisición del activo y pago del pasivo de la sociedad o sociedades absorbidas. De consiguiente, son características esenciales de ese fenómeno jurídico, las siguientes: la existencia de una convención que lo haga constar; una operación hecha a título universal, que por tanto englobe la integridad del activo y del pasivo de la sociedad o sociedades absorbidas; que éstas se disuelvan, desaparezcan, pierdan su personalidad jurídica, su nombre, su patrimonio, ocupando su puesto la nueva o preexistente sociedad, como un sucesor a título universal. Tal es la doctrina

de los expositores. (Casación, T. LXI, números 2038 y 2039, agosto 14 de 1946).

14, 2ª

— G —

GRAVE ANORMALIDAD PSIQUICA. INTERPRETACION DE ESTAS PALABRAS

- 111 -

Es bien probable, y esto se deduce de los antecedentes de formación del nuevo Código Penal, que sus redactores al hablar de anomalía psíquica se refirieron a las irregularidades que implica un desequilibrio de las actividades psíquicas que producen resultados opuestos y antisociales. Entendida así esta expresión, queda pendiente el conocimiento sobre el contenido de la palabra "grave", que se aplica a una determinada categoría de anormalidades psíquicas. En otras palabras, ¿cuáles son las graves anormalidades psíquicas? ¿Cuáles son los procesos o estados psico-patológicos que alcanzan ese calificativo? ¿Cuál, en otros términos, la línea divisoria entre las anormalidades graves y las que no lo son? Es bien difícil fijar a priori y la psiquiatría no lo ha logrado aún, el cuadro definitivo que determina la gama inmensa de las anormalidades mentales y, sobre todo, la calidad de *graves* que en un momento dado pueden asumir. Entre lo patológico y lo normal hay una enorme zona de estados intermedios que no constituyen la locura o demencia definitiva y completa, ni tampoco la normalidad absoluta y de los cuales hay que afirmar siempre la anormalidad. Pero para deducir un juicio sobre si cualquiera de esos estados intermedios constituye una grave anormalidad psíquica es preciso recurrir al caso concreto, sometido a estudio. ¿A quién corresponde esta labor? No obstante lo dispuesto por el artículo 374 del C. de P. P. es en último término a un Jurado compuesto de personas inexpertas en la ciencia médica y desconocedoras, por regla general, de la técnica médico-legal a quien ha deferido nuestra ley para que defina el estado de normalidad o anormalidad de las personas, irregularidad a la cual debe poner dique el legislador colombiano. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, julio 31 de 1946). 157, 2ª

— H —

HOMICIDIO INTENCIONAL

- 112 -

En el caso del proceso la tesis sostenida por el defensor del recurrente es admisible en cuanto pueda existir compatibilidad entre la modalidad atenuativa de la responsabilidad prevista por el artículo 28 del C. P., y un homicidio preterintencional (artículo 365). Es posible que una persona, sin intención de matar, hiera a otra produciéndose la muerte como consecuencia obligada de la lesión y que ese atentado se haya producido en un estado de súbita exaltación del ánimo causado por grave e injusta provocación. Pero en el presente proceso esta concreta situación no fue actualizada precisamente por el Jurado. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 12 de 1946).

188, 1ª

HONORARIOS DE LOS PERITOS

- 113 -

El artículo 60 de la ley 63 de 1936 consagra para el juzgador una norma de poder para la dirección del proceso, según la cual tiene el libre arbitrio para determinar el valor de la remuneración debida a los peritos, aplicando para ello su propio criterio

y sus conocimientos personales, midiendo el grado de importancia del trabajo que han efectuado los expertos y la calidad y categoría de éstos, según el género de la materia cuyos conocimientos se han requerido para el examen y exposición. Contiene el artículo un deber del juzgador, que tiene que cumplir oficiosamente, pesando todas las circunstancias del caso que puedan servirle para hacer la estimación prudencialmente. Este poder de dirección procesal está condicionado a la cuantía en que deban apreciarse los honorarios, pues si éstos se han de avaluar en suma mayor de doscientos pesos, para determinarlos debe tramitarse una articulación, incidencia que tiene por objeto oír a los interesados y dar ocasión a la producción de pruebas apreciables que puedan guiar el criterio del juzgador. Si éste tiene el deber formal de obrar haciendo la estimación de la remuneración que se deba a los peritos, cuando de la articulación no resulte la prueba plena, siempre tiene que estimar los honorarios de los peritos, teniendo en cuenta los elementos del proceso y las circunstancias que indica en la primera parte el artículo citado. (Negocios Generales, noviembre 15 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 851, 2ª

— I —

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA. ACCION CONTRA UNA SOCIEDAD CONYUGAL ILIQUIDA

- 114 -

(Véase "Sociedad conyugal en liquidación").

ILEGITIMIDAD DE LA PERSONERIA

- 115

(Véase "Personería sustantiva y adjetiva").

IMPEDIMENTOS (*opinión sobre el asunto materia del proceso*)

- 116 -

La opinión sobre el asunto materia del proceso —que la ley enuncia como motivo de recusación o impedimento— no se limita a la emitida fuera de la función jurisdiccional, sino que comprende los actos jurisdiccionales cuya validez presupone un razonamiento, una deducción, un juicio, es decir, una opinión o concepto fundados en el análisis y apreciación de los elementos jurídicos que esos actos integran y componen.

Típica de esos actos jurisdiccionales es la providencia por la cual se califica el delito y se llama a juicio al procesado, por cuanto implica un proceso de análisis y de síntesis de los elementos y modalidades del delito y, en la mayoría de las veces la parte fundamental de la sentencia recurrida. (Casación Penal, julio 17 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 471, 2ª

IMPEDIMENTOS

- 117 -

El que ha favorecido a una de las partes en un pleito como apoderado no puede fallarlo después como Juez, pues en él concurren las causales de impedimento previstas en los numerales 3º y 9º del artículo 435 del C. J., de las cuales la primera es inallanable al tenor de lo preceptuado en el artículo 439 ibídem.

La transgresión a aquel precepto es causa de nulidad (artículos 434, 448 C. J.). (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, agosto 22 de 1946) .....26, 1ª y 2ª

INCONGRUENCIA

- 118 -

Ha dicho la Corte en numerosas sentencias que cuando la sentencia es absolutoria

no hay incongruencia entre lo pedido y lo fallado. (Casación Civil, noviembre 26 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....456, 2ª

INCONGRUENCIA

- 119 -

Es doctrina constante de la Corte la de que la sentencia totalmente absolutoria no puede ser incongruente con lo pedido en la demanda. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 31 de 1946).....406, 2ª

INDEMNIZACION DE PERJUICIOS CAUSADOS POR ACTOS ADMINISTRATIVOS

- 120 -

La revisión de los actos administrativos, a fin de que se declare su nulidad como lesivos de derechos privados, exige una acción contencioso-administrativa, claramente consagrada en el Código de la materia que hoy rige (artículos 62, 66, 67 y 68 y ss. del C. C. A.). La determinación que en el caso del proceso adoptó el Ministerio de Guerra al negar el pago de los perjuicios reclamados por el actor, produce o no efectos según que ella quede firme o se invalide por el órgano competente para hacerlo, que es el Consejo de Estado. Tal entidad puede y debe, al declarar la nulidad de un acto administrativo de la clase del que se comenta, resolver al propio tiempo sobre el pago al reclamante de los perjuicios que se le hayan causado. No es pues necesario, ni tampoco procedente, acudir a los Tribunales ordinarios para que se reconozca el daño y se disponga su reparación. Es más, la justicia ordinaria no puede asumir las funciones que le corresponden a la justicia administrativa porque usurparía jurisdicción. Por tanto, la Sala no es competente para el conocimiento del asunto. (Sala de Negocios Generales, junio 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) .533, 1ª

INDICIOS

- 121 -

Ha dicho la Corte repetidas veces que no es posible enmendar en casación el juicio del Tribunal sobre el poder de convicción de los indicios. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 23 de 1946).....376, 2ª

INDICIOS (*apreciación de*)

- 122 -

La apreciación de las cualidades de gravedad, precisión y conexión que deben tener los indicios la confía la ley (artículo 665 C. J.) al Juez de la causa, quien se mueve a darles el valor de prueba legal cuando primeramente tales indicios han producido en su ánimo un valor moral más que jurídico, de manera que su juicio ponderativo es intocable en casación. En ésta sólo es permitido atacar la prueba del hecho en que el Juez apoya la deducción, bien porque en realidad no dé cuenta la prueba de tal hecho, o porque éste sea tan indiferente con la cuestión debatida que carezca de toda virtualidad indiciaria. Pero si el hecho existe, y de su reunión con otros igualmente acreditados surgen espontáneamente presunciones de mayor o menor grado, la medida del grado que necesitara el Tribunal para convencerse, escapa al control de la Corte. Tal ha sido su jurisprudencia constante. (Casación Civil, noviembre 29 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .671, 2ª

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE DA UNA AUTORIZACION AL GOBIERNO NACIONAL Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", SOBRE ADQUISICION DEL TERRENO DENOMINADO *MONTECRISTO*

- 123 -

La Corte reiteró en el fallo sobre la inexequibilidad de este proyecto la doctrina antes expuesta en el de 14 de diciembre de 1945, sobre el *Proyecto de ley por la cual se concede un auxilio al Municipio de Pereira para la construcción del aeródromo de Matecaña* (T. LX, 2025, 2026 y 2027, pág. 648, 2ª) que dice:

"El artículo 76 de la Constitución Nacional, que enumera las atribuciones del Congreso, estableció en su numeral 4º el deber de fijar los planes y programas a que debe someterse la economía nacional y los planes y programas de las obras públicas que hayan de emprenderse o continuarse.

"No puede entenderse, si se consideran los demás numenales de ese artículo, conexos con éste, que en él se consagró una simple atribución de cumplimiento facultativo, sino una perentoria obligación, puesto que en el numeral 19 le impuso, para que pudiera ejercitar la facultad de decretar el comienzo o la continuación de obras públicas, que lo hiciera con arreglo a los planes y programas que fijen las leyes respectivas.

"Según el tenor literal de estas disposiciones, que por su claridad no da margen a ninguna interpretación, el Congreso tiene, no limitada sino simplemente condicionada por el imperio de la Constitución, que norma sus actividades y señala sus poderes, su facultad de decretar obras públicas con la necesidad de la previa adopción de un plan y un programa generales para el desarrollo de esa clase de obras que él mismo ha de elaborar con criterio técnico y de prelación por conveniencia, dedicándole para su realización los fondos necesarios y evitando la dispersión de las posibilidades fiscales. Se escalona de esta manera la capacidad realizadora del Estado en un orden lógico que evita la esterilidad en que se traducen los esfuerzos truncos o las obras desaconsejadas por la técnica a que ha dado frecuente ocasión el sistema, constitucionalmente abolido, de decretar obras sin control ninguno que garantizara su eficacia o su utilidad o siquiera su terminación.

"No hay duda que el pensamiento que inspiró la reforma que sometió el ejercicio de la facultad de disponer de los fondos públicos a planes y programas legislativos generales y previos y no, como antes ocurría, a planes e iniciativas particulares de cada obra, fue como lo dice el señor Presidente de la República, "orientar las diversas iniciativas de progreso en el sentido de que todas ellas obedezcan a un plan metódico y armónico que consultando las necesidades públicas evite la anarquía y el desorden". En esta innovación institucional tuvo cabal realización el viejo anhelo nacional de ver impedido el desorden y el derroche de los fondos públicos por mala distribución de los recursos fiscales o por equivocada ejecución de las obras a que se destinaban, como se dijo en la exposición presidencial sobre la reforma de la constitución, que culminó en el año que corre." (La Corte está hablando aquí en el año de 1945)".

"Se ha dicho, para utilizar la reforma y combatir la interpretación que se ha venido haciendo, que el numeral 4º precitado carece de la significación y fuerza que se le atribuye, porque su presencia en la Carta obedece al sistema propuesto por el Gobierno en el proyecto original y no adoptado por el Congreso, de las leyes normativas u

orgánicas y de las comunes, entendiendo por aquéllas las que son como a manera de una prolongación de la constitución misma. Es cierto que no prosperó la innovación sobre leyes de diversa jerarquía, pero de ahí no se deduce que por no poderse llamar orgánica o normativa la ley de planeamiento y programación que exige el numeral 4º, la iniciativa en materia de gastos para obras públicas sea tan libre y omnímoda como antes, porque siendo comunes ambas leyes, la que adopta el plan general y la que dispone y provee a la ejecución de una obra de las comprendidas en el planeamiento legislativo, incuestionable es que están sometidas ineludiblemente a un orden de procedencia. No hay por qué entender que la primera sea jerárquicamente superior o más imperativa que la segunda. Lo que hay es que por mandato de la Constitución la segunda no puede operar sin la primera que es su condición de validez y su garantía de eficacia. Es el orden inalterable que la Constitución Nacional exige para legislar en materia de obras públicas.

No obstante la diferencia de sus términos y la diversa naturaleza de la actividad estatal que contempla, tampoco es dudoso que la reforma aditiva que se hizo en el numeral 20 del citado artículo 76 de la Carta obedeció al mismo propósito que impulsó la enmienda que sin ninguna ambigüedad quedó consignada respecto de obras públicas, en los numerales 4º y 19 de allí.

"Quiso el Congreso mismo, en función de constituyente, poner fin al sistema o política de los auxilios desordenados e incontrolados, de que se hace amargo recuerdo en las exposiciones gubernamentales preparatorias de la reforma, para someterlos, como en el caso de las obras públicas, a un criterio de racionalización y de conveniencia nacional previamente adoptado también en planes y programas.

"Dice este numeral que el Congreso tiene la atribución de "fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo, con arreglo a los planes y programas correspondientes". Es preciso entender, para no adulterar el pensamiento que triunfó en la reforma constitucional, que la correspondencia a que alude el numeral en cita no puede ser respecto de los planes o programas particulares de la empresa que se quiere fomentar con dineros públicos, apreciados al azar de los debates y con ocasión de las iniciativas individuales, como venía ocurriendo, sino a un plan general y previo ideado y adoptado por el Congreso mismo, como el que está en curso parlamentario, en que se determinen las condiciones y requisitos que justifiquen la destinación de fondos del erario para el fomento de las empresas calificadas por la Constitución y que deben servir asimismo para fundar desde el punto de vista de la utilidad y beneficio, su dignidad para el estímulo y para el apoyo con dineros públicos.

"Solamente así puede dársele significación y operancia a la frase complementaria y condicional con que la reforma adicionó el texto correspondiente de la Constitución de 1886. Otro entendimiento resulta inaceptable a la luz del principio general de hermenéutica que descalifica la interpretación que conduce a la inutilidad de las normas. Armonizando los textos aludidos dentro del principio que rigió la innovación institucional, cuya trascendencia e importancia apenas se ha revelado ahora, hay base para pensar que la previsión del constituyente fue hasta cubrir el peligro de que por la vía indirecta de los auxilios se burlara el objetivo esencial de orden y eficacia que quería consagrar en la ley de las leyes. "Sería imposible que se realizara tan excelente propósito —dice el señor Presidente, autorizado intérprete de la reforma que él propuso

y propugnó— si se dejara, por otro lado, abierta la vena fiscal, sin ninguna limitación, con la irrestricta facultad de votar auxilios para fomentar las empresas útiles o benéficas dignas de estímulo y apoyo".

"Apenas hay para qué contradecir el concepto inaceptable de que la interpretación constitucional que adopta la Corte en coincidencia con la del Ejecutivo, limita o mengua la soberanía que corresponde al Congreso Nacional en su función esencial de legislador, porque de acuerdo con ella, el Congreso sigue teniendo soberanamente sus facultades de decretar obras públicas y fomentar empresas dentro de las condiciones que impone la Constitución de la República. (Sala Plena, octubre 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2040 y 2041) 308

INEXEQUIBILIDAD DEL PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ORDENA LA ADQUISICION DE UN EDIFICIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES"

- 124 -

Expedida la ley 71 de 1946 tiene fuerza obligatoria que la Corte no puede dejar de reconocer por imperio de los artículos 11 del Código Civil y 52 del Código Político y Municipal. Vale decir que expedida y sancionada esa ley, la creación de la colonia escolar de vacaciones de Andes y la de la escuela de artes y oficios de Valparaíso, caben dentro del plan ideado por esa ley. La lectura de los tres primeros artículos de ella hace pensar que el Legislador de 1946 quiso fijar con ellos un plan, lanzar un programa, a los cuales deben someterse las empresas por él mismo consideradas como útiles y benéficas, dignas de estímulo y apoyo. Y que entre esas empresas caben las culturales encaminadas al sostenimiento de establecimientos como las colonias de vacaciones y los dedicados a la educación industrial y artística. Y no solamente las incluye la ley en el programa exigido por el precepto constitucional, sino que para un mejor acomodamiento con las exigencias del Constituyente, en la ley 71 se detallan las condiciones y requisitos que han de llenar tales empresas para hacerse acreedoras al apoyo pecuniario del Estado. (Sala Plena, enero 29 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 659, 2ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA ACCION CIVIL DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS

- 125 -

El artículo 39 de la ley 169 de 1896 ha sido reemplazado por el 28 del nuevo Código de Procedimiento Penal (Ley 94 de 1938). Según éste, si la infracción no ha existido, no habría sobre qué basar la acción civil; si la persona sindicada no es el autor, no podría hacerse efectiva una reparación sin la correspondiente imputabilidad, y si obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legal, ello significa que el acto tendría un carácter de legitimidad, lo que excluye toda idea de indemnización. Esto está diciendo cómo es prudente estudiar a fondo las cuestiones decididas en la vía penal y su verdadero alcance, para no incidir en un conflicto de decisiones. Y esta doctrina es aplicable, aunque se trate de responsabilidades reflejas, o sea, cuando una persona responde por los actos de otra. Ello debe ser así, porque el fundamento legal es el mismo, de un lado, y de otro porque la disposición no autoriza distinciones al respecto. Acorde con el artículo citado está el 11 ibídem que está pregonando que si la actividad culposa origina dos clases de acciones, los juzgadores civi-

les o administrativos no pueden dictar fallos hasta que el proceso penal haya sido decidido. Goza así esta última vía de prioridad por ser más amplias las facultades de investigación de que están dotados los funcionarios de la rama penal, cuya misión es buscar la verdad real de los acontecimientos. En varios de sus pronunciamientos la Sala de Negocios Generales ha considerado que en tales condiciones es procedente la suspensión del juicio civil, no tanto por razones de cosa juzgada, sino para evitar contradicciones entre dos decisiones jurisdiccionales. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI Nos. 2038 y 2039).

290, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA ACCION CIVIL — FALLOS DE LOS JUECES DE MENORES

- 126 -

El artículo 28 de la ley 94 de 1938 requiere como base *sine qua non* una sentencia absolutoria o sobreseimiento definitivo, y tal es el punto de partida de lo que establece o reglamenta. Por consiguiente, en faltando ese elemento, no hay lugar a discurrir sobre la relación entre la decisión en lo penal y la acción civil. El fallo de un Juez de Menores no es sentencia definitiva, al tenor del artículo 74 del Código Penal. (Casación Civil, septiembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....58, 1ª

INFLUENCIA DEL PROCESO PENAL EN LA ACCION CIVIL POR PERJUICIOS

- 127 -

La acción civil sobre resarcimiento de perjuicios por un hecho que es materia de proceso criminal queda sujeta a éste. El legislador, buscando entre otros fines el de evitar sentencias contradictorias y obedeciendo a poderosas razones que miran a la unidad de investigación y procedimiento sobre aspectos y consecuencias de un mismo hecho que, no por diferentes entre sí desde varios puntos de vista dejan de tener unidad de fuente, procura y aun ordena la conjunción de las dos acciones, la pública y la privada, y facilita el ejercicio de ésta dentro de la causa en que aquélla se ventila, bien que se haya objetado como intromisión estorbosa a la justicia penal esa intervención de los particulares. Esa sujeción del proceso civil al penal está ordenada por el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, cuya violación induce a casación del fallo en contrario. (Casación Civil, febrero 10 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044).

731, 2ª

—

- 128 -

De conformidad con el artículo 11 del Código de Procedimiento Penal, el juicio civil sobre reparación de perjuicios por culpa en caso de responsabilidad ha de suspenderse hasta que sea decidido el proceso penal, como lo tiene resuelto ya la jurisprudencia de la Corte en varios fallos. La condena al sindicado como responsable de la infracción hace que no pueda ponerse en duda en el juicio civil ni su responsabilidad ni la existencia del hecho (C. de P. P., artículo 29), al paso que la sentencia favorable o el consentimiento del imputado no dejan proponer la acción civil cuando se fundan en que la infracción no se ha realizado o aquél no la ha cometido u obró en cumplimiento de un deber o en ejercicio de una facultad legítima. (Casación Civil, febrero 10 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044). 735, 1ª

INSPECCION OCULAR

- 129 -

La prueba de inspección ocular o reconocimiento judicial, reglamentada en el Capítulo IX, Título XVII, Libro II del Código Judicial se realiza, a solicitud oportuna de las partes o de oficio para mejor proveer, con el objeto de examinar las cosas o hechos litigiosos o relacionados con el debate a fin de juzgar con más acierto, y se hace por el Juez, acompañado de peritos cuando la naturaleza más o menos técnica de las cosas exija la intervención de expertos, o simplemente asociado de dos testigos si el reconocimiento no exigiere especiales conocimientos o prácticas profesionales. La inspección ocular es un medio probatorio que permite al Juez ponerse en relación directa con las cuestiones que se pretende demostrar pericial o testificalmente, dándole ocasión y manera de realizar observaciones personales respecto de los hechos y circunstancias litigiosos que le sirvan de orientación y base para sentenciar acertadamente, las cuales, consignadas en el acta, hacen plena prueba. No autoriza la ley la inspección solitaria del Juez. La presencia de los testigos, cuando no es necesaria la intervención pericial, en la práctica de esta prueba, aunque su mérito se vincule especialmente a las observaciones personales del Juez, no es una formalidad de que pueda prescindirse, sino un requisito esencial, porque es indudable que la ley ha querido de este modo controlar las actividades y juicios probatorios del Juez para excluír su arbitrariedad con la observación y apreciación que junto con él hagan los testigos que también deben autorizar con su firma el acta de la diligencia. (Casación Civil, febrero 7 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044). 726, 2ª

INSTITUCIONES DE UTILIDAD PUBLICA

- 130 -

(Véase "Establecimientos públicos").

INSTRUMENTO PAGADERO A LA ORDEN

- 131 -

Para que un instrumento sea pagadero *a la orden* debe expedirse, de conformidad con el artículo 5º de la ley 46 de 1923, "a la orden de una persona determinada o a esta persona o a su orden", según el artículo 12 de la misma ley. (Negocios Generales, septiembre 30 de 1946. (T. LXI, Nos. 2040-2041) 581, 2ª

INSTRUMENTO PUBLICO

- 132 -

La falta de indicación de vecindad y sexo de los otorgantes no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas. (Artículo 333, L. 57 de 1887). (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 4 de 1946).....56, 2ª.

INTERPRETACION DE LA DEMANDA

- 133 -

Una demanda debe interpretarse siempre en su conjunto, a fin de buscar la verdadera intención del actor, que muchas veces está contenida no sólo en la parte petitoria sino también en los fundamentos de hecho y de derecho en que la acción se apoya. (Casación Civil, noviembre 28 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....466, 1ª

INTERPRETACION DEL ARTICULO 36 DEL CODIGO PENAL

- 134 -

(Véase el título "Apreciación de la gravedad y modalidades del hecho delictuoso").

INTERVENCION DE LOS AGENTES DEL MINSTERIO PUBLICO EN EL PROCESO PENAL

- 135 -

Los Agentes del Ministerio Público pueden intervenir en el proceso penal aun cuando hayan promovido la acción como denunciantes. (Casación Penal, octubre 14 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....512, 2ª

INTERVENCION DEL MINISTERIO PUBLICO EN LOS JUICIOS SOBRE FILIACION NATURAL

- 136 -

(Véase "Filiación natural" en el Nº 103).

INTERVENCION DE LOS JUECES EN LA POLITICA

- 137 -

En concepto de la Corte no es necesario que se acuda de modo permanente a los actos manifiestamente políticos; basta que la asistencia sea accidental si el acto mismo, por privado que resulte, constituye una acción de carácter político. Los funcionarios de la rama jurisdiccional que concurran a esa clase de certámenes o deliberaciones, aunque sean de carácter privado, incurren en la violación de la ley penal. (Sentencia, Sala de Casación Penal, T. LXI, números 2038 y 2039, septiembre 26 de 1946) 196, 1ª

— J —

JUECES DE INSTRUCCION CRIMINAL

(*Prestaciones sociales para los*)

- 138 -

Los Jueces de Instrucción Criminal ejercen jurisdicción, tienen funciones judiciales, imparten justicia a nombre de la República y legalmente son de una categoría igual a la de los jueces de circuito. Además, aunque no hagan parte de la Rama Jurisdiccional, el artículo 10 de la ley 71 de 1945 dispone que para las prestaciones sociales se compute el tiempo de servicios de los Jueces de Instrucción Criminal. (Negocios Generales, septiembre 4 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....539, 2ª

"JUS SOLI"

- 139 -

(Véase "Nacionalidad").

JUZGAMIENTO DE LOS FISCALES DE LOS TRIBUNALES SUPERIORES DE DISTRITO JUDICIAL POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

- 140 -

(Véase el número 53, "Competencia para el juzgamiento").

— L —

LEGISLADOR (*Facultades del*)

- 141 -

El legislador no puede definir en provecho del Estado, con fuerza vinculante y decisoria, la propiedad de un bien, frente a terceros con pretensiones contrarias, pues

invade la órbita de la rama jurisdiccional. El parlamento, por medio de leyes, carece del poder jurisdiccional de *juzgar*. (Sala Plena, diciembre 9 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) 645, 2ª

LEGITIMACION PARA OBRAR. LEGITIMACION EN CAUSA

- 142 -

(Véase "Causal 6ª de Casación.—Legitimación para obrar").

LESIONES PERSONALES

- 143 -

Los elementos constitutivos del delito de lesiones personales son los siguientes: a) Un daño en el cuerpo o en la salud; b) una acción externa violenta o subrepticia; c) intención de herir.

a) El primer elemento de este delito está configurado por toda modificación orgánica o corporal susceptible de menoscabar o disminuír la integridad física o mental de la persona que sufre la acción, pues el bien jurídico que se protege en este delito es la integridad personal.

b) Se habla de acción violenta o subrepticia para expresar así la idea de que una persona (sujeto activo) actúa sobre otra (sujeto pasivo) en el sentido de afectar su integridad corporal, unas veces mediante la violencia material llevada a término por el empleo de las armas, otras de manera insidiosa u oculta como cuando el agente emplea para alcanzar su propósito el suministro de venenos o la misma contaminación venérea.

c) Intención de herir (*animus laedendi*). Para que se materialice jurídicamente un delito de lesiones personales no basta que haya existido un daño en el cuerpo o la salud del ofendido, ni que ese menoscabo sea el resultado de una acción violenta; es necesario, además, que en el agente resida de modo concreto y determinado el ánimo de herir, pues de lo contrario se tendría un delito sin dolo, sin causalidad psíquica alguna atribuíble a un sujeto. En el delito de lesiones personales, como en el del homicidio, es rigurosamente necesario, dentro de nuestro sistema legal vigente precisar el dolo específico que en un caso estará constituído por la intención de herir y en el otro por la intención de matar.

Los delitos, en particular, constan todos de ciertos elementos específicos que los caracterizan de tal modo que se distinguen unos de otros no sólo por su aspecto externo u objetivo sino también por su contenido interno o subjetivo. Cuando un hombre armado con instrumento cortante ataca a otro y quiere con ese ataque producirle la muerte, si el resultado se proporciona a lo querido, se está en presencia de un delito de homicidio, específicamente diferente del caso en que el mismo sujeto, queriendo únicamente herir, logra este último resultado. Entre una y otra acción, en los casos propuestos, no sólo hay una diferencia cuantitativa en cuanto al resultado mismo, sino cualitativa desde el punto de vista intencional. Y las consecuencias de los dos hechos, jurídicamente hablando, son también diversas puesto que resulta más peligroso y es más grave la ofensa del homicida que la del heridor. Por estas consideraciones es preciso fijar el alcance que debe darse al artículo 371 del Código Penal cuando inicia su mandato con estas palabras: "El que sin intención de matar..." La frase transcrita es una forma excluyente de regular y prohibir el delito de lesiones personales y su sentido inicial deja en pie una serie de proble-

mas que a la jurisprudencia corresponde esclarecer y determinar. En efecto, generalmente en la redacción del texto citado los jueces plantean a los jurados —cuando les corresponde intervenir— la cuestión pertinente a un delito de lesiones siguiendo de modo servil las palabras de la ley. Esta hipótesis estaría representada por la siguiente pregunta que es la que en la práctica acostumbraban proponer los jueces a los jurados: ¿N. N. es responsable de haber ocasionado a S. S. una lesión personal (aquí se describe la clase de lesión) sin intención de matar? Si el jurado responde afirmativamente la pregunta, pueden sobrevenir diversos problemas que el juez debe discriminar para eludir errores de interpretación. La respuesta afirmativa significa solamente que el procesado procedió sin intención de matar, es decir, que se excluye el dolo homicida; pero ello no significa ni puede significar jamás que la dicha respuesta implique necesariamente que el jurado contestó que la intención era de herir. La contestación afirmativa deja sin respuesta lo esencial del asunto, o sea, el elemento psíquico del delito porque con el simple hecho de afirmar que se actuó *sin propósito homicida* no se está sosteniendo que la lesión se causó *con intención de herir*. Esta situación permite la interpretación del veredicto en diversos sentidos, todos arbitrarios e injustos. Al negarse la cuestión relativa al propósito de matar, quedan pendientes las siguientes hipótesis sobre las cuales nada dijo el Jurado: a) la lesión se produjo con intención de herir; b) la lesión se produjo sin intención de matar, pero con intención de herir y se realizó la muerte (homicidio preterintencional); c) la lesión se produjo sin intención de matar pero por descuido, negligencia, impericia, violación de reglamentos; d) la lesión tuvo por causa un simple accidente. Todas estas situaciones tienen origen dentro del sistema del cuestionario múltiple ya abolido por la ley 4ª de 1943.

El elemento subjetivo en el delito de lesiones, como en todos los delitos, asume dos direcciones generales que plantean una división entre actos dolosos y culposos según que los primeros estén informados por la intención y los segundos por la voluntad sin intención en el acto inicial. Por fuera de estos dos extremos está el caso o accidente en el cual desaparece la causalidad psicofísica. La intención, el dolo, toma a su vez diversas modalidades y se especializa en razón de la posición que la voluntad asuma en busca de un determinado fin criminoso; por eso se habla de dolo genérico y de dolo específico. El primero comprende la intención general de producir un daño en forma indeterminada, de causar una violación de la ley por medio de una acción injusta; el segundo, dolo específico, dirige la fuerza de la voluntad hacia un mal concreto y determinado. Por eso, es preciso distinguir en la práctica cuál es la intención especial que un delincuente se propuso al ejecutar el hecho dañoso. Cuando un hombre ataca a otro con un cuchillo puede tener la intención de matarlo o de herirlo. Del solo ataque, sin producción de muerte, no siempre puede inferirse que la intención fuera la de matar. Por consiguiente, cuando el Jurado afirma que el hombre ejecutó el hecho sin intención de matar, sin ninguna otra explicación, queda desintegrada totalmente la noción del delito de lesiones, pues no es posible deducir de la misma respuesta si el hecho se produjo con intención de herir (dolo específico) o por culpa o por accidente. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, julio 11 de 1946)

142, 1ª

LEY 94 DE 1938 (ARTICULO 2º) ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL

- 144 -

La Corte estima que la exención de responsabilidad de que habla el artículo 21 de la Constitución se refiere únicamente a los militares en servicio, esto es, a los miembros del ejército, encargados de la defensa exterior de la Nación, porque ese es el sentido natural y obvio del texto constitucional, que no puede extenderse por analogía a personas distintas de las contempladas.

Si los miembros de los cuerpos armados distintos del ejército quedan en iguales condiciones de responsabilidad a los demás funcionarios públicos, eso no significa que puedan discutir en todo caso las órdenes de sus superiores; por el contrario, tal cosa podrá acontecer de manera excepcional, dado que no hay quebrantamiento de garantías constitucionales cuando los ciudadanos contra quienes procede la coacción del Estado se han puesto fuera de los caminos marcados a la conducta social por la Constitución o las leyes. Solamente pueden aquéllos desobedecer el mandato superior para no incurrir en responsabilidad, en el único evento de que la obediencia de la orden traiga la "infracción *manifiesta* de un precepto constitucional en detrimento de alguna persona", esto es, el desconocimiento claro, patente, perceptible a primera vista, de los derechos civiles y garantías sociales, especificados en su mayoría en el título III de la ley fundamental.

Es inexequible, por tanto, el artículo 2º de la ley 94 de 1948, Código de Procedimiento Penal, en cuanto a la frase "y los miembros de los cuerpos armados en servicio". En lo demás es exequible dicho artículo. (Sala Plena, diciembre 12 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 651, 2ª

LEY 1ª DE 1945, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL EN EL PARAGRAFO DE SU ARTICULO 33 (CUOTA DE COMPENSACION MILITAR)

- 145 -

(Sala Plena, octubre 28 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 322

LEY 7ª DE 1945, ACUSADA COMO INCONSTITUCIONAL

- 146 -

El propio contexto de la ley indica que no se ha coartado el derecho que tengan los miembros del Congreso para intervenir en la formación de las leyes por la circunstancia de que durante el segundo debate no les sea posible introducir ninguna modificación al texto de los proyectos, sino limitar su actividad a discutirlo en forma global adoptándolo o rechazándolo. Lo que ha sucedido con la nueva reglamentación es que se ha establecido un orden riguroso de formación en el proceso de creación de una ley a partir de la presentación del proyecto en la respectiva Cámara. Ordenar una situación para obtener fines más rápidos, mejor encauzados y más sujetos a la técnica, no significa que se coarte el derecho que tengan los representantes del pueblo para intervenir en la formación de una ley. Tan exacto es esto que el mismo Estatuto acusado sí provee el derecho a intervenir por los miembros del Congreso en forma que puedan modificar, sustituír, reemplazar o enmendar un proyecto que se encuentre en tramitación para ser adoptado; lo que pasa es que no en todo momento durante ese proceso será posible hacerlo. Tan no se coarta la libertad sobre iniciativa de los congresistas que, aparte del derecho de in-

tervención que se les confiere a su debido tiempo — primer debate — existen, para quienes no hayan concurrido a la discusión inicial, el derecho de impugnar el proyecto en su totalidad o solicitar que se discutan uno o varios artículos con el objeto de que con la demostración de las incongruencias de que pueda adolecer, regrese nuevamente a primer debate dentro del seno de la respectiva comisión permanente o de otra, según la ordenación que se consagra por los artículos 36, 37 y 38 de la ley 7ª de 1945. No encuentra la Corte, por consiguiente, que exista incompatibilidad constitucional alguna entre el artículo 79 de la Constitución Nacional y el artículo 35 de la ley 7ª de 1945. Se trata, como ya se dijo, de una simple reglamentación sobre la manera como se forman las leyes, que no contiene por parte alguna restricción o impedimento para que los miembros del Congreso puedan intervenir en el proceso de su elaboración. (Sala Plena, junio 6 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 301

LEY 34 DE 1945, ACUSADA POR INCONSTITUCIONALIDAD

- 147 -

La ley acusada no suprime los impuestos predial, de catastro, o de caminos, sino que los reemplaza con un impuesto único anual para "los establecimientos dedicados a la industria extractiva de metales preciosos". Crea, pues, un impuesto especial, pero impidiendo que se cobren aquellos otros sobre los establecimientos aludidos, tanto por consultar principios de técnica fiscal, como con el indudable propósito de fomentar o favorecer la industria de la minería.

La ley exime a la industria minera o extractiva de metales preciosos de los impuestos departamentales o municipales que recaigan sobre ella, sin permitir que se cobre otro distinto al establecido por el estatuto acusado. Mas esa exención de impuestos, que le está prohibida al Gobierno, no le está vedada al Legislador, de acuerdo con el texto del artículo 183 de la Constitución. (Sala Plena, noviembre 15 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 326, 2ª

LEY 100 DE 1945, ACUSADA DE INCONSTITUCIONALIDAD, "POR LA CUAL SE APRUEBA UN CONTRATO SOBRE EXPLOTACION DE MATERIALES PRECIOSOS EN EL RIO TELEMBI"

- 148 -

De conformidad con el artículo 214 de la Constitución, para que la Corte pueda ejercer su función de guardián del Estatuto Fundamental, debe preceder acusación concreta promovida por cualquier ciudadano, lo que vale tanto como afirmar que esta alta Corporación no está facultada para conocer oficiosamente de artículos de una ley o decreto que no haya sido objeto de una acusación. Es ésta la razón por la cual la ley 96 de 1936, en su artículo 2º, exige la transcripción literal de la disposición acusada, la designación de la norma constitucional violada y los motivos de este quebrantamiento. Antes del imperio de la prenombrada ley había establecido la jurisprudencia que la discusión sobre inexequibilidad no podía salirse del círculo en que la hubiera encerrado la acusación. Quedaba así expedito el campo a nuevas demandas por motivos no invocados en la primera acción. Hoy rige este precepto: "Pero si la Corte al fallar el negocio encontrare que han sido violados otros textos o principios constitucionales distintos de los invocados en la demanda o que éstos lo han sido por causa o razón distinta

de la alegada por el demandante, dicha entidad estará siempre obligada a hacer la correspondiente declaración de inconstitucionalidad". Todo ello indica, en verdad, que esta clase de demandas no está sometida al rigorismo procesal que para los asuntos de derecho privado exige el artículo 205 del Código Judicial. De manera que la sola circunstancia de que en el libelo se encuentren peticiones inacordes con la atribución que le da a la Corte el artículo 214 de la Constitución, no sería causal para cerrar el paso a la demanda, pues estas cuestiones pueden y deben deslindarse en la resolución definitiva.

Además, la demanda apenas proporciona la condición precisa para que la Corte ejerza su función, lo que significa que desde el punto de vista procesal, el caso constitucional no es asimilable a los negocios que se debaten en controversias privadas. Todo esto es así, ciertamente, pero ello no obsta para que se cumplan determinadas prescripciones formales que se estiman por el Legislador como vías indispensables para llegar a la declaración de inexequibilidad. Tales requisitos son los que establece el artículo 2º de la ley 96 de 1936. (Sentencia, Sala Plena, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, agosto 26 de 1946) 2, 2ª

LEYES SOMETIDAS AL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA CORTE

- 149 -

La verdadera ley es aquella que crea u organiza el derecho positivo; que se dicta con carácter general, abstracto e impersonal, o mejor, la que gobierna una categoría determinada de intereses, consagrando reglas de conducta, ya en el orden de las relaciones privadas entre los súbditos, ya en el orden de las relaciones con el soberano. Al lado de estas ordenaciones con categoría de leyes, el poder legislativo toma participación en funciones puramente administrativas, por medio de actos que se revisten de las formas de la ley, pero que en la materialidad de su sustancia no contienen nada parecido a una regla de derecho.

No por carecer la ley de generalidad escapa al control jurisdiccional de la Corte previsto en el artículo 214 de la Carta, pues las leyes particulares y concretas también son susceptibles de contener mandatos inconstitucionales. Lo que ocurre es que esas leyes, cuando concretamente tienden a disponer de bienes nacionales, o que el Estado reputa del patrimonio público, ni remotamente engendran obligaciones a cargo de los particulares debido a su naturaleza. Mucho menos puede asignárseles alcances jurisdiccionales, ni pueden implicar declaraciones de dominio. No son órdenes para los particulares con fuerza coactiva y decisoria. Son órdenes e instrucciones al gobierno, que para cumplirlas debe tener en cuenta que no por emanar del Congreso le crean al Estado fueros o prerrogativas especiales en relación con terceros que ninguna participación han tenido en la expedición del acto. (Sala Plena, diciembre 9 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) ..646, 2ª y 647

LIBERTAD DE PRENSA

- 150 -

Conforme al artículo 42 de la Constitución Nacional implícitamente queda aceptado que deja de ser libre la prensa durante la perturbación del orden público, lo que justifica por sí solas las medidas impuestas por el Poder Ejecutivo con ocasión del estado de emergencia. (Sala Plena, noviembre 15 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).

323, 2ª

LIQUIDACION DE PERJUICIOS

- 151 -

En el incidente de liquidación de perjuicios no se trata, de acuerdo con el rigor de los principios, de condenar o de absolver a la parte demandada, sino simplemente de fijar la cuantía de la indemnización, de concretarla a una cifra numérica. De donde resulta que si los perjuicios, ya reconocidos *in abstracto*, no son determinados luego de manera idónea porque las probanzas no fueren suficientes para lograrlo, la resolución respectiva debería expresar esto y no más, pues el procedimiento de la regulación no tiene a la luz de la ley y de la doctrina jurídica sino este único objetivo; y, por tanto, declarar entonces absuelto al demandado porque los interesados no pudieron precisar en un guarismo dado el *quantum* de la indemnización viene a ser tanto como resolver una cuestión ajena al debate y, por consiguiente, fuera del alcance de la autoridad y de la competencia del juzgador, que no puede alterar el contenido de las disposiciones adoptadas en la sentencia firme que declaró la obligación de indemnizar. Pero el equívoco deja de tener lugar si conforme se ha entendido siempre por la Corte y los Tribunales aquella fórmula absolutoria sólo implica que por no haberse llevado a los autos la prueba del valor preciso de los perjuicios no pueden ser ellos fijados viniendo a quedar, por tanto, el demandado absuelto en el incidente, sin que tal declaración tenga el sentido de revocar o alterar las condenaciones hechas en la sentencia de cuyo cumplimiento se trata.

En el salvamento de voto de los Magistrados del Tribunal *a quo* se sostiene que decidido el incidente regulatorio adversamente a la parte demandante —porque no probó o porque descuidó probar eficazmente la cuantía de los perjuicios— subsiste para ella el derecho de recurrir al juicio ordinario para provocar una nueva regulación. Para la Corte no es esto así, y por el contrario, sostiene la tesis de que agotados todos los trámites del incidente establecido en el artículo 553 del Código Judicial, se agota para el interesado toda posibilidad para perseguir por la vía ordinaria el cumplimiento del fallo que decretó *in genere* la indemnización. (Negocios Generales, septiembre 10 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 545, 2ª

— M —

MANDATO

- 152 -

El mandato civil, según el artículo 2149 del código de la materia, puede constituírse por escritura pública o privada, por cartas, verbalmente y aun por aquiescencia tácita. En cambio, el mandato procesal exige una forma solemne al tenor de los artículos 255 y 256 del Código Judicial. Como fluye de estas disposiciones, un poder especial para pleitos requiere la escritura pública, la que puede ser sustituída por un memorial presentado personalmente, de la misma manera que se ordena la presentación de las demandas. (Artículo 223 C. J.). Lo anterior está significando que las normas del mandato judicial son especiales y, por consiguiente, de preferente aplicación y que sólo puede darse cabida a disposiciones del Código Civil cuando en el de Procedimiento se noten vacíos.

La norma del artículo 251 del Código Judicial consagra una prohibición para ejercer poderes, mas no impide el que un poder se otorgue para el solo efecto de sustituírlo en persona de capacidad legal para ejer-

cerlo. (Negocios Generales, noviembre 6 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 843, 2ª

MEDIOS NUEVOS EN CASACION

- 153 -

Los hechos o motivos en que se apoyen las alegaciones ante la Corte han de haber sido ya propuestos a los jueces de fondo. Si son de aquellos que no han sido materia de controversia en las instancias, se llaman medios nuevos que no tienen cabida en el recurso. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 21 de 1946) 361, 1ª

MINISTERIO PUBLICO — SU FUNCION JURIDICO - SOCIAL EN EL PROCESO PENAL.—NECESIDAD DE LA UNIDAD DE ACCION DE SUS FUNCIONARIOS

- 154 -

En el proceso penal, el Ministerio Público ejerce una función jurídico-social. Jurídica, en cuanto lleva la personería de los intereses del Estado; y social, en cuanto asume la representación y defensa de la sociedad, ya para obtener la represión y la corresponniente indemnización de perjuicios en contra de quienes infringen la ley penal, ya en orden a defender los derechos de las personas acusadas sin justa causa, ya en cuanto interviene en la función interpretativa de las leye, por medio de peticiones y conceptos.

La misión del Ministerio Público no es necesariamente la de acusador para obtener una condena, ni la de perseguidor o contendor de los procesados. Su función es pública y social, no sólo para pedir la sanción del culpable, sino también para obtener la absolución del inocente. En muchos casos, el interés social puede coincidir con el de los sindicados, y entonces, su deber como colaborador de la justicia, es el de apoyar esos intereses para conseguir como resultado la defensa social.

Pero si el Ministerio Público, representado por uno de sus colaboradores (Fiscal del Tribunal), por una apreciación equivocada de la ley, o por error en la interpretación de la misma, llega a extremos contrarios a los de la justicia, el superior jerárquico, debe desechar ese resultado y buscar otra solución para evitar la impunidad y cumplir los fines primordiales de la defensa social.

Cuando el Ministerio Público interviene en el proceso penal como representante del Estado y de la sociedad, todos los funcionarios que lo integran forman una sola parte y constituyen, por este aspecto, uno de los sujetos procesales del juicio criminal; de allí que sus actuaciones, en orden a tutelar y proteger los intereses de la defensa social, deben consultar los fines primordiales de unidad y equidad, para que la justicia no sufra quebrantos en su aplicación.

En los juicios de competencia de los Jueces Superiores, quienes representan al Ministerio Público, son los fiscales de esos Juzgados; en los Tribunales, son colaboradores inmediatos de ellos sus respectivos Fiscales; y cuando se trata de negocios de competencia de la Corte, o del recurso extraordinario de casación, la representación del Ministerio Público sólo puede cumplirse por el Procurador General de la Nación, a quien corresponde formular la correspondiente demanda, o coadyuvar o impugnar la del inferior del mismo ramo.

En los asuntos penales susceptibles de casación, puede el Fiscal del Tribunal interponer el recurso (artículo 558 del C. de P. P.); pero si el Procurador General de la Nación, quien lleva la personería del Ministerio Público ante la Corte, no formula la

correspondiente demanda, el recurso debe declararse desierto. Puede suceder que el Fiscal del Tribunal, junto con la interposición del recurso, o con posterioridad a este acto, formule demanda de casación. En tal caso, la parte recurrente —ante la Corte— no es el Fiscal, sino el Procurador, y es a este funcionario a quien debe darse el traslado ordenado por el artículo 563 del Código de Procedimiento Penal, para que formule la demanda o para que sustente la introducida por el Fiscal. Pero si la Procuraduría, lejos de apoyarla, la impugna, por ser contraria a los intereses de la ley y de la defensa social, o porque en sus conclusiones lleva a la impunidad, la Corte no puede estudiar el fondo del problema, por carecer la demanda de base firme de sustentación, toda vez que la parte recurrente (Procurador) no la formula, ni coadyuva o sostiene la presentada por el Fiscal.

Los conceptos anteriores llevan a la conclusión de que cuando el recurrente es un Fiscal de Tribunal y la respectiva demanda de casación no es sustentada o coadyuvada por el Procurador General, quien representa al Ministerio Público ante la Corte y es parte en el juicio penal, la Sala no puede avocar el estudio del negocio, porque la demanda carece de base firme de sustentación.

Aún en el supuesto de que la demanda formulada por un Fiscal de Tribunal, como recurrente, fuera en sí completa, y no necesitara, por consiguiente, de apoyo jurídico por parte del Procurador, como superior jerárquico del Fiscal recurrente, si éste ha pedido cosa distinta de lo estrictamente concedible de acuerdo con la ley, no procedería a considerarla, como en el caso que la Corte tiene a su estudio. (Casación Penal, julio 31 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 150, 2ª

MORA EN EL PAGO DE SUMAS DE DINERO. — PRESUNCION DEL PERJUICIO

- 155 -

En el caso del artículo 1617 del Código Civil la ley no obliga a probar el perjuicio, el cual se presume por la naturaleza fructuaria que corresponde al dinero. Es suficiente el retardo en el pago para que se adeuden intereses. (Casación Civil, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) ...110, 1ª

— N —

NACIONALIDAD. — SISTEMA DEL "JUS SOLI"

- 156 -

A las preguntas hechas por el señor Procurador cumple dar una respuesta rotundamente negativa de que el simple cambio de domicilio, que es relación jurídica de derecho privado, pueda siempre y por sí sola hacer tabla rasa de la nacionalidad. Es que, en primer término y a la luz de la legislación colombiana, como legislación propia de un país civilizado, mal puede confundirse la noción de nacionalidad con la del mero domicilio, contra lo que predica y acepta la doctrina jurídica internacional. Teniendo, por otra parte, instituído Colombia, como país de inmigración, el sistema del *jus soli* con miras a la solidez relievante de su soberanía misma, tal sistema jurídico, de derecho público, requiere que no pueda él ser supeditado por el libre querer del nacional, hijo de extranjeros que en un momento dado resuelva cambiar de domicilio, abandonando el domicilio colombiano. El "jus soli" en Colombia, como en los demás países de América, corresponde, en efecto, a una concepción jurídica encaminada, no a

la rehusación de nacionales colombianos, sino a reivindicarlos no obstante el domicilio que aquéllos puedan adquirir eventualmente en el exterior después del acaecimiento de haber quedado investidos de la nacionalidad colombiana. Y si el artículo 8º de la Constitución trae una expresión ambigua, aquella de "que se hallen domiciliados en el territorio de la República", tal expresión no puede interpretarse mediante un esfuerzo, desde luego discutible, de exégesis gramatical. Por cuanto, en primer término, nociones elementales de hermenéutica indican que en tal caso la disposición constitucional ha de entenderse de manera armónica con otras normas constitucionales, cual corresponde a la que trae el 9º de la propia Constitución, precepto que es claro y perentorio en el sentido de establecer que la nacionalidad colombiana por nacimiento, una vez adquirida, no se pierde sin que medie carta de naturalización en país extranjero. Y si ello no fuese suficiente que sí lo es, la llamada interpretación "correctiva" o "científica", calificada también de moderna, habría de indicarnos que la inteligencia de expresiones ambiguas en los textos legales ha de ser la que señalen los principios que dominan la materia, o sea, en el caso actual, aquellos consistentes en que la nacionalidad constituye vínculo permanente cuya conservación es solicitada, ante todo, por el interés público del Estado que confiere tal investidura; y que el fin social de la institución, en este caso el "jus soli" colombiano, cual ocurre en el de los demás países de inmigración, es fin que tiende a conservar como a sus nacionales y en interés público del Estado, también a los hijos de los extranjeros, cuando tales hijos han nacido dentro del país, y aun contra la voluntad misma de los nacionales referidos. (Negocios Generales, julio 8 de 1946. T. LXI, números 2038 y 2039) 235, 2ª

NOTIFICACION DEL AUTO QUE ORDENA EL TRASLADO DE LA DEMANDA

- 157 -

Lo que se notifica a las partes en juicio no son las demandas, sino las providencias que el juzgador dicta y que en el caso concreto del traslado de una demanda técnicamente no es ésta la que se notifica, sino el auto por medio del cual se ordena el traslado de la misma; en otras palabras, el conocimiento que se da al demandado del libelo de demanda que es en lo que consiste el traslado, se efectúa notificándole el correspondiente auto y entregándole la demanda o poniéndola a su disposición en la secretaría, según el caso. (Negocios Generales, noviembre 26 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 870, 1ª

NULIDAD (*de un contrato*)

- 158 -

(Véase "Simulación". Casación, octubre 23 de 1946, Nos. 2040-2041.....369)

NULIDAD

- 159 -

La declaración de nulidad absoluta del contrato que confiere a las partes derecho para ser restituídas al estado anterior a éste, conforme al artículo 1746 del C. C., envuelve natural y consecuencialmente la de su registro. Declarada aquélla debe decretarse la cancelación del segundo, aun sin necesidad de petición expresa al respecto. (Artículo 2676 C. C.). (Casación Civil, noviembre 28 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 466, 1ª

NULIDAD ABSOLUTA Y RELATIVA

- 160 -

Como sanción legal por la omisión de los requisitos y formalidades que se prescriben para el valor de un acto o contrato, según su especie o la calidad o estado de las partes, la ley ha establecido la nulidad del mismo. Cuando la omisión se refiere a un requisito exigido en los actos celebrados en consideración a su naturaleza o especie, la nulidad es absoluta, existe respecto de todos, afecta al orden público. Cuando se trata de la prescindencia de un requisito exigido en el acto o contrato en atención a la calidad o estado de las partes, la nulidad sólo beneficia al relativamente incapaz; es, pues, de efectos limitados. A diferencia de la nulidad absoluta que por afectar el derecho público de la Nación puede ser declarada de oficio, la relativa sólo puede solicitarla la persona en cuyo favor se ha establecido, sus herederos o cesionarios. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 21 de 1946) 359, 2ª

NULIDAD POR FALTA DE CITACION O EMPLAZAMIENTO Y POR INDEBIDA REPRESENTACION

- 161 -

Conforme al artículo 457 del Código Judicial el derecho de accionar o de excepcionar con base en la nulidad del juicio no corresponde a cualquiera de los actores, sino privativamente a la parte ilegalmente notificada o emplazada o indebidamente representada. Es el interesado mismo quien puede alegar esos motivos de nulidad y no su contraparte. Si tal personería se exige para promover el juicio por la vía ordinaria y para oponer la excepción cuando se trata de ejecutar la sentencia, la misma personería debe exigirse para alegar en casación la nulidad del juicio con apoyo en los referidos hechos, pues no se ve razón para que tan sabias normas dejen de aplicarse en el recurso de casación. (Casación Civil, noviembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041). 442, 2ª

NULIDAD CONSTITUCIONAL DEL JUICIO PENAL.-FALTA DE CITACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR PROCESADO

- 162 -

La Corte acoge como doctrina interpretativa del artículo 104 del Código de Procedimiento Penal, el concepto del Procurador Delegado en lo Penal, según el cual, "en el caso de autos, siendo el acusado menor de edad y teniendo su representante nato en la persona de su madre legítima, ésta ha debido concurrir a todas las diligencias judiciales que se practicaron con aquél a partir de la clausura del sumario para que ellas fueran legalmente válidas. Y como ello no se hizo, la actuación está minada de una nulidad sustancial". Aunque las nulidades están previstas de modo imperativo por la ley, fuera de ellas hay otras nulidades supralegales que encuentran su fundamento en el artículo 26 de la Constitución Nacional. El hecho de adelantar y realizar un juicio penal sin que se hayan observado todas las formas propias de él, es faltar a una de las garantías individuales prescritas por la Ley Fundamental. No habiendo intervenido en el proceso la madre del menor encausado es obvio que se ha faltado a una de las formas propias del juicio como era la intervención constante del representante legal del menor en todos los actos de él, según lo ordena el artículo 104 del C. de P. P. Así lo ha dicho la Corte en diversas ocasiones y, por tanto, prospera la causal 4ª alegada. (Casación

Penal, julio 9 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 135, 2ª

NULIDAD DEL SUMARIO.—FALTA DE CITACION DEL REPRESENTANTE LEGAL DEL MENOR PROCESADO

- 163 -

El sumario, dada su naturaleza y características hace suponer una tramitación rápida. La circunstancia de no haberse llamado a intervenir en él a la madre del acusado, en el caso de autos, no vicia de nulidad esa etapa del proceso porque es bien sabido que las nulidades en ese período no se presentan sino en casos sumamente excepcionales, como son la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería en el querellante, cuando el asunto es de aquellos en que no se puede intervenir oficiosamente. (Casación Penal, julio 9 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039)..135, 1ª

NULIDAD DE DOCUMENTOS

- 164 -

La falta de indicación de vecindad y sexo de los otorgantes no anula el instrumento, no habiendo duda sobre que son personas conocidas. (Artículo 333, L. 57 de 1887). (Casación Civil, septiembre 4 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 55, 1ª

NULIDAD DEL PROCESO PENAL POR ERROR EN EL NOMBRE DE LA VICTIMA

- 165 -

Así como al referirse a la equivocación en el nombre del delincuente ha dicho la Corte que lo que interesa es que al individualizarlo con certidumbre se evite que cargue otro —un inocente— con el delito cometido, de la misma manera, en tratándose del nombre de la víctima, lo que se debe buscar es que no aparezca como muerto, por ejemplo, quien en realidad está vivo. (Casación Penal, octubre 8 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 501, 1ª

NULIDADES DEL PROCESO PENAL

- 166 -

Las nulidades que afectan los procesos penales son de dos clases: absolutas o sustanciales y relativas o formales.

Las primeras comprenden la violación de normas de derecho penal, lo afectan en su contenido esencial, son insubsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes que intervienen en el juicio; las segundas, hacen referencia a las normas reguladoras del procedimiento penal; éstas son subsanables por el transcurso del tiempo, o por el consentimiento expreso o tácito de las partes, deducido de su actuación o intervención en el juicio.

La existencia de nulidades en el proceso penal, plantea el conflicto entre dos derechos: uno de interés general, representado por el Estado, que busca la sanción, sin trabas en el procedimiento, y otro, el del procesado, que invoca para su juzgamiento el cumplimiento de todas las formalidades propias del juicio; la prevalencia de este o aquel interés, sin sujeción a norma alguna, sería incompatible con la finalidad de los procesos penales. De allí que la ley hubiera determinado las nulidades y la forma de declararlas cuando ellas existen.

Las nulidades absolutas o substanciales,

como son, entre otras, la incompetencia de jurisdicción y la ilegitimidad de personería, se declaran oficiosamente, en cualquier momento procesal en que el juzgador advierte su presencia; son una especie de tutela jurídica que actúa durante el proceso y evita que sean violadas las normas fundamentales de la ley procesal. Las nulidades relativas o formales, por naturaleza subsanables, se puede decir, son contingentes y no producen efectos sino cuando los interesados las reclaman, por lesionar sus derechos.

La omisión de los traslados a que hacen referencia los artículos 459 y 516 del Código de Procedimiento Penal, no son hechos constitutivos de nulidad, porque la ley, en ninguna de las disposiciones del Capítulo VI del Título IV, que trata de las nulidades que afectan los procesos penales, los consagra como causales de este género. Cuando la ley indica normas a las cuales deben sujetarse ciertos actos, su omisión o falta de cumplimiento no implica, necesariamente, un acto de nulidad; estas irregularidades, más bien de forma que de contenido, no tienen la capacidad suficiente para anular el proceso.

Si la omisión de los traslados no está erigida por la ley en causal de nulidad, esa circunstancia puede constituír una falta de cumplimiento de los deberes del Secretario, o negligencia de las partes para reclamar a tiempo sobre la irregularidad, pero en ningún caso ese hecho menoscaba las garantías procesales o constitucionales que afectan los intereses del procesado. Para que esas irregularidades de forma o de procedimiento incidan en las llamadas nulidades constitucionales —de que habla el recurrente— es necesario que directa o indirectamente violen el contenido del artículo 26 de la Constitución Nacional. (Casación Penal, septiembre 11 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) .....819 1ª y 2ª

— O —

OBJECIONES (*a la partición de un bien común*).

- 167 -

(Véase "Partición". Casación, octubre 17 de 1946. Nos. 2040-2041) 350

ORDEN SUPERIOR COMO EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL

- 168 -

(Véase "Ley 94 de 1938 (artículo 2º) acusada de inconstitucionalidad").

— P —

PAGO DE LO NO DEBIDO

- 169 -

La Corte no puede conocer, en el caso de autos, de la acción incoada, de acuerdo con el artículo 40 del Código Judicial (artículo 2º, Ley 67 de 1943), porque no se trata de un contrato celebrado con la Nación, sino de un cuasi-contrato *de pago de lo no debido.* Y es que cuando la obligación en sí misma considerada nace de un hecho lícito, constituye un cuasi-contrato; y éste habrá de denominarse, como es bien sabido, cuasi-contrato de *pago de lo no debido,* si tal hecho lícito consiste en haberse efectuado por error un pago de lo que no se debía.

El cumplimiento de ese hecho lícito da lugar, por otra parte, a un derecho investido de la acción judicial correspondiente, o sea justamente de la acción sobre repetición de lo pagado. (Artículos 34, Ley 57 de 1887 y 2213 C. C.). Se sigue de aquí que si la celebración de un contrato ha dado entrada

a la posibilidad de un pago de lo no debido, la acción de repetición no es derecho que directa y necesariamente procede del vínculo contractual sino del hecho lícito de pago por error, y, por tanto, la acción misma de repetición es acción de origen cuasicontractual y no, en manera alguna, acción de fuente contractual impropiamente dicha. En otras palabras, la acción por pago de lo no debido se basa jurídicamente hablando en la ausencia de causa para tal pago. Y esta carencia de causa no sólo tiene o puede tener, en el caso actual como explicación y origen la diferencia numérica entre la tarifa que sostiene el demandante correspondía aplicar, y la que en la práctica fue aplicada. (Auto, Sala de Negocios Generales, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 9 de 1946) 281, 2ª

PARTICION

- 170 -

Los artículos 1402, 1043 y 1410 del Código Civil contemplan acciones o molestias que pueden caer sobre un partícipe, a fin de advertir que ha de citar a sus copartícipes para la defensa y denunciarles el pleito para la evicción posterior, a la que no habrá lugar cuando la ha renunciado, ni cuando la evicción o molestia provienen de culpa suya o tienen causa posterior a la partición, pues es claro que el grupo de los interesados ha de llevar sobre sí, en la proporción legal, las contingencias y responsabilidades a que habría estado afecto su causante común si viviese; pero no las de cada adjudicatario nacidas de obra suya o de su omisión o sobrevinientes, pues la partición se retrotrae a la muerte del *de cujus*. (Artículo 1401 C. C.). (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 12 de 1946). 64, 1ª

PARTICION

- 171 -

Una partición ha de aprobarse de plano si los interesados unánimemente lo solicitan o si a falta de tal solicitud, se da traslado y éste vence sin que aquélla haya recibido objeciones o si, habiéndolas, el incidente ocasionado por ellas se decide declarándolas infundadas. (Artículo 964 C. J.). En el caso del proceso no hubo objeciones a la partición para que pudiera ser admisible el recurso de casación intentado. Cuando las objeciones hechas no prosperan y sobreviene, por ende, sentencia aprobatoria del Tribunal, el objetante puede recurrir en casación acusando, v. gr., de quebranto del artículo 1394 del Código Civil por no haberse aplicado o haberse interpretado erróneamente, según el caso, violación a que puede llegarse por error de apreciación de lo comprobado en el proceso en pro del objetante, y entonces sí encuentra la Corte planteado un problema de los que se estudian y deciden en tal recurso, de acuerdo con el artículo 520 del C. J. Una vez decretada en firme la partición y practicada y en traslado, lo único procedente contra ella es objetarla. Lo demás es extraño e inoportuno. (Auto, Sala de Casación Civil, Tomo LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 23 de 1946) 79, 1ª

PARTICION

- 172 -

El artículo 2338 del Código Civil impone que en el juicio divisorio se tenga noticia exacta del derecho de cada comunero en la comunidad, porque de otra manera no estará en capacidad el partidor de hacer la distribución proporcional de que habla el precepto. De la extensión del derecho de

cada comunero da razón el título respectivo de la adjudicación indivisa en determinado globo de terreno. De manera que es natural que antes de que el agrimensor parta el predio indiviso, fraccionándolo en porciones equivalentes a las cuotas de los interesados, figuren todos los títulos en el expediente, sin que al partidor le sea dado irlos a buscar en las Notarías cuando no figuran en el proceso. En este caso se debe proceder de acuerdo con el artículo 960 del Código Judicial y es al Juez a quien corresponde decidir la duda que abrigue el partidor sobre los vacíos que halle en el proceso para formar la cuenta de partición. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 17 de 1946) 351, 1ª

PECULADO

- 173 -

El elemento primordial del peculado es el cambio de destinación de los dineros o bienes que maneja o administra el acusado, o el uso indebido que de ellos haya hecho. (Casación Penal, junio 3 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 470, 1ª

PENSIONES DE JUBILACION PARA EMPLEADOS DE LA RAMA JURISDICCIONAL

- 174 -

Existiendo los libros de decretos de nombramientos y de actas de posesión, comprobantes que pueden llamarse principales, no hay razón para suplirlos con atestaciones de simple referencia a libros de decretos y de posesiones existentes en el archivo de la oficina. Es verdad que el artículo 332 del C. J. les asigna autenticidad a las certificaciones de los funcionarios judiciales cuando lo autoriza la ley y cuando no queda dato sobre la ocurrencia de determinado hecho por ante tales funcionarios. De donde se infiere que si el dato original existe, no tiene por qué acreditarse con certificaciones de referencia. Lo que consta en archivos ha de acreditarse con copias formalmente expedidas, con lo cual se evitan abusos y se da mayor fuerza a las comprobaciones.

Ni la ley 6ª ni la 71 de 1945 derogan ni reforman la disposición que prevé el retiro por merma de la capacidad para el trabajo.

La ley 71 de 1945 no exige entre los requisitos para merecer la pensión el de la carencia de recursos. Los términos empleados en el Decreto Nº 2480 de 1945 dejan comprender que a quien solamente disfruta de un sueldo proveniente de servicios en el Organo Judicial o Rama Jurisdiccional no se le puede tener como rentado. Así pues, debe reputarse como carente de renta a quien cuenta apenas con la asignación o sueldo que se le paga por servicios en la Rama Jurisdiccional.

El empleado que se limita a demandar el reconocimiento de la pensión para gozar de ella una vez separado del empleo, puede hacerlo. El artículo 9º de la ley 89 de 1931 lo permite, y la Corte lo ha creído posible en el entendimiento de que el pensionado pierde la pensión por el hecho de devengar otro sueldo.

Siendo evidente que cuando la demanda se presentó estaba vigente la ley 6ª de 1945 y aún no lo estaba la 71 del mismo año que redujo la pensión al 75% del último sueldo devengado, es preciso atender a la ley que le dio fundamento a la demanda y que les garantizaba a quienes estaban en las condiciones previstas en ella un derecho que la justicia no puede desconocer. Esta ha sido la doctrina sostenida por la Sala en fa-

llos recientes. (Negocios Generales, septiembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039). 286, 1ª

PENSIONES DE JUBILACION. — COMPROBACION DE LOS REQUISITOS EXIGIDOS PARA DECRETARLAS

- 175 -

El ejercicio del cargo, cuando no se ha allegado la documentación principal, puede acreditarse con testigos, como lo ha establecido la doctrina de la Corte. (Negocios Generales, septiembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 550, 1ª

- 176 -

La investidura oficial, para efectos de la pensión, ¿exige simultáneamente las constancias legales de nombramiento, posesión y ejercicio del cargo? Si se aplicara un criterio riguroso y literal, la respuesta sería afirmativa en vista del Decreto Nº 2840 de 1942. Pero a esto se observa: según el artículo 7º del C. J., constando el nombramiento y el posterior ejercicio del cargo, se presume de derecho la posesión. Constando la posesión y el ejercicio del cargo, debe admitirse esto, por lo menos, como un indicio muy vehemente del nombramiento. De otro lado, sería un legalismo excesivo decir que el certificado sobre ejercicio no podría ser, como prueba principal, sino el que dieran los funcionarios judiciales y no el que emanara de una certificación tan importante como la que figura en auto. Los artículos 2º y 3º del Decreto nombrado requieren, en verdad, ciertas pruebas especificas pero la interpretación del texto no es tan drástica que no permita al fallador cierta amplitud en vista de las circunstancias. No debe olvidarse que las leyes de pensiones son de naturaleza administrativa y previsión social, lo cual está indicando que no debe emplearse un criterio tan riguroso que lleve al desconocimiento del derecho. (Negocios Generales, septiembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) . . 552, 2ª

PERDIDA DE LA NACIONALIDAD

(*acción de*)

- 177 -

La Corte no tiene por función, que caiga dentro de la órbita de su competencia, el declarar pura y simplemente quién sea nacional y quién sea extranjero, tema que parece más indicado para el estudio propio del Ministerio de Relaciones Exteriores. La función de la Corte de declarar si se ha perdido o no la nacionalidad colombiana conlleva en sí la de definir la cuestión *prejudicial* o *previa* de si ha existido o no la nacionalidad; pero desde el momento en que aparezca, como punto incontrovertible a juicio de la Corte, que el motivo alegado para entablar la acción de pérdida de la nacionalidad es motivo vacuo o antijurídico, o "peregrino", como lo dijo con sobrada razón el señor Procurador, resulta ser manifiesto que no hay lugar a entrar a analizar la cuestión, no sólo de derecho sino también de hecho, de si en verdad se trata en cuanto a la persona, a la cual se imputa tal pérdida, de una persona que en un momento dado haya sido o no nacional colombiano. Y es que en este supuesto la Corte debe limitarse a cumplir con el deber de declarar que no procede la acción, que como toda acción judicial debe aparecer jurídicamente fundada, so pena de usurpar jurisdicción si se procediere a hacer declaraciones que estén fuera de la órbita jurisdiccional en el proceso respectivo. (Negocios Generales, julio 8 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039). 232, 1ª

PERJUICIOS — PRESUNCION DE CULPA

- 178 -

La Corte en repetidos casos ha sostenido que el precepto contenido en el artículo 2356 del Código Civil no tiene por objeto repetir la regla del artículo 2341 de la misma obra, sino que separándose del sistema expuesto en este último, establece una presunción de culpa cuando el daño deriva de hecho que por su naturaleza o las circunstancias en que ocurre permiten atribuírlo a malicia o negligencia de otra persona. La colocación del mencionado artículo en seguida de una enumeración de casos en que se presupone responsabilidad y la expresión en él empleada de que "por regla general' todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona debe ser reparado por ésta, está indicando que tal expresión se toma por éstas u otras semejantes: "en igualdad de circunstancias", "en los demás casos análogos", se presupone culpa. La expresión allí también empleada de que "todo daño que pueda imputarse" está diciendo que puede reemplazarse por "que sea susceptible", con lo cual quedaría la redacción del artículo: "Todo daño que sea susceptible de imputarse a dolo o culpa de otra persona debe ser reparado por ésta". No es que el legislador de una manera terminante declare que hechos de tal naturaleza constituyan dolo o culpa, sino que establece una presunción que, por no ser de derecho, admite prueba en contrario, arrojando la carga de ella sobre quienes ejercitan actividades de tal índole.

A la víctima le basta demostrar los hechos que determinan el ejercicio de una actividad peligrosa y el perjuicio sufrido; y será el demandado quien deba comprobar que el accidente ocurrió por imprudencia exclusiva de la víctima, por la intervención de un elemento extraño, o por fuerza mayor o caso fortuito, ya que el ejercicio de una actividad peligrosa, por su naturaleza, lleva envuelto el de culpa en caso de accidente.

El artículo 2341 del Código Civil autoriza la indemnización cuando la víctima prueba la culpa o el dolo del autor del daño; el 2356 la releva de esta obligación arrojando la prueba de la irresponsabilidad sobre la persona que ejercita actividades reputadas peligrosas. La culpabilidad se presume en aquellos casos en que el daño proviene de un hecho que la razón natural permite atribuír a culpa o dolo de otro, o de aquellos hechos que, por su propia naturaleza, o por las circunstancias en que se realizaron, sean susceptibles de imputarse a culpa de terceros. Fuera de estos casos la presunción no tendrá aplicación. Sin embargo, la presunción comentada, lo estatuído en el artículo 2356 del Código Civil, no es aplicable a los casos en que la propia víctima sea el agente de la actividad peligrosa, como empleado o dependiente de la empresa. La doctrina de la Corte, expresada por sus dos Salas de Casación Civil y de Negocios Generales, es la de que la presunción de culpa, que se encuentra consagrada en el artículo 2356, "opera en favor de la víctima pasiva del daño ocasionado por el manejo de cosas caracterizadas por su peligrosidad, la cual releva de la prueba de la existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente, a la víctima, quien demostrando el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio, vierte sobre el autor de aquél la obligación de acreditar una causa eximente de la culpa, si aspira a liberarse de toda responsabilidad".

El empleado o dependiente que por cuenta de otro individuo o empresa, que tiene el carácter de dueño, desarrolla actividades en una fábrica o maneja máquinas como cal-

deras, automóviles, etc., está obligado ante el dueño a cumplir correctamente la función encomendada. Sobre él pesa la obligación de cuidado y diligencia, tendiente a evitar accidentes en el mismo grado en que lo estaría el propio dueño si la manejara; y aún tiene otro deber jurídico que no tiene el dueño, originado en su posición de dependiente, consistente en cuidar de la conservación de la cosa, impidiendo que se destruya o deteriore. Si sobre el dueño gravita la obligación de manejar su empresa con suma diligencia y cuidado, el empleado tiene exactamente igual compromiso, tanto en relación con terceros como con respecto al propio dueño. (Casación Civil, octubre 26 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).

379, 1ª y 2ª

PERJUICIOS — REGULACION DE LOS RECONOCIDOS EN ABSTRACTO EN EL PROCESO

- 179 -

El Juez penal, al proferir sentencia condenatoria por una infracción que ha causado daños, debe condenar a los responsables como culminación de la acción civil adelantada dentro del proceso penal, a la indemnización correspondiente y debe hacerlo en cifra numérica precisa. (Artículos 92 del C. P. y 259 del C. de P. P.). Y siempre que haya de hacerse condena por daños o perjuicios están obligados los jueces a fijar su importe en cantidad líquida, o a establecer, por lo menos, las bases con arreglo a las cuales deba hacerse la liquidación. (Artículos 480 y 553 C. J.). Imponiendo la ley para este efecto el procedimiento especial del artículo 553 del C. J., no es claro el derecho de recurrir a la vía ordinaria, utilizable sólo cuando la ley no dispone la observancia de trámites especiales, para obtener la fijación del importe de la condena en abstracto. (Casación Civil, octubre 29 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) . . 392, 1ª

PERJUICIOS MORALES Y PERJUICIOS MATERIALES

- 180 -

La realidad de los perjuicios es el basamento lógico e indispensable de la indemnización hasta el punto de que si ellos no se comprueban en su existencia, al menos, resultaría inútil averiguar las otras condiciones que la acción indemnizatoria reclama. Tales perjuicios no los presume la ley, pero su extensión y cuantía sí pueden demostrarse, al ejecutarse el fallo, según lo prescribe el artículo 553 del Código Judicial. Por lo que toca a los perjuicios morales subjetivos se puede decir que ellos deben ser ciertos y personales y que consisten a veces en el ataque a ciertas afecciones legítimas e íntimas. Se aprecian desde el punto de vista psíquico y se determinan principalmente en atención a los vínculos de parentesco entre los damnificados y la víctima del accidente. Su demostración, como en el *sub-lite*, puede aceptarse por medio de una presunción simple, fundada en los vínculos familiares, acreditados plenamente. La presunción, en esta forma, tiene los caracteres suficientes para producir el convencimiento del Juez, al tenor del artículo 664 del Código Judicial. La regulación del *pretium doloris* en una cifra numérica está subordinada a la pauta que se traza en el artículo 95 del Código Penal, según lo ha resuelto reiteradamente la Corte Suprema por medio de sus Salas de Casación Civil y Negocios Generales.

En relación con los perjuicios morales objetivados ha de observarse que las consecuencias de un accidente pueden producir

un sentimiento o complejo de inferioridad, un decaimiento o perturbación psicológicos que, al modificar el estado cenestésico, ocasionan una disminución en el entusiasmo, la serenidad, la constancia, el equilibrio anímico o la actividad para el trabajo, factores cuya influencia es importante en la producción de riqueza.

En lo que respecta a los perjuicios materiales habrá de decirse que no los constituye la vida misma, sino los resultados de orden patrimonial que se derivan de su eliminación o su quebranto. Sería atentar contra los sentimientos de la naturaleza humana, afirmar que, por la sola muerte de una persona, sus familiares eran acreedores al pago de perjuicios materiales, como si la vida de un hombre, a semejanza de la de un animal o de cualquier cosa, pudiera ser objeto del derecho, como ocurría en siglos ya abolidos en que el esclavo se apreciaba en dinero, como una de tantas mercancías. Con todo, la desaparición de una persona puede causar perjuicios materiales, comprendidos en el daño emergente y el lucro cesante con relación a quienes se ven privados de la ayuda económica que les proporcionaba la víctima de un siniestro. (Negocios Generales, septiembre 27 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) . . . . . 577, 1ª y 2ª

PERJUICIOS

- 181 -

El perjuicio puede ser actual, cuando ha existido antes de la acción resarcitoria o al tiempo de iniciarse ésta. Puede ser futuro, cuando puede manifestarse después del hecho culposo que lo causa. En ocasiones, esas derivaciones posteriores son lógica consecuencia del hecho aunque aparezcan después de él. Lo esencial es que ellas se presenten con certidumbre como una prolongación natural de cierto estado de cosas.

No debe confundirse el perjuicio futuro con el eventual: aquél, si es cierto, se repara, porque si no existe en la actualidad, con alguna probabilidad se espera que existirá algún día. El perjuicio eventual, por el contrario, es hipotético, puesto que depende, por un lado, del hecho dañoso y, por otro, de circunstancias que están en el terreno de una remota realización. Un perjuicio de tal naturaleza no presentaría base adecuada para una acción de indemnización. (Negocios Generales, septiembre 27 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 578, 2ª

PERJUICIOS MORALES

- 182 -

En numerosos fallos ha expuesto la Corte, y ya es doctrina constante adoptada por la Sala de Negocios Generales y por la de Casación Civil, que dada la naturaleza de los perjuicios morales, no es posible para regular el monto de ellos aplicar los métodos o normas que suelen emplearse en la fijación de la cuantía de perjuicios materiales. El artículo 95 de la Ley 95 de 1936, que no obstante ser del Código Penal, tiene el mismo valor y fuerza que cualquiera otra ley, prevé cabalmente el caso de que "si 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".

También ha dicho la Corte que "la indemnización por perjuicios morales tiene un carácter ejemplar, no indemnizatorio, pues en el fondo no es sino una pena privada que sanciona un deber moral". Y explica la Corte la razón por la cual se acoge en estos casos el sentenciador de un pleito civil al artículo 95 del Código Penal, como limitación para señalar el *pretium doloris*, "no

sólo cuando la actuación se sigue en lo criminal, sino dentro de lo meramente civil, porque las diferencias de tales actuaciones entre sí no determinan en manera alguna diferencia en lo atañedero al perjuicio en sí mismo ni, menos, en lo que mira a su monto". La razón legal y jurídica del pago de los perjuicios morales no proviene solamente de lo dispuesto en el artículo 95 del Código Penal. Este es apenas una pauta que tiene el sentenciador para la fijación del monto de perjuicios que por ser morales y, de consiguiente, no avaluables en forma matemática, implican de suyo cuantía indefinida. De suerte que no puede haber violación del artículo 95 citado por la circunstancia, favorable a la parte demandada, de que el sentenciador, ateniéndose a dicho precepto legal, no haya traspasado el límite que aquella disposición pone para apreciar el monto de la cuantía. (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI, números 2042-2043-2044) 781, 1ª

PERSONERIA SUSTANTIVA Y ADJETIVA

- 183 -

La personalidad del actor, vista desde el punto de mira del derecho o acción para reclamar en justicia lo que se le debe, puede dar lugar a una excepción perentoria; la personalidad vista como capacidad para comparecer en juicio, bien sea por lo que respecta al ejercicio de derechos civiles o a la facultad para presentarse en nombre de otro como apoderado o representante legal, puede originar una excepción dilatoria de ilegitimidad de la personería. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 567, 1ª

PETROLEOS. — RENUNCIA DE LAS CONCESIONES

- 184 -

El concesionario de zonas petrolíferas puede poner fin al contrato, renunciándolo expresamente, dentro de cualquiera de los dos períodos en que aquél se divide. Si lo hace en el período de exploración deberá el contratista comprobar que no ha hallado petróleo en cantidad comercial (artículo 24, L. 37 de 1931) y que, por otra parte, está a paz y salvo con el Gobierno por razón del contrato y que ha cumplido con las obligaciones derivadas del mismo. (Artículo 69 del Decreto número 1270 de 1931). Y de acuerdo con el artículo 10 del Decreto número 1694 de 1936 y con las normas concordantes del estatuto del petróleo parece que la renuncia a la exploración debe hacerse cuando el período inicial de la misma o el de las prórrogas en su caso, no hubieren vencido aún. El evento de que la renuncia tenga lugar después del vencimiento de tal lapso no está contemplado en la ley.

Agotado el período de exploración sin resultados positivos, lo que debe ser materia de demostración adecuada, el contrato debe terminar, pues carecería de objeto perseverar en él. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 560, 2ª

PETROLEOS — DELIMITACION ENTRE EL PERIODO DE EXPLORACION Y EL DE EXPLOTACION DE LAS CONCESIONES

- 185 -

En términos generales puede afirmarse que el período de exploración que es, en principio, de tres años, puede extenderse

hasta uno nuevo mediante la aplicación de las prórrogas, o reducirse a menos de los tres años iniciales si la explotación principia antes de vencido este lapso, en el evento previsto en la parte final del inciso último del artículo 4º de la ley 160 de 1936. De acuerdo con esto, resulta indudable que la ley no ha querido establecer un sistema rígido para regular contractualmente las dos etapas en que se dividen las concesiones petrolíferas —la de exploración y la de explotación— sino que ha adoptado un mecanismo flexible para que se produzcan los resultados económicos previstos por las partes —el Estado y el concesionario— al celebrar esta clase de convenciones administrativas. En primer lugar, se consideran tres años como el tiempo que ordinariamente puede emplearse —mediante el uso de sistemas técnicos— en la investigación de las posibilidades petrolíferas de un terreno y en la confirmación final de que el artículo se encuentra en cantidades comercialmente explotables. Pero en previsión de que este tiempo resulte en ocasiones muy corto, se ofrece al empresario la oportunidad de las prórrogas mediante requisitos razonables que aseguren que aquél aportará todos los esfuerzos técnicos y financieros en las tareas de exploración; y, por el contrario, el término de tres años —y en su caso el de las prórrogas obtenidas— se reduce si antes de su vencimiento el empresario descubre el petróleo en cantidades comerciales, pues carecería de objeto obligarlo a aguardar la terminación de aquel plazo para que la explotación comience. En otras palabras, para la ley el período de exploración comprende todo el tiempo que demanden los trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro encaminados a averiguar si existe o no petróleo en cantidades comerciales; y para tales efectos ha señalado al concesionario un plazo máximo inicial de tres años, sin perjuicio de las prórrogas sucesivas que pueden pactarse conforme a la misma ley. Si dentro de cualquiera de estos plazos se llega a la conclusión técnicamente demostrable de que existe el petróleo en volumen comercial, el período de exploración habrá concluído para dar comienzo al de explotación. Para la Sala las obligaciones del explotador están subordinadas al resultado positivo o negativo obtenido en la etapa anterior, o sea, a la existencia del petróleo. Pero si éste no se descubre, a pesar de los medios técnicos empleados para ello, o apenas existe en cantidades insuficientes para emprender una explotación industrial, es evidente que no hay fundamento jurídico valedero para afirmar que han nacido para el concesionario obligaciones que no podría en manera alguna cumplir por imposibilidad material para ello. Estas obligaciones —las del empresario de la explotación— sólo surgen cuando concluído el ciclo anterior se adquiere la certidumbre de que el petróleo descubierto puede ser comercialmente explotado. De otra manera no, aunque haya vencido el período inicial o el de las prórrogas otorgadas para las labores de exploración. Sería una interpretación no sólo ceñida a la literalidad de los textos sino a todas luces absurda pretender que el concesionario está obligado a realizar las labores inherentes a la segunda etapa, haya o no petróleo en cantidad comercial por el solo hecho de que hubiere vencido cronológicamente el período de exploración. Siendo esto así, aparece irrefutable la conclusión de que el comienzo del período de explotación está condicionado a la comprobación de que exista el petróleo en cantidad comercial. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 559, 2ª

PETROLEOS — CONTINUIDAD DE LA PERFORACION CON TALADRO EN EL PERIODO DE EXPLORACION PETROLIFERA

- 186 -

Una recta interpretación del inciso 5º del artículo 4º de la ley 160 de 1936 conduce a afirmar que si la exploración tiene como fin averiguar si existen o no petróleos en cantidad comercial, y si por exploración se entiende el conjunto de trabajos geológicos superficiales y los de perforación con taladro, la obligación de instalar un equipo completo de esta clase y mantenerlo trabajando con la debida asiduidad, no implica necesariamente que la tarea de perforación mediante el empleo del taladro deba ser ininterrumpida, es decir, continua durante todo el tiempo que deba durar. Lo será —o deberá serlo— siempre y cuando que el proceso de desarrollo de la exploración así lo requiera; pero si su utilidad está subordinada a otros factores, resultaría una solución injurídica estimar que la ley exige el funcionamiento permanente del equipo de perforación, aunque sea evidentemente inútil. Sería ello contrario a la recta interpretación del contrato y del ordenamiento legal, pues es presumible que uno y otra sólo se inspiran en el propósito de realizar actos económicamente útiles. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 564, 2ª

PETROLEOS — CADUCIDAD DE LA ACCION ORDINARIA

- 187 -

La recta interpretación del artículo 7º de la ley 160 de 1936, que modificó algunas disposiciones de la 37 de 1931 y estableció otras sobre petróleos, es la de que el plazo de dos años en aquella disposición señalado para el ejercicio de las acciones que competen a la Nación o al avisante de los petróleos, en sus respectivos casos y según la decisión favorable o adversa que recaiga en el juicio sumario, deberá contarse desde la ejecutoria de la sentencia de la Corte, conforme lo expresa la última parte de la disposición, y no desde la fecha del fallo como quedó establecido en el primer inciso de la misma. (Negocios Generales, octubre 1º de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 587, 2ª

PETROLEOS — PRORROGA DEL PERIODO DE EXPLORACION DE UNA CONCESION

- 188 -

La simple solicitud de la prórroga no puede producir el efecto de extender el período inicial de exploración más allá de los tres años señalados por la ley para su conclusión. Este fenómeno sólo se produce cuando el gobierno otorga la prórroga expresamente o por el silencio o la abstención de resolver definitivamente sobre ella, dentro de los sesenta días siguientes a su solicitud o a la presentación de los documentos exigidos por el Decreto número 1270 de 1931, se entiende concedida por ministerio de la ley. Pero, de la misma manera es obvio que durante la tramitación administrativa de la prórroga si ésta se solicitó oportunamente no pueden surgir para el concesionario obligaciones concernientes a la calidad de explotador porque esta calidad, y los deberes a ella inherentes, está subordinada a la existencia del petróleo en cantidad comerciable. (Negocios Generales, septiembre 24 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 561, 2ª

POSESION DE TIERRAS REALENGAS. DILIGENCIA DE ENTREGA

- 189 -

La diligencia de entrega de los realengos enajenados era indispensable para el perfeccionamiento del título de adjudicación durante la época en que tuvo aplicación la Cédula Instrucción de San Lorenzo, según lo dijo la Corte en sentencia del 5 de agosto de 1942, en la cual se sentó lo siguiente: "Obsérvase además que de las tierras adjudicadas había que recibir *posesión*. Si se daban títulos y no podía posesionarse el interesado es claro que el título que no le servía para ello a raíz de su expedición, tampoco podía servirle después, y consecuencialmente los sucesores de quienes son base en la posesión inicial que no tuvieron sus antecesores. El título sólo no suponía la posesión. (Negocios Generales, diciembre 7 de 1945. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) .207, 1ª

PRESCRIPCION Y CADUCIDAD. DIFERENCIAS

- 190 -

(Véase en "Caducidad y prescripción").

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL

- 191 -

El *dies a quo* o tiempo desde el cual debe contarse la prescripción de la acción, varía según se trate de delitos instantáneos o de delitos permanentes o continuos. (Casación Penal, agosto 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 473, 2ª

PRESCRIPCION DE LA ACCION PENAL.—CUANDO COMIENZA A CORRER EN EL DELITO POR DEMORAS EN EL CUMPLIMIENTO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES

- 192 -

Siendo continuo o permanente, como lo es, el delito por demoras, es decir, existiendo como hecho único que se prolonga sin interrupción hasta cuando lo quiera el delincuente, la prescripción de la acción en esta clase de delitos —como lo explicó la Comisión Revisora— empieza a correr desde que el estado permanente de la criminalidad cesa, porque es entonces solamente cuando cesa el delito. (Casación Penal, agosto 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 474, 2ª

PRESUNCION DE CULPA

- 193 -

(Véase "Perjuicios. — Presunción de culpa").

PREVARICATO

- 194 -

El prevaricato consiste en administrar justicia parcialmente, movido el funcionario por sentimientos de simpatía o animadversión para con los interesados y a sabiendas de ello. (Auto, Sala de Casación Penal, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 4 de 1946) 177, 2ª

PREVARICATO

- 195 -

Cuando la imputación de prevaricato a un funcionario público se funda en la ani-

madversión o malquerencia del mismo con respecto a alguno de los litigantes o partes en un proceso penal o civil, hay que demostrar que hubo un determinado acto ilegal por causa de aquellos sentimientos, que también deben haberse establecido. No basta la animadversión del Juez o funcionario hacia una parte interesada en determinado litigio, como no basta la simpatía por la otra para que haya delito de prevaricato. Es preciso que por uno u otro motivo, o por ambos, se produzca el acto ilegal. (Casación Penal, septiembre 30 de 1946. T. LXI, números 2040-2041) 495, 1ª

PREVARICATO

- 196 -

En sentido general y amplio, el delito de prevaricato puede definirse diciendo que es la transgresión de la ley, llevada a efecto con actos de acción u omisión, por un funcionario o empleado público en ejercicio de funciones y por causa o motivo de éstas. En otros términos, hay delito de prevaricato cuando se falta a sabiendas y deliberadamente a los deberes que impone el normal desempeño de un cargo público y se viola el juramento prestado de cumplir con los dictados de la ley.

El Código Penal colombiano, en el Título III (que trata de los "delitos contra la administración pública"), Capítulo V, no define el delito de prevaricato; pero en sus artículos 168 y 169 señala los hechos y los diversos elementos que deben concurrir a su formación, para que en un momento dado pueda configurarse un delito de esa naturaleza.

El delito de prevaricato presupone la existencia de estos elementos:

1º Que el agente activo del delito tenga la categoría de empleado público, y que la infracción se cometa con motivo del ejercicio o desempeño de funciones a él encomendadas

Ninguna persona que no tenga esta investidura puede cometer delito de prevaricato

2º Que a sabiendas dicte sentencia, resolución o dictamen contrario a la ley, expresa o manifiestamente injustos, y

3º Que la sentencia, resolución o dictamen se dicte por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros.

El término "injusto" de que habla el Código Penal en el delito de prevaricato, hace referencia a lo ilegal del acto, o sea, a la injusticia cometida por la violación del texto legal. Cuando el Juez o funcionario, al dictar sus providencias, se coloca fuera de toda norma jurídica, haciendo prevalecer sobre ésta su voluntad o capricho individual, el acto será siempre injusto, por ser contrario al derecho escrito.

Cuando las leyes sustantivas declaran o confieren derechos, establecida su existencia, o adquirida una expectativa, la controversia creada por esas situaciones, frente al posible derecho de terceros, no puede ser resuelta de facto o caprichosamente; para ello, y en orden a solucionar el conflicto de derechos, es indispensable recurrir a los funcionarios de la rama jurisdiccional, quienes resuelven sobre el problema motivo de la controversia.

Si el objeto del procedimiento radica en la aplicación de las leyes sustantivas; si su finalidad consiste en el esclarecimiento de los hechos para llegar a la verdad, buscando la realización de la justicia por medio del derecho, los Jueces y Magistrados que la administran en nombre del Estado tienen la obligación de respetar y acatar la ley, cumpliendo y haciendo cumplir las normas procesales que fijan su esfera de acción y

la de los interesados, en la contienda judicial. La violación de estas normas origina el caos, la confusión, el desorden, la incertidumbre en los procesos, y conduce a la arbitrariedad o injusticia.

Las simples irregularidades de procedimiento provenientes de una mala interpretación de la ley, en ningún caso configuran el delito de prevaricato; pero cuando los actos llevados a cabo por el funcionario que administra justicia envuelven la intención dolosa de violar la ley, ellos sí configuran un delito de esta naturaleza, previsto y sancionado por el Código Penal.

La redacción del artículo 168, que reprime el delito de prevaricato, puede prestarse a interpretar su texto de manera distinta a lo anteriormente expuesto.

En efecto, esa disposición señala dos hechos diferentes, constitutivos del delito de prevaricato. El primero hace referencia al funcionario o empleado público o al que transitoriamente desempeñe funciones públicas, "que a sabiendas dictare sentencia, resolución o dictamen contrarios a la ley, expresa o manifiestamente injustos"; y el segundo, al funcionario o empleado público o al que transitoriamente desempeñe funciones públicas, "que rehusare, negare o retardare un acto propio de sus funciones, por simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros".

La conjunción disyuntiva "o" separa fundamentalmente las dos hipótesis o los hechos generadores del delito. En el primer caso, que podría llamarse prevaricato por acción, se reprime la infracción de la ley penal, sin tener en cuenta los móviles afectivos, mediatos o inmediatos, por los cuales se comete el delito; basta la violación de la ley, con prescindencia del móvil, para que se incurra en la sanción contemplada en la disposición citada. En el segundo caso, que puede denominarse prevaricato por omisión, aparte del hecho de negar, retardar o rehusar "un acto propio de sus funciones", es necesaria la demostración o comprobación del móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros. Puede suceder que el factor *simpatía para unos o animadversión para otros*, que expresa el estado afectivo de quien viola la ley, concurra en la integración del primer ilícito (prevaricato por acción), pero no es indispensable ni precisa su demostración cuando se trata de reprimirlo; ese elemento (simpatía o animadversión) es característico del segundo caso y no del primero.

Pudiera pensarse que lo que se llama prevaricato por omisión se confunde con el delito contemplado por el artículo 172 del Código Penal, en el título que trata "De los abusos de autoridad y otras infracciones"; pero esta objeción se destruye por el análisis de los elementos que integran cada uno de los ilícitos. En el prevaricato por omisión se necesita la concurrencia de un factor especial, caracterizado por el móvil de simpatía hacia unos interesados o animadversión hacia otros; en tanto que para el delito de abuso de autoridad, sólo es indispensable el dolo general de todo delito, con prescindencia absoluta del factor simpatía o animadversión. En ausencia de este elemento (simpatía o animadversión), el hecho, aunque reúna algunas condiciones del prevaricato por omisión, siempre constituirá un ilícito sancionable por las disposiciones que regulan los abusos de autoridad y otras infracciones.

La hipótesis planteada está consagrada en la legislación penal de varios países, entre otros España, Cuba, Méjico, Chile y Perú, en donde se reprime como delito de prevaricato el hecho de fallar a sabiendas y contra ley expresa. (Casación Penal, sep-

tiembre 6 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 809, 1ª

PRIVILEGIO

- 197 -

Privilegio, según el uso corriente del idioma, es una gracia o prerrogativa que concede un superior, exceptuando o libertando a uno de una carga o gravamen, o concediéndole una exención de que no gozan otros. En este sentido constituyen privilegio el fuero de que gozan algunas personas para no ser juzgadas sino ante ciertos tribunales y, en la cuestión de que se ocupa la Corte, las exenciones de ciertos impuestos que concede la ley cuando la actividad de un individuo o entidad consulta fines de interés público o colectivo. En el presente negocio no se trata de un privilegio porque lo característico de éste consiste en la circunstancia de ser otorgado en forma concreta e individual. La ley ha de referirse a los casos que acaecen con frecuencia y no a los que suceden rara vez y, por lo tanto, al común de las personas y no a sujetos determinados. El hecho de que el legislador haya dispuesto que a las compañías mineras o establecimientos que se ocupen en la extracción de metales preciosos no se les cobre sino un impuesto único anual, no constituye privilegio de los vedados por la Carta, porque no se refiere a un sujeto natural o jurídico determinado, sino a todos los que se hallen en iguales condiciones a las contempladas por la ley. De otra suerte habría que concluír que siempre que un precepto establezca excepciones favorables para una clase de individuos que se hallen en ciertas circunstancias, más precisamente, que toda exención de gravámenes o impuestos hechos, no singularmente, sino para la generalidad de los comprendidos en el estatuto legal, sería un privilegio ilícito. (Sala Plena, noviembre 15 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 326, 2ª

PROPIEDAD AUTOMOVILIARIA

- 198 -

La propiedad de un automóvil puede acreditarse por muchos medios probatorios, de manera que el certificado de la Oficina de tránsito no es prueba necesaria ni exclusiva; y por otra parte, tratándose de bienes muebles, la tenencia hace presumir posesión y ésta da lugar a inferir la propiedad. (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 777, 1ª

PROYECTO DE LEY "POR LA CUAL SE ORDENA LA ADQUISICION DE UN EDIFICIO Y SE DICTAN OTRAS DISPOSICIONES", OBJETADO POR INCONSTITUCIONAL

- 199 -

(Véase sentencia de la Sala Plena, enero 29 de 1947, T. LXI, Nos. 2042-2043-2044). 659

PROYECTO DE LEY QUE DECLARO DE UTILIDAD PUBLICA LA ADQUISICION DEL TERRENO DENOMINADO "MONTECRISTO", EN BARRANQUILLA, ACUSADO COMO INCONSTITUCIONAL

- 200 -

(Sala Plena, octubre 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 308

PRUEBAS

- 201 -

Para decretar que se tenga como prueba determinada documentación no siempre es indispensable que ella esté presente materialmente en el momento de pedirla, pues si ello fuese así no se podrían solicitar copias ni desgloses ni inspecciones oculares, etc., pruebas que llegan al expediente después de dictado el auto que las decreta. (Auto, Sala de Negocios Generales, T. LXI, Nos. 2038 y 2039 junio 11 de 1946) .230, 1ª

PRUEBA DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PELIGROSIDAD

- 202 -

La prueba adecuada para las circunstancias de mayor peligrosidad de que habla el numeral 2º del artículo 37 del Código Penal no es la de certificados de ingresos a establecimientos carcelarios, sino la de copias de las sentencias respectivas. Si esto se predica de las constancias de entradas a las cárceles menos puede argüirse de simples sindicaciones, las cuales pueden terminar con un sobreseimiento definitivo o con una sentencia absolutoria. (Casación Penal, septiembre 30 de 1946. T. LXI Nos. 2040-2041) 481, 2ª

PRUEBA INCOMPLETA

- 203 -

La calificación de ser incompleta una prueba exige un estudio previo que le fija ese carácter. No está al arbitrio del juzgador determinar a cuáles les da valor de incompletas sino que está sujeto a una calificación que emana de la misma ley. En el tratado de las pruebas va fijando el Código de procedimiento, al regular lo concerniente a cada uno de los medios de convicción por él reconocidos, cuándo alguno de ellos es prueba incompleta y deficiente, así: el artículo 608, relativo a la confesión extrajudicial, el 647 sobre el documento privado no reconocido, el 656 referente al mérito del cotejo de instrumentos públicos y privados, el 696 regulador de la fuerza probatoria del dictamen pericial cuando no alcanzan plenitud probatoria. La ley, lo mismo que determina cuándo el medio de prueba obliga al juez a dar por cierto un hecho, regula las circunstancias en las cuales debe darle al mismo medio un mérito inferior, pero siempre reglamentado y previsto por los preceptos legales; la prueba incompleta se pone de relieve así como algo muy diferente de la prueba irregular o trunca, comoquiera que su deficiente valor no depende de un vicio en su producción, sino de su limitado poder demostrativo.

Los tratadistas distinguen entre la atendibilidad de la prueba y su eficacia, perteneciendo a esta última cualidad la graduación de su valor, y a la primera la posibilidad de ser apreciada. Así la confesión extrajudicial es prueba atendible, pero de valor limitado, al paso que la copia de una actuación judicial, prueba plena en principio, es inatendible por un defecto de forma como sería la ausencia de la firma del Secretario; en este caso no podría graduarse su mérito probatorio por su vicio formal para darle el de prueba incompleta. (Casación Civil, febrero 12 de 1947. T. LXI, números 2042-2043-2044).....740, 2ª

PRUEBA TESTIMONIAL (*Trasladada de un proceso penal a un juicio civil*)

- 204 -

Los testimonios trasladados de un proceso penal al civil son admisibles en éste siempre que reúnan en su producción las

características de publicidad y de contradicción exigidas por nuestra ley como garantía de verdad y como tutela del derecho de defensa; cuando en el proceso penal ha existido debate contradictorio, no es dudosa la eficacia en el civil ulterior de tales elementos de prueba aducidos en el primero. Pero puede afirmarse con idéntica razón que las declaraciones de testigos allegadas a los autos del sumario o del juicio penal carecen de fuerza probatoria en procesos civiles posteriores cuando en su práctica no intervino la parte contra la cual pretenden oponerse en la actuación civil. Lo que comunica valor a las pruebas aducidas en juicio es que lo hayan sido con intervención de las partes, en debate y oposición entre ellas y con el cumplimiento de las formalidades fijadas por la ley para su práctica. Tales son, en síntesis, los principios que contiene el artículo 597 del Código Judicial cuando fija los medios por los cuales las pruebas deben formar parte del proceso para que sea viable estimar su mérito, principios que la misma ley desarrolla al tratar de cada uno de los medios de convicción judicial reconocidos por ella y que se especifican en el Título respectivo del Código de Procedimiento.

En cuanto a la recepción de testimonios nuestra legislación ha fijado una serie de formalidades tendientes, ora a dar cabida a la contradicción de la prueba, ora a garantizar la eficacia del llamamiento a deponer, en frente de testigos díscolos que pretendan burlarlo con respuestas ambiguas o evasivas, ora, en fin, a obtener en lo posible que se mantenga la fidelidad a lo narrado por el testigo. Todos esos requisitos son de rigurosa observancia, pero especialmente los tendientes a rodear de seguridad a las partes contra pruebas sorpresivas. En orden al mismo fin la ley determina el valor probatorio de la prueba testimonial, como lo hace con las demás, y en esa regulación exige que las declaraciones de testigos se ratifiquen cuando se han producido fuera del juicio "a fin de que las otras partes intervengan en la diligencia, repregunten y ejerciten su derecho de infirmar la prueba". (Artículo 693 C. J.). (Casación Civil, febrero 12 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 738, 2ª

PRUEBAS

- 205 -

Las pruebas, en nuestro procedimiento, no pueden presentarse con carácter sigiloso, pues es preciso que sean públicas y controvertidas.

Para la Sala no es necesario que un documento esté presente materialmente en el momento de decretar las pruebas, pues lo esencial es que venga a los autos por el procedimiento legal que puede ser ordenando se haga el desglose, como lo prescribe el artículo 313 del Código Judicial. (Negocios Generales, octubre 10 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044) 840, 2ª

PRUEBA DEL ERROR GRAVE EN EL DICTAMEN PERICIAL

- 206 -

Para probar los hechos que puedan configurar los conceptos de error grave en el peritazgo puede hacerse uso de todos los medios de prueba legales, con las solas restricciones del artículo 596 del Código Judicial, sobre conducencia y eficacia legal de la prueba. Las partes tienen derecho a probar los hechos que constituyen sus afirmaciones, y como ellas son las que conocen los elementos probatorios, tienen la libertad, emanada de su derecho, para escoger los

medios de prueba legales, que en la resolución correspondiente se aprecian por el juzgador. La conducencia consiste en que aproveche a las pretensiones de quien aduce la prueba o perjudique a las de la parte contraria, según la doctrina del artículo 544 del C. J. Para decretar las pruebas es difícil apreciarlas tomando la prueba aisladamente, y es muy delicado porque con ello se pueden adelantar conceptos sólo oportunos en la decisión, lo que puede ocurrir también respecto a la eficacia, por lo cual es preferible ordenar la prueba y practicarla, como garantía a la libertad del derecho de probar que tienen las partes. La influencia o pertinencia de la prueba se refiere al hecho o circunstancia que se quiere establecer con ella y basta que esa relación exista en parte para decretarla, ya que un hecho se puede demostrar con varias pruebas, que cada una de ellas contribuya a probarlo. Por lo demás, las pruebas pueden tener efectos más o menos remotos, que en combinación con otras llegan a constituír elementos de convicción. Luego bien puede decretarse la prueba de otro dictamen pericial para demostrar el error grave en que pudieron incurrir los primeros peritos. (Negocios Generales, noviembre 7 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 848, 1ª

— R —

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES EN EL ACTA DE NACIMIENTO

- 207 -

El reconocimiento del hijo natural en el acta de nacimiento requiere para su validez la firma del padre, siendo, por lo tanto, acto solemne. Si falta el requisito de la firma, el acto no se ha producido y carece, por consiguiente, de efecto legal. Y no puede tener tal efecto la sola referencia hecha en el acta de origen eclesiástico por quien la inscribió en el registro en relación con la indicación del padre natural del bautizado. (Casación Civil, diciembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 705, 2ª

RECONOCIMIENTO DE HIJOS NATURALES YA FALLECIDOS

- 208 -

El reconocimiento de un hijo natural ya fallecido sólo puede tener lugar cuando tal hijo ha dejado posteridad legítima, y esto con el fin de que sus descendientes puedan aprovecharse de la situación que les proporcionaría el nuevo estado, colocándolos en la condición de representar a su padre legítimo en la sucesión del abuelo. El simple hecho del reconocimiento no es suficiente para que un individuo se tenga como hijo natural de quien lo reconoce; se requiere, si vive, la notificación para que exprese si acepta o no; y si se trata de un hijo que ha fallecido, el reconocimiento no podrá hacerse si no deja descendientes legítimos.

En nuestro derecho sustantivo se admite, en beneficio de los descendientes legítimos, el reconocimiento del hijo natural muerto, pero bajo la condición de que tal reconocimiento se notifique a las personas que se intente beneficiar, o sea, a los descendientes legítimos. Si éstos no aceptan o no existen, el reconocimiento carece de objeto, no se revoca, es simplemente inoperante. El reconocimiento del hijo fallecido sólo puede efectuarse en beneficio de sus herederos y no se concibe que un padre pueda reconocer después de muerto a un hijo, con el único fin de heredarlo.

El artículo 57 de la Ley 153 de 1887 no está derogado. (Casación Civil, diciembre 11 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044). 703, 1ª y 2ª

RECURSO DE HECHO EN MATERIA PENAL

- 209 -

Según el artículo 193 del Código de Procedimiento Penal el recurso de hecho para la casación (de que habla el artículo 562 del citado estatuto) debe interponerse y tramitarse como se ordena en el Código de Procedimiento Civil. (Artículos 513, 516, C. J. y 556 a 559 del C. de P. P.) (Auto, Sala de Casación Penal, T. LXI, números 2038 y 2039, septiembre 18 de 1946) 193, 1ª

REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTES ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932

- 210 -

NOTA — La siguiente doctrina quedó reformada por la ley 68 de 1946. — EL RELATOR.

Ha repetido muchas veces la Corte que "dentro del régimen jurídico patrimonial del matrimonio, anterior a la reforma del año de 1932, en que el marido era considerado ante terceros como único dueño de los bienes sociales, el dominio de la mujer sobre las cosas sociales era un derecho inefectivo, una mera expectativa sin posible control ni intervención de su parte, que no adquiría eficacia y actualidad sino al disolverse la sociedad. No había en tal situación un estado jurídico de indivisión de bienes que supone la coexistencia de dos propietarios con derecho 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 garantía omnímoda, ya no puede enajenar por sí solo ni disponer de ellos libremente como bajo el imperio de la anterior legislación. La nueva organización legislativa de la administración de bienes dentro del matrimonio, de obligatoria e inmediata aplicación desde que fue promulgada, ha producido, a no dudarlo, como inevitable efecto jurídico del tránsito de regímenes, la existencia de un patrimonio independiente 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 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 titular único 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 acomoda al nuevo régimen con la liquidación provisional que autoriza el citado artículo 7º de la ley 28. La venta de la cosa ajena, válida en nuestro derecho y origen de un título traslaticio y justo de dominio, constituye, según lo enseñan los civilistas, uno de los casos típicos e inconfundibles en que ocurre el fenómeno de la inoponibilidad de fondo por falta de concurrencia, inoponibilidad consistente en que para el verdadero dueño de la cosa vendida, en este caso la sociedad conyugal ilíquida, no produce efectos el contrato de compraventa conservando en su patrimonio el derecho de propiedad sobre ella y sus ac-

ciones correspondientes". (Casación Civil, diciembre 5 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .....690, 1ª y 2ª

REGIMEN PATRIMONIAL DE LAS SOCIEDADES CONYUGALES EXISTENTES ANTES DE LA VIGENCIA DE LA LEY 28 DE 1932

- 211 -

NOTA — La siguiente doctrina quedó reformada por el artículo único de la ley 68 de 1946.—EL RELATOR.

Hasta el 1º de enero de 1933, fecha de vigencia de la ley 28 de 1932, la mujer casada era *alieni juris* y el marido su representante legal y jefe de la sociedad conyugal, cuyo patrimonio era de él ante terceros. Todo esto cesó con esa ley que dio a la mujer plena capacidad, que autorizó la liquidación provisional de la sociedad y que facultó a cada cónyuge para administrar y enajenar libremente los bienes que adquiriera bajo esa ley, inclusive los que tal liquidación, en su caso, le adjudicara. Por vía de doctrina hubo de indagarse y establecerse lo atañedero a la sociedad conyugal para ese 1º de enero de 1933, y así se halló que su administración y enajenación requieren el concurso de ambos cónyuges y que, por ende, adolece del correspondiente defecto una venta de bienes de esa clase hecha ya bajo la ley 28 por el marido solamente, cual si subsistiera la situación anterior. Hallóse primero en esas ventas nulidad, al punto de que se tuvo esta acción por necesaria para que, en prosperando, la sociedad conyugal pudiera consecuencialmente recuperar sus bienes, y como era lógico dentro de ese concepto se exigía la intervención del marido en esos pleitos como parte contratante que era en el contrato cuya nulidad se demandaba. Posteriormente vino a reconocerse que esos contratos no son nulos puesto que el artículo 1871 del C. C. declara la validez de la venta de cosa ajena y cabalmente esto son tales enajenaciones hechas por el marido de bienes que no son suyos sino de una sociedad cuya representación y jefatura ya no tiene; y se reconoció que, si conforme a ese artículo los derechos del verdadero dueño quedan a salvo, a la sociedad conyugal no le son oponibles tales ventas y ella puede ejercitar directamente la acción reivindicatoria contra el poseedor que se defenderá con su compra, título que no puede oponerle válidamente por lo que acaba de decirse, a más de ser posterior al de la sociedad, no destruído ni cancelado por esa venta. Y entonces, así las cosas, ya no fue de requerirse la presencia e intervención del marido en el pleito, exigida antes por tratarse de nulidad, ni hubo por qué demandar ésta para obtenerla como puerta de entrada para la reivindicación, la que prosperó en llenándose los elementos aludidos, a saber: dominio de la sociedad demandante y posesión del comprador o sus sucesores sobre la misma cosa singular cuya posesión pretende respaldar el demandado con su compra al solo marido, repítese que inoponible al demandante. (Casación Civil, diciembre 10 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 694, 1ª

REINCIDENCIA

- 212 -

Siendo la reincidencia una modalidad que ha sido considerada por la ley como especial demostración de la peligrosidad del reo, cuandoquiera que esta circunstancia aparezca comprobada, a ella debe referirse la sanción excluyendo a la del mismo contenido expresada en la circunstancia de mayor pe-

ligrosidad. Esto es, cuandoquiera que en un proceso se advierta la comprobación de la reincidencia de un reo —con la prueba de la sentencia condenatoria— debe primar la calificación de la reincidencia, descartando la circunstancia de mayor peligrosidad del numeral 2º que se refiere al hecho de haber incurrido anteriormente en condenaciones judiciales o de policía, eliminación que se justifica puesto que la aplicación al mismo tiempo de las dos circunstancias pecaría contra el postulado *non bis in idem*. Ahora bien; para que una condenación pueda considerarse como base calificatoria de la reincidencia, ha sostenido la Corte que debe referirse a delitos. Con tal motivo dijo la Sala: "Comparte la Corte el concepto de la Procuraduría de que la ley 48 de 1936 se inspira en ideas de prevención de la criminalidad y de seguridad social; pero considera que no por ello han de considerarse meras contravenciones todos los hechos contemplados en aquella ley como punibles... Para algunos casos sí estatuye aquella ley en lo relativo a delitos concretos y entonces la sentencia dictada por la policía puede más tarde servir de base a un Juez para deducir la agravación de pena por reincidencia". (Casación del 4 de febrero de 1944, G. J. Nos. 2006 a 2009, página 182). (Casación Penal, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....981, 2ª

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO DE LOS CONYUGES, DESPUES DE DISUELTA LA SOCIEDAD CONYUGAL. — MAXIMA "ERROR COMUNIS"

- 213 -

Excepcionalmente admitió alguna vez la Corte, con dos votos disidentes, según sentencia del 20 de mayo de 1936, que la enajenación de un bien raíz hecha a terceros de buena fe por el marido, su aparente dueño, después de disuelta la sociedad conyugal por muerte de la mujer, era oponible al legítimo titular del bien enajenado, antes que el demandado ganara la cosa por prescripción. Le dio entonces la Sala desarrollo práctico a la teoría de la validación de los actos celebrados en virtud de la apariencia, amparando a un comprador de buena fe, acudiendo a la máxima *error communis*. En esa sentencia se establecen las condiciones fundamentales para admitir la buena fe, como creadora de derechos. (Casación Civil agosto 23 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....27, 2ª

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO DE LOS CONYUGES SIN CONSENTIMIENTO DEL OTRO BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932. — REQUISITO DE LA LIQUIDACION PREVIA (ART. 1º IBID.)

- 214 -

Es inadmisible la teoría del recurrente, según la cual los herederos de la mujer no pueden intentar para la sociedad conyugal ilíquida la reivindicación de bienes sociales adquiridos antes de la ley 28 de 1932 y de que dispuso el marido después, haciendo uso de la facultad dispositiva que le confería el Código Civil, sin el previo requisito de la liquidación de la sociedad, según lo ordenado por el artículo 1º de esa ley. Inadmisible es la teoría porque recorta sin fundamento el derecho de los herederos a ejercitar las acciones patrimoniales que correspondían al causante, principio cardinal en la sucesión hereditaria, y porque pugna contra las mismas doctrinas de la Corte en ese punto. Cuando el artículo 1º de la ley 28 establece que durante el matrimonio cada

uno de los cónyuges tiene la libre administración y disposición de sus bienes, está dando una capacidad civil, que por su naturaleza es intransmisible; pero de ahí a limitar la transmisibilidad de los bienes de la mujer, que por su naturaleza lo sean, a título singular o a título universal, hay profundo abismo. La Corte había dicho ya "que la sociedad conyugal una vez disuelta degenera en una comunidad, a la cual representan en caso de muerte de uno de los cónyuges o de ambos, el sobreviviente y los herederos del otro, según el caso... y que no porque la sociedad conyugal se disuelva se extinguen sus derechos y obligaciones, y que, por tanto, para ejercitar los unos y cumplir las otras, tiene que subsistir la sociedad en liquidación, y con este carácter pueden los herederos de uno de los cónyuges y el sobreviviente, o los de ambos, reivindicar lo perteneciente a la misma sociedad". (Casación Civil, agosto 23 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....27, 1ª

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO SOLO DE LOS CONYUGES BAJO EL IMPERIO DE LA LEY 28 DE 1932. — NATURALEZA DE TALES VENTAS

- 215 -

De manera uniforme ha proclamado la Corte que las ventas hechas solamente por el marido de bienes sociales son venta de cosa ajena, y que a la mujer o a los herederos de la mujer les asiste el pleno derecho de reintegrarlos al patrimonio de la sociedad conyugal ilíquida existente el 1º de enero de 1933. Y no es exacto que se requiera, como se dijo antes, la previa liquidación de los bienes de la sociedad conyugal para que la mujer o sus herederos investidos de las correspondientes acciones de recobro, puedan reclamar en pro de la sociedad conyugal ilíquida los bienes de que el marido dispuso a espaldas de la mujer, bajo la vigencia de la ley 28 de 1932 y adquiridos por dicha sociedad antes de esta ley. La Corte también ha demostrado que no es que adolezcan de nulidad las susodichas ventas, sino que recaen sobre cosa ajena. El marido vende sin ser dueño. Y la venta de cosa ajena vale, al tenor del artículo 1871 del Código Civil. El acto jurídico de la enajenación por quien no es dueño es inoponible al dueño. Carece de todo efecto jurídico contra él. De ahí que el verdadero dueño no tenga por qué demandar la nulidad o ineficacia de actos en que no ha sido parte. De esta manera la sociedad conyugal reivindicante de un bien adquirido por ella antes de la vigencia de la ley 28 de 1932 y enajenado por el marido después, a espaldas de la mujer, enajenación que le es inoponible, no tiene por qué demandar *expresa* y *previamente* la ineficacia del acto jurídico del marido con el tercer adquirente. Le basta la acción directa en reivindicación. (Casación Civil, agosto 23 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....27, 2ª

REIVINDICACION DE BIENES SOCIALES VENDIDOS POR UNO DE LOS CONYUGES SIN ANUENCIA DEL OTRO

- 216 -

NOTA — Véase sobre este tema lo ordenado por el artículo único de la ley 68 de 1946.—EL RELATOR.

Es reivindicable por el esposo que no concurrió a la enajenación, la finca raíz vendida por uno de ellos sin la anuencia o consentimiento del otro, conforme a la ley 28 de 1932. (Casación, noviembre 26 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041).....457, 2ª

REIVINDICACION

- 217 -

La circunstancia de que una de las súplicas de la demanda, en acción de dominio, aluda a determinada escritura como fundamento de ella, no impide que luego, en el término probatorio, se aduzcan otros títulos o pruebas. (Casación Civil, noviembre 19 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) . . 430, 1ª

REIVINDICACION

- 218 -

Cuando el título que sirve para reivindicar una finca de varios demandados es uno mismo, no hay indebida acumulación de acciones, pues este caso es muy distinto de aquel en que, siendo varios poseedores demandados, la reivindicación se basa en títulos divergentes con relación a cada lote. Tal ha sido la doctrina tradicional de la Corte. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 25 de 1946) 448, 2ª

REIVINDICACION

- 219 -

En la acción reivindictoria no es forzoso para el actor exigir que se declare suya la totalidad del bien a que se refieren los títulos de propiedad, pues la demanda puede limitarse a pedir solamente la entrega de parte de dicho bien. (Casación, T. LXI, números 2040 y 2041, noviembre 19 de 1946). 433, 1ª

REIVINDICACION (*Presupuestos de la acción de*)

- 220 -

Entre las acciones tendientes a la eficacia del derecho de propiedad figura la reivindicación, cuya prosperidad depende de la comprobación de las siguientes condiciones: 1ª Cosa singular reivindicable o cuota determinada de cosa singular; 2ª Derecho de dominio en el demandante; 3ª Posesión material en el demandado, y 4ª Identificación de la cosa materia de la reivindicación o sea la demostración de que aquello que se reclama por el actor es lo mismo que posee el demandado. Si falta alguno de estos requisitos la demanda no puede prosperar. (Negocios Generales, julio 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 238, 1ª

REIVINDICACION

- 221 -

Al confrontar dos series opuestas de títulos no es menester remontarse al originario, buscar la *probatio diabólica*, sino comparar la calidad de los títulos tomando como punto de partida el más antiguo que pueda estimarse como firme. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 28 de 1946) 386, 2ª

REMATE

- 222 -

El remate es tradición del ejecutado al rematador hecha por el juez como representante legal de aquél (artículo 741 C. C.), y como no crea sino que meramente traspasa bienes y derechos, si ningunos tenía el ejecutado, nada adquiere el rematador. (Artículo 752, ibídem). (Casación Civil, febrero 13 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 745, 2ª

RENUNCIABILIDAD DE LAS CONCESIONES PETROLIFERAS

- 223 -

(Véase "Petróleos.—Renuncia de las concesiones").

REPRESENTACION DE LOS DEPARTAMENTOS EN EL JUICIO

- 224 -

De conformidad con el numeral 4º del artículo 194 de la Constitución actual los Gobernadores representan a los Departamentos en asuntos judiciales, pudiendo delegar esta representación. Este artículo sólo entró a regir el 16 de febrero de 1945, de suerte que la cuestión relacionada con la representación de los Departamentos, antes de la enmienda constitucional, se rige por lo que disponen los artículos 173 y 252 del C. J. Se ha discutido si en el evento del artículo 173 correspondía a los Gobernadores conferir los poderes o si era ésta una atribución de los Agentes del Ministerio Público. Los sostenedores de la primera tesis dicen que, en casos determinados, los Agentes del Ministerio Público quedan desinvestidos de la representación judicial, y que, por consiguiente, no es lógico que la conserven solamente para desprenderse de ella. Arguyen, también, que el artículo 24 de la ley 100 de 1892, en que se definía con autoridad la cuestión, no fue reproducido expresamente en la ley 105 de 1931. En contraposición a la anterior opinión existe una doctrina de la Corte Suprema, según la cual son los Fiscales de los Departamentos los que pueden conferir los poderes para la representación de ellos. El numeral 3º del artículo 176 del C. J. señala, entre las funciones de los Fiscales, la de "representar al Estado o Departamento en las acciones que contra ellos se dirigen y que deben ventilarse" ante los Tribunales Superiores. Vale tanto como decir que esa representación es inherente a la función de dichos agentes, y que, por regla general, es indelegable. Armonizando la aludida disposición con el artículo 173 del mismo Código, se llega a la conclusión de que la función de representación pueden ejercerla tales agentes por medio de apoderados, pero sólo en casos especiales. Es, por tanto, lógico afirmar que quien tenía la función es quien podía desprenderse de su ejercicio, de acuerdo con la ley. Por consiguiente, en el numeral 3º del artículo 176 está implícita la facultad de delegación cuando, en determinadas circunstancias, la ley lo autorice. Implícito en lo que se entiende incluído en otra cosa sin expresarlo. (Negocios Generales, noviembre 6 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 844, 1ª

REPRESENTACION PROCESAL

- 225 -

La representación procesal se realiza por medio de un contrato judicial, sometido a los requisitos señalados en los artículos: 255, 256 y 259 del Código Judicial. El artículo 258 ibídem exige el reconocimiento del poder, pero la omisión de esta formalidad no vicia la personería, pues según el ordinal 2º del artículo 450 de la misma obra, no hay nulidad por ilegitimidad de la personería cuando en los autos figura un poder conferido legalmente, aunque el apoderado no lo haya admitido expresamente. Con tanto mayor razón ocurre el caso si éste lo ha aceptado y sólo falta el reconocimiento del juez. La pretermisión de esta formalidad será una ilegalidad en el trámite, pero hay muchas ilegalidades procesales que no constituyen vicios de efectos anulatorios. (Negocios Generales, noviembre 26 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 871, 2º

REPRESENTACION DE LOS DEPARTAMENTOS EN EL JUICIO

- 226 -

El artículo 194 de la Constitución Nacional prevalece sobre el 40 del mismo Esta-

tuto y sobre la Ley 69 de 1945, pues él otorga personería a los Gobernadores para representar al Departamento, aun sin ser abogados inscritos, porque si así no fuese, ellos no podrían llevar su voz ni representarlo en los negocios administrativos y judiciales; si tuvieran que delegar siempre esa representación no serían ellos quienes llevarían la voz de la entidad departamental en los juicios. (Negocios Generales, diciembre 7 de 1946. T. LXI, Nos. 2942-2043-2044) 873, 1ª

REQUERIMIENTO

- 227 -

La negativa de una persona respecto de que ciertas obligaciones existen a su cargo, no desmiente la afirmación que al propio tiempo haga de que se le ha requerido para cumplirlas. El requerimiento en sí es un hecho independiente y este hecho es lo único necesario ante el artículo 1608 del Código Civil. (Casación, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, agosto 22 de 1946) 21, 2ª

RESCISION POR LESION ENORME

- 228 -

El hecho de que exista diferencia entre el precio porque se vende un inmueble y el valor comercial que al mismo pueda asignársele no es indicativo de simulación, pues tal circunstancia, cuando reviste la gravedad prevista en la ley, constituye un vicio que da lugar a la rescisión del contrato por lesión, sin que ello signifique que el contrato no fue serio. (Casación, T. LXI, números 2040 y 2041, noviembre 7 de 1946). 427 1ª

RESPONSABILIDAD JURIDICA DE LAS PERSONAS DE DERECHO PUBLICO POR LOS DAÑOS Y PERJUICIOS QUE CAUSEN COMO CONSECUENCIA DE SU ADMINISTRACION DESCUIDADA O IMPRUDENTE

- 229 -

Es doctrina de la Corte la de que las entidades de derecho público son responsables por los daños ocurridos como consecuencia de culpas y errores cometidos por sus agentes legales en la organización técnica y en el funcionamiento de los servicios públicos, con fundamento en el principio esencial que domina la materia, consignado en la norma objetiva de que todo daño imputable a culpa de una persona debe ser reparado por ésta (artículo 2356 C. C.) y en la regla subjetiva de que todo el que ha sufrido un daño por culpa de otro tiene derecho a ser indemnizado. (Artículo 2341 ibídem). (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 31 de 1946) 410, 2ª

RESPONSABILIDAD DE LAS ENTIDADES DE DERECHO PUBLICO

- 230 -

Jurisprudencia de la Sala ha sido la de no distinguir entre la entidad pública y su subalterno culposo o negligente cuando se trata de establecer quién es el obligado a indemnizar los perjuicios causados por el empleado que actúa oficialmente, "ya que la calidad de ficticias que a ellas (las personas jurídicas de derecho público) corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden con la actividad de la gestión", según palabras de la Corte citadas por el Tribunal

sentenciador. El empleo de este vocablo *'gestión'* no excluye la idea de culpa por omisión. Así que, cuando se dice empleado negligente o culposo, se está nombrando a la entidad de que ese empleado depende, como causante ella misma de la culpa o negligencia. (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 778, 1ª

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

- 231 -

El contrato, fuente de las obligaciones según la tradicional clasificación que de ellos se hizo en el derecho romano, continúa manteniendo su individualidad jurídica dentro de la clasificación actual aunque en ella se agrupe, bajo la denominación genérica de "acto jurídico". La naturaleza del contrato, ampliamente reglamentada por la ley en todos los particulares que de ella se derivan, apareja una responsabilidad concreta a quienes infringen lo pactado que no es susceptible de ser mezclada o confundida con la resultante de otras fuentes, como el hecho ilícito, por ejemplo. De allí surge la necesidad de gobernar el contrato y sus efectos por las normas que le son propias, siendo errado e injurídico pretender que para unos aspectos de su eficacia legal se regule por aquéllas, y para otros por los preceptos que reglamentan fenómenos diferentes. No es posible, pues, como ya lo ha dicho la Corte, sustentar la posición de derecho de un contratante sobre mandamientos legales encaminados a crear, dirigir o desarrollar la responsabilidad extracontractual en el derecho positivo. El Código Civil destina el título 12 de su libro IV a recoger cuanto se refiere a los efectos de las obligaciones contractuales, y el título 34 del mismo libro, a determinar cuáles son y cómo se configuran los originados en vínculos de derecho nacidos del delito y de las culpas, según las voces del Código. Estas diferentes esferas en que se mueven la responsabilidad contractual y la extracontractual no presentan un simple interés teórico o académico, ya que en el ejercicio de las acciones correspondientes tan importante distinción repercute en la inaplicabilidad de los preceptos y en el mecanismo probatorio. (Casación Civil, febrero 21 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 770, 1ª

RESPONSABILIDAD DEL TRANSPORTADOR AEREO

- 232 -

Las disposiciones del Código Civil (artículo 2072) y las del Código de Comercio (artículo 322), sobre responsabilidad de los empresarios públicos en el transporte de personas, sólo exigen, por parte de aquéllos, la prueba de la falta de la culpa, mas no la de la ocurrencia del caso fortuito y de la fuerza mayor, para librarse de esa responsabilidad. Si a tales disposiciones no se les pudiera dar esa interpretación habría que aplicar en la navegación aérea las reglas sobre el transporte marítimo, de acuerdo con las cuales el transportador queda libre mediante la simple prueba de la ausencia de culpa. (Casación Civil, noviembre 29 de 1948. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 668, 2ª

RESPONSABILIDAD POR EL HECHO AJENO

- 233 -

La ley establece responsabilidad por el hecho ajeno cuando el autor de éste se en-

cuentra bajo la vigilancia o al servicio de quien legalmente se considera responsable. Apenas habría que agregar que al tratarse de esta clase de responsabilidad es necesario demostrar la calidad del ejecutante del hecho en relación con el responsable reflejo.

La presunción de culpabilidad en contra de quien ejercita una actividad peligrosa afecta no sólo al dependiente o empleado que obra en el acto peligroso, sino también al empleador, dueño de la empresa o de las cosas causantes del daño. (Negocios Generales, septiembre 27 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 574, 1ª

RESPONSABILIDAD PENAL POR CALIFICACION DE PRUEBAS

- 234 -

No incurre en responsabilidad penal (prevaricato, abuso de autoridad) el Juez que aprecia las pruebas de acuerdo con su estimación legal o, a falta de ésta, conforme a los principios generales de equidad. (Casación Penal, junio 3 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 470, 2ª

RESPONSABILIDAD PENAL

- 235 -

Cuando el Tribunal afirmó que la procesada "no podía actuar en las condiciones de un verdadero estado de responsabilidad" expresa un concepto arcaico en relación con la idea que se tiene de lo que es la responsabilidad dentro del nuevo sistema legal colombiano. En efecto, todo el que cometa una infracción de la ley penal es responsable, bien se trate de sujetos normales o anormales, cualesquiera que sean sus condiciones personales y las objetivas que hayan rodeado el hecho. El concepto de responsabilidad moral que prevalecía en el Código Penal derogado desapareció por completo de la nueva ley. De consiguiente, la responsabilidad se predica de todo el que infrinja la ley penal. La única diferencia que se establece se relaciona con las consecuencias, pues si el sujeto es normal ha de sufrir la condenación a una pena, si es anormal será sometido a la medida de seguridad que individualmente parezca más adaptable a su personalidad. Las penas y las medidas de seguridad tienen un denominador común que es la defensa de la sociedad y que constituyen el medio de lucha contra el delito más directo porque obran una vez que se haya manifestado la peligrosidad del sujeto criminal. (Casación Penal, julio 31 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 154, 2ª

RESPONSABILIDAD DE LAS PERSONAS JURIDICAS

- 236 -

La responsabilidad civil por actos ilícitos no sólo corresponde a la persona natural, sino a la jurídica, por el hecho de sus legítimos y plenarios representantes en el desempeño de sus cargos. Si la entidad jurídica puede adquirir por medio de sus representantes debe también, para constituír una persona, ser capaz de obligarse. Así, cuando al moverse en el radio de sus atribuciones y funciones han ejecutado los representantes de la persona jurídica medidas perjudiciales a los intereses y sobre todo a la propiedad ajena, está obligada a reparar el daño causado. Las personas jurídicas son, pues, civilmente responsables de los actos ilícitos cometidos por sus agentes en el ejercicio de su función o cargo. La responsabilidad civil de las personas jurídicas por actos ilícitos se desprende como una lógica consecuencia de la real y amplia

capacidad de obrar, reconocida por el derecho a estas personas o entidades colectivas. (Casación Civil, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....110, 1ª

RESPONSABILIDAD CIVIL POR CULPA

- 237 -

El artículo 2341 del Código Civil se refiere a los casos en que la culpa no se presume y en que el demandado se exonera de su responsabilidad demostrando su diligencia y cuidado, caso en el cual la carga de la prueba corresponde al actor. El 2356 parte de la base de imputabilidad de culpa de quien ejerce una actividad peligrosa, por el solo hecho de ejercerla. En tal caso tres factores pueden eximir al demandado de responsabilidad: a) Fuerza mayor; b) caso fortuito, y c) intervención de un elemento extraño no imputable al demandado y que haya originado la consumación del accidente. Este elemento extraño puede ser un descuido de la víctima, o sea, la misma culpa de quien ha sufrido la lesión. No siempre que un individuo sufre daños causados por las empresas llamadas de riesgo deben éstas indemnizar los perjuicios, porque puede suceder que uno de los tres elementos apuntados, caso fortuito, fuerza mayor o error de la víctima, se interponga para librar completamente a la empresa de toda responsabilidad o para atenuarla modificando la indemnización.

El artículo 2357 establece el principio de la reducción de la indemnización, de la compensación de ella, que puede llegar hasta la exoneración de la indemnización de perjuicios. (Casación Civil, septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).118, 1ª

REVISION POR VIA ORDINARIA DE CUESTIONES DECIDIDAS EN JUICIO ESPECIAL

- 238 -

La acción para que pueda ventilarse en juicio ordinario un asunto que ha sido fallado en juicio especial, en los casos en que la ley la concede, como acontece con las sentencias de excepciones y pregón y remate en juicio ejecutivo, es cosa diferente, como del propio texto del artículo 473 del C. J. se ve, del recurso extraordinario de revisión reglamentado en el artículo 542 y siguientes del C. de P. C., de aplicación restricta. Las causas o motivos que dan lugar al replanteamiento de la cuestión litigiosa juzgada, taxativamente enumerados, para el recurso de revisión de sentencias proferidas por la Corte o Tribunales Superiores de Distrito, no tienen limitación cuando se trata de ventilar en juicio ordinario un asunto decidido por vía especial de acuerdo con el inciso 2º del artículo 473 del C. J. Tratándose de las sentencias a que alude el artículo 1030 del código citado, la acción para ventilar nuevamente el asunto decidido en ellas se condiciona al estado de la ejecución para el efecto de demandar solamente la revisión de la sentencia de excepciones, que es la verdaderamente tal porque en ella se decide sustantivamente sobre la obligación, por no haber sobrevenido la segunda que ordena el remate de los bienes; o para pedir la revisión de ambas por haber culminado ya las diligencias ejecutivas. Para la nueva ventilación del asunto sentenciado en juicio especial, en los casos en que procede, no es necesario demandar la nulidad de los fallos, según lo dijo ya la Corte en sentencia publicada en el tomo L de la *Gaceta Judicial*, pág. 78. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, octubre 14 de 1946).....335, 1ª

REVISION DE LAS SENTENCIAS DE JUBILACION EN LO TOCANTE A LA CUANTIA QUE ESTABLEZCAN NUEVAS LEYES

- 239 -

La Sala estima que no sólo es legal un nuevo recurso de revisión de las sentencias sobre jubilación, sino imperativo en esta clase de negocios. Las pensiones de jubilación, desde el punto de vista de su alcance social-económico, deben modificarse elevando la cuantía a medida que así lo dispongan las leyes que con tal fin se dictan. No otro fue el pensamiento del legislador de 1945 cuando al derogar los artículos 1º, 2º, 5º y 16 de la ley 22 de 1942, el 6º de la 67 de 1943, el 73 de la 6ª de 1945, no derogó el artículo 75 de la ley 6ª de 1945 que establece la revisión para los juicios especiales de pensión. La pensión ya decretada no puede permanecer estacionaria si se dicta una nueva ley con el ánimo de beneficiar a los servidores públicos. De otra manera no se cumpliría cabalmente con el objeto de la ley nueva. (Sentencia, Sala de Negocios Generales, T. LXI, Nos. 2038 y 2039, septiembre 2 de 1946) 277, 1ª

— S —

SANCIONES DISCIPLINARIAS

- 240 -

(Véase "Detención arbitraria" en el número 89)

SANEAMIENTO POR EVICCION

- 241 -

(Véase *"Partición"* en el aparte 170 de este Indice).

SIMULACION

- 242 -

El sentenciador ha entendido rectamente el artículo 2º de la ley 50 de 1936 al sostener que el interés del acreedor para intentar la acción de simulación debe ser actual y cierto y no remoto y eventual. Tal ha sido la doctrina de la Corte. (Casación, T. LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 25 de 1946) 443, 2ª

SIMULACION.—ACERVO PROBATORIO

- 243 -

Muchas veces ha hecho presente la Corte que la respetabilidad y fuerza que la ley ha querido dar a las escrituras públicas implica que para destruír, en un caso concreto, las declaraciones hechas por los contratantes, es necesario atacarlas con un acervo probatorio tal que no llegue solamente a suscitar incertidumbre o duda acerca del contrato escriturario, sino que posea un vigor y claridad capaces de producir la certeza de que fue simulado. (Casación Civil, septiembre 25 de 1946. T. LXI, números 2038 y 2039) 90, 1ª

SIMULACION — ALCANCE DE LA SENTENCIA QUE LA DECLARA

- 244 -

En el caso del proceso estimó el Tribunal sentenciador que por el hecho de haber intervenido Barajas como parte en el juicio, la sentencia que declaró la simulación del contrato de compraventa celebrado entre María y Blanca y que, en consecuencia, le reconoció a aquélla el dominio del inmueble materia de la compraventa, lo perjudi-

ca; pero esta tesis es inaceptable porque entraña la consagración y legitimación de un procedimiento muy fácil y sencillo, como es el de citar a un tercero al juicio entre vendedor y comprador simulantes para así hacerle oponible a aquél la sentencia que declara la simulación, con desconocimiento flagrante del principio fundamental de doctrina y jurisprudencia, proclamado con evidente apoyo en el artículo 1766 del Código Civil, que como protección y tutela jurídica de los terceros de buena fe restringe o limita el alcance de la simulación a las partes contratantes, a sus sucesores a título universal o a título singular por legado o enajenación efectuados después del registro o notificación de la demanda. Los terceros de buena fe son los que ignoran la simulación del negocio en cuya seriedad fiaron al momento de contratar. (Casación Civil, septiembre 25 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 100, 1ª

SIMULACION—SU INOPONIBILIDAD A TERCEROS DE BUENA FE

- 245 -

La simulación, alegada por el demandado como excepción en contra del contrato de compraventa de donde se origina el derecho de dominio que como fundamento de su acción invoca el actor en juicio reivindicatorio, no le perjudica al último de los nombrados, por ser un tercero en relación con el contrato tachado de simulado, mientras no se demuestre que al momento de contratar el comprador reivindicante tenía conocimiento de que el título de dominio de su tradente, de donde se derivan sus derechos, estaba afectado por aquel vicio. (Casación Civil septiembre 30 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039) 105, 1ª

SIMULACION

- 246 -

(Véase "Rescisión por lesión enorme").

SIMULACION

- 247 -

La acción de simulación supone el nacimiento simultáneo de dos actos, uno aparente u ostensible y otro invisible u oculto que suprime, adiciona o altera los efectos del primero. (Casación Civil, noviembre 28 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) .. 462, 2ª

SIMULACION (*demanda de*)

- 248 -

Si bien ha dicho la Corte que para entender como de simulación una demanda no es indispensable el empleo de esa palabra a manera de término sacramental, ello no puede significar que al pedir la declaración de nulidad de un contrato haya de estimarse siempre que la acción de nulidad signifique o implique la de simulación. (Casación, octubre 23 de 1946. Nos. 2040 y 2041) 369

SOCIEDAD CONYUGAL (*Administración de los bienes adquiridos antes del 1º de enero de* 1933)

- 249 -

A partir de la vigencia de la ley 28 de 1932, que otorgó a la mujer casada plena capacidad civil, los bienes pertenecientes a las sociedades conyugales entonces existentes quedaron bajo la administración y disposición conjunta de marido y mujer, des-

de luego que aquél dejó de ser desde el 1º de enero de 1933 jefe exclusivo de la sociedad conyugal y dueño ante terceros de los bienes sociales, y en cuanto a los bienes aportados al matrimonio o durante él adquiridos por los cónyuges a cualquier título, cada uno de éstos puede con absoluta independencia del otro disponer de ellos, en fuerza de lo expresamente establecido en el artículo 1º de esa ley.

La ley 28 no acabó ni explícita ni implícitamente con las sociedades conyugales que encontró formadas, y con respecto a los matrimonios celebrados después de su vigencia conservó esa institución como vínculo patrimonial entendido entre los esposos, la cual viene a manifestarse en la forma más concreta y real con el fallecimiento de algunos de los cónyuges, el decreto de divorcio o de nulidad del matrimonio, o el reconocimiento de alguna de las causales de separación de bienes de aquellas que quedaron vigentes por no estar en oposición con la reforma (artículos 164 C. C. y 2º de la ley 8ª de 1922).

Los artículos 1781 y 1797 del Código Civil no han quedado derogados por virtud de la reforma de la ley 28 de 1932; lo que ocurre es que esas disposiciones, como otras muchas del capítulo del Código en que están contenidas, no tienen aplicación actualmente sino cuando llegue el caso de liquidar la sociedad latente, y conforme a sus reglas debe hacerse la liquidación en cuanto no pugnen con las establecidas en aquella ley. (Casación, 15 de octubre de 1946. T. LXI, Nos. 2040 y 2041).....340

NOTA — Esta doctrina no tiene hoy vigencia por cuanto la Ley 68 de 1946, interpretativa de la Ley 28 de 1932, decidió que la administración de los bienes sociales adquiridos antes de 1933 sigue correspondiendo al marido.—EL RELATOR DE LA CORTE.

SOCIEDAD CONYUGAL EN LIQUIDACION

- 250 -

No constituye excepción de ilegitimidad de la personería de la parte demandada el hecho de haberse demandado a la sociedad conyugal en liquidación de un deudor y no simplemente a la sucesión de éste, pues el artículo 1834 del Código Civil establece que el marido es responsable del total de las deudas de la sociedad, salva su acción contra la mujer para el reintegro de la mitad de lo que a ésta le corresponda, lo cual, como en el caso de autos, no impide que los acreedores pudieran también demandar la efectividad de su crédito de la sociedad conyugal en liquidación, representada por la cónyuge sobreviviente y los herederos del fallecido, ya que siendo deuda social, la sociedad está obligada a responder por ella (artículo 1796, inciso II). Pero al escoger al acreedor a la sucesión del marido en el presente caso no ha demandado a parte ilegítima, pues para ello lo faculta el artículo 1834 del C. C. ya citado, que está incorporado en el Capítulo V, del Título XXII, del Libro IV del C. C. (Casación, T. LXI, números 2038 y 2039, agosto 30 de 1946).

51, 1ª

SOCIEDAD CONYUGAL. — DEUDAS

- 251 -

La ley 28 de 1932 introdujo sustanciales reformas al Código Civil, entre otros puntos en cuanto al régimen imperante en materia de deudas. Hoy, conforme al artículo 2º de dicha ley, puede decirse que domina la presunción contraria a la que antes se dijo, pues las deudas que contraiga el marido o

la mujer durante el matrimonio son personales, y sólo por excepción sociales o comunes, lo que ocurre con las concernientes a satisfacer las necesidades domésticas o de crianza, educación y establecimiento de los hijos comunes. Y la responsabilidad por esas obligaciones también gravita de distinto modo, porque de las deudas personales no es responsable sino el cónyuge que las haya contraído, y se hacen efectivas exclusivamente sobre los bienes que le pertenecían cuando contrajo el matrimonio o sobre los que haya adquirido a cualquier título durante el mismo. Con respecto a las deudas, comunes o sociales ya mencionadas, los cónyuges responden solidariamente ante terceros, con todos sus bienes presentes y futuros y proporcionalmente entre sí, conforme al Código Civil (artículos 2º y 4º, Ley 28 de 1932). (Casación, octubre 15 de 1946, T. LXI, Nos. 2040-2041) 340

SOCIEDAD CONYUGAL. — DEUDAS

- 252 -

Como ya lo dijo la Corte, interpretando la ley 28 de 1932, "una deuda social, nacida bajo la vigencia del Código Civil, no pierde su calidad de tal en virtud de la reforma operada por la ley 28 de 1932; esa deuda puede hacerse efectiva no sólo sobre los bienes propios del marido, sino también sobre los bienes que integraban el patrimonio de las sociedades conyugales existentes al momento de entrar en vigencia dicha ley, o sobre los que deben reputarse sociales al disolverse el matrimonio o en cualquier otro evento en que conforme al Código Civil deba liquidarse la sociedad conyugal". (Casación Civil, enero 29 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .....711, 1ª y 2ª

SOCIEDAD CONYUGAL — DEUDAS

- 253 -

La Corte, en atención al cambio de régimen patrimonial establecido por la ley 28 de 1932, estimó con sostenida uniformidad y sin votos disidentes, que a partir del 1º de enero de 1933 en que aquella ley entró en vigencia, los inmuebles pertenecientes para entonces a la sociedad conyugal no podían válidamente enajenarse por el marido solo, y llegó a concluír que hay venta de cosa ajena en tales casos. Pero, sin contrariar ni desviar esa doctrina, al propio tiempo, con la misma uniformidad y unanimidad mencionadas, ha distinguido entre esas ventas y los remates en que se enajenan bienes sociales en juicios seguidos contra el marido únicamente, así como las daciones en pago en que éste ha procedido por sí solo, en cuanto esa enajenación por dación en pago o remate cubra deudas sociales anteriores a ese 1º de enero y revestidas, por ende, en favor de sus acreedores, de todas las garantías con que los amparaban las leyes bajo las cuales contrataron, las que, conforme al artículo 20 de la ley 153, no pueden entenderse abrogadas por la ley 28. (Casación Civil, febrero 18 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .....758, 1ª y 2ª

SOCIEDADES DE HECHO — SOLIDARIDAD DE LOS SOCIOS ANTE TERCEROS

- 254 -

En el caso del proceso, si el nombre de la firma comercial correspondiere a una sociedad de hecho, la circunstancia de suscribir en nombre de ella carta que implica obligaciones a cargo, como también derechos correlativos es un indicio de gravedad y precisión suficiente para demostrar que

quien así usó la firma es miembro de la sociedad de hecho. (Artículo 664, C. J.); y de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 472 del Código de Comercio, los socios "responden solidariamente a los terceros con quienes hubieren contratado a nombre y en interés de la sociedad de hecho". Ahora: si no se trata de una sociedad de hecho, sino de una antefirma que puede ser un nombre —registrado o no— pero ventajosamente conocido en el comercio, es indudable que se obliga personalmente quien lo usa, ya sea por la respetabilidad mercantil de tal nombre aun por simple capricho. (Casación Civil, marzo 14 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 786, 1ª

— T —

TECNICA DE CASACION

- 255 -

Las disposiciones legales sobre el recurso de casación distinguen de modo muy claro la acusación fundada en error de hecho y de derecho acerca de la apreciación de las pruebas que hayan inducido al sentenciador a quebrantar indirectamente la ley, de la acusación fundada en violación directa de la ley, violación ésta última que implica un yerro jurídico, el cual no se denomina en terminología de casación error de derecho, a fin de que no se confunda el yerro de interpretación o de aplicación de la ley con aquel en que se incurre por mala apreciación de las pruebas a la luz de las normas jurídicas o del Derecho Probatorio. (Casación Civil, marzo 14 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 784, 2ª

TECNICA DE CASACION

- 256 -

Es bien sabido que el recurso de casación, instituído en interés público de la ley para reparar los errores en que incurran los Tribunales acerca de su verdadero concepto y contenido, está sujeto, por razones derivadas de la naturaleza especial y extrordinaria de este medio procesal, a una sistematización legal técnica ya en lo que se refiere a las sentencias sometidas al recurso, a su interposición y concesión, a las causales por las cuales procede, a su admisión, sustanciación y sentencia. A cada causal corresponde un mecanismo especial que impone una técnica precisa en la forma de acusación de la sentencia. No basta que la Corte haya admitido el recurso para que con base en cualquier reparo sobre la legalidad de la sentencia pueda reabrir el estudio de las cuestiones controvertidas en el juicio como si se tratara de una nueva instancia judicial. Si se acusa el fallo del Tribunal con apoyo en la causal 1ª del artículo 520 del C. J., es indispensable, con el objeto de dar lugar y base al estudio de la Sala de Casación, que se citen en la demanda fundamental del recurso los textos legales que el recurrente estime infringidos y el concepto en que los considere quebrantados. (Casación Civil, febrero 19 de 1947. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 760, 2ª

TESTIMONIO (*crítica del*)

- 257 -

Si es verdad que, conforme al aserto de Bacon, "los testigos no se cuentan sino que se pesan", uno de ellos puede bastar para infundir credibilidad acerca de un hecho determinado. Y ese es el sistema adoptado

por el nuevo Código se Procedimiento Penal colombiano, en el cual la tarifa probatoria, predominante en el estatuto anterior, ha sido reemplazada por un método más acorde con la misión encomendada a los Jueces. Mas esta libertad de que ellos disfrutan en la apreciación de los elementos destinados a formar juicio sobre los problemas jurídicos, tiene un límite: el de la crítica de la prueba, función que debe estar presidida por un raciocinio lógico. (Casación Penal, octubre 16 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) 832, 2ª

TIERRAS REALENGAS

- 258 -

(Véase "Posesión de tierras realengas").

TITULOS

- 259 -

Al confrontar dos series opuestas de títulos no es menester remontarse al originario, buscar la *probato diabólica,* sino comparar la calidad de los títulos tomando como punto de partida el más antiguo que pueda estimarse como firme. (Casación Civil, octubre 28 de 1946. T. LXI, Nos. 2040-2041) 384, 1ª

TRANSPORTE AEREO.-OBLIGACIONES DEL TRANSPORTADOR

- 260 -

La índole de la navegación aérea es de simple prudencia y diligencia. Esta limitación en las obligaciones del transportador aéreo está impuesta por el carácter de los vuelos sometidos en el aire a peligros desconocidos en que el factor riesgo debe jugar papel preponderante, por lo cual el pasajero que toma asiento en un avión asume las consecuencias de esos riesgos, de los cuales, sin disposición expresa de la ley, no es equitativo que responda el transportador. De acuerdo con la doctrina francesa se entienden por riesgos del aire aquellos que no se deben a deficiencias de la aeronave ni a faltas de la tripulación.

Por consiguiente, dadas estas circunstancias, en un régimen general de derecho abstracto, al transportador aéreo sólo puede exigírsele que garantice 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. (Casación Civil, noviembre 29 de 1946. T. LXI, Nos. 2042-2043-2044) .....668, 1ª y 2ª

— V —

VENTAS DE PADRES A HIJOS

- 261 -

Las ventas de padres a hijos se presumen donaciones para los efectos fiscales simplemente, según la ley 63 de 1936; pero no para los efectos civiles. (Casación, Tomo LXI, Nos. 2040 y 2041, noviembre 7 de 1946) 427, 2ª

VENTA DE COSA AJENA—SU INOPONIBILIDAD AL VERDADERO DUEÑO DE LA COSA

- 262 -

(Véase "Régimen patrimonial de las sociedades conyugales existentes antes de la vigencia de la ley 28 de 1932").

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- 263 -

Ya había dicho la Sala que "contradictorio es lo que envuelve afirmación y negación a la vez, que se oponen una a otra y mutuamente se destruyen. Lo contradictorio de un veredicto está en la imposibilidad de conciliar el contenido de sus propias voces o proposiciones en que unas afirman lo que otras niegan, no pudiendo ser a un mismo tiempo verdaderas ni falsas a un tiempo mismo, y no es ni puede ser la discrepancia y oposición de los términos en que se concibió, con alguna cuestión de hecho o con cualesquiera opiniones de derecho, porque cuando un veredicto contradice evidentemente los hechos y el derecho, hay apenas campo a la declaración de notoria injusticia". (Casación de 19 de junio de 1941, G. J. Nos. 1971-1972). (Casación Penal, septiembre 12 de 1946. T. LXI, Nos. 2038 y 2039).....182, 1ª

VEREDICTO CONTRADICTORIO

- 264 -

La contradicción de un veredicto surge de las respuestas emitidas por los jueces de conciencia a las diversas preguntas de un cuestionario. Pero cuando éste no consta de varias preguntas, sino de una sola, la contradicción debe buscarse en las diferentes proposiciones con las cuales se responde al cuestionario; si la respuesta contiene una simple afirmación o negación, no es posible deducir contradicción por ausencia de términos para hacer una comparación.

La contradicción del veredicto debe buscarse en los elementos que lo integran, es decir, en lo inconciliable de sus proposiciones o afirmaciones, pero no en las pruebas, que son la fuente de información del mismo, que darían lugar a que se lo declare contrario a la evidencia de los hechos. Lo primero, veredicto contradictorio, constituye una causal de casación; lo segundo, veredicto contrario a la evidencia de los hechos procesales, — no contradictorio — es tema de las instancias del juicio. (Casación Penal, septiembre 11 de 1946. T. LXI, números 2042-2043-2044).....821, 1ª

VIOLACION DE LA LEY

- 265 -

De acuerdo con lo que tantas veces ha explicado la Corte, la ley puede quebrantarse de varias maneras: por la vía directa, cuando el fallo entiende la ley equivocadamente, esto es, se le da una interpretación contraria a sus términos; o rectamente interpretada se le hace regular un caso o un hecho que no es el contemplado; o se deja de aplicar al hecho previsto y probado en el pleito; y por vía indirecta, cuando la infracción de la ley proviene de la apreciación errónea o de la falta de apreciación de determinada prueba; entonces la violación de la ley se origina en el análisis de las pruebas, error que puede ser de hecho o de derecho, el primero de los cuales debe ser patente o manifiesto. (Casación, T. LXI, números 2038 y 2039, agosto 27 de 1946).

39, 2ª

T A B L A

DE LAS DISPOSICIONES INTERPRETADAS, CITADAS O ALUDIDAS POR LA CORTE EN EL PRESENTE TOMO LXI DE LA "GACETA JUDICIAL"

(Los números de la columna de la derecha corresponden a los apartes del Indice)

CONSTITUCION NACIONAL

Artículos	Números
8º	156
9º	156
21	144
26	162, 166
30	69
42	150
76	78, 123
79	146
80	80
102	80
105	17
142	53
151	52
178	77
183	147
194	224, 226
214	4, 80, 148, 149
216	79

CODIGO CIVIL

Artículos	Números
11	124
15	90
164	249
253	24
673	22
706	22
741	222
752	222
762	22
764	23
946	5, 220
963 ss.	23
1005	3
1155	90
1394	171
1402	170
1401	170
1403	170
1409	170
1410	170
1411	90
1412	90
1535	65
1581	90
1600	50
1604	49
1608	227
1617	155
1766	244
1781	249
1796	250
1797	249, 250
1834	250
1849	59
1871	211, 215
1929	58
1934	59-bis
1947	228
1960	47
1961	47
2072	49, 232
2149	152
2213	169
2322	60
2338	172
2341	178, 229, 237
2346	74
2356	178, 229, 237
2357	61, 237
2514	24
2515	24
2528	23
2533	24
2535	24
2542	24
2543	24
2548	23
2676	159

CODIGO JUDICIAL

Artículos	Números
7º	176
38	67
40	169

Artículos	Números
117	78
152	55
173	224
176	224
180	1
205	148
223	152
251	152
252	224
255	152, 225
256	152, 225
258	12, 225
259	225
270	9
313	205
332	174
343	24
398	6
434	117
435	117
439	117
448	42, 117
450	225
457	161
473	238
480	179
513	209
516	209
520	15, 31, 32 ss., 35, 37, 40, 41, 42, 171, 256
524	73
542 ss.	238
544	206
553	151, 180, 179
596	206
597	204
608	66, 203
635	45, 46
647	203
656	203
664	254
665	122
693	204
696	203
960	172
964	171

CODIGO DE COMERCIO

322	232
472	254
1016	31
1030	238

CODIGO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

Artículos	Números
45	52
62	120
66	120
67 ss.	120

CODIGO POLITICO Y MUNICIPAL

Artículos	Números
52	124

CODIGO PENAL
(Ley 95 de 1936)

Artículos	Números
11	64
19	56, 57
20	56, 57
28	112
33	62
36	14
37	57, 202, 212
74	126
92	64, 179
95	180, 182
100	64
168	196
169	196
172	196
178	1
180	2
208	56
365	112
371	143

CODIGO DE PROCEDIMIENTO PENAL
(Ley 94 de 1938)

Artículos	Números
2º	144
11	125, 127, 128
28	125, 126
29	128
42	52, 84
73	116
104	162
193	209
259	179

Artículos	Números
374	111
459	166
516	166
556 ss.	209
558	154
562	209
563	154
567	162, 36, 38 ss.

LEYES ESPECIALES
CEDULA INSTRUCCION DE SAN LORENZO

Artículos	Números
..	189
Ley 57 de 1887	
34	169
333	132, 164
Ley 87 de 1887	
33	47
Ley 153 de 1887	
18	69
20	253
57	208
Ley 95 de 1890	
1º	30
Ley 100 de 1892	
24	224
Ley 169 de 1896	
39	125
Ley 8ª de 1922	
2º	249
Ley 46 de 1923	
5º	131
12	131

Artículos	Números
Ley 37 de 1931	
..	187
24	184
Ley 89 de 1931	
9º	174
Ley 28 de 1932	
..	249, 251, 252, 253
1º	214, 215
7º	210, 211
Ley 45 de 1936	
..	103, 107, 104
2º	207
4º	105, 106
12	102
Ley 48 de 1936	
..	212
Ley 50 de 1936	
2º	242
Ley 63 de 1936	
..	261
60	113
Ley 96 de 1936	
2º	148
Ley 160 de 1936	
4º	185, 186
7º	187
Ley 22 de 1942	
1º	
2º	239
5º	
6º	19
11	19
16	239

Artículos	Números
Ley 45 de 1942	
14	81
Ley 4ª de 1943	
..	143
Ley 67 de 1943	
2º	169
3º	54
4º	54
6º	239
Ley 1ª de 1945	
33	145
Ley 6ª de 1945	
..	174
73	239
75	239
Ley 7ª de 1945	
35 ss.	146
Ley 34 de 1945	
..	147
Ley 69 de 1945	
..	226
Ley 71 de 1945	
..	174, 239
1º	19
10	138
Ley 75 de 1945	
1º	78
Ley 100 de 1945	
..	148
Ley 71 de 1946	
..	124

DECRETOS

Artículos	Números
Decreto Nº 1270 de 1931	
..	184
69	188
Decreto Nº 1694 de 1936	
10	184
Decreto-ley Nº 200 de 1942	
..	82
Decreto Ejecutivo Nº 554 de 1942	
14	80
Decreto Nº 672 de 1942	
4º	78
Decreto Nº 1361 de 1942	
5	81
Decreto Nº 1480 de 1942	
..	79
Decreto Nº 2840 de 1942	
..	176
Decreto Nº 2480 de 1945	
..	174
Decreto 2813 de 1945	
..	79
ORDENANZA Nº 13 DE 1939 (Departamento de Caldas)	
..	18

INDICE ALFABETICO

Págs.

- A -

Alvarez Peña Pedro. Causa por peculado y falsedad 169
Alvarez Peña Pedro. Causa por concusión..... 190
Alzate Avendaño Gilberto contra la Nación y el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales. Súplica..... 202
Alzate Avendaño Gilberto contra la Nación y el Consejo Administrativo de los FF. CC. Nacionales. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 240
Amaya Sarmiento Luis Eduardo. Casación por robo y homicidio..... 496

- B -

Barrera Rodríguez Julia contra Custodio Colorado. Ordinario sobre reivindicación..... 687
Barrientos Joaquín Demetrio contra la Nación. Ordinario sobre reivindicación..... 238
Bernal de Cuéllar Paulina contra Secundino Cuéllar. Ordinario sobre nulidad de un remate 757
Bulla Chabur Juan de Dios. Casación por tentativa de homicidio..... 182

- C -

Camacho Matiz Luis contra Margarita Hoyos de Uribe. Ordinario sobre revisión de sentencia.. 331
Camargo Sierra Ricardo. Sobreseimiento definitivo en su favor por los cargos de detención arbitraria y prevaricato..... 489
Candia de Barbosa Conchita contra Leonardo Lourido. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 712
Cano Pastor contra Eliseo Bedoya. Ordinario sobre nulidad de la cancelación de una hipoteca 743
Carvajal José del Carmen contra Abelardo García e Isabel Parra. Ordinario sobre reivindicación 105
Castañeda Moreno Ricardo contra The Telephone Company Ltd. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 716
Castro B. Manuel contra los herederos de Próspero Márquez y contra Soledad Acevedo de Márquez. Juicio sobre pago de una suma de pesos 41
Castro Salcedo Rafael contra Julio R. Páez. Ordinario sobre reivindicación..... 725

Págs.

Compañía Colombiana de Electricidad, Compañía de Hielo de Santa Marta y Compañía de Energía Eléctrica de Honda contra la Nación. Ordinario sobre no aplicación del Decreto número 200 de 1942 e indemnización de perjuicios 251
Compañías Unidas de Transportes, S. A. contra la Nación. Juicio sobre devolución de pago de lo no debido..... 279
Compañía Colombiana de Petróleos Sierra Nevada contra la Nación. Juicio sobre cumplimiento de un contrato y devolución de una caución 554
Competencia positiva entre el Juez del Circuito de Gigante y el Juez 1º del Circuito Civil de Bogotá 887
Competencia positiva entre el Juez 2º del Circuito Civil de Barranquilla y el Juez 2º del Circuito Civil de Cali..... 891
Cooperativa de Empleados de Bogotá, Ltda. contra Carlos Portocarrero. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 768
Cordero Pedro C. contra Gonzalo D. Otero. Ordinario sobre nulidad de un contrato y reivindicación 369
Cuervo Fortunato. Casación por homicidio..... 789

- D -

Decreto 1480 de 1922 sobre comercio y explotación de caucho, acusado por inconstitucional. Se declara la Corte incompetente para conocer de la demanda..... 615
Decreto 554 de 1942, acusado por inconstitucional en varios de sus artículos. Se declara inexequible el artículo 14; exequibles los artículos 30, 31, 32, 52 y 57, y se abstiene la Corte de conocer de la acusación contra otros..... 619
Decreto 1361 de 1942, acusado por inconstitucional en su artículo 5º. Se abstiene la Corte de conocer de la demanda..... 307
Decreto 1411 de 1945, acusado por inconstitucional. Se declara exequible el decreto acusado. 323
Decreto 2184 de 1945 acusado por inconstitucional. Se abstiene la Corte de conocer de la demanda propuesta contra el mismo y contra la Ley 66 de 1944, por no ser de su competencia 9
Decreto 672 de 1946 acusado por inconstitucional en su artículo 4º. Se declara inexequible el artículo acusado 4
Del Mónaco Clemente contra Departamento de Nariño. Ordinario 839
Díaz Granados Rodrigo contra Magdalena Fruit

Págs.

Company. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 11

- E -

Escorcia Montalvo José contra Departamento del Magdalena. Juicio sobre pago de una suma de pesos 580

- F -

Flórez Camacho Rafael. Se avoca el conocimiento del denuncio formulado en su contra por varios cargos 166
Franco Pablo A. o sucesión de Elvia Vicenta Franco González contra Anatolio Morales y Otoniel González. Ordinario de reivindicación 384
Fuentes Octavio contra José Miguel Peñuela, Antonio Angarita, Nieves, Antonio y Juan Segundo Cordero y otros. Ordinario sobre simulación de un contrato..... 90

- G -

Gaitán Bonifacio contra Salvador Vanegas. Ordinario sobre pago de una suma de pesos.... 390
Garavito Miguel A. contra Caja de Previsión Social Judicial. Juicio sobre pensión de jubilación 538
Garcés Rafael contra Dorancé Molina. Ordinario sobre reivindicación 436
García de Moyano contra herederos de Ezequiela Cortés v. de Ramírez. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 764
Gil Arenas Gilberto. Recurso de hecho..... 193
Gómez Prada Agustín. Se declara fundado el impedimento por él manifestado en la casación de Angel María García Acevedo..... 471
Gómez Bernardo. Causa por demoras en el ejercicio de sus funciones como Juez de Circuito de Bogotá 473
Gómez de Escobar Isabel contra Banco Hipotecario de Bogotá y otros. Ordinario sobre nulidad de sentencia proferida en juicio especial de venta de cosa hipotecada..... 707
Gómez Joaquín y otros contra Departamento de Antioquia. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 290
Gómez Azuero Luis José contra la sociedad Ricardo Rueda e Hijos. Ordinario sobre oposición a un deslinde..... 747
Gómez Z. Pedro Luis. Causa por prevaricato y sobreseimiento temporal por cohecho..... 798
Gómez v. de Caro Raquel contra la sociedad Inversiones Muvdi, S. A. Ordinario sobre nulidad de un contrato y reivindicación..... 693
González Sierra Alvaro contra Municipio de Armero. Ordinario sobre ejercicio de la acción popular consagrada por el artículo 1005 del C. C. 834

Págs.

González Ricardo A. y otros contra la Nación. Ordinario sobre devolución de unas sumas de dinero 860
Grillo Teresa contra sucesión de Jorge Villamizar. Ordinario sobre filiación natural..... 413
Guerrero José y otros contra la Nación. Incidente de liquidación de perjuicios..... 541
Guerrero Julio o Julián y otra contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.. 570
Guerrero de Guerrero Matilde y otra contra herederos de Luis D. Guerrero. Ordinario sobre pago de una suma de pesos..... 47
Guerrero Tulio contra Caja de Previsión Social Judicial. Juicio sobre pensión de jubilación.. 286

- H -

Herederos de Delfina Rodríguez de Rozo contra Abraham Aparicio Romero. Ordinario sobre reivindicación 28

- J -

La Jagua. Juicio divisorio de este predio ubicado en jurisdicción del municipio de Obando..... 350
Jaramillo Isaza Arcesio contra Belén Ocampo de Jaramillo y otros. Ordinario sobre oposición a un deslinde 680

- K -

Kopp Castello. Inspección ocular extrajudicial con audiencia de la Nación y otros..... 850

- L -

Leyes 44 de 1928 y 110 de 1937, acusadas por inconstitucionales. Se abstiene la Corte de decidir de su exequibilidad o inexequibilidad, por no tener competencia para decidir quién es el titular del derecho de dominio del edificio del Colegio de San Bartolomé de Bogotá..... 649
Ley 94 de 1938, acusada por inconstitucional en su artículo 2º. Se declara parcialmente inexequible la disposición acusada..... 650
Ley 66 de 1944, acusada por inconstitucional. Se abstiene la Corte de decidir de la demanda por no ser de su competencia..... 9
Ley 1ª de 1945, acusada por inconstitucional en el parágrafo del artículo 33. Se abstiene la Corte de decidir la demanda por carecer de materia 322
Ley 7ª de 1945, acusada por inconstitucional en el inciso final del artículo 35. Se declara inexequible la disposición acusada..... 302
Ley 34 de 1945, acusada por inconstitucional. Se declara exequible la ley acusada..... 323
Ley 100 de 1945, acusada por inconstitucional. No se admite la demanda de inexequibilidad

Págs.

de dicha ley 2
Lesport Curiel Pedro. Casación por robo..... 476
López Cosme contra Municipio de Bogotá. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.... 408

- M -

Marín Cifuentes Arturo. Casación por homicidio y lesiones personales 140
Manrique Terán Alfonso contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.... 535
Manrique Terán Alfonso contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.... 528
Márquez Bárbara contra Eladio Rey. Ordinario sobre reivindicación 455
Martínez Araceli contra Municipio de Bogotá. Ordinario sobre indemnización de perjuicios.. 730
Medina Luis Felipe contra Juan Bautista Hoyos. Ordinario sobre reivindicación..... 362
Mendoza Amarís Marco T. y Municipio del Cerro de San Antonio. Aviso sobre exploración y explotación de petróleos 207
Montaña Mendoza José J. Casación por lesiones personales y abuso de autoridad..... 825
Montero de Torres Ester contra Departamento de Cundinamarca. Ordinario 847
Montoya Fonnegra Ernesto. Casación por homicidio 149
Mora Abraham H. contra Departamento del Magdalena. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 842
Moreno Pedro León contra Lucrecia Vargas de Mantilla. Ordinario sobre filiación natural... 700
Munive Néstor Emilio, Hilda Rosa y Elena Felicia contra Rosa Huguet de Munive y otros. Ordinarios acumulados sobre filiación natural. 67
Muñoz Gil Arnulfo o Arnolfo. Casación por homicidio 187
Muñoz Viera Luis A. contra Alejo Santamaría. Ordinario sobre indemnización de perjuicios. 37
Muriel Salazar Ruperto contra Jorge Garcés B. Ordinario sobre reivindicación 759

- N -

La Nación contra Compañía de Petróleos Shell de Colombia. S. A. y otros. Ordinario sobre dominio de unos yacimientos petrolíferos..... 584
La Nación contra Sociedad Colectiva Francisco Vargas y Hermanos y contra Compañía de Petróleos Shell de Colombia. Ordinario sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos... 869
La Nación contra Isabel González Vengoechea. Ejecución ante Juez de Ejecuciones Fiscales. Recurso de hecho 895
La Nación contra Isabel González Vengoechea y otros. Se niega la solicitud de que se envíe al conocimiento del Consejo de Estado el recurso de hecho interpuesto ante la Corte..... 897
Naranjo López Marco contra Alfonso Samper Ortega. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 675
Neira Matéus Guillermo contra Caja de Previsión Social Judicial. Sobre pensión de jubilación 864
Niño Torres Nicolás. Sobreseimiento definitivo por los cargos que le hizo Ana Ramírez..... 468
Nivia Jesús contra Joaquín o José Joaquín Nivia. Ordinario sobre reivindicación..... 430

- O -

Ochoa Velásquez Alfonso. Casación por homicidio 133
Ochoa Joaquín contra Bernardo Mora. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 722
Orozco Henao Guillermo. Casación por corrupción de menores 127
Orrego Zapata Abel María. Casación por homicidio 180
Otero Ana Luisa y otra contra Municipio de Usaquén. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 771

- P -

Pacheco Santos contra Julia María Vargas. Ordinario sobre reivindicación de perjuicios..... 100
Pereira v. de Martínez y otros contra sociedad "Scadta". Ordinario sobre indemnización de perjuicios 662
Pérez Mejía Bernardo. Causa por falsedad en documentos públicos 504
Pérez Pacífico contra Raimundo Moreno y, por denuncia del pleito, contra Departamento de Antioquia. Ordinario sobre reivindicación..... 874
Perilla V. Benigno. Demanda de revisión de sentencia sobre jubilación 275
Pinto Alejandro contra Carlos Portocarrero. Ordinario sobre terminación de un contrato de arrendamiento 396
Proyecto de ley "por la cual se da una autorización al Congreso y se dictan otras disposiciones" (proyecto que declara de utilidad social la adquisición del terreno denominado "Montecristo" en Barranquilla), objetado por inconstitucional. Se declara inexequible el proyecto objetado 308
Proyecto de ley "por la cual se ordena la adquisición de un edificio y se dictan otras disposiciones", objetado por inconstitucional en sus artículos 3º y 4º. Se declaran inexequibles las disposiciones objetadas 656

- Q -

Quintana Uribe Heliodoro contra Manuel Rentería Ponce y otros. Ordinario sobre nulidad de una partición y sobre reivindicación..... 62

- R -

Ramírez de Zapata Cecilia contra Municipio de Armenia. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 737
Rebollo Pedro A. contra Municipio de Bogotá. Juicio sobre bienes vacantes..... 855
Rico Cesáreo. Casación contra partición de bienes sucesorales de Faustino Rojas..... 78
Ripoll Virginia H. de, contra Departamento del Atlántico. Ejecutivo 204
Roa Medina Miguel A. Impedimento..... 185
Roa Medina y otros. Causa por infracción de alguna de las disposiciones contenidas en el Capítulo VI del Título III del Libro II del C. P. 511
Roa Medina y otros. No se repone el auto anterior 522
Rodríguez Jorge Enrique contra Anacleto López y otros. Ordinario sobre reivindicación..... 446
Rodríguez Leonor González v. de. Casación por homicidio 154
Rojas Eliécer contra María Eduardo Rojas de Escandón y otros. Ordinario sobre nulidad de un contrato 55

Rosero de Hidalgo Ester contra Rosendo Hidalgo. Juicio sobre separación de bienes..... 25
Rubio de Charry Benigna contra Naviera Colombiana. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 733
Ruiz Paulina contra Julián Bossio y otra. Ordinario sobre filiación natural..... 415

- S -

Saavedra Eliécer contra Rebeca Tenorio de Saavedra. Ordinario sobre nulidad de una escritura 460
Saavedra Tulia contra Empresa Eléctrica Industrial del Quindío. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 118
Sabogal Padilla Raquel y Amancia contra sociedad conyugal disuelta e ilíquida de Urías Sabogal y Ana Amaya y contra la sucesión del primero. Ordinario sobre nulidad de unos contratos 425
Salas Miguel A. Sobreseimiento definitivo en su favor por los cargos de abuso de autoridad y abandono del cargo 125
Salazar de Paredes Carmen y Elisa Paredes y otros contra el Municipio de Bogotá. Ordinario sobre indemnización de perjuicios..... 110
Salgar de Pardo Cecilia contra Adolfo y Leonidas Botero Uribe. Juicio sobre nulidad de un remate 340
Salvamento de voto de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R. y Ramón Miranda a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el artículo 4º del Decreto 672 de 1946..... 7
Salvamento de voto de los Magistrados doctores Eleuterio Serna R., Ramón Miranda, Pedro Castillo Pineda, Ricardo Jordán Jiménez y Domingo Sarasty M. a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el proyecto de ley que declara de utilidad social la adquisición del terreno denominado "Montecristo", en Barranquilla 316
Salvamento de voto del Magistrado doctor Jorge E. Gutiérrez Anzola a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el proyecto de ley que declara de utilidad social la adquisición del terreno ubicado en Barranquilla y denominado "Montecristo" 320
Salvamento de voto del Magistrado doctor José Antonio Montalvo a la sentencia de la Sala Plena que declaró inexequible el inciso final del artículo 35 de la Ley 7ª de 1945..... 366
Salvamento de voto del Magistrado doctor Aníbal Cardoso Gaitán a la sentencia de la Sala de Negocios Generales dictada en el juicio ordinario de la Compañía Colombiana de Electricidad y otros contra la Nación sobre no aplicación del Decreto número 200 de 1942 e indemnización de perjuicios 266
Salvamento de voto de los Magistrados doctores Aníbal Cardoso Gaitán y Ramón Miranda al auto de la Sala de Negocios Generales proferido en el juicio ordinario seguido por Gilberto Alzate Avendaño contra la Nación y el Consejo Administrativo de los Ferrocarriles Nacionales, y por medio del cual se confirmó otro del Tribunal Superior de Manizales..... 249
Salvamento de voto de los Magistrados doctores Jorge E. Gutiérrez Anzola y Domingo Sarasty M. al auto de la Sala de Casación Penal por medio del cual se llama a responder en juicio al doctor Miguel Roa Medina y otros..... 521
Sánchez María de la Cruz contra Juan de Dios Alzate. Ordinario sobre filiación natural..... 81
Schwartau Eskiledsen. Demanda contra él sobre pérdida de la nacionalidad colombiana. Se niega la aclaración de la sentencia..... 223
Silva Jesús Santos. Casación por homicidio.... 137
Silva Julián. Causa por intervención en política 194
Sociedad Constructora del Tranvía Intermunicipal por la carretera de Oriente contra Julio Ramírez Urrea. Ordinario sobre resolución de un contrato 19
Suárez Pablo Antonio. Casación por homicidio. 818
Suárez Rogelio contra Jorge Rojas. Ordinario sobre pago de un suma de pesos..... 782

- T -

Tobón Luis E. y Carolina Zapata contra Belisario Agudelo Duque. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 58
Troncoso Ramón contra sucesión de Amelia Rodríguez. Ordinario sobre pago de servicios... 405

- U -

Urrea Ulpiano contra Departamento de Antioquia. Ordinario sobre pago de una suma de pesos 271

- V -

Valencia Torres Jorge y Alvaro contra la Nación. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 229
Vargas José Gabriel. Sobreseimiento definitivo en su favor por cargos que en su contra formuló el doctor Adolfo Romero B. por irregularidades cometidas como Magistrado del Tribunal Superior de Popayán..... 122
Vargas Manuel y Rosa Ana Cuervo contra Víctor Amador Castro. Ordinario sobre distribución de aguas 421
Vargas Ardila Máximo contra la sucesión de Aurelio Villalobos y otros. Ordinario sobre simulación y reivindicación 440
Vargas Insignares Salomón y Alejandro. Cambio de radicación 199
Vélez Escobar Carlos contra Cervecería Unión, S. A. Ordinario sobre indemnización de perjuicios 380
Vergara Lino y otros contra Alfonso Salamanca. Ordinario sobre nulidad de un contrato de compraventa 356
Vergara Crespo Primitivo. Denuncia por calumnia 131
Vence Miguel A. Sobreseimiento definitivo en su favor por los cargos que se le imputaron como Magistrado del Tribunal Superior de Santa Marta 177
Visbal Pedro A. contra la Nación. Ordinario sobre propiedad de unos yacimientos petrolíferos 566

- Y -

Yoposa Ignacio: Casación 823

—Z—

Zúñiga Julio C. contra Caja de Previsión Social Judicial. Juicio sobre pago de pensión de jubilación 548
Zúñiga de Astudillo Clementina contra Departamento del Cauca. Ordinario..... 872

ESTA REVISTA ES EDITADA EN LOS
TALLERES GRAFICOS «MUNDO AL DIA»
CALLE 14, Nº 13-56—TELEFONO 14-325

Para pedidos y suscripciones llame al teléfono Nº 14-325, y será atendido inmediatamente.

Mundo al Día